



FEDERICO CARPI, MANUEL ORTELLS, EDS.

**O**RALIDAD Y ESCRITURA  
EN UN PROCESO CIVIL EFICIENTE

*ORAL AND WRITTEN PROCEEDINGS:  
EFFICIENCY IN CIVIL PROCEDURE*

.II.

COMUNICACIONES  
PRESENTATIONS

VNIVERSITAT  VALÈNCIA

© Universitat de València, 2008  
ISBN: (vol. I): 978-84-370-7215-9  
ISBN: (obra completa): 978-84-370-7216-6

## INDICE - TABLE OF CONTENTS

COMUNICACIONES

PRESENTATIONS

PONENCIAS DE INTRODUCCIÓN

INTRODUCTORY REPORTS

Agnieszka Góra- Błaszczkowska. Poland

Oral and written proceedings in Polish civil procedure

Fernando Martín Diz. España

Oralidad y eficiencia del proceso civil: Ayer, hoy y mañana

SEGUNDA PONENCIA

SECOND REPORT

Federic Adán Doménech. España

Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales

Carolina Fons Rodríguez. España

La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial)

Paloma García-Lubén Barthe. España

Problemas que plantean los defectos de grabación de la vista en los juicios civiles

Jesús María González García. España.

Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud

Montserrat de Hoyos Sancho. España

Hacia un proceso civil más eficiente: Comunicaciones telemáticas. El sistema “lexnet”

Corazón de María Mira Ros. España

La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva

José Martín Pastor. España

Bases para el desarrollo del proceso telemático en el proceso civil español

José Martín Pastor. España

Un paso importante hacia el proceso telemático en España: el sistema informático de telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos

Ernesto Pedraz Penalva. España

Sobre la disposición adicional quinta de la lec (introducida por la disposición adicional duodécima de la lo 19/2003)

TERCERA PONENCIA

THIRD REPORT

Coral Arangüena Fanego. España

La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales

Juan Cámara Ruiz. España

Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad

Adán Carrizo González-Castell. España

El respeto de la oralidad y los principios procesales en la utilización de la videoconferencia para la obtención de pruebas en materia civil en la unión europea

Xulio Ferreiro Baamonde. España

Oralidad y escritura en el proceso de disolución de partidos políticos

Pedro M. Garcíandía González. España

La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias

Julio Pérez Gil. España

Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la ley de igualdad

Joan Picó i Junoy. España

El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil

Marta Del Pozo Pérez. España

La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil

Manuel Richard González. España

Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español

José Luis Vázquez Sotelo. España

La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba

CUARTA PONENCIA

FOURTH REPORT

Carmen Blasco Soto. España

El proceso civil y la nueva Oficina Judicial

José Bonet Navarro. España

## Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad\*

Lorenzo M. Bujosa Badell. España

Simplificación y oralidad en los litigios transfronterizos. El proceso europeo de escasa cuantía del reglamento (ce) núm. 861/2007 del parlamento europeo y del consejo

Nicolás Cabezudo Rodríguez. España

Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto

Luz Castillo Rodríguez. España

Sobre el “proceso europeo de escasa cuantía”

Luis-Andrés Cucarella Galiana. España

El trámite de conclusiones en el juicio ordinario

Luis-Andrés Cucarella Galiana. España

El trámite de conclusiones en el juicio verbal (II)

María Luisa Escalada López. España

La oralidad: de principio del procedimiento a instrumento viabilizador del (debido) proceso

Gemma García-Rostán Calvín. España

La eficiencia del juicio verbal sumario relativo al cumplimiento o la resolución de ventas a plazos o arrendamientos financieros

Regina Garcimartín Montero. España

Orden y preclusión en las comparecencias en los procesos civiles

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa. España

La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil

M<sup>a</sup> Rosa Gutierrez Sanz. España

La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa

Kinga Flaga-Gieruszyńska. Poland

Elements of Written Presentation in Polish Civil Trials as the Factor Streamlining Proceedings.

Ricardo Juan Sánchez. España

El Juicio Verbal español: principales problemas para su desarrollo concentrado

Robert Kulski. Poland

Aggregate proceedings as tools for providing efficiency in civil procedure

Pilar Lasheras Herrero. España

Mediación familiar: oralidad y principios del procedimiento

Juan Ramón Liébana Ortiz. España

Oralidad, intermediación y concentración en los procedimientos de jurisdicción voluntaria

Carlos Martín Brañas. España

La oralidad y la segunda instancia civil

Jordi Nieva Fenoll. Spain

The disadvantages of orality

Francisco Ramos Romeu. España

Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado

Benito Reverón Palenzuela y Lourdes V. Melero Bosch. España

Modernización de la justicia civil: las oficinas de señalamiento inmediato y las nuevas atribuciones de los procuradores de los tribunales

Iñaki Riaño Brun. España

La oralidad en segunda instancia

Julio Sigüenza López. España

La oralidad, sus lógicas exigencias y algunos inconvenientes del auxilio judicial

Begoña Vidal Fernández. España

Oralidad y escritura en el proceso declarativo europeo de escasa cuantía





# **PONENCIA INTRODUCCIÓN**



## **COMUNICACIONES A LA PONENCIA INTRODUCCIÓN**



## ORAL AND WRITTEN PROCEEDINGS IN POLISH CIVIL PROCEDURE

AGNIESZKA GÓRA- BŁASZCZYKOWSKA

Adjunct Professor. University of Opole, Poland

I. Polish civil procedure is becoming increasingly characterized by written proceedings. It is noticeable that a growing percentage of civil cases requires application of proceedings that can, should, or must be carried out in a written form. Also, the majority of law suits are carried out through written proceedings. Computerization of court proceedings and the introduction of civil proceeding forms, lead to limitation in the use of oral proceedings<sup>1</sup>.

A question arises whether this trend helps to provide parties an appropriate protection of their rights in civil procedure. It should be taken into consideration that the majority of people form their thoughts and views better in an oral way rather than in writing, and that in some situations it is easier for the court to understand requests and positions of the parties, if they present their case orally. An oral exchange of views is the best way of revealing contradictory stands; confrontation of those stands and explanation, it is also the simplest way of conveying information<sup>2</sup>. The oral proceeding allows parties to defend their rights to a higher degree than is possible in written proceedings. Therefore, the growing importance of written proceedings in comparison to oral proceedings in civil procedure might be raising doubts about the appropriate protection of rights of the parties' point of view.

II. It is necessary to employ oral proceedings in order to observe other rules of Polish civil procedure, e.g. the rule of adequate directness, as oral proceedings allow the court to examine witnesses personally, ask questions and confront witnesses. Oral proceedings play a substantial role in discovering the truth in a trial<sup>3</sup>. An open trial, which is carried out in an oral way, guarantees objectivity of the judge and proper administration of justice<sup>4</sup>. The principle of open trials, and in consequence also oral proceedings, allow the society to control the whole administration of justice and are the most reliable means of control of the court, parties, witnesses, and experts. The society cannot build real trust towards the court and its administration of justice without the principle of an open trial. An open trial limits the number of unjustified civil actions brought to court, or actions that only aim to persecute the defendant. Open trials contribute towards building a sense of justice in the society<sup>5</sup>.

The application of oral proceedings in a particular proceeding might be used as evidence in assessment of fairness of the process. Undoubtedly it is more likely that a party

---

<sup>1</sup> see Piasecki K., *Postępowanie cywilne rozpoznawcze*, Warszawa 2004, p.89

<sup>2</sup> Berutowicz W., *Postępowanie cywilne w zarzysie*, Warszawa 1984, p. 298

<sup>3</sup> Resich W., *Poznanie prawdy w procesie cywilnym*, Warszawa 1958, pp.115-116, see also Jodłowski J., Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, p. 166

<sup>4</sup> Siedlecki W., Świeboda Z., *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, p..63;

<sup>5</sup> At this topics see more Kruszelnicki F., „Zasady procesu cywilnego według polskiej procedury cywilnej”, *Głos Sądownictwa*, 1931, nr 9, p.476; the same Siedlecki W., Świeboda Z., *Postępowanie cywilne, Zarys wykładu*, Warszawa 2004, p.63

would accept proceedings in their case as fair, if they had a chance to present their requests, stand in the case and present evidence personally in an oral way. The fact whether the whole proceeding has been accepted as just or unjust, depends to a substantial degree on the assessment of the procedure and the course of the proceeding, and not just the final result of the proceeding<sup>6</sup>. This issue had been taken to consideration by the European Court of Human Rights in the verdict from 15 February 2005 in the case of *Steel and Morris v. Great Britain* (no 68416/01, LEX no 148018) recognizing that it is crucial for the concept of a fair trial in both civil and criminal proceedings, not to prevent a party in a dispute from having a possibility to present their case effectively in court. According to the European Court of Human Rights, it is difficult to “present a case in court” other than orally.

The application of oral and written proceedings is closely linked to the fundamental need to listen to what the parties have to say, and the principle of equal defense, as stressed by the European Court of Human Rights in the verdict from 5 of July 2005 in the case of *Lomseita Oy and others vs. Finland*, (no 45029/98, LEX no 154354). The principle of equal defense – one of the elements of a broader understanding of a fair process – requires all parties to be given a reasonable opportunity to present their case in conditions that would not put one party in a significantly disadvantageous position in comparison to the opposite party. It is only parties that can make a valid decision whether they need to take a position on certain statements. The parties’ confidence in the work of the administration of justice is based, inter alia, on the awareness that parties had a possibility to express their views in relation to all documents belonging to the dossier. The principle of listening to the parties will be executed not only when a party makes an oral statement in an issue considered by the party as important, but also when a party has an opportunity to express their stand in writing. Then, the court and the other party will have a chance to read the document and take it into consideration<sup>7</sup>. The right to be heard, which applies to parties in civil proceedings corresponds to the court’s duty to properly consider explanations presented by a party in a proceeding<sup>8</sup>.

Therefore, in order to protect parties, unconditional application of oral proceedings is not the only indicator of proper application of the principle of listening to parties and the principle of the equal defense. However in some cases, e.g. taking into account personal characteristics of a particular party, it is necessary for the court to listen to oral explanations of the party in order to state that the party has indeed fulfilled their right to be listened to, and consequently this would enable the court to decide the case correctly. The European Court of Human Rights made an accurate comment on this issue, stating that each case requires an individual assessment in relation to the application of oral or written proceedings. The European Court of Human Rights made a statement in the verdict from 20 October 2005 in the case of *Özat v. Turkey* (19578/02, LEX no 157837) that the complainant should be given a possibility to make an oral explanation in court in her

---

<sup>6</sup> Bogucka- Arctowa M., „Sprawiedliwość proceduralna a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego jego rola w okresie przemian systemu prawa”, *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, editors Trzeciński J., Jankiewicz A., Warszawa 1996;

<sup>7</sup> See more Góra- Błaszczkowska A., *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, p. 225 and next.

<sup>8</sup> Czeszejko- Sochacki Z., „Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP (ogólna charakterystyka)”, *Państwo i Prawo* 1997, no 11-12, p.105;

country in relation to her personal damage, related to experienced suffering and fear following her arrest. In principle, it was necessary to have a the complainant appear in court in order to decide an appropriate level of compensation in relation to the personal character of the complainant's experiences. One cannot accept that those issues were of technical character and could have been appropriately decided merely on the basis of the case records. Contrary to this, the administration of justice and responsibility of the state would have been served better if the complainant in this case had been given the right to explain her personal situation during a court hearing, controlled by the public.

III. The nature of oral proceeding in Polish civil procedure lies in allowing parties to appear in court personally in order to present their stand in a particular case. The principle is to hear civil proceedings during a court hearing. According to the content of article 210 § 1 of the Polish Civil Procedure Code the hearing of a case starts with the complainant's and then, the defendant's oral presentation their requests and proposals and then, they present statements and evidence in support of them. Additionally, parties can indicate the legal grounds of their requests and proposals. Each of the parties is bound to submit a statement in relation to the claims of the opposite party in regards to the factual circumstances (article 210 § 2 of the Polish Civil Procedure Code). The hearing also involves evidence proceedings and examination of the results of those proceedings, as appropriate in relation to circumstances.

The principle of oral proceeding, as a means of providing appropriate protection for the parties, is reflected in the article 212 of the Polish Civil Procedure Code. In accordance with this article, even before the evidence proceeding starts, the Chair of Civil Procedure (Judge who is in the bench) asks the parties questions in order to find out which are the main matters of conflict between them, and aims to clarify them. The Chair of Civil Procedure can give necessary advice to the parties, if there is a justified need to do so. According to the circumstances, the Chair informs the parties about the advisability of appointing a proceeding attorney. In cases regarding maintenance, repair of damage that was caused by an unlawful action, the Chair informs the complainant appearing in court without a solicitor or legal adviser about the claim arising from the quoted facts. It is obvious that the advice given by the Chair, as specified in the article mentioned earlier, cannot concern any factual issues, the advice can only relate to the issues of the proceeding. Also, the advice cannot constitute any legal advice, so the principle of equality of the parties does not get contravened.

The existing right to make oral statements during hearings by parties in Polish civil procedure should not be considered equivalent with a duty to appear personally in court. According to the article 216 of the Polish Civil Procedure Code, the court can decide that the parties, or one of the parties needs to appear personally in court, or through an attorney, in order to clarify the matter of the case. The court decides whether the character of the case requires that the parties, or their attorneys, appear in court. The court decides whether this possibility should be used. According to the rules, Polish court does not have a duty to collect evidence from the hearing of the parties. The evidence is considered as final and subsidized, carried out when there are remaining conflicting circumstances in the case, and the court decides that the evidence is necessary (see article 299 of the Polish Civil Procedure Code).

It needs to be remembered that according to the regulations of the Polish Civil Procedure Code, parties need to be properly informed about the date of a hearing. A case must be adjourned if the court finds that the summons had not been appropriately delivered (article 214 of the Polish Civil Procedure Code). Polish regulations and the Supreme Court judicature fully correspond to the European Court of Human Rights' stand in this matter,



as specified in the verdict from 20 October 2005 in the case of Groshev v. Russia (69889/01, LEX no 157787), in which the European Court of Human Rights decided that the right to have a fair and public hearing (article 6 of Act 1 of the European Human Rights Convention) would be meaningless, if the party was deprived of a hearing in such a form that would give the party a possibility to participate in the hearing, if only the party decided to use their right to appear in court, which is guaranteed by the law of the country.

As indicated earlier, in many situations it is only arranging a hearing in court and enabling parties to be heard in court about the important matters of the case, that enables the real application of the principle of listening to the parties, as often the parties cannot properly form their proposals, statements, and accusations in proceeding documents. It is typical of court hearings that they give a possibility to parties to present proposals, statements and factual circumstances – court hearings should be taking place in circumstances that guarantee directness, equality, and concentration of the proceeding's material. Appropriate preparation of the hearing, carrying out of the hearing and making a record of the hearing in the form of a record of court proceedings, are all a means of application of the right to appear in court and the principle of being heard in court<sup>9</sup>. Consequently, all of those factors make it possible to see that the trial has been carried out in a fair way.

The issue of the way parties are treated by court is closely related to the way hearings are carried out. The way parties and participants in a hearing are treated in court proceedings makes a significant impact on the assessment of the proceeding – assessment made by the parties, that do not always have any influence on the results of the proceeding. A party is more likely to accept an unfavorable verdict, if they are convinced that they have been treated in an appropriate and fair way and that the evidence given by the party has been examined in a way that does not leave any doubts regarding objectivity of the court. The proceedings that lead to the court's decisions are considered just, when each person, who is concerned by the decision, had been appropriately treated during the proceeding in accordance to the suitable rules of the procedure<sup>10</sup>. As it was noted by the European Court of Human Rights in the verdict from 15 July 2005 (71615/01, LEX no 154358) in the case of Mežnarić v. Croatia, "*Justice has not only to be done, it has to be seen, to be done*". Hearing a case during a hearing that is not open, instead during an open hearing, despite of the lack of a statutory permission in this matter, might cause invalidity of the proceeding, because that would have prevented parties from having a possibility to defend their rights, or employ appropriate actions. Invalidity, caused by passing a verdict in a case that the parties had not been appropriately informed of, hearing a case during a hearing that is not open, without a statutory permission, or unlawful dismissal of the party or their attorney from the court room, gives a reason to appeal to the decision of the court through the ordinary and extraordinary means of appeal. (see article 379, subsection 5 of the Polish Civil Procedure Code, article 401, subsection 2 of the Polish Civil Procedure Code)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Pogonowski P., *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, p.103.

<sup>10</sup> Ziemiński Z., „O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa”, *Państwo i Prawo* 1987, no 12, p.175.

<sup>11</sup> Broniewicz W., „Jawność jako konstytucyjna zasada procesu cywilnego Polski Ludowej”, *Nowe Prawo* 1954, no 5-6, p.92; the same Hanausek S., „Ochrona praw jednostki

Polish regulations and judicature are unanimous in this matter with the ideas expressed by the European Convention of the Human Rights. The European Court of Human Rights indicated in the verdict from 8 February 2005 (55853/00) in the case of *Miller v. Sweden* (LEX no 148012) that the right to “have a public hearing” in a court proceeding on the basis of the article 6, Act 1 of the Convention, leads to the right to “oral hearing”, unless there are special circumstances, which justify a decision not to have an oral hearing. Also, there are cases that need to be heard in an appropriate court, depending on the character of the matter. For example, disputes in relating to the system of social security are normally of technical nature, they often concern large volumes of calculations, and the result of those disputes normally depends on a written opinion from an expert- a doctor. That is why, according to the European Court of Human Rights, many of such disputes can be resolved better in a written way rather than orally. Country authorities should take into account efficiency and economy of the proceeding in this matter. Having systematic oral hearings could be a handicap in providing this special type of care, which is required in cases relating to social security. The European Court of Human Rights have also decided in the verdict from 15 March 2005 in the case of *Yakovlev v. Russia* (72701/01, LEX no 148937) that carrying out a court hearing might not be necessary taking into consideration specific circumstances of a particular case, for example when factual or legal circumstances of a dispute can be properly decided on the basis of the case dossier and written statements of the parties.

Having mentioned the issue of hearings in civil procedure, as a manifestation of the principle of oral proceedings, it needs to be stressed that the above quoted regulations apply directly to proceedings in courts of first instance. According to the Polish civil procedure, higher courts can decide some cases during hearings that are not open. According to the article 374 of the Polish Civil Procedure Code, higher courts can decide a case during a hearing that is not open, in case of invalid proceedings. In relation to simplified proceedings, the Polish legislation authorized higher courts to the following: according to article 505 § 2 of the Polish Civil Procedure Code, higher courts can decide an appeal (in all cases, whatever the type of appeal it is) during a closed hearing, unless a party in the appeal, or a party replying to the appeal requested a hearing. As mentioned earlier, the majority of people form their thoughts (expresses their opinion) better orally rather than in writing. The lack of constraints to use a solicitor when submitting an appeal confirms the intention of the legislators, which is to give every party a possibility to make an appeal to a verdict in question at a higher court, including parties who are not well educated, or not wealthy enough to use a solicitor. Hearing of an appeal during a closed hearing might contravene the principle of hearing to the parties and the principle of equal defense, when a party is not able to orally present all of their reservations to the verdict passed by a court of first instance, and the accusations contained in the appeal (in writing) have not been fully presented.

The solutions accepted by the Polish legislator, which allow higher courts to decide a case without the application of the principle of openness and the principle of an oral proceeding, as it can be seen in the regulations regarding simplified procedure, rise justified doubts regarding compliance with the principle of the parties having the right to be heard<sup>12</sup>. However, also the European Court of Human Rights (see decision from 14

---

w cywilnym postępowaniu dowodowym”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego Prace Prawnicze* 1979, no 85, pp.15- 16.

<sup>12</sup> See more Góra- Błaszczkowska A., *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, p. 137 and next.

January 2003, in the case of P.O. v. Polska, 42618/98, LEX nr 56985) does not require the court of appeal to decide a public hearing in the presence of the party. In order to make an assessment of this issue, one needs to take into consideration specific characteristics of a particular proceeding and the way that the parties' matters are presented and protected in the court of appeal. According to the European Court of Human Rights, if a case had been heard in a public hearing in court of the first instance, less strict standards apply to the proceeding of appeal, during which the lack of a public hearing might be justified by specific characteristics of a particular proceeding. That is why appeal proceedings and proceedings only relating to legal issues, unlike proceedings establishing factual circumstances, can be in accordance with the requirements of the article 6 of the European Convention of Human Rights, although the complainant did not have an opportunity to be heard personally by the court of appeal. The European Court of Human Rights (verdict from 8 February 2005, in the case Miller vs. Sveden, 55853/00, LEX nr 148012) stresses that the assessment of the appropriateness of the situation, in which the verdict of a higher court had been passed without a hearing in court, depends on the character of the appeal system in a particular country, the scope of the competence of the court of appeal, and the way in which the matters of the complainant are present and protected in the appeal procedure, especially in the light of the issues, that need to be resolved by the court.

It was stressed by The Polish Constitutional Tribunal in the verdict from 15 October 2002 (SK 6/02, OTK-A 2002/5/65) that openness of a proceeding has never been recognized as an absolute requirement that would not allow any exceptions in order to aid efficiency and speed of a proceeding. Any exceptions from the principle of oral and open proceedings that have been allowed by the Polish Civil Procedure Code must be applied with respect to the principle of equality, especially in the aspect of the principle of the parties' right to be heard. If hearing a case during a closed hearing could significantly limit or handicap presentation of the position of a party or a participant of a proceeding, it needs to be considered whether a hearing should be arranged, if possible and if the course of action in the proceeding and the type of a particular case allows. Also, this should only be considered if it would not lead to an unnecessary prolongation of the case. The Constitutional Tribunal noticed that the limitation of the principle of directness in the court of appeal does not determine it is impossible to decide an appeal in an appropriate and fair way, because the party appealing a verdict of the court of the first instance still has a possibility to present their arguments and evidence for those arguments. The court of appeal might decide which evidence they would like to examine "personally", and which evidence does not need to be examined again.

IV. Polish civil procedure, as indicated earlier, is becoming increasingly characterized by written proceedings; however, at present the oral and written proceedings co-exist and complement each other. The wider introduction of written proceedings and the resignation from the principle of oral proceedings in civil cases in Polish civil procedure is dictated by the desire to speed up and simplify court proceedings, at least in those cases, where the type and specification of a particular case allows.

The manifestation of the principle of written proceedings is the fact that the majority of actions of the subjects of the proceeding can be realized not only orally, but also in a written way (e.g. filing evidence proposals), although some proceeding actions require the written form (e.g. filing the means of appeal). Some actions of the proceeding, e.g. rulings passed during open hearings, require the oral and written form to be used in conjunction (meaning that the ruling is put in writing first, and then it is read). The oral proceeding is used for making the record of court proceedings, which lists all the proceedings and actions. Outside of the court, parties communicate with the court and the

other parties through proceeding documents; the written form is necessary for the preparation of the oral hearing<sup>13</sup>.

The principle of written proceedings in Polish civil procedure is fully expressed in the fact that the petition is filed in a written form (see article 187 of the Polish Civil Procedure Code), but in some cases, some complainants (e.g. employees and insured people, acting in a proceeding without a solicitor), can file a petition orally (see article 466 of the Polish Civil Procedure Code). In some types of a case, the party has a duty to file a petition on a court form, e.g. in cases where the complainant, who was a service provider or a seller makes a claim in relation to the contracts with providers of mail and telecommunication services, also providers of electricity, gas and heating oil, and water, as well as contracts with companies disposing of sewage and waste and companies providing thermal energy (see article 187 of the Polish Civil Procedure Code).

An example of application of the principle of written proceeding is proceeding in economic cases. In economic cases, according to the article 479 § 1 of the Polish Civil Procedure Code, the court can pass a verdict during a closed session, when a defendant had accepted the action, or if the court decides that it is not necessary to carry out a hearing. The possibility to pass a verdict during a closed session in a situation, when the court arbitrarily decides that carrying out a court hearing is not necessary, limits to a significant degree binding of the principle of written proceedings in favor of the principle of economy, speed and efficiency of the proceeding. The legislator, having introduced the quoted regulation, consciously accepts that the truth might not be found and that the passed verdict might only confirm the state of things indicated by the complainant. According to the article 479 § 2 of the Polish Civil Procedure Code, the court might pass a verdict in absentia during a closed session, when the defendant had not replied to the petition. The quoted regulation allows the court to pass a verdict, which is based only on the complainant's statements. Passing the verdict during a closed session is only possible during the introductory examination of the case, and not after the hearing had started, even if the defendant accepted the action after the hearing had started<sup>14</sup>.

V. The proceedings mentioned above, show the primacy of the principle of written proceedings to the principle of oral proceedings, and are applied to a large percentage of civil cases that find their way to Polish courts. That is why an average person, who would hardly ever have anything to do with a court, would find written proceedings in civil procedure the most realistic or just obvious possibility.

The Polish, and not only Polish, legislator must deal with the problem of finding the balance between oral proceedings and written proceedings in civil procedure. The legislator needs to use all the facilities given by technical developments, but it needs to be made sure that the most important foundation does not get forgotten, and that is the need for courts to pass just verdicts, following fair proceedings, which protect the rights of the parties involved in proceedings. Computerization of court proceedings must not be an obstacle in making just decisions.

---

<sup>13</sup> Broniewicz W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006, p. 62, the same Jodłowski J., Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, pp. 167-168.

<sup>14</sup> See verdict of Polish Supreme Court from 13 December 1991, II CR 67/91, OSP 1992, no 7-8, position 175.

The legislator must take into consideration that putting limits on oral proceedings in favor of written proceedings might lead to assessment of the whole procedure as difficult to understand, and therefore dishonest and unjust. The judiciary executed in the written form, meaning not in an open way, might be assessed by parties as discriminatory. Therefore, considering that the legislator is moving towards an even greater imbalance in favor of written proceedings in comparison to oral proceedings, it must be taken into consideration that the process economy issues, as well as speed of proceedings should not have a priority over the basic human right to an open and just trial started<sup>15</sup>.

---

Mączyński M., „Ograniczenie prawa podmiotów gospodarczych do sądu”, Państwo i Prawo 2000, no 5, p.64.

## ORALIDAD Y EFICIENCIA DEL PROCESO CIVIL: AYER, HOY Y MAÑANA

FERNANDO MARTÍN DIZ

Profesor Titular de derecho Procesal. Universidad de Salamanca

### I.- APROXIMACIÓN CUASIMITOLÓGICA

Acercarse a los principios del derecho procesal, adentrarse en la médula de ésta disciplina jurídica, valorar y meditar, con nuevos perfiles y reflexiones, sobre los puntales dogmáticos del enjuiciamiento, y más aún, tratar con ello de mejorar el modelo existente, dada la íntima interrelación entre los diferentes principios del proceso y del procedimiento, es, si se me permite, abrir la “caja” de Pandora<sup>16</sup>.

Mi afirmación inmediatamente anterior es plenamente intencionada y consciente por dos motivos. En primer lugar por que Pandora, uno de los mitos hesiódicos<sup>17</sup>, es retratada como la primera mujer, creada por Hefesto y Atenea, con ayuda de todos los dioses y por mandato de Zeus. En parangón, la oralidad es uno de los primeros principios procesales, y por mandato del legislador aparece reflejado, directa o indirectamente, en los diferentes Códigos y Leyes de Enjuiciamiento. Desde los más remotos orígenes<sup>18</sup> existe la transmisión vocal y directa de las peticiones del justiciable al juez, y la resolución de tales pretensiones, se ha ventilado a través de la intermediación en la comunicación mediante la oralidad.

En segundo lugar porque al igual que a Pandora se le confirieron una serie de cualidades que la cultivaban y hacía atractiva (belleza, gracia, habilidad manual, persuasión), estos atributos del mito son trasladables al principio de oralidad y su relación con la eficiencia del proceso civil. La oralidad, tal y como iremos caracterizándola en los siguientes apartados de este trabajo, presenta ventajas. Sin duda, entre ellas está la brevedad y la agilidad que aporta al discurrir del cauce procedimental, la simplificación de los actos, un menor formalismo rigorista en la práctica de las actuaciones procesales, y sobre todo una mejor intelección del asunto para el juzgador al tener conocimiento de primera mano y directo de la cuestión que debe resolver.

---

<sup>16</sup> HESÍODO, *Los trabajos y los días*, edición a cargo de P. Mazon, Paris, 1928, p. 570, cuenta que Zeus envió a Pandora a Epimeteo, el cual, olvidando el consejo de su hermano de no admitir ningún presente de Zeus, se dejó seducir por su belleza y la hizo su esposa. Existía una jarra –que no caja- que contenía todos los males. En algunas otras tradiciones se alude, versión que seguiremos en texto, a que fue el regalo de boda que Zeus le dio a Pandora, y que en su interior, albergaba tanto males como bienes.

<sup>17</sup> *Cfr.*, GRIMAL, P., *Diccionario de mitología griega y romana*, Barcelona, 1981, p. 405.

<sup>18</sup> *Cfr.*, CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, Madrid, 1940, pp. 154-155, donde el autor justifica, y demuestra, que ya el proceso romano clásico fue oral “como así o exigía la función que se atribuía a la prueba en él, dirigida a formar el libre convencimiento del juez, sobre la base de la observación inmediata de los elementos de conocimiento”.

Enumeraba ROSEMBERG<sup>19</sup> entre las ventajas de la oralidad, frente a la escritura, “la de la mayor claridad y energía, agilidad y naturalidad en la exposición; la posibilidad, más fácil, de adaptación al caso particular; la eliminación de las malas interpretaciones; el complemento y aclaración de la materia procesal; el alejamiento de las falsedades y triquiñuelas; la posibilidad de la publicidad, que tiene tanto valor para alejar la desconfianza contra los tribunales; el otorgamiento franco de la audiencia a las dos partes; en el caso de los tribunales colegiados, la participación de todos los vocales en la recepción de la materia litigiosa y mediante ello en la sentencia”.

Pero también Pandora presentaba una faz menos atractiva. Hermes puso en su corazón la mentira y la falacia, lo cual trasladado al ámbito del principio de oralidad nos hace poner sobre la mesa, someramente, sus desventajas e inconvenientes. El mal uso, o interpretación, del principio de oralidad puede acarrear evidentemente disfunciones de gravedad en la pretendida eficacia del proceso civil. Se ha rebatido la bonanza del principio de oralidad desde la crítica de que conlleva una cierta superficialidad y precipitación en la actividad del juez. Igualmente se pretende su desautorización invocando que favorece a aquellos intervinientes en el juicio (fundamentalmente los abogados) con una mayor capacidad de persuasión en el debate y exposición de las cuestiones<sup>20</sup>, y por ello no necesariamente ligado a una mejor y mayor preparación del asunto y a la solidez de los argumentos de sus posturas. Se ha refutado la oralidad por los mayores costes económicos que implica. Es evidente que en materia de medios materiales y personales son necesarios más recursos en los órganos jurisdiccionales para el tratamiento de la oralidad que en el caso de predominio de la escritura, sobre todo, como es lógico, para la necesaria seguridad y constancia de lo alegado y argumentado en juicio.

Retomando nuevamente a ROSEMBERG<sup>21</sup>, en esta caso para dar cuenta de los inconvenientes de la oralidad, relata los siguientes: “el peligro de que las partes poco diestras y no ejercitadas no estén en condiciones de exponer en forma oral la controversia al tribunal (contrarrestado por la obligación del abogado), la fugacidad de la impresión de la palabra hablada, la posibilidad de que no sea oído algo importante o que sea olvidado; la dificultad de fijar la materia procesal...”.

En definitiva, Pandora fue, según la mitología, el regalo que todos los dioses ofrecieron a los hombres, para su desgracia<sup>22</sup>. Salvando las distancias, y sensu contrario al

---

<sup>19</sup> Cfr., ROSEMBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, (trad., Romera Vera, A), T. I, Buenos Aires, 1955, pp. 395-396.

<sup>20</sup> Ilustrativo es el pensamiento de CALAMANDREI al exponer que “todo abogado vive en su patrocinio ciertos momentos durante los cuales, olvidando la sutilezas de los Códigos, los artificios de la elocuencia, la sagacidad del debate, no siente ya la toga que lleva puesta ni ve que los jueces están envueltos en sus pliegues; y se dirige a ellos mirándoles a los ojos de igual a igual, con las palabras sencillas con que la conciencia del hombre se dirige, fraternalmente a la conciencia de su semejante a fin de convencerlo de la verdad. En esos momentos la palabra “justicia” vuelve a ser fresca y joven, como si se la pronunciase entonces por primera vez; y quien la pronuncia, siente en la voz un temblor discreto y suplicante, como el que se percibe en las palabras del creyente que reza. Bastan esos momento de humilde y solemne sinceridad humana para depurar a la abogacía de todas sus miserias”. Cfr., CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, 1980, pp. 9-10.

<sup>21</sup> Cfr., ROSEMBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, cit.

<sup>22</sup> PICARD, CH., *Le péché de Pandora*, L’Arc, 1932, pp. 39-57.

mito, la oralidad ha sido, es, y deberá seguir siendo, un referente procesal con el que se obsequia al proceso civil, y no precisamente para su calamidad, tal y como vamos a tratar de desarrollar seguidamente.

Completa el círculo mitológico de la caracterización de Pandora la que es, a buen seguro, su vertiente más conocida: la “caja de Pandora”. Con ella, si el lector está conforme, se nos habilita para establecer un último paralelismo en la aproximación cuasimitológica que sobre el principio de la oralidad en sede procesal hemos tratado de introducir. La “caja de Pandora” contenía no sólo males, como en muchas tradiciones mitológicas se apunta, sino asimismo bienes. Al abrirla imprudentemente, Pandora dejó que los bienes escapasen y se volvieron a la mansión de los dioses, en vez de quedarse con los humanos. De este modo los hombres se vieron afligidos por todos los males que se asentaron en su territorio, quedándoles únicamente el pobre consuelo de la esperanza, que había quedado en el fondo de la “caja” y no pudo escapar puesto que Pandora la cerró antes de que se esfumase.

La oralidad, como “caja” de Pandora, como principio básico procesal, incluso si se me permite, como sistema<sup>23</sup> en la forma de la actividad procesal, encierra otra serie de principios. No procede, como en el contrapunto mitológico, calificarlos a priori como buenos o malos. Estos principios hilvanan el tejido mitológico que hemos elaborado en cuanto a que están depositados dentro de la “caja” de Pandora que es el principio de oralidad. Por tanto si la oralidad está presente en un modelo procesal, éste se abre automáticamente a toda una serie de principios connaturales a la misma, nacidos en su interioridad, que se propagan sin solución de continuidad. Nos referimos, claro está, a los principios de intermediación, concentración y, en menor medida, publicidad.

Lacónicamente, en aras a la brevedad de exposición que hemos de guardar, trataremos con precisión de cirujano de desentrañar en un recorrido histórico-procesal, de “ayer” a “hoy”, el principio de oralidad. Trataremos igualmente de plasmar su reflejo, e influjo, en toda la serie de principios satélites<sup>24</sup> que giran a su alrededor. Como colofón, y con una cierta dosis de aventura, plantearemos cómo debiera ser el “mañana” del principio de oralidad, sobre todo desde la perspectiva de erigirse en elemento procedimental que aporte eficacia y eficiencia al proceso civil.

## II.- AYER

Con carácter previo a entrar en el análisis dogmático del principio de oralidad es indispensable ubicarlo dentro de las dos grandes categorías de principios fundamentales del derecho procesal que tradicionalmente se han manejado en la disciplina. Como señaló en su momento DEVIS ECHANDÍA<sup>25</sup>, diferenciamos, dentro de los principios de la ciencia procesal, entre aquellos que sientan las bases generales del derecho procesal

---

<sup>23</sup> Entendido tal y como lo plantearon MIGUEL Y ROMERO, M., DE MIGUEL Y ALONSO, C., *Derecho procesal práctico*, undécima edición, T. I, Barcelona, p. 188 en alusión a la forma de desarrollar la actividad procesal conforme a variados principios que serían reconducibles a dos sistemas opuestos entre sí: oralidad y escritura.

<sup>24</sup> Denominados muy acertadamente como “principios-consecuencia” por BERZOSA FRANCOS, V., “Principios inspiradores del futuro proceso civil”, *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, p. 36. *Vid.*, también PICÓ I JUNOY, J., “La prueba en el Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil”, *La Ley*, 1999, Ref. D-119, Tomo 3.

<sup>25</sup> *Cfr.*, DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Bogotá, 1961, pp.105 y 115.



(principios del proceso) y aquellos otros que miran a la organización del proceso (principios del procedimiento). En este segundo grupo se ubica el principio de oralidad (y su antagónico, el principio de escritura).

Conviene aclarar asimismo que, por la imprescindible parquedad en la extensión de la exposición, no podemos agotar todas las referencias doctrinales en la materia, tanto las que habitualmente calificamos como “clásicas” del Derecho procesal, aunque sus planteamientos y opiniones no lleguen siquiera a tener un siglo de antigüedad, como las más modernas, ya sean nacionales o extranjeras. Desde todas ellas se ha delimitado conceptualmente el principio de oralidad en el proceso civil, e igualmente desde su magisterio se hace presente la singularidad del citado principio, sus implicaciones, sus ventajas, sus inconvenientes, su acoplamiento y enlace con otros principios fundamentales, y su encaje en definitiva como elemento de eficiencia del proceso civil.

Debemos comenzar delimitando, según la tradición procesal, el criterio por el cual calificamos un procedimiento (sea del orden jurisdiccional que sea) como oral o escrito. Oralidad y escritura<sup>26</sup> son formas procedimentales, y no va a ser el mero predominio de una sobre otra la que califique el procedimiento como oral o escrito. Ni siquiera implica que se proscriba totalmente de un proceso calificado como oral o escrito la realización de actos en la forma contraria a la que lo caracteriza. Entonces, como señala CAPPELLETTI<sup>27</sup>, el problema de la oralidad y de la escritura viene determinado como una cuestión de prevailecimiento o de coordinación, no de total exclusión. Así por ejemplo nuestra Constitución Española alberga el principio de oralidad en el art. 120.2 estableciendo que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”, es decir, no supone la absoluta consagración de la oralidad (sólo “predominantemente”). En definitiva, como bien concluyó CARNELUTTI<sup>28</sup> “resulta que hablar y escribir no son medios equivalentes sino más bien medios complementarios... por eso el proceso no puede y no debe renunciar ni al uno ni al otro; ni tampoco si el hablar debe dominar al escribir o viceversa; sino cuál de los dos medios debe concluir el diálogo”.

Lo anteriormente expuesto tampoco nos debe conducir al equívoco de aceptar entonces una posible clasificación en “procesos mixtos”<sup>29</sup> por el hecho de que los actos se

---

<sup>26</sup> Vid., PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., “Oralidad y escritura en el proceso civil”, *Trabajos y orientaciones prácticas de Derecho Procesal*, Madrid, 1964.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, M.: “Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo”, *Giustizia e società*, Milán, 1972, pp. 151-152, que afirma que “unánime es, por parte de los relatores, la exclusión, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales; por lo que el problema de la oralidad y de la escritura viene a menudo indicado como un problema de prevailecimiento o de coordinación, no de total exclusión”.

<sup>28</sup> CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal civil y penal*, reedición, México, 1994, p. 100.

<sup>29</sup> Cfr., CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*, cit., pp. 159, indica que todo proceso moderno es mixto, pero que deberá ser llamado oral o escrito según el sitio que reserve a la oralidad y a los escritos y, sobre todo, según la manera como esté desenvuelta en él la oralidad. En la misma línea se manifestó DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Bogotá, 1961, pp. 116, indicando que “en casi todos los países que han adoptado el procedimiento oral, se ha reglamentado, en verdad, un procedimiento mixto, con predominio de la forma oral, pero con participación más o menos acentuada de la escrita”.

desarrollen en ambas modalidades. El proceso debe ser calificado como oral o escrito, no cabe un tercer género.

El elemento de referencia deberá centrarse<sup>30</sup> en el momento en que las partes aporten al juez el material fáctico y probatorio para que éste lo someta a su consideración. La forma elegida por el legislador en el planteamiento de la controversia<sup>31</sup>, sea por escrito u oralmente ante el juez, en que cada parte libremente y en igualdad reproduce y comunica sus medios de ataque y defensa (tanto de hecho, como de derecho), propone sus pruebas y plantea sus excepciones en relación con las pretensiones y resistencias esgrimidas en unidad de acto, será el rasero por el cual se dilucide la consideración de oral o escrito de un procedimiento.

Unánimemente<sup>32</sup> se ha considerado a CHIOVENDA<sup>33</sup> como uno de los mayores defensores de la oralidad. Parece por ello obligado acudir a sus postulados como primera fuente y referencia principal para determinar, en la visión pretérita de la oralidad en el proceso civil, la importancia de este principio y sus consecuencias.

El primer argumento esgrimido por CHIOVENDA para defender la benignidad del procedimiento oral es de carácter histórico. Según el autor, la experiencia ofrecida en los antecedentes –desde el derecho romano- permite agregar “sin titubeos, que el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos y el que mejor conviene a la naturaleza y exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad”. A día de hoy entendemos que este considerando se mantiene intacto, y que, sin perjuicio de otros motivos que iremos exponiendo, la oralidad es, procedimentalmente hablando, más sencilla y rápida, y por tanto eficiente, en el proceso civil que la escritura que nos conduce a una tramitación farragosa, burocrática, despersonalizada y distante.

Para CHIOVENDA el principio de oralidad se descompone en la aplicación de una serie de elementos para la consideración de un procedimiento como tributario del principio de oralidad:

predominio de la palabra hablada como medio de expresión, atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación<sup>34</sup>. Insistiendo en que no exige que se prescinda de la escritura en el proceso sino únicamente de “darle el sitio que le corresponde” teniendo en cuenta, juicio del autor que suscribimos plenamente, “que la viva voz le coloca

---

<sup>30</sup> Cfr., CAPPELLETTI, M., “Valor actual del principio de oralidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm., 10, 1960, p. 85.

<sup>31</sup> CALAMANDREI, P., *Derecho procesal civil*, reedición, México, 1996, p. 72, señalaba que “el procedimiento se califica como oral o escrito ... del predominio de un carácter sobre el otro... el momento típico que se tiene presente para ver si en un procedimiento predomina la escritura o la oralidad, es el de las deducciones de las partes”.

<sup>32</sup> Vid., por todos, GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal*, segunda edición, vol. I, Madrid, 1949, p. 228.

<sup>33</sup> Cfr., CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*, cit., pp. 153-175.

<sup>34</sup> Cfr., CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*, cit., p. 161, establece que los escritos cumplen una doble función en el proceso oral. La primera es la de preparar la sustanciación de la causa, puesto que el primer escrito preparatorio es el que contiene la demanda judicial, y además los escritos, en general, son la forma de las deducciones; una demanda, una excepción, una proposición de prueba, no es válida si no se hace por escrito. La segunda función

al juez en mejores condiciones de apreciar lo declarado... la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce”.

Inmediación<sup>35</sup> de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar. Desde una mayor amplitud la exigencia de que los medios de prueba se practiquen directamente ante el juez, guardando por tanto una íntima correlación entre ambos principios. GÓMEZ ORBANEJA<sup>36</sup> indicaba que “el principio de inmediación exige que el juez que pronuncia la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y presidido a ella, y , aun más radicalmente, oído a las partes en sus alegaciones y deducciones ... de forma que pueda apreciar por sí mismo las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas relativas al litigio, fundándose en la impresión inmediata recibida y no en referencias ajenas”, concluyendo que así entendido “sólo en un proceso oral la inmediación puede ser plena y verdaderamente aplicada”.

Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante el juicio. Es imposible llevar a efecto los principios de oralidad e inmediación si las diferentes actuaciones del proceso se verifican ante personas físicas distintas, pues la impresión recibida de las alegaciones de las partes es personal e intransferible de un juez a otro. Requiere por tanto lo que podría denominarse a nuestro juicio, tomando la concepción originaria de CHIOVENDA, “unidad personal”<sup>37</sup>.

Concentración en la sustanciación de la causa en un periodo único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas. Nos referimos a otro gran principio indisolublemente entroncado con la regencia de la oralidad en el proceso. Al vincularse oralidad a presencia directa del juez (inmediación) y a lo que hemos denominado unidad personal (identidad entre los intervinientes en el proceso), no cabe más opción que la necesaria proximidad ininterrumpida en el desarrollo de los actos procesales nucleares del proceso. No debe confundirse la concentración con la brevedad procesal. La concentración, como principio procesal derivado de la exigencia de

---

<sup>35</sup> Vid., IGARTUA SALAVERRÍA, J., “El nombre de la inmediación en vano”, *La Ley*, núm., 5768, 2003, pp. 1-ss.

<sup>36</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal*, cit.

<sup>37</sup> En una posición que no compartimos se pronuncia la Sentencia de la AP de Madrid de 21 de febrero de 2003 (sección 22.<sup>a</sup>), referencia Westlaw JUR/2003/94120, que no declara la nulidad de unas actuaciones en un procedimiento de incapacitación de una persona entendiendo que “puesto que de la exposición de motivos del nuevo texto procesal se deduce que la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la justicia al justiciable... como en la determinación de lo verdaderamente controvertido, de manera que en la práctica de la prueba, y para una mejor valoración, se hace preciso cumplir con el principio de oralidad y de inmediación; en suma, y en consecuencia con lo anterior, se viene a introducir una novedad capital que es la práctica de toda la prueba en el juicio o vista. En este sentido, la ley ha diseñado los procesos declarativos de modo que la inmediación y la oralidad hayan de ser realmente efectivas... y en todos los casos, en ambos procedimientos es inexcusable la presencia del juzgador. Sin embargo, y ello también es recogido en la exposición de motivos de la ley, no es posible prescindir de particularidades justificadas relativas a ciertos aspectos del procedimiento mismo o de los procesos especiales. En consonancia con lo anterior, los procesos especiales, entre los que se encuentra el relativo a la capacidad de las personas, tienen unas inequívocas e indiscutibles particularidades que han dado lugar, en relación al trámite procesal que hacen que la vista no constituya el acto procesal esencial del procedimiento, puesto que la protección del interés que se ventila exige que ciertas pruebas, o diligencias, que deben realizarse al margen y fuera del acto de la vista. En conclusión no puede decirse que el hecho de que el acto de la vista no haya sido presidida ni celebrada por la juez que dictó la sentencia, haya dado lugar a la vulneración de los principios inspiradores de la nueva LEC.”

oralidad, repercute en la eficiencia del proceso como exigencia de continuidad, como garantía de constancia y persistencia en el desarrollo de las audiencias en las cuales se ventilan las alegaciones de las partes y las pruebas que verifiquen los hechos que sustentan las pretensiones y resistencias esgrimidas. Y tras ellas, sin ruptura ni interferencias, la sentencia.

Consideración aparte merece el principio de publicidad hermanado históricamente a la oralidad, tal y como apuntó ALMAGRO NOSETE<sup>38</sup>. Indica el autor, a cuya postura nos sumamos, que el principio de publicidad viene referido a la posibilidad de control de los actos por los terceros asistentes a las sesiones que se celebran en la sala o local del tribunal o juzgado en que se desarrollan “coram populo” las actividades procesales, resultado con ello una garantía más política que del proceso, incluso reconocida como derecho fundamental<sup>39</sup> en el art. 24 de la Constitución Española vigente. En este sentido el principio de publicidad de ve favorecido por la actividad oral. Pero la publicidad no es absoluta, sino que en determinadas actuaciones procesales puede quedar restringida, sin llegar al extremo del secretismo, en cuyo caso los actos de las partes y el órgano jurisdiccional pueden desembocar en actuaciones escritas y no públicas.

Evidentemente el principio de oralidad recibe objeciones<sup>40</sup>. Sintéticamente podemos aludir a que se le achacaba que podía dar lugar a una decisión judicial superficial y precipitada, quizá en buena parte, entendemos personalmente, por la confusión de lo que debe entenderse como principio de concentración y lo que no debe verse como brevedad o premura procesal. También se le imputa que favorece decisiones judiciales influidas por la elocuencia<sup>41</sup> de los intervinientes, situación que por la propia preparación del juez no debería temerse. Igualmente, de forma sinóptica, pueden recapitularse sus puntos fuertes: simplificación procedimental, reducción del formalismo, mejor y más directo conocimiento del asunto por parte del juez.

### III.- HOY

Contemporáneamente el principio de oralidad, entendido en los términos y límites anteriormente expuestos, no ha experimentado grandes cambios en la visión y estudio que del mismo ha realizado, y realiza, la doctrina procesal. Sus bases son sólidas, difícilmente variables, y las apreciaciones que se realizan sobre el mismo vienen dadas básicamente por dos motivos: uno, ante la aparición de cualquier reforma procesal de envergadura una de

---

<sup>38</sup> ALMAGRO NOSETE, J., TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho procesal*, T. I, Madrid, 1993, p. 174.

<sup>39</sup> *Vid.*, FONTÁN SILVA, E.J., “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en el orden civil. El panorama interno e internacional de su contenido”, *La Ley*, 2000, Ref. D-265, Tomo 8. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2007, de 8 de octubre, fundamento jurídico segundo.

<sup>40</sup> *Vid.*, CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*, cit., pp. 165-ss. Una revisión actual de las ventajas e inconvenientes de la oralidad se encuentra en el trabajo de NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, *Justicia*, num., 1-2, 2007, pp. 101-ss.

<sup>41</sup> “Defiende las causas con esmero; pero sin exageraciones. El exceso de doctrina, el desmedido alarde de citas de autores, el refinado virtuosismo dialéctico, cansan al juez. Si escribes demasiado, no lee; si hablas con exceso, no escucha; si eres oscuro, no tiene tiempo para tratar de comprenderte. Para ganar las causas, hay que poner a colación argumentos mediocres y sencillos, que ofrezcan al juzgador el fácil camino de la menor resistencia”, *cfr.*, CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, cit., pp. 106-107

las cuestiones que centra los focos de atención en sus momentos iniciales es la determinación de si el producto legislativo procesal ofrecido se puede encuadrar dentro de los procesos orales o si bien, por el contrario, responde más a un modelo escrito. El segundo motivo que también hace correr tinta entre los estudiosos es si una vez asimilada la opción del legislador por uno u otro modelo en la forma procedimental con ello se aporta eficiencia<sup>42</sup> a las actuaciones procesales.

Ni en uno ni en otro caso los cimientos del principio de oralidad, tal y como se formuló por nuestros predecesores, se tambalean o cuestionan<sup>43</sup>. Es cierto que comienzan a presentarse matices y propuestas de relectura de sumo interés, como las apuntadas atinadamente por NIEVA FENOLL<sup>44</sup>, para que se mantenga, en opinión del citado autor, “una correcta comprensión de la oralidad de la que dependería que no se acabe perdiendo la esencia de un principio que, aplicado en sus justos términos, es muy beneficioso para la eficacia del procedimiento”.

Así, pues, el principio de oralidad<sup>45</sup> se ha asentado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>46</sup> de 2000, al igual que ocurre en buena parte de los procesos civiles de los

---

<sup>42</sup> Según el *Diccionario de la Lengua española* de la Real Academia, eficiencia es la virtud y facultad para lograr un efecto determinado.

<sup>43</sup> Véase los trabajos de FAIRÉN GUILLÉN, V., “Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm., 2, 1975, p. 309, y “Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm., 4, 1981, p. 547; GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 221-227; DE LA OLIVA SANTOS, A., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho procesal civil*, T.I, Madrid, 1992, pp. 131-134; LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1990, pp. 165-177; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Teoría general del derecho procesal*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 331-332.

<sup>44</sup> NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, cit.

<sup>45</sup> Como gráficamente establece la Sentencia de la AP de Barcelona de 15 de noviembre de 2001 (sección 16.<sup>a</sup>), referencia La Ley 206317/2001 “por estar regido por los principios de oralidad, inmediación y concentración, todas las actuaciones son orales y deben llevarse a efecto en el propio acto del juicio y también su prueba, con presencia real e intervención efectiva”. Véase el trabajo de RODRÍGUEZ MERINO, A., “Oralidad y reforma del proceso civil”, *Crisis de la justicia y reformas procesales*, Madrid, 1988, pp. 617-627.

<sup>46</sup> En la vigente LEC, y junto a la audiencia previa oral del juicio ordinario (414 y ss. LEC), se han instaurado una audiencia principal (art. 289.1 LEC) que establece que las “pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad”, y que el art. 290 corrobora al señalar que se practicarán en unidad de acto, frente al antiguo sistema de “posiciones” (pliegos escritos de preguntas), los arts. 305 y 306 facultan a los abogados a interrogar directamente a las partes quienes habrán de contestar por sí mismas. Igual ocurre con la prueba de testigos (arts. 368 a 372 LEC), en tales interrogatorios el juez podrá solicitar verbalmente aclaraciones o precisiones (arts. 306.1.II y 426.6 LEC). Asimismo las conclusiones escritas han sido sustituidas por informes orales (art. 433.2 LEC), las resoluciones interlocutorias en las vistas habrán de ser orales (art. 210.1 LEC) y tales actuaciones habrán de registrarse en soportes de grabación y de reproducción del sonido y de la imagen (art. 147 LEC). Para los asuntos de escasa cuantía (inferior a 3000 euros) el juicio verbal mantiene la oralidad, art. 443. *Vid.*, MONTERO AROCA, J., “La nueva Ley de enjuiciamiento civil española. Los poderes del juez y la oralidad”, *Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2001, pp. 555-636.

países europeos<sup>47</sup>, primando simultáneamente el principio de inmediación (art. 137 LEC), salvo en el caso de la apelación, medio de impugnación tradicionalmente oral en nuestro sistema y que se ha convertido en escrito por obra y gracia de la Ley de 2000, siendo éste uno de los puntos de mayor controversia.

El modelo de apelación diseñado por el legislador civil español de 2000 es criticable, tomando como parámetro el principio de oralidad. Justifica esa postura un motivo ostensiblemente palpable: no existe tal principio, salvo situaciones muy excepcionales en que la ley permite la celebración de vista y con ello de práctica de prueba (art. 464 LEC<sup>48</sup>), dándose carta de naturaleza a un modelo de apelación basado en la escritura. Se produce por tanto una tangible quiebra de la oralidad –e inmediación- en la segunda instancia civil actual en España. A nuestro juicio, a día de hoy, esta situación debería cambiar en el sentido de restaurar la obligatoriedad de la vista en la apelación, y con ello la reproducción de las alegaciones de las partes y, lo que es más importante, la práctica de la prueba ante el tribunal que debe resolver. Especial trascendencia tiene la situación descrita, y en atención a las características de la oralidad y de la inmediación que hemos planteado anteriormente, en la práctica y valoración de las pruebas de tipo personal, en las cuales no sólo el juzgador debe valorar lo que escucha sino como se produce la declaración, todos y cada uno de los matices que en la expresión verbal de las partes (interrogatorio), de los testigos y peritos puedan aportar un mejor criterio a la hora de fijar la verdad de los hechos.

Es sin duda un caballo de batalla sobre el cual debe reflexionarse si se pretende mejorar, y hacer más eficiente, el proceso civil español. La apelación debe retomar el rumbo tradicional de modelo oral que tuvo tradicionalmente en nuestro sistema procesal civil –al igual que se mantiene, con las ventajas que ello produce, en la apelación penal-. Acuciante se hace esta necesidad en cuanto a la valoración de las pruebas personales en la segunda instancia como hemos apuntado. El aporte de las grabaciones de las pruebas prácticas en primera instancia, para su análisis y valoración por el juzgador de apelación, no puede salvar los impedimentos y reparos<sup>49</sup> que levanta el dato, incontestable, de que

---

<sup>47</sup> Vid., GIMENO SENDRA, V., “Observaciones al Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil desde el derecho procesal europeo”, *La Ley*, 1999, Tomo 1, pp. 1794-1797. En el ámbito iberoamericano el principio de oralidad, fundamentalmente como elemento que reduce la duración de los procesos, ha sido recogido en el *Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica*, elaborado bajo el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyas bases generales –concretamente en la número 20- se indica “Debe procurarse la efectiva realización de los principios de publicidad, inmediación y concentración; para ello la oralidad resulta el sistema más eficaz”, *vid.*, al respecto JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, A., “Consideraciones sobre la unificación del derecho procesal civil”, *Actualidad civil*, núm. 16, 2003, pp. 403-ss.

<sup>48</sup> Para GIMENO SENDRA, V., “Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, núm., 6700, 2007, pp. 1-ss., “La consagración, como regla general y salvo supuestos de *ius novorum*, del principio de la «escritura» en la apelación (art. 464 LEC) ha ocasionado una merma notable de garantías para las partes”, recomendando el autor, en las conclusiones del trabajo citado, que “debiera reestablecerse la «oralidad» en la apelación”.

<sup>49</sup> Sentencia AP de Salamanca de 27 de noviembre de 2006, referencia La Ley 250816/2006, “implican que por regla general, deba concederse singular autoridad a la apreciación de la prueba llevada a cabo por el Juzgador en cuya presencia se practicaron. Es este Juzgador, y no el de alzada, quien goza de la especial y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente, sobre todo en la prueba testifical su expresión, comportamiento,

evidentemente no es lo mismo “visionar” una declaración a través de un medio de reproducción de imagen y sonido a “recibirla” en directo. Ni siquiera el que esta anómala situación<sup>50</sup> puede llegar incluso a ser denominada, de forma absurda e inconveniente por confusa, “oralidad documentada”<sup>51</sup>.

En segundo lugar queda por contrastar si la oralidad hace el proceso civil más eficiente, por tanto, si con la instauración de la oralidad en el proceso civil se logra imprimir a éste de alguna virtud para lograr el efecto deseado como es la dispensa de adecuada tutela judicial efectiva al ciudadano. Entonces, quizá pueda ser más propio hablar de la eficacia<sup>52</sup> del proceso civil, esto es, en palabras de RAMOS MÉNDEZ<sup>53</sup>, la “utilidad manifiesta para el fin que persigue”. Suscribiendo el planteamiento del autor aludido, esto “nos obliga a volver ahora los ojos a la realidad cotidiana del proceso, a su concreto desarrollo por impulso de las partes y de los tribunales de justicia... poco importa que la construcción dogmática sea coherente y más o menos perfecta. El proceso tiene una irresistible vocación operativa y si a la postre no funciona bien tal como está concebido y programado, hay que reajustar forzosamente los esquemas trazados”. Por tanto siguiendo las acertadas indicaciones del profesor RAMOS MÉNDEZ<sup>54</sup>, y trasladándolas al modelo de

---

rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido. De tales ventajas, derivadas de la inmediación y contradicción en la práctica de la prueba carece sin embargo el tribunal de apelación llamado a revisar esa valoración en la segunda instancia”.

<sup>50</sup> Que descarga casi en su totalidad la responsabilidad de la valoración de los medios de prueba en el juez de primera instancia. Así lo corrobora la Sentencia AP de Guipuzcoa (sección 2.ª) de 28 de septiembre de 2000, referencia La Ley 173456/2000 “es altamente improbable conseguir sustituir la valoración probatoria del Juez de instancia que ha gozado de la inmediatez siempre que éste haya fundamentado su criterio probatorio, a no ser, claro está, que se aporten nuevos medios de prueba o se evidencie incontestablemente un hipotético y fundamental error valorativo”.

<sup>51</sup> Sentencia AP de A Coruña (sección 3.ª) de 31 de mayo de 2006, referencia La Ley 71218/2006, alude a que la LEC instaura “una oralidad documentada, pues así lo exigen los derechos de las partes las nuevas técnicas para la reproducción de imagen y sonido, que han sido implantadas en nuestro Derecho Procesal, de manera que, con las garantías que la fe pública judicial implica y que ostenta el Secretario, pueden quedar además grabadas las pruebas practicadas en el proceso, con lo que se trata de perseguir una triple finalidad, frente al Juez de instancia, al Tribunal de apelación y a las propias partes litigantes; de manera que siendo frecuente la alegación en el recurso de apelación de error en la interpretación de las pruebas practicadas, es necesario para valorar tal causa el conocimiento de dichas pruebas, y si falta el soporte visual o bien éste carece de sonido, no se puede tener conocimiento del resultado de dichas pruebas, no sólo para formular el recurso, con lo que se le causa un perjuicio a la propia parte recurrente, sino que al tribunal de apelación se le priva de ello, lo que es necesario para resolver la apelación”.

<sup>52</sup> Entendida, según la Real Academia, *Diccionario de la lengua española*, como tratar de lograr hacer efectivo un intento o propósito.

<sup>53</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Barcelona, 1979, p. 252.

<sup>54</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, cit., pp. 253-254, donde establece tres magnitudes para valorar la dimensión de eficacia de un proceso: duración temporal, coste (económico) y organización judicial.

proceso civil español actual, podemos deducir, y afirmar, las siguientes cuestiones en relación con la vigencia del principio de oralidad y la eficacia del proceso:

la posición del juez en el proceso civil, muy especialmente en la primera instancia, es activa. En virtud de la vigencia plena de la oralidad en la audiencia previa y en la vista oral, momentos en los cuales las partes despliegan sus posiciones procesales. Con ello el proceso civil, en la primera instancia es ágil, cercano y aceptablemente rápido. No ocurre lo mismo en la segunda instancia, donde, como acabamos de referir, hay una quiebra palmaria de la oralidad y la posición del juez pasa a ser más pasiva, casi, si se me permite, de un juez lector y espectador de lo ya acontecido<sup>55</sup>. En este sentido si parece que en cuanto a duración del proceso civil se cumple la ratio de eficacia que la oralidad, como principio procesal, debe aportar.

la oralidad reduce costes, no solo temporales, sino económicos. A priori, con la oralidad la documentación, sobre todo en cuanto a las alegaciones de las partes, ha de verse reducida puesto que las pretensiones y posteriores posiciones y deducciones de las partes en el proceso se elevan oralmente ante el juez en las comparecencias y audiencias a que son convocadas. Aquí la realidad no es tan alentadora. Siguiendo, una vez más, la atinada posición de RAMOS MÉNDEZ<sup>56</sup> “la invasión del papel” está arraigada y asentada en el proceso civil, chocando diametralmente con lo que sería una verdadera preponderancia de la oralidad como principio general y expresión de la eficacia procesal civil en cuanto a una reducción de costes (y también temporal, abundando en el planteamiento del apartado anterior).

el último elemento del diagnóstico nos lleva a revisar si la organización judicial existente, al menos en el orden jurisdiccional civil, es la correcta en cuanto a medios (materiales y personales) y organización. El sentir general, en la doctrina, en el foro, e incluso en el ámbito político, es que no “pasa por su mejor momento” (si es que alguna vez hubo tal “momento”). Las quejas, incluso implorando o rogando como si de la ansiada lluvia primaveral se tratara, por la carencia de jueces suficientes (y preparados), de personal auxiliar, de medios materiales suficientes y modernos, son el pan nuestro de cada día. De nuevo acudimos al control de la situación que recientemente nos ofrece RAMOS MÉNDEZ<sup>57</sup>, en su doble y enriquecedora vertiente de teórico y práctico. El panorama que nos describe es desolador en cuanto a una hipotética medición de los tiempos que se dedican en cada juzgado a cada tipo de actividad, en una jornada normal, y en ítems tan sensibles como: porcentaje de trabajo burocrático que se documenta (el papel, que no la oralidad, añadimos nosotros) de forma medieval, comunicaciones prehistóricas y tiempo empleado en ellas (el papel, más que nunca presente, nada de medios de comunicación electrónicos o telemáticos, añadimos de nuestra cosecha), el trabajo dedicado a definir lo que se cree que dicen las reglas de juego (y siempre luego dejando constancia por escrito, no vaya a ser que alguna de las partes quiera impugnar...) o la realización de las audiencias “estresadas”, salvo excepciones (pronto hemos olvidado el sabio consejo de COUTURE, “en el proceso el tiempo no es oro, sino justicia).

---

<sup>55</sup> Véase al respecto el interesante trabajo de GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “La grabación del sonido y la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador”, *Jueces para la democracia*, núm. 48, 2003, pp. 81-87.

<sup>56</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, T. I, Barcelona, 2008, p. 42.

<sup>57</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, cit.



Por todo lo dicho anteriormente nos preguntamos: ¿no es más rápida, asequible y adecuada a la organización judicial, que presenta en la actualidad innumerables carencias, la comunicación directa del pensamiento –posiciones procesales- de las partes y el juez de viva voz? Si la respuesta es positiva, entonces la oralidad es una virtud que logra el efecto deseado de facilitar la función judicial y hacerla eficiente. Si la respuesta es negativa, entonces olvidemos la oralidad y sigamos construyendo montañas de papel, en forma y manera de expedientes judiciales, en nuestros juzgados y tribunales. Como conclusión nos parecen suficientemente elocuentes las palabras de ALMAGRO NOSETE<sup>58</sup> al indicar que “por medio de la oralidad se intenta conseguir concentración, intermediación y publicidad, todo ello en beneficio de la celeridad que se traduce en eficacia y de la ejemplaridad cara a los propios justiciables y a los ciudadanos en general. Hecha esta última salvedad conviene decir que el tema de la oralidad en España no puede plantearse como una cuestión académica sino en función de la realidad procesal vigente”.

#### IV.- MAÑANA (COMPENDIO FINAL)

Breve y sumariamente, aprovechando lo más sustancial de la materia ya expuesta latamente, vamos a tratar de presentar algunas de las ideas fundamentales que la vigencia del principio de oralidad -en relación con el caso español- puede proyectar, hacia el futuro, en un proceso civil eficiente.

1.- El principio de oralidad puede ser una virtud que aporte eficacia a la actividad procesal y con ello aumente la eficiencia del proceso civil.

2.- La oralidad aporta un acercamiento al justiciable que no se debe perder, es más que se debe potenciar. Fortalece la confianza en la justicia. Humaniza el proceso, el juez tiene “rostro”, la justicia es más personal, más cercana, más real sin que ello afecte en modo alguna las garantías constitucionales de imparcialidad e independencia de la misma. El predominio del principio de escritura implica un alejamiento y burocracia no deseables.

3.- La escritura, frente a la oralidad<sup>59</sup>, “no satisface plenamente nuestra curiosidad, no contesta a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de una misma cosa. En la voz viva hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras minúsculas circunstancias las cuales modifican y desarrollan el sentido de las palabras generales, y nos suministran innumerables indicios a favor o en contra de lo que las palabras afirman. Esa lengua muda, la elocuencia del cuerpo, siendo más interesante, es más verídica que las palabras, y sólo en menor grado logra esconder la verdad. Todos esos signos se pierden en la escritura, y le faltan al juez los más claros y seguros argumentos”. Quizá, pecando de cierta contumacia en nuestra preferencia por la oralidad, la escritura es “cosa muerta”.

4.- La oralidad no relega al ciudadano a ser un “numero”, un “expediente”, o un “legajo”, sino que a ojos del juez es alguien con cuerpo y voz, que acude a demandar tutela efectiva para sus derechos a quien constitucionalmente se le ha conferido tan importante tarea. Quizá esta última dimensión no pueda ser calibrada en términos de eficiencia procesal, pero para mí, no tiene ningún elemento de cálculo comparable en cuanto al atractivo que respecto de la visión del ciudadano sobre la justicia en sí, y al derecho procesal, le puede irrogar.

---

<sup>58</sup> ALMAGRO NOSETE, J., “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Para un proceso civil eficaz*, ed. Ramos Méndez, F., Barcelona, 1982, pp. 14-15.

<sup>59</sup> PAGANO, M., *Consideraciones sobre el derecho criminal*, 1787, capítulo XXI.

5.- La oralidad es más “bilateral” que la escritura, hace el debate más intenso, y más acorde a la naturaleza dinámica y tuitiva<sup>60</sup> del proceso. La escritura es más estática y aséptica.

6.- La oralidad elimina actos superfluos, redundantes, dilatorios y que encarecen en tiempo y coste el proceso civil. Su imbricación con los principios de inmediación judicial y concentración son vitales para la eficiencia del proceso. Esto no significa la radical proscripción de la escritura, pero sí un necesario alivio de la misma, reconduciéndola a aquellas situaciones en que la seguridad jurídica demanda de la constancia de las actuaciones (y no solo en soporte escrito, sino que, como nuestra LEC ya permite, en cualesquiera otros soporte de grabación magnética).

7.- De forma muy concreta se podrían analizar cambios en algunas actuaciones del proceso civil como pudieran ser, sin ánimo de exhaustividad; apoderar al procurador apud acta ante el secretario sin necesidad de más formalidades –ello además disminuye gastos-, presentar la demanda oralmente y de forma sucinta ante el juez, e igualmente la contestación, dejando en ambos casos para actos orales posteriores (audiencia previa fundamentalmente) el planteamiento de excepciones, proposición de prueba, tal y como ya se viene haciendo a tenor de los arts. 414 y siguientes de la vigente LEC.

8.- Urge, finalmente, adecuar la segunda instancia civil (apelación) al modelo formal de la oralidad. Es inaplazable esta necesidad respecto a la valoración, por el órgano judicial, de aquellas pruebas de carácter personal practicadas en la primera instancia. Sin la imprescindible inmediación del juzgador con la fuente de prueba desde luego que se pierde gran parte de la virtud que la oralidad como elemento eficaz del proceso civil aporta a la eficiencia del mismo.

---

<sup>60</sup> En el sentido de esta acepción que proporciona el *Diccionario de la Lengua española*, respecto de aquello que “guarda, ampara y defiende”.







## **SEGUNDA PONENCIA**



## **COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA**





## PROBLEMÁTICA JUDICIAL DE LA DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES ORALES

FEDERIC ADÁN DOMÉNECH

Profesor Agregado Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades que introduce el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el ordenamiento jurídico procesal, se concreta en la regulación del precepto 147 del texto normativo<sup>61</sup>. En esta norma, acorde con la evolución tecnológica de nuestra sociedad se permite abandonar la arcaica necesidad de que el secretario judicial, cual transcriptor, deba documentar en una acta, toda y cada una de las actuaciones procesales de carácter oral que se realizaban en las comparecencias o vistas judiciales.

De esta forma, las directrices del art. 147 LEC contribuyen a flexibilizar la laboriosa tarea de documentación del secretario judicial, al permitir, según dicción literal de la norma, que las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, limitándose en estos supuestos la documentación del secretario judicial, en correlación con lo establecido en el apartado segundo del art. 146 del Código procesal, a la consignación junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, de las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como a las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

La regulación de esta norma constituye una evidente medida tendente a potenciar la oralidad como principio informador del proceso civil<sup>62</sup>. Sin embargo, esta loable voluntad del legislador procesal en aras tanto a contribuir a la modernización de la Administración

---

<sup>61</sup>El carácter novedoso de la regulación de las directrices del art. 147 LEC, es puesto de manifiesto por ARANGÜENA, al afirmar que “el nuevo artículo 147 de la LEC presenta un contenido totalmente novedoso, inexistente hasta la fecha en la legislación procesal no sólo civil, sino igualmente de los restantes órdenes jurisdiccionales. Tan es así, que podríamos decir que no hay precedente directo sobre el particular”. ARANGÜENA, C.; “Comentario al art. 147 LEC”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Director LORCA NAVARRETE, T. III., Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 966. De la misma forma, ROVIRA sostiene que “sin lugar a dudas, una de las grandes innovaciones de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido reforzar la oralidad, dando cumplimiento al tácito mandato constitucional del art. 120.2 CE (Berzosa Francos). Evidentemente este principio debía venir acompañado de una serie de medidas, tanto a nivel material como humano. Una de esas medidas fue disponer que las actuaciones orales en vistas y comparecencias se debían registrar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen”. ROVIRA, O.; “Cuando falla la grabación de las vistas y comparecencias orales”, *Juris*, noviembre 2006, p. 32.

<sup>62</sup>En este mismo sentido, ARANGÜENA considera que “se trata, además, de un paso necesario en atención a la vigencia del principio de oralidad que ha venido a establecerse con decisión en las nuevas estructuras procesales civiles”. ARANGÜENA, “Comentario”, cit., p. 968.

de Justicia en coherencia con los tiempos en que vivimos, como con la intención de facilitar la labor del secretario judicial no se encuentra exenta de problemas, como consecuencia de la precariedad de alguno de los recursos materiales tecnológicos, de su incorrecta utilización, o por la defectuosa materialización de las actuaciones procesales.

En la práctica forense, la obligatoriedad de registrar las vistas y comparecencias orales se ha traducido en su grabación mediante cámaras instaladas en las diferentes salas de Justicia de los órganos judiciales civiles, materializándose el contenido de las mismas en una cinta de video o en un CD<sup>63</sup>. El resultado de la grabación como constatación material de lo acontecido en la vista o comparecencia constituye un elemento fundamental tanto para la decisión del órgano judicial como para las partes a efectos de articular su derecho a revisar en segunda instancia un pronunciamiento judicial contrario a sus intereses<sup>64</sup>. En consecuencia, la defectuosa grabación puede vulnerar o cuanto menos coartar el derecho de defensa de las partes, e imposibilitar la función revisora que caracteriza al recurso de apelación, al impedir al Tribunal de segunda instancia un nuevo examen de las actuaciones realizadas en la primera de las instancias<sup>65</sup>.

A nuestro entender, no resultan susceptibles de un tratamiento unitario todos los posibles defectos o inexactitudes contenidas en la grabación de las vistas o comparecencias, sino que dispares serán sus consecuencias en función de su concreción material y su incidencia en el derecho de defensa de las partes, por lo que deviene necesario en este trabajo diferenciar dos cuestiones objeto de estudio, en primer lugar, determinar los diferentes supuestos contrarios a la correcta grabación de los actos orales, y

---

<sup>63</sup>El carácter obligatorio de la grabación por medios electrónicos de las actividades procesales orales realizadas en las vistas o comparecencias, es puesto de manifiesto por la *SAP Girona, Sección 2ª, de 20 noviembre de 2007*, en la que se afirma que “de lo expuesto resulta que el registro del desarrollo de la vista del juicio oral en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, tiene carácter obligatorio, y que, por lo tanto, el acta detallada, como instrumento de documentación de dicha vista, es subsidiaria de aquel registro”(JUR 2007\182041). Esta misma línea de argumentación es defendida por: *SAP de Madrid, Sección 9ª, de 11 de enero de 2008*, (Id Cendoj: 28079370092008100033); *SAP de Castellón de la Plana, Sección 3ª, de 7 de diciembre de 2007*, (Id Cendoj: 12040370032007100421); *SAP de Jaén, Sección 2ª, de 11 de octubre de 2007*, (Id Cendoj: 23050370022007100317); y *SAP de Jaén, Sección 2ª, de 27 de junio de 2007*, (Id Cendoj: 23050370022007100308).

<sup>64</sup>La importancia del contenido de la grabación, a efectos de un futuro pronunciamiento judicial, es puesto de manifiesto por MAGRO SERVET, al sostener que “una de las ventajas de la grabación en vídeo de los juicios civiles es, precisamente, la que la Audiencia Provincial va a poder valorar debidamente y con la misma inmediación del juez civil la prueba ante el primero practicada, habida cuenta que la posibilidad de poder visionar la prueba eleva la inmediación de la primera instancia a la segunda”. MAGRO SEVET, V.; “Comentario art. 147 LEC”, *Proceso civil práctico*, Director GIMENO SENDRA, Madrid, 2001, p. 2-139.

<sup>65</sup>La influencia de la defectuosa grabación de los actos orales en el derecho de defensa del recurrente, resulta patente del contenido de la *SAP Girona, Sección 2ª, de 20 noviembre de 2007*, en la que se manifiesta que “en el presente caso, al no haber quedado grabadas las declaraciones de los testigos, resulta evidente que la Sala para nada puede apreciar el resultado de estas pruebas y la corrección de su valoración por la juzgadora de instancia, lo que genera una evidente indefensión ya no solo a la parte apelante, sino también a la apelada. Ello incide directamente en la efectividad del derecho a una segunda instancia, permitido en el presente caso por las normas procesales”. (JUR 2007\182041).

en segundo lugar, examinar las consecuencias jurídicas que les atribuye a cada uno de ellos, los pronunciamientos de nuestros órganos judiciales.

## II. SUPUESTOS DE DEFECTUOSA GRABACIÓN DE LOS ACTOS ORALES

Son distintas las hipótesis que pueden ser englobadas dentro de la defectuosa materialización de la grabación de los actos procesales orales, casos heterogéneos en función del grado de dificultad a efectos de verificar la realización y comprobación de las actividades procesales realizadas, pudiéndose distinguir hasta tres supuestos diferentes:

En primer lugar, la ausencia del soporte técnico donde debía resultar grabado el sonido y la imagen correspondiente a la vista o comparecencia en cuestión. Constituye, este el supuesto más excepcional en la práctica forense, concretándose en casos de extravío o pérdida de la cinta o CD en la que constaban registradas las actuaciones orales<sup>66</sup>.

En segundo lugar, la ausencia o defectuosa grabación de carácter total. En esta segunda posibilidad encuentran cobertura aquellos supuestos en que no se ha materializado la grabación por problemas técnicos que derivan de un incorrecto funcionamiento del soporte tecnológico<sup>67</sup>, o aquellos otros en que habiéndose registrado de forma oportuna las actividades procesales, el contenido registrado ha resultado borrado por un uso indebido o por negligencia<sup>68</sup>.

En tercer lugar, la grabación puede resultar defectuosa de forma parcial. Esta tercera hipótesis engloba un amplio abanico de posibilidades, esto es, la incorrecta grabación de la imagen<sup>69</sup>, el defectuoso registro del sonido<sup>70</sup>, por ausencia absoluta de audio o aun existiendo el sonido, que resulte imposible escuchar de forma correcta la actuación procesal por entrecortarse el mismo o por la existencia de ruidos externos que tapan o silencian las manifestaciones de las personas intervinientes<sup>71</sup>, y finalmente una combinación de errores del sonido y del audio<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup>SAP de León, Sección 1ª, de 10 diciembre de 2008, (AC 2008\324); SAP de Cuenca, Sección 1ª, de 7 marzo de 2007, (JUR 2007\249225); y SAP de Vigo, Sección 6ª, de 30 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 36057370062007100426).

<sup>67</sup>SAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 24 noviembre de 2007, (JUR 2007\67508), SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100696); y SAP de Jaén, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 23050370032007100409).

<sup>68</sup>SAP de León, Sección 1ª, de 28 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007100458).

<sup>69</sup>SAP de Granada, Sección 4ª, de 14 julio de 2007, (AC 2007\218); y SAP de Bilbao, Sección 3ª, de 22 de mayo de 2007, (Id Cendoj: 48020370032007100230).

<sup>70</sup>SAP de Santander, Sección 2ª, de 23 de julio de 2007, (Id Cendoj: 39075370022007100385).

<sup>71</sup>SAP de Girona, Sección 2ª, de 20 noviembre de 2007, (JUR 2007\182041).

<sup>72</sup>SAP de Málaga, Sección 4ª, de 7 de junio de 2007, (Id Cendoj: 29067370042007100140).

### III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DEFECTUOSA DOCUMENTACIÓN DE LOS ACTOS ORALES

No existe un criterio genérico entre las resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales respecto de los efectos jurídicos que producen los defectos del material fáctico donde debían recogerse los resultados procesales de lo acontecido en las comparecencias y vistas orales, por lo que procedemos a realizar un estudio conjunto de los diferentes supuestos anteriormente enunciados.

En cuanto a los dos primeros grupos de errores respecto de la grabación, esto es, tanto para las hipótesis de extravío del soporte como para los supuestos en que no se hayan registrado las actuaciones procesales o las mismas se hayan borrado, la consecuencia última es la desaparición del soporte documental que justificaba la existencia de su práctica y desarrollo. En estos casos, paradójicamente, y de forma contraria al espíritu innovador, que en este punto relativo a la documentación de las actuaciones judiciales orales sustenta el texto procesal, el elemento fundamental que toman en consideración nuestros órganos judiciales, a efectos de permitir la subsanación o no de la defectuosa grabación de las actuaciones procesales, se concreta en la tradicional acta que levanta el secretario judicial. A pesar de las novedosas directrices contenidas en el art. 147 LEC, en el sentido de permitir el registro de las actuaciones procesales en un soporte electrónico, el Código procesal no exime al secretario judicial de proceder a documentar las actividades procesales orales realizadas en las comparecencias o vistas. Si bien, no es menos cierto, que de acuerdo con los postulados del art. 146 del texto procesal, el contenido de la acta judicial resulta fuertemente limitado a la mera consignación de los datos relativos al tiempo y al lugar, a las peticiones y propuestas de las partes y a las resoluciones que adopte el tribunal, así como a las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte<sup>73</sup>, adquiriendo no obstante, el acta realizada por el secretario judicial, un carácter subsidiario respecto de la grabación en medio tecnológico<sup>74</sup>.

De esta forma, cuando a resultas de un contenido detallado y minucioso de la acta del secretario judicial, en la misma consten de forma completa las pretensiones de las partes y el desarrollo de las actuaciones procesales efectuadas en la comparecencia, en especial, el relativo a las pruebas practicadas, permitiendo valorar la razonabilidad de la conclusión del juzgador<sup>75</sup>, al recoger “el contenido y resultado del desarrollo del acto, de la proposición y admisión de las pruebas interesadas por las partes y concretamente de la inadmisión de la prueba”<sup>76</sup>, el acta del secretario judicial cumple una función subsanadora de los defectos de materialización de la grabación de las actividades procesales en medios aptos para la reproducción del sonido y la imagen<sup>77</sup>, pues “la pretensión de nulidad ha de

---

<sup>73</sup>Esta limitación del contenido del acta del secretario judicial no resultará de aplicación en aquellos supuestos en que de forma previa a la realización de la comparecencia o de la vista se acredite la imposibilidad de utilizar los medios tecnológicos, debiéndose en este caso, de acuerdo con el apartado segundo del art. 187 LEC, levantar acta por parte del secretario judicial sin limitación alguna en cuanto a su contenido.

<sup>74</sup>SAP de León, Sección 3ª, de 3 octubre de 2007, (JUR 2006\268177).

<sup>75</sup>SAP de Jaén, Sección 2ª, de 30 enero de 2007, (JUR 2007\155986); y SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 16 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 35016370042006100390).

<sup>76</sup>SAP de Zamora, Sección 1ª, de 16 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 49275370012007100285).

<sup>77</sup>Deja constancia de la función subsanadora del acta del secretario judicial, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 27 de junio de 2007, al sostener que “en tales

ser examinada en todo caso con absoluta cautela y con criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla, que se haya prescindido total y absolutamente de esas normas esenciales de procedimiento o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia y defensa, habiéndose ocasionado por ello efectiva indefensión, y no se produce en casos en los que no gravándose la vista por la defectuosa documentación debida a un simple fallo de los equipos técnicos, sí se documentó en forma extensa en el acta levantada”<sup>78</sup> por el secretario judicial.

No obstante, la práctica forense nos acredita que serán pocas las ocasiones en que se proceda a levantar una acta pormenorizada de las actividades realizadas en las vistas o comparecencias debido a su sustitución por su registro en soportes aptos para la grabación del sonido e imagen, por lo que de forma genérica la consignación de un acta detallada se circunscribirá a aquellos supuestos en que con anterioridad a la celebración de la comparecencia se haya comprobado el mal funcionamiento de los medios de grabación, debiendo, por imperativo legal conforme a las directrices del art. 187 LEC, proceder el secretario judicial a levantar el acta correspondiente.

En estos casos, de imposible materialización de las actuaciones judiciales en medios electrónicos, exige alguna resolución judicial un deber de informar a las partes que el acta será el único soporte en que conste documentada la actividad procesal oral, previsión que deja patente la SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 20 de enero de 2005, en la que se sostiene que “ha de entenderse que es preceptivo informar a las partes antes de la firma del acta que ésta va a ser el único medio de documentación de la vista, puesto que no es lo mismo firmar un documento que prácticamente carece de otra finalidad que no sea la de constatar por escrito la celebración del acto y la existencia de la grabación que recoge su contenido, (...) que firmar un documento que va a constituir la única referencia de lo ocurrido en la vista y conforme al cual deberán resolverse las cuestiones litigiosas, por lo que de acuerdo con el inciso inicial del citado artículo 146.2 debe recogerse lo actuado con la necesaria extensión y detalle, situación en la que lógicamente las partes antes de firmarlo pueden tener un legítimo interés, inexistente en otro caso, en revisarla ante la eventualidad de que la misma contenga errores u omisiones que puedan subsanarse en el acto”<sup>79</sup>.

---

condiciones y a la vista de lo dispuesto en el art. 187.2 de la LEC, hay que entender que el acta levantada bajo la fe del Secretario suple eficazmente el registro de las actuaciones en soporte apto para la grabación y reproducción que no ha podido utilizarse adecuadamente (por la causa que fuera), y desde luego representa un mecanismo idóneo de documentación”. (Id Cendoj: 38038370042007100260). Reconocen esta actividad subsanadora del acta: SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 16 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 35016370042006100390); SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 29 de junio de 2006, (Id Cendoj: 07040370052006100287); SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 14 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 38038370042007100466); SAP de Jaén, Sección 1ª, de 12 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 23050370012007100514); SAP de Jaén, Sección 2ª, de 11 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 23050370022007100317); y SAP de Jaén, Sección 3ª, de 9 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 23050370032007100402).

<sup>78</sup>SAP de Jaén, Sección 2ª, de 27 de junio de 2007, (Id Cendoj: 23050370022007100308). De la misma forma se expresan: SAP de Almería, Sección 3ª, de 22 de mayo de 2007, (Id Cendoj: 04013370032007100269); SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 10 de julio de 2007, (Id Cendoj: 15030370042007100399); y SAP de Sevilla, Sección 2ª, de 17 de enero de 2005, (Id Cendoj: 41091370022005100077).

<sup>79</sup>SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 20 de enero de 2005, (JUR 2005\140298).

En contrapartida, cuando el acta del secretario judicial resulte incompleta, no por su defectuosa realización, sino por cuánto cumplimiento de la limitación de los extremos que en ella deben constar consignados, de acuerdo con las reglas del art. 146 LEC<sup>80</sup>, se imposibilita la subsanación de la defectuosa grabación por ausencia de medio documental que acredite la práctica de las actividades procesales orales realizadas en la vista o comparecencia<sup>81</sup>.

En base a ello, antes de seguir adelante es preciso determinar que entiende la jurisprudencia menor de emanada de nuestras Audiencias provinciales, por una acta incompleta, catalogándose como tal a aquellos soportes documentales en los que “obra una diligencia de remisión a la grabación y se identifica a cada uno de los que intervienen en el acto, sin recogerse el íntegro contenido de sus manifestaciones”<sup>82</sup>, “no siendo bastante al efecto el acta sucinta que ha de acompañar a las vistas registradas en soporte audiovisual (arts 146 y 147 LEC)”<sup>83</sup>.

De esta forma, en todos aquellos supuestos en que concurren la defectuosa o inexistente grabación, con un acta sencilla del secretario judicial “nos encontramos, en suma, con que resulta vulnerado el deber de documentación que regulan los arts. 147 y 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en forma que se traduce en la privación de un doble material, alegatorio y probatorio, de que las partes se han servido y que el mismo tribunal precisa para su función enjuiciadora, lo que se traduce a la postre en indefensión”<sup>84</sup>, imposibilitándose el derecho al recurso de las partes por ausencia del material fáctico justificativo de sus alegaciones y la función jurisdiccional del órgano judicial de segunda instancia, al carecer éste de elementos de valoración respecto de los extremos que justifican los razonamientos contenidos en el pronunciamiento judicial objeto de impugnación. La consecuencia última de la ausencia de medio acreditativo de lo alegado y practicado en la vista o comparecencia correspondiente, es la declaración de la nulidad de actuaciones, en base a los artículos 238 y 240 LOPJ<sup>85</sup>, al regular como actos nulos de pleno

---

<sup>80</sup>La innecesariedad de levantar un acta minuciosa es defendida por la SAP de Girona, Sección 2ª, de 20 noviembre de 2007, al considerar que “ningún reproche merece esta actuación. Puesto que el juicio se está grabando tanto en imagen como en sonido, difícilmente se puede exigir la laboriosa y trasnochada redacción de un acta donde se recojan, siquiera sea de forma extractada, el contenido de las declaraciones de los que intervienen en él”. (JUR 2007\182041).

<sup>81</sup>AAP de Tarragona, Sección 3ª, de 14 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 43148370032007200298); y SAP de Jaén, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 23050370032007100409).

<sup>82</sup>SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 18 de septiembre de 2007, (Id Cendoj: 07040370032007100304).

<sup>83</sup>AAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 29 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 50297370052007200173); y AAP de Tarragona, Sección 3ª, de 13 de septiembre de 2007, (Id Cendoj: 43148370032007200223).

<sup>84</sup>SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 6 octubre de 2006, (AC 2006\1808).

<sup>85</sup>SAP de León, Sección 1ª, de 10 diciembre de 2008, (C 2008\324); SAP de Jaén, Sección 2ª, de 30 enero de 2007, (JUR 2007\155986); SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 29 de junio de 2006, (Id Cendoj: 07040370052006100287); SAP de León, Sección 1ª, de 28 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007100458), SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100696), SAP de Vigo, Sección 6ª, de 30 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 36057370062007100426); SAP de Huelva, Sección 1ª, de 24 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 21041370012007100213); SAP

derecho aquellos que se realicen prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, siempre que por esa causa haya podido producirse indefensión, circunstancia que acontece ante la ausencia del material alegatorio y probatorio desarrollado en las comparecencias o vistas, “pues no es dable mayor indefensión que la que supone la adopción de un pronunciamiento huérfano del necesario soporte fáctico”<sup>86</sup>, debiéndose, en consecuencia, retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno en que tuvo lugar el acto causante de la nulidad<sup>87</sup>.

En cuanto al último grupo de posibles errores que puede presentar la grabación, es preciso distinguir tres supuestos diferentes: En primer lugar, que la defectuosa materialización de la grabación se concrete en el incorrecto registro de la imagen. Este error de registro presenta una interpretación jurisprudencial diferente a los argumentos anteriormente sostenidos, al adoptar el propio texto procesal una mayor flexibilidad en cuanto a la exigencia de su corrección, conforme a las directrices del apartado primero del art. 187 LEC, que concede validez legal a aquellas grabaciones en la que solo se reproduzca el sonido<sup>88</sup>, siendo necesario, sólo para los supuestos en que el órgano judicial lo considere oportuno, una transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado en los soportes electrónicos correspondientes, por lo que la incorrección de la imagen no comportará la nulidad de actuaciones si el audio ha resultado correctamente gravado. Si por el contrario, el error existente en la grabación se concreta en el sonido, diferentes serán las consecuencias en función del alcance del defecto, siendo necesario para decretar la nulidad de actuaciones una imposible audición de la totalidad de la cinta o de los extractos fundamentales sobre los que las partes pretenden argumentar su recurso, por ausencia de sonido<sup>89</sup>, o por resultar la deficiencia acústica de tal magnitud que imposibilita una correcta audición<sup>90</sup>, independientemente de que la imagen sea correcta<sup>91</sup>, siempre y cuando con tal

---

de Cartagena, Sección 5ª, de 11 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 30016370052007100647); SAP de Murcia, Sección 3ª, de 1 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 30030370032007100353); SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 18 de septiembre de 2007, (Id Cendoj: 07040370032007100304); SAP de Málaga, Sección 4ª, de 7 de junio de 2007, (Id Cendoj: 29067370042007100140); AAP de Madrid, Sección 9ª, de 5 de junio de 2007, (Id Cendoj: 28079370092007200137); y SAP de Ourense, Sección 1ª, de 15 de mayo de 2007, (Id Cendoj: 32054370012007100194).

<sup>86</sup> SAP de León, Sección 1ª, de 10 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007100424).

<sup>87</sup> SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100696); SAP de Huelva, Sección 1ª, de 24 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 21041370012007100213); SAP de Murcia, Sección 3ª, de 1 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 30030370032007100353); AAP de Madrid, Sección 14ª, de 24 de julio de 2007, (Id Cendoj: 28079370142007200162); SAP de Málaga, Sección 3ª, de 29 de junio de 2007, (Id Cendoj: 29067370042007100176); SAP de Málaga, Sección 4ª, de 7 de junio de 2007, (Id Cendoj: 29067370042007100140); y AAP de Madrid, Sección 9ª, de 5 de junio de 2007, (Id Cendoj: 28079370092007200137).

<sup>88</sup>SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 26 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100785).

<sup>89</sup>SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100759); y SAP de Santander, Sección 2ª, de 23 de julio de 2007, (Id Cendoj: 39075370022007100385).

<sup>90</sup>En este sentido, considera justificante de la nulidad de actuaciones la SAP de Vigo, Sección 6ª, de 6 de octubre de 2006, cuando “los soportes aptos para la grabación y reproducción del sonido y



defecto concurra una acta sencilla del secretario judicial, pues de lo contrario, la extensión de la misma podría subsanar la defectuosa materialización de la grabación<sup>92</sup>. Finalmente, para el supuesto de que los errores en la grabación sean mixtos, esto es, tanto respecto del audio como del sonido, los defectos en la imagen no carecerán de mayor trascendencia de ser correcta la audición del soporte técnico, en caso contrario, de no ser posible la escucha de las actividades procesales, al igual que en el supuesto anterior, se decretará la nulidad de las actuaciones procesales orales<sup>93</sup>, retro trayendo las mismas al momento en que se produce esta nulidad, debiéndose proceder a su repetición<sup>94</sup>.

#### IV. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

Una vez analizados los supuestos en que los órganos judiciales decretan la nulidad de actuaciones por una defectuosa grabación de los actos orales, deviene a continuación preciso estudiar los motivos que justifican que nuestros Tribunales adopten un pronunciamiento judicial en este sentido, al ser objeto de revisión en segunda instancia. De un estudio jurisprudencial podemos englobar en dos grupos las causas que justifican la nulidad de actuaciones.

En primer lugar, por la propia naturaleza del recurso de apelación. Este medio impugnatorio de las resoluciones judiciales se configura como una institución procesal que permite una “revisión plena de las actuaciones, sin otra limitación que la impuesta por el principio de rogación, a través de la articulación del correspondiente recurso”<sup>95</sup>. “Los artículos 456 y 465.4 de la LECiv establecen el ámbito y extensión de la apelación. Su finalidad y razón de ser radica en que un segundo tribunal, la Audiencia, revise lo resuelto en primera instancia en función de las peticiones que hagan las partes en la segunda. En definitiva, la extensión del conocimiento del tribunal de apelación sobre el asunto sometido a su decisión, es la misma que la del juzgado de primera Instancia. La máxima aplicación de este principio se alcanza en la vigente LECiv mediante la imposición, salvo excepciones, (...) de que las vistas se graben (...). Ello permite que el tribunal de apelación pueda apreciar las pruebas practicadas por medio de una intermediación que, siguiendo las modernas terminologías, podría calificarse como virtual, de manera que puede ver y oír el resultado de la prueba en las mismas condiciones, o como mínimo muy semejantes, a las

---

de la imagen registran el sonido de modo tan defectuoso que hacen ininteligibles las declaraciones prestadas por partes y testigos de suerte que el tribunal no tenga forma de conocer el resultado de la actividad probatoria y, por ende, de la prueba misma, virtualmente amputada por defectos grabación”. (Id Cendoj: 36057370062006100398).

<sup>91</sup>SAP de Vigo, Sección 6ª, de 30 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 36057370062007100426).

<sup>92</sup>SAP de Málaga, Sección 6ª, de 20 de septiembre de 2007, (Id Cendoj: 29067370062007100409); SAP A Coruña, Sección 4ª, de 10 de julio de 2007, (Id Cendoj: 15030370042007100399); y SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 27 de junio de 2007, (Id Cendoj: 38038370042007100260).

<sup>93</sup>SAP de Málaga, Sección 4ª, de 30 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 29067370042007100467).

<sup>94</sup>SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 29 de junio de 2006, (Id Cendoj: 07040370052006100287); SAP de León, Sección 1ª, de 28 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007100458); y SAP de Castellón de la Plana, Sección 3ª, de 7 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 12040370032007100421).

<sup>95</sup>SAP de León, Sección 1ª, de 10 diciembre de 2004, (AC 2008/324).

del juez de primera instancia”<sup>96</sup>. En base a ello, “a falta de inmediación de la que, en principio, adolece el órgano judicial de segunda instancia sólo parcialmente puede ser suplida a través de la documentación de las actuaciones orales mediante los sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido previstos en la Ley (art. 147 LEC)”<sup>97</sup>.

En consecuencia, la imposibilidad de reproducir las actuaciones procesales, por ausencia de consignación telemática o documental, impide la “función de revisión de los elementos de hecho y de derecho relevantes para el dictado de la sentencia en grado de apelación”<sup>98</sup>, limitando la función jurisdiccional del órgano judicial de segunda instancia, que no podrá enjuiciar “si la decisión judicial adoptada responde o no a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad”<sup>99</sup>. De este modo, en definitiva “se está vedando al tribunal de apelación la posibilidad de ejercer su función revisora”<sup>100</sup>, incidiendo en la tutela judicial efectiva del recurrente, pues “dictarse sentencia sin posibilidad de revisar las pruebas practicadas ni ser practicadas en esta alzada, produciría indefensión material a la parte recurrente”<sup>101</sup>.

En segundo lugar, por vulnerarse el derecho de defensa de las partes. Formulado por la parte interesada recurso de apelación, el órgano judicial de segunda instancia deberá proceder, de acuerdo con los postulados del art. 456 LEC, a un nuevo examen de las actuaciones procesales llevadas a cabo ante el tribunal de primera instancia, circunstancia que devendrá de imposible realización en todos aquellos supuestos en los que, por la ausencia o por la defectuosa grabación de la imagen o sonido, resulte inviable su reproducción, y por ende, el análisis por parte de la Audiencia Provincial correspondiente, imposibilitándose al recurrente de la utilización de un material alegatorio y probatorio necesario para fundamentar su recurso, más y cuando, de acuerdo con este mismo precepto se limita la prueba a realizar en segunda instancia a casos puntuales entre lo que no encuentra cabida las pruebas ya practicadas<sup>102</sup>.

Sin embargo, para que esta indefensión sea efectiva, el defecto de la grabación debe recaer sobre elementos fundamentales tanto para la formulación de la pretensión de las partes como para el posterior enjuiciamiento de las Audiencias Provinciales, “de manera

---

96SAP de Girona, Sección 2ª, de 20 noviembre de 2007, (JUR 2007\182041).

97SAP de A Coruña, Sección 5ª, de 21 de mayo de 2007, (Id Cendoj: 15030370052007100282).

98SAP de León, Sección 1ª, de 10 diciembre de 2008, (AC 2008\324).

99SAP de Málaga, Sección 4ª, de 17 abril de 2002, (AC 2007\2142).

100SAP A Coruña, Sección 3ª, de 27 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 15030370032006100367); SAP de Vigo, Sección 6ª, de 30 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 36057370062007100426); SAP de Cartagena, Sección 5ª, de 11 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 30016370052007100647); y AAP de Madrid, Sección 14ª, de 24 de julio de 2007, (Id Cendoj: 28079370142007200162).

<sup>101</sup>SAP de Málaga, Sección 4ª, de 30 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 29067370042007100467).

<sup>102</sup>Respecto de este punto, al analizar la regulación de las pruebas que pueden realizarse en segunda instancia, la SAP de Málaga, Sección 4ª, de 30 de noviembre de 2007, sostiene que sólo se podrán efectuar los “medios de prueba taxativamente regulados en el artículo 460 de la LEC, entre los que no se incluye la practica de pruebas, interesadas, admitidas y que no pueden ser objeto de revisión por deficiencias técnicas en el soporte de grabación remitido por el Juzgado de Instancia”. (Id Cendoj: 29067370042007100467).

que el Juzgador debe valorar la entidad real del vicio advertido, su incidencia sobre los derechos de las partes, y si con ello se ha causado realmente indefensión o no, entendiendo por tal la privación a una parte del derecho a alegar y probar en el proceso sus derechos o intereses legítimos y a rebatir lo alegado por las demás partes, en definitiva la privación del derecho de defensa y contradicción, y sólo cuando el vicio observado sea de tal entidad podrá decretarse la nulidad, y no cuando estemos ante una mera irregularidad formal de escasa importancia o ante un procedimiento defectuoso por un error disculpable<sup>103</sup>, en consecuencia, deberá ser decretada por el órgano judicial la nulidad de las actuaciones procesales cuando la defectuosa materialización de las mismas, incida de forma decisiva en los elementos alegatorios o probatorios en que las partes fundamentan su defensa<sup>104</sup>, como a continuación analizaremos.

Respecto del material alegatorio, por ser las alegaciones de las partes las que delimitan el objeto del juicio, concretándose mediante ellas el *thema decidendi* y la causa petendi, por lo que la imposibilidad de reproducir las alegaciones efectuadas en las vistas o comparencias por los letrados de las partes personadas en el proceso, se erige como elemento justificativo de la nulidad de actuaciones<sup>105</sup>, por desproveer al órgano de segunda instancia de elementos fácticos que delimitan el objeto del juicio. Trasladando esta causa genérica a manifestaciones más concretas, sirva como ejemplo la SAP de Vigo, Sección 6ª, de 6 de octubre de 2006, en la que se justifica la nulidad de los actos procesales, manifestando que “la falta de grabación nos priva del conocimiento de la contestación a la demanda, de modo que es desconocida la oposición del demandado y los términos en que el debate resulta planteado en el proceso”<sup>106</sup>.

En cuanto al material probatorio, cuando el fundamento del recurso de apelación radique en la alegación por la parte recurrente de una valoración errónea del mismo efectuado en primera instancia, adquiere una especial importancia la constancia del resultado de la prueba practicada, pues es “el mismo con el que ha de enfrentarse el tribunal de la apelación, para repetir aquella función enjuiciadora con igualdad de

---

<sup>103</sup>SAP de Madrid, Sección 28ª, de 15 de enero de 2008, (Id Cendoj: 28079370282008100029).

<sup>104</sup>Sobre la necesaria concurrencia de la influencia de los defectos materiales respecto de los elementos fundamentales de las pretensiones de las partes, se pronuncia la SAP de Algeciras, Sección 7ª, de 9 de julio de 2007, al defender que “se debe de afirmar que la mera falta de grabación, o el que la realizada no se vea ni oiga, sólo debería conllevar la nulidad de lo actuado cuando resulte esencial para el órgano de la segunda instancia conocer lo que se dijo en el acto del juicio -lo que no siempre sucede-, pues sólo en ese caso producirá indefensión material a la parte la inexistencia de grabación apta para ser reproducida”. (Id Cendoj: 11004370072007100033).

<sup>105</sup>SAP de Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 25 de septiembre de 2006, (Id Cendoj: 07040370052006100334); y SAP de León, Sección 1ª, de 10 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007100424). Es contraria a esta opinión, la SAP de Algeciras, Sección 7ª, de 9 de julio de 2007, en la que se considera que “parece también oportuno puntualizar que lo que entendemos es esencial conste es lo que son las pruebas, de tal forma que si ello no figura de forma absoluta (...) procedería la nulidad, la cual, sin embargo, no cabe fundamentarla, a juicio de este Tribunal, en la no constancia de las alegaciones de los Sres. Letrados, por el simple hecho de que éstos tienen la posibilidad de reiterar todas esas alegaciones, y las demás que les suscite la Sentencia, una vez dictada ésta, al recurrir, impugnar la resolución u oponerse al recurso articulado de contrario”. (Id Cendoj: 11004370072007100033).

<sup>106</sup>SAP de Vigo, Sección 6ª, de 6 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 36057370062006100398).

facultades que tuvo el juez de la primera instancia<sup>107</sup>, a cuyo fin, el Tribunal de apelación tendrá que situarse en la misma posición que ocupó el Juzgador en la primera instancia, para que pueda ver lo que éste vio, y oír lo que éste escuchó en las actuaciones orales<sup>108</sup>, resultando insuficiente tanto aquellos soportes electrónicos que “no han recogido el sonido o lo registran de modo tan defectuoso que hacen ininteligibles las declaraciones prestadas por partes y testigos”<sup>109</sup>, o posibles adiciones y aclaraciones del perito al informe pericial<sup>110</sup>, como aquella acta “en la que se refleja únicamente las pruebas practicadas pero no el resultado de las mismas”<sup>111</sup>, pues tanto en uno como en otro caso, “el tribunal no (tiene) forma de conocer el resultado de la actividad probatoria y, por ende, de la prueba misma, virtualmente amputada por defectos grabación”<sup>112</sup>, restando los alegatos de las partes abocados a “la más absoluta orfandad, al quedar absolutamente desconectados del material aportado al acto del juicio”<sup>113</sup>.

Por todo ello, la imposible reproducción de las actuaciones orales realizadas en las vistas o comparecencias correspondientes y la ausencia de una detallada acta del secretario judicial “constituye una infracción de normas esenciales del procedimiento. Infracción que produce indefensión, al vedar a la parte el derecho de defensa y de libre acceso a los recursos establecidos en la Ley, al impedir al Tribunal "ad quem" valorar no sólo las alegaciones de la partes sino también el resultado de la prueba practicada”<sup>114</sup>. Sin embargo, respecto de la prueba es preciso indicar que la ausencia del material probatorio no siempre constituye causa de nulidad, pues la misma no deberá decretarse cuando la resolución judicial impugnada o las pretensiones de las partes se sustenten únicamente en la errónea valoración de la prueba documental, cuyo análisis por parte del órgano judicial no se encontrará condicionada a su visionado, sino que debido a su carácter físico constará en el expediente judicial, pudiendo ser objeto de percepción directa por parte del Tribunal de segunda instancia<sup>115</sup>.

---

<sup>107</sup>SAP de Vigo, Sección 6ª, de 6 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 36057370062006100398).

<sup>108</sup>SAP de Madrid, Sección 28ª, de 15 de enero de 08, (Id Cendoj: 28079370282008100029); y SAP de Huelva, Sección 1ª, de 16 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 21041370012007100254).

<sup>109</sup>SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100759).

<sup>110</sup>SAP de León, Sección 1ª, de 10 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007100424).

<sup>111</sup>SAP de León, Sección 3ª, de 3 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 24089370032006100389).

<sup>112</sup>SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 36038370012007100759).

<sup>113</sup>SAP de Vigo, Sección 6ª, de 30 de octubre de 2007, (Id Cendoj: 36057370062007100426).

<sup>114</sup>SAP de Valencia, Sección 11ª, de 29 de noviembre de 2007, (Id Cendoj: 46250370112007100529).

<sup>115</sup> SAP de Alicante, Sección 6ª, 11 de diciembre de 2007, (Id Cendoj: 03014370062007100336); y SAP de Málaga, Sección 6ª, de 25 de enero de 2007, (Id Cendoj: 29067370062007100108). Sostiene esta misma línea de argumentación la SAP A Coruña, Sección 5ª, de 27 de junio de 2007, al considerar que “la intermediación dota sin duda de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia apelada, de manera que sólo cabe su revisión, bien

---

cuando la prueba sea inexistente o no tenga el resultado que se le atribuya; bien cuando las consideraciones fácticas impugnadas no se apoyen en medidas de prueba especialmente sometidas a la percepción directa o intermediación judicial, como es el caso de la prueba documental o incluso de la pericial contenida en dictámenes escritos”. (Id Cendoj: 15030370052007100253).

## LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO CIVIL (LA TELEPRESENCIA JUDICIAL)

CAROLINA FONS RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Procesal. Universidad Abat Oliba (Barcelona)

### I. INTRODUCCIÓN

El uso de la videoconferencia en el foro persigue obtener un proceso civil eficiente, potenciando, entre otros, los principios de oralidad, intermediación judicial y economía procesal, por lo que examinaremos su práctica en los tribunales, refiriendo la necesidad de acudir al auxilio judicial para ello. Además, ejemplificaremos su uso en un supuesto concreto: en la práctica del interrogatorio de partes en los juicios ordinario y verbal. Y, para finalizar, abordaremos la posibilidad de acordar *ex officio* el uso de la videoconferencia.

El sistema telemático de videoconferencia se ha ido utilizando antes que en el ámbito público, en el privado<sup>116</sup>. Por lo que respecta al órgano jurisdiccional, el marco normativo que permite utilizar la videoconferencia lo hallamos, entre otros, en los arts. 229.3, 230.1 de la LOPJ; y 299.2 y 3, y 382 de la LEC.<sup>117</sup> Concretamente, el art. 229

---

<sup>116</sup> En este sentido y utilizado en la empresa privada, la SAP de Madrid, de 1 de febrero de 2000, (núm. 38/2000, Secc. 11ª, AC 2000\2991, recurso de apelación núm. 624/1999, Pte Suárez Robledano, José Manuel, fto. dcho. 2º) resuelve un conflicto en el que las partes contratan el servicio de videoconferencia simultánea desde Madrid a las ciudades de Barcelona, Bilbao, Santiago de Compostela, Sevilla y Valencia, de una duración de 2 horas, con asistencia de 150 personas, a fin de realizar el lanzamiento de un producto de laboratorio. La videoconferencia no se llevó a cabo por un fallo que produjo la falta de conexión desde Madrid con el resto de salas, por lo que la conferencia se anuló. Ante estos hechos, la AP descarta que la avería deba calificarse de imprevisible (art. 1105 del CC), y considera que estamos ante un incumplimiento contractual por negligencia (arts. 1101 y 1104 del CC), por lo que condenó al pago de la indemnización de daños y perjuicios impetrada, aunque minoró su importe dado que la pericia indicó que parte del gasto irrogado había sido recuperado.

En consecuencia, la sentencia estima que la falta de funcionamiento de la videoconferencia no se reputa imprevisible, originando una indemnización por daños y perjuicios, al estimarse incumplido el contrato que encargaba el uso de este medio técnico.

<sup>117</sup> Respecto al orden penal, vid. los arts. 707.2 y 448 de la LECrim, que regulan, respectivamente, el juicio rápido y la declaración de menores. Otro apoyo normativo lo encontramos en el art. 11 del Convenio entre los países miembros de la Unión Europea de 29.5.00, relativo a la asistencia judicial en materia penal, respecto a la declaración de testigos y peritos.

En la Comunidad Autónoma de Catalunya, a fin de impulsar la utilización de la videoconferencia, la Sala de Gobierno del TSJ y el Departamento de Justicia e Interior han suscrito un Protocolo General sobre el procedimiento a seguir para la utilización de la videoconferencia (Acuerdo del Pleno de la Sala de Gobierno de 4.2.03).

El uso de la videoconferencia en el arbitraje también se ha propugnado por LORCA NAVARRETE, A. Mª., “El uso de la videoconferencia en el arbitraje”, Diario La Ley, núm. 5839, año XXIV, 1 sept. 2003, ref. D-188, ed. La ley, La ley 1472/2003.

LOPJ<sup>118</sup>, que en su apartado primero consagra la oralidad de las actuaciones judiciales, y en el segundo, la inmediación y la publicidad, prevé en el tercero: “Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o el tribunal.

En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.”

Entre las ventajas que ofrece este medio, podemos destacar la consecución de economía procesal<sup>119</sup>, esto es, el ahorro de tiempo, dinero y trabajo, dado que se evitan gravosos (y costosos) desplazamientos, así como eventuales interrupciones o suspensiones de juicios, vistas y comparecencias (algunas podrían calificarse de dilaciones indebidas), toda vez que cabe lograr concentración y unidad en las actuaciones.

Además de la anterior economía procesal, la videoconferencia logra la presencia judicial o “telepresencia”<sup>120</sup> exigida por el art. 137 LEC<sup>121</sup>, bajo pena de nulidad de

---

<sup>118</sup> Introducido por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim. en materia de prisión provisional, afecta a los arts. 306, 325 y 731 bis LECrim.

<sup>119</sup> JIMÉNEZ ASEÑO, “Economía Procesal”, NEJ Seix (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix), t. VII, pp. 897 y ss., concibe la economía procesal como “aquella razón o ciencia que procura ahorrar el mayor esfuerzo o gasto posible en la actuación procesal para conseguir el fin propio del proceso”.

Respecto a otras ventajas, cfr. VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTÍN MARTÍN, G., *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, vol. I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 634-635; VALBUENA GONZÁLEZ, F., “La videoconferencia en la Administración de Justicia”, “Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos”, (coord. Murillo Villar, y Bello Pardos), Universidad de Burgos, 2005, pp. 591-603; y VELASCO NÚÑEZ, E., “La videoconferencia llega a los juzgados”, “La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía”, núm. 2, 2002, pp. 1778-1780.

En cuanto al uso de la webcam en el ámbito civil, enumera sus bondades MAGRO SERVET, V., “Nuevas Tecnologías. El uso de la *webcam* para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales”, “La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía”, núm. 5, 2004, pp. 1444-1451.

<sup>120</sup> El prefijo “tele” es sinónimo de lejanía, distancia.

<sup>121</sup> Precepto que regula la inmediación en declaraciones, pruebas, vistas y comparecencias. Sobre este art. 137 LEC, vid. entre otros comentarios, los de GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t. I, (coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau), ed. Iurgium, Barcelona, 2001, pp. 599-606; MAGRO SERVET, V., “Proceso Civil Práctico”, t. II, (dir. Gimeno Sendra; coord. Morenilla Allard), ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 360-376; y OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, (coord. Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández), vol. I, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 606-612.

actuaciones de pleno derecho. Del mismo modo, se alcanza la oralidad en actuaciones que tradicionalmente se han practicado mediante exhorto escrito (o han supuesto desplazamientos geográficos), por lo que la videoconferencia tiende directamente al logro de un proceso civil eficiente, ágil e incluso de mayor calidad, ya que consigue economía procesal, telepresencia judicial, oralidad, concentración y unidad de los actos, y no impide la publicidad.<sup>122</sup>

A mayor abundamiento, la implantación y generalización de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia constituye una realidad que se acabará imponiendo<sup>123</sup>, pese a que también quepa destacar algún inconveniente: puede pensarse que se pierde “frescura” o espontaneidad en las declaraciones, y que los equipos son caros. Sin embargo, las bandas ancha y de alta definición garantizan calidad y fiabilidad en la imagen, el secretario judicial la identidad de las personas, y el desembolso económico inicial se amortizará tras un tiempo de uso.<sup>124</sup> Otras objeciones de mayor entidad, sobre

---

<sup>122</sup> En un sentido similar, resaltan la intermediación, publicidad y oralidad en el uso de la videoconferencia, VELASCO NÚÑEZ, E., “La videoconferencia”, cit., pp. 1778-1780; y VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTÍN MARTÍN, G., *Comentarios*, cit., p. 634-635.

Respecto a los principios informadores del proceso, cfr. el excelente trabajo de BERZOSA FRANCOS, M<sup>a</sup> V., “Principios del Proceso”, *Revista Justicia* 1992, núm. III.

<sup>123</sup> En este sentido, resulta muy interesante el trabajo de GARRIDO CARRILLO, F.J., “El Secretario Judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, núm. 8, Granada, 2005, pp. 85-107, que examina diversas novedades tecnológicas en la oficina judicial, al amparo de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la LOPJ, tales como las notificaciones a través del sistema de *lexnet* (pp. 97-100), o el punto neutro judicial (pp.101-104). Cfr., igualmente, VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTÍN MARTÍN, G., *Comentarios*, cit., p. 639-644.

<sup>124</sup> La SAP de Salamanca, de 27 de junio de 2006, fto. dcho. 3º, núm. de sent. 303/2006, (LA LEY 175146\2006, recurso de apelación núm. 311/2006, Pte García del Pozo, Ildefonso), contempla los efectos jurídicos de la falta de funcionamiento y de un funcionamiento deficiente del medio tecnológico, concretamente analiza la ausencia de grabación y la grabación deficiente del juicio. Esta resolución es muy interesante porque clasifica las distintas soluciones a las que llegan las Audiencias Provinciales y que se alinean en tres posturas. Parafraseando a la citada SAP:

“La cuestión referente a la nulidad o validez de actuaciones como consecuencia de ausencia de grabación del juicio, o de deficiencias en la grabación realizada que impidan su visionado y/o audición, ha sido ya objeto de numerosos pronunciamientos judiciales por parte de las Audiencias Provinciales, que aparentemente al menos no ofrecen una solución uniforme. Tales resoluciones judiciales pueden clasificarse en los siguientes grupos:

1º.- Aquellas resoluciones que, en todo caso, vienen a considerar que la ausencia de grabación del juicio en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido no puede sino comportar la declaración de nulidad de actuaciones, por cuanto, al impedir al tribunal de apelación pronunciarse sobre la correcta o incorrecta valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia, no puede proporcionar la tutela judicial efectiva debida.

2º.- En alguna otra resolución se exige, en caso de falta de grabación, que el juicio haya sido documentado por medio de acta extensa y detallada realizada por el Secretario en la que se contenga fielmente todo lo acontecido en el acto de la vista, con conocimiento y aceptación de las partes de la falta de grabación y de la documentación del acta por el tradicional método de la escritura.



todo en el juicio penal, resaltan el menoscabo del derecho de defensa<sup>125</sup>, aunque en este orden jurisdiccional, la videoconferencia puede presentar otras ventajas, sin ánimo exhaustivo: conjura el riesgo de fuga de los procesados encarcelados, otorgando seguridad; salvaguarda a los menores y a las víctimas de violencia doméstica; y pueden hacerse reconocimientos en rueda sin desplazamientos.

## II. LA VIDEOCONFERENCIA Y EL AUXILIO JUDICIAL

El uso de la videoconferencia en los tribunales supone acudir al auxilio judicial<sup>126</sup>, esto es, al exhorto (o a la comisión rogatoria si la cooperación es internacional<sup>127</sup>), cuando concurren los presupuestos para ello, es decir, distancia excesiva, dificultad en el desplazamiento, circunstancias personales del declarante u otras causas análogas, que imposibiliten o hagan muy gravosa la comparecencia del declarante ante el juez que conoce del asunto, tal como se deduce del art.169.4 de la LEC<sup>128</sup>. Para su práctica, los jueces exhortado y exhortante han de estar provistos del aparato de videoconferencia, o bien tener acceso al mismo, ya que, normalmente, los diferentes órganos jurisdiccionales de un partido judicial, comparten una única instalación.

---

3º.- Otras resoluciones estiman que, en el supuesto de ausencia o de deficiencia de la grabación, ha de declararse la nulidad de actuaciones cuando no se disponga de acta extendida por el Secretario que recoja con extensión y detalle el contenido del juicio y cuando además el objeto del recurso sea la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de instancia...”.

Por nuestra parte y en virtud del principio de conservación de los actos procesales, nos alineamos en la tercera postura, es decir, si el juicio (y ello puede ser extensible a la videoconferencia) no se ha grabado o si dicha grabación presenta deficiencias, ello no ha de acarrear una automática declaración de nulidad de actuaciones. Se ha producido una infracción procesal, aunque la verdadera indefensión material supone la imposibilidad de articular el recurso de apelación, o no poder valorar un error en la apreciación de la prueba; pero si ello no es así o si, por ejemplo, sólo se ha de examinar por el tribunal “ad quem” una cuestión jurídica, lo actuado puede conservar su validez.

<sup>125</sup> En este sentido, la STS, sala 2ª, de 16 de mayo de 2005, núm. sent. 678/05, La Ley 1690/2005, Pte. Maza Martín, José Manuel, declara la nulidad del juicio celebrado utilizando la videoconferencia como sustitutivo de la presencia física de los acusados.

En cambio, defiende su uso MAGRO SERVET, V., “La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales”, “La Ley”, 2003, pp.1698-1706, que refiere el juicio por el motín de la prisión de Foncalent.

<sup>126</sup> En otra sede también estudiamos el exhorto y la videoconferencia, vid. FONS RODRÍGUEZ, C., *El interrogatorio de partes*, Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade, Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba, (dir. Abel Lluch y Picó i Junoy), Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 207-214.

<sup>127</sup> VALBUENA GONZÁLEZ, F., “La videoconferencia”, cit., pp. 601-603, refiere el auxilio transnacional en el uso de la videoconferencia.

<sup>128</sup> El Auto del TS, sala 1ª, de 7 de marzo de 2007, (fto. dcho. 1º, núm. recurso 7/2006, Pte Salas Carceller, Antonio, La Ley 6396/2007), dictado en la sustanciación de un proceso de revisión, deniega el uso de la videoconferencia, así como el exhorto escrito que la parte solicitó, al amparo del art. 169.4 LEC (desplazamiento gravoso), al entender que no concurren razones suficientes para que la prueba no se practique en la sede del Tribunal. En el supuesto de autos, la testigo residía en Rubí (Barcelona).

El juez o tribunal ante el que físicamente se personará el declarante (exhortado) ha de haberlo citado previamente, a petición del juez que conoce de la causa (exhortante) y que dirigirá el interrogatorio con la presencia de los letrados<sup>129</sup>. Exhorto (o comisión rogatoria, se entiende) que tradicionalmente implicaba escritura; y ahora, en virtud de la videoconferencia, el auxilio judicial instaura la oralidad, la telepresencia judicial (inmediación), y la unidad de acto; además, ofrece la ventaja de que el juez sentenciador es el que puede y debe dirigir el debate.<sup>130</sup>

Por ello, el juez exhortado deberá mantenerse en una posición pasiva en el momento de practicar el interrogatorio, este órgano jurisdiccional habrá colaborado en realizar las actuaciones necesarias para que la videoconferencia se lleve a cabo<sup>131</sup>, pero quien ha de dirigir el debate es el exhortante, declarando la pertinencia o impertinencia de las preguntas que formulen los letrados en la sede del juez que fallará, pudiendo solicitar aclaraciones e, incluso, interrogar. Por lo que, pese a la dicción literal del art. 229.3 *in fine* LOPJ<sup>132</sup>, no es el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida quien ha de acreditar la identidad del declarante, esto es, el exhortante; sino el que la practica, es decir, el exhortado.

Por lo que respecta a la presencia del secretario y del juez exhortados durante la prueba practicada mediante videoconferencia, estimamos que no es necesaria la asistencia al interrogatorio del juzgador, ya que la actuación es dirigida por el juez exhortante. En cambio, el secretario deberá estar presente porque ha de otorgar fe pública e identificar a los declarantes, a cuyo fin levantará acta, en la que también constarán las distintas incidencias que puedan acaecer, por ejemplo, si el declarante se sirve de un borrador para contestar el interrogatorio. Para salvaguardar las máximas garantías procesales, el secretario deberá remitir el acta o su testimonio al órgano jurisdiccional requirente para su unión a los autos.<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> Desde otra óptica, MAGRO SERVET, V., “Nuevas Tecnologías”, cit., p. 1447, manifiesta que desaparecen los exhortos, y entendemos que se refiere a los escritos; tal como concreta VELASCO NÚÑEZ, E., “La videoconferencia”, cit., p. 1776.

<sup>130</sup> La SAP de Barcelona, de 28 de febrero de 2007, fto. dcho. 3º, núm. de sent. 127/2007, Secc. 17ª, (La Ley 15123\2007, recurso de apelación núm. 703/2006, Pte Valls Gombau, José Francisco), contempla un supuesto de accidente de circulación (responsabilidad extracontractual), en que las lesiones y secuelas son controvertidas con tres informes (dos emitidos por los médicos a instancia del actor, y un tercero por el forense), y en el acto del juicio oral el forense ratifica su informe mediante videoconferencia.

<sup>131</sup> Fundamentalmente, citación del declarante a fin de que comparezca ante el juez exhortado e identificación del mismo.

<sup>132</sup> Recordemos su transcripción: “En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.”

<sup>133</sup> En contra, GARRIDO CARRILLO, F.J., “El Secretario Judicial”, cit., p. 94, estima que la regulación del art. 229.3 LOPJ no exige la presencia del secretario judicial en cada punto de emisión.

Por su parte, MAGRO SERVET, V., “La nueva regulación legal”, cit., p.1705, que relata el uso de la videoconferencia en el juicio penal de la penitenciaría Foncalent, refiere que se contó con la presencia de los dos secretarios en cada punto de emisión. Igualmente,

### III. UN EJEMPLO DE USO DE LA VIDEOCONFERENCIA: EL INTERROGATORIO DE PARTE EN LOS JUICIOS ORDINARIO Y VERBAL

A continuación, examinaremos un uso concreto de la videoconferencia: en el interrogatorio de parte. Su práctica tiene un distinto tratamiento procesal en función del juicio que se tramite, ordinario o verbal. Si se solicita en el juicio ordinario, se admitirá en la audiencia previa y, para su efectividad, deberá recabarse el auxilio judicial del órgano jurisdiccional ante el que el declarante, físicamente, deponga, a fin de que se le cite para proceder al interrogatorio. Como en la audiencia previa ya se habrá señalado el día del juicio, lo más recomendable, para preservar los principios de unidad y de concentración de los actos procesales (art. 290 de la LEC), será que el interrogatorio a través de videoconferencia se lleve a cabo el mismo día del juicio. De este modo se cumple escrupulosamente el desiderátum del legislador<sup>134</sup>.

Tampoco existe óbice en que la videoconferencia se lleve a cabo antes del juicio (como prevé el art. 290 en su 2º párrafo de la LEC<sup>135</sup>, o cuando concurren los presupuestos de la prueba anticipada), o después del juicio como diligencia final. Sin embargo, obsérvese que en estos dos últimos supuestos, si bien se preservan los principios de oralidad y hay telepresencia judicial o intermediación (arts. 137 y 289.2 de la LEC), no se salvaguardan los de concentración y unidad de acto.

Si la parte solicita el interrogatorio a través de la videoconferencia en el juicio verbal, el tratamiento procesal difiere del anterior dada la celeridad con que se sustancia. En aras a observar la máxima buena fe procesal<sup>136</sup>, esta petición puede hacerse en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación (art. 440.1 *in fine* de la LEC). Pese a esta antelación y el consiguiente proveído acordando la videoconferencia, dado que la vista tendrá que señalarse entre los diez y veinte días siguientes a la citación, probablemente este plazo temporal sea insuficiente para procurar que la videoconferencia tenga lugar el mismo día de la vista. Por ello, otra posibilidad la hallamos en la interrupción de la misma<sup>137</sup>, a fin

---

propugnan la intervención del secretario en ambos juzgados (el que acuerda la diligencia y el que la practica), VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTÍN MARTÍN, G., *Comentarios*, cit., p. 636.

<sup>134</sup> EM de la LEC, núm. XI, 4º párrafo: “frente a la dispersión de la práctica de la prueba, se introduce una novedad capital, que es la práctica de toda la prueba en el juicio o vista”.

<sup>135</sup> En el mismo sentido, la EM de la LEC núm. XI, 4º párrafo: “... disponiéndose que las diligencias [de prueba] que, por razones y motivos justificados, no puedan practicarse en dichos actos públicos [juicio o vista], con garantía plena de la presencia judicial, habrán de llevarse a cabo con anterioridad a ellos.”

<sup>136</sup> Sobre este principio previsto en el art. 247 de la LEC, cfr. la excelente obra de PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, JM Bosch editor, Barcelona, 2003, galardonada con el Premio Nacional San Raimundo de Peñafort, de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

<sup>137</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F., (coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, artículos 281 al 555, ed. Iurgium, Barcelona, 2000, p. 1489, también apuntan la interrupción de la vista, dada la imposibilidad o difícil viabilidad de la práctica del interrogatorio exhortado antes de la vista por la concentración del juicio verbal en una sola comparecencia; toda vez que señalan que es en la propia vista donde ha de apreciarse la procedencia del auxilio judicial. Aunque entendemos que nada obsta a que una providencia anterior acuerde la práctica de la videoconferencia.

de reanudarla para practicar el interrogatorio a través de videoconferencia, preferentemente en un plazo máximo de veinte días (art. 193.3 de la LEC).

Una última hipótesis consiste en que la videoconferencia se deje para las diligencias finales, aunque ello puede encontrar algún obstáculo, pues éstas no se prevén expresamente en el juicio verbal y, además, existe trámite para conclusiones escritas, con lo que todavía se desvirtúa más la esencia de este procedimiento.<sup>138</sup>

Finalmente, al amparo de los arts. 183 y 188 de la LEC se plantean, respectivamente, las posibilidades de señalar nueva vista o suspender la ya señalada, con la finalidad de que se proceda al interrogatorio mediante videoconferencia el mismo día de la vista.

#### IV. LA VIDEOCONFERENCIA, ¿PUEDE ACORDARSE DE OFICIO?

Enlazado con el anterior epígrafe y a fin de examinar si la videoconferencia puede ser acordada de oficio, es útil plantear la cuestión de si se estima que este sistema telemático es un medio de prueba incardinado en el art. 299.3 de la LEC, o si es un vehículo o modo de practicar el interrogatorio. En el primer caso, nos hallaríamos ante dos medios de prueba (el interrogatorio y la videoconferencia); en el segundo frente a uno solo (el interrogatorio).

Si nos situamos en la segunda posición, no existe óbice para concluir con que, efectivamente, el juez *ex officio* decide utilizar la videoconferencia, aunque las partes no lo hayan solicitado, o incluso alguna o ambas se hayan opuesto. Ello se justifica porque las partes han propuesto el interrogatorio (principio de aportación de parte), el juez tiene la facultad de declararlo pertinente (arts. 281 y 283 de la LEC) y, cumplidas las previsiones legales, es soberano para decidir la forma de practicarlo, por ejemplo, exigiendo el desplazamiento de la parte a la sede del tribunal, en el domicilio de ésta, mediante exhorto escrito, o a través de videoconferencia.

Si nos situamos en la primera postura y, por ende, se estima que la videoconferencia y el interrogatorio son dos medios de prueba con autonomía, podemos pensar que el juzgador tiene las limitaciones ínsitas a toda proposición de un medio probatorio *ex officio*, cuando las partes no lo propongan.<sup>139</sup>

Por nuestra parte, consideramos que el medio de prueba es el interrogatorio y la videoconferencia una de las formas posibles de llevarse a cabo, por lo que, propuesto el mismo y admitido por el juzgador, éste de oficio puede acordar su práctica mediante videoconferencia. Conclusión que guarda armonía con el art. 229.3 LOPJ.

---

<sup>138</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. , AA.VV., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. III, libro II: artículos 248 a 386, 1ª ed., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 2338, señala el difícil encaje del exhorto para interrogar en el juicio verbal dados los breves plazos procesales.

<sup>139</sup> Sobre las facultades judiciales en el interrogatorio, vid. ABEL LLUCH, X., *El interrogatorio de partes*, Colección de Formación Continua Facultad de Derecho Esade, Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba, (dir. Abel Lluch y Picó i Junoy), Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 251-258. Más ampliamente, el mismo autor, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 141, 184, 298 y ss., enuncia tres hipótesis en las que el legislador reconoce facultades de iniciativa probatoria al juzgador, a saber: en la audiencia previa (arts. 429.1 II y III de la LEC), en los procesos no dispositivos (art. 752.1. II de la LEC), y en las diligencias finales (art. 435.2 de la LEC).



## **PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS DEFECTOS DE GRABACIÓN DE LA VISTA EN LOS JUICIOS CIVILES**

PALOMA GARCÍA-LUBÉN BARTHE

Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Procesal de la UCM

### **I. SITUACIÓN ACTUAL**

La regulación introducida por el legislador de la nueva Ley Procesal Civil, según la cuál, el desarrollo de la vista del juicio oral debe registrarse en un soporte acto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, no siendo en este caso necesaria la documentación mediante acta detallada del Secretario, está produciendo en la práctica diaria numerosos problemas, derivados del deficiente funcionamiento de los medios de grabación, con que cuentan en la actualidad nuestros órganos jurisdiccionales.

Esta excesiva confianza del legislador en las nuevas tecnologías, está llevando en la práctica a situaciones Kafkianas: soportes de grabación de las vistas cuyo contenido se borra total o parcialmente, grabaciones que se ven pero no se oyen o viceversa, grabaciones en blanco...

Esta situación, se une al hecho de que no todos los órganos jurisdiccionales disponen aún de medios de grabación audiovisuales, por lo que coexisten en la actualidad varias formas de documentación de las vistas, la tradicional, mediante acta extensa del Secretario y la introducida por la nueva Ley Procesal Civil.

Como consecuencia de lo anterior, lo que en principio se perfilaba como un gran avance en garantía de los derechos de los justiciables, esta produciendo cada vez más situaciones de “indefensión” para los mismos, derivadas tanto de la desigualdad que se produce por la falta de uniformidad en la documentación de las vistas, como de la inseguridad jurídica que genera la inexistencia de una jurisprudencia uniforme en relación a la declaración de nulidad por este tipo de defectos. En este artículo pondremos de manifiesto los principales problemas existentes, y buscaremos las mejores soluciones para ellos.

### **II. LA DOCUMENTACIÓN DEL DESARROLLO DE LA VISTA: REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES**

La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su art. 147, que las actuaciones orales en vistas y comparencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, efectuándose la grabación bajo la fe del Secretario Judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado, pudiendo las partes, a su costa, pedir copia de las grabaciones originales.

Esta norma se reitera en el artículo 187.1, si bien añadiendo en el apartado segundo, que si los medios de registro para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen no pudieran utilizarse por cualquier causa, la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial; acta que, según lo previsto en el artículo 146.2 inciso primero de la LEC, deberá recoger “con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado”, no siendo suficiente el acta sucinta a que se refiere el inciso segundo de éste artículo.

Esta regulación, se separa de la prevista por el legislador en el Proyecto, que establecía para la documentación de las vistas, la tradicional forma de acta extensa, sin perjuicio de su posible registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

Así pues, en la actualidad y como consecuencia de los preceptos anteriormente mencionados, el contenido de las vistas se documenta como regla general, mediante la utilización de los correspondientes medios audiovisuales; si esto no es posible, bastará la utilización de medios de recogida y plasmación del sonido exclusivamente y finalmente y con carácter residual, será el Secretario el que en defecto de las posibilidades precedentes, proceda a levantar el acta extensa correspondiente.

Esto significa que en el caso de que se utilicen los medios audiovisuales, bastará con que el Secretario extienda acta sucinta en la que se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

Pues bien, esta regulación, que se inclina claramente por las nuevas tecnologías en detrimento del método de documentación tradicional que es el acta extensa escrita, plantea en la actualidad numerosos problemas.

En primer lugar, aunque el art. 146.2 no excluye la posibilidad de que se grabe la vista y a su vez el Secretario recoja en acta todo el contenido y las manifestaciones que tengan lugar en ella, lo cierto es que en la práctica habitual esto no sucede (en la mayoría de los casos) y el Secretario entiende cumplida su obligación con la elaboración de un acta sucinta, puesto que confía con que la grabación se está llevando a cabo.

Efectivamente, si obra con la diligencia que la LEC le encomienda, al comenzar la grabación debe constatar que los medios a utilizar funcionan correctamente y ordenar, si no existen garantías de que ello sea así, que se recoja la vista mediante acta extensa, informando de ello a las partes, ahora bien, si el medio de grabación falla con posterioridad y ésta no se graba correctamente, es cuando surgirían los problemas. Veamos cuales son y la solución ofrecida para ellos.

### III. LOS DEFECTOS EN LA GRABACIÓN DEL SONIDO E IMAGEN

#### **1. Diferenciación entre el acto procesal y la forma de documentación del mismo**

Para estudiar la posibilidad de subsanación de los defectos de grabación, debemos tener en cuenta en primer lugar, que el registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, no constituye propiamente un acto o actuación procesal, sino que como hemos explicado en el apartado anterior, es una de las formas o medios legalmente previstos para la documentación de los actos o actuaciones procesales, que resulta complementaria de la correspondiente y preceptiva acta que debe extender el Secretario judicial, para dejar constancia fehaciente de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal.

Esto significa, que la inexistencia, la pérdida o el deterioro de la grabación original que documenta el acto procesal<sup>140</sup>, no implica por sí sola la nulidad automática del acto

---

<sup>140</sup> En el caso de que la inexistencia, pérdida o deterioro afectase a una copia, la problemática resulta inexistente pues basta con la expedición de una nueva copia de la

procesal en cuestión, ya que ello no supone nada más que la falta de la constancia documental de una determinada actuación procesal, de modo que lo único que resulta afectado por tal omisión, es la documentación del acto o actuación procesal, no la existencia o validez de éstos.

Así pues, la pérdida de la constancia documental de una determinada actuación procesal, puede ser subsanada a través del oportuno procedimiento de reconstrucción de autos<sup>141</sup> y sólo en el supuesto de que fuera imposible la reconstrucción o reconstitución del soporte original que documenta el acto procesal, y de que no hubiera existido otra forma de documentación extensa y por lo tanto, resultare de todo punto imposible tener conocimiento del contenido del acto procesal, devendrá nulo el acto procesal. Por consiguiente, como veremos, lo que resulta determinante para que se produzca la nulidad de las actuaciones, es la inexistencia de constancia fehaciente -y suficiente- del contenido de lo actuado y acaecido en el acto procesal<sup>142</sup>.

## **2. Fundamento de la nulidad por defectos en la grabación**

El art. 24 de la Constitución recoge como derecho fundamental, el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, que comporta, obviamente, el derecho a un proceso con todas las garantías, integrado por un conjunto de normas a cuyo cumplimiento están obligados tanto las partes como el órgano jurisdiccional.

Pues bien, si el legislador ha querido que todas las actuaciones orales en vistas y comparecencias queden documentadas de una determinada forma, es precisamente el órgano jurisdiccional el que debe controlar el cumplimiento de estas normas y debe dar respuesta a las infracciones o violaciones que se produzcan, de forma que solamente podrá dejar de resolver las cuestiones ante él planteadas, cuando el defecto sea insubsanable -o no se subsanase por el procedimiento establecido en las Leyes- y de tal entidad, -por haberse prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o por haberse infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa- que con él se cause indefensión<sup>143</sup>.

Por lo tanto, no siempre que se produce una infracción de procedimiento procede declarar la nulidad de lo actuado. Recordemos que la declaración de nulidad del acto del juicio llevaría consigo la repetición del mismo, lo que implicaría la retroacción de las actuaciones y una mayor dilación en la resolución del conflicto planteado, lo que supondría una clara vulneración del art. 24 de la CE. La declaración de nulidad no debe ser automática. Como ha advertido en numerosas ocasiones nuestra jurisprudencia, debe valorarse la entidad real del vicio advertido, su incidencia sobre los derechos de las partes, y si con ello se ha causado realmente indefensión o no<sup>144</sup>.

Para poder valorar correctamente los parámetros anteriores, debemos tener claro el carácter de la segunda instancia. El principal motivo por el que el legislador ha establecido

---

grabación original, que se encuentra bajo custodia del Secretario Judicial, como establece el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>141</sup> Procedimiento regulado en los artículos 232 y siguientes de la LEC.

<sup>142</sup> Véase STAP Madrid, nº 462/2006, de 3 de octubre.

<sup>143</sup> En este sentido, véanse las sentencias de la AP Burgos nº 126/2005 (secc 2ª), de 22 de marzo, y de la AP de Asturias nº 251/2006, de 9 de mayo.

<sup>144</sup> Véase en este sentido, la SAP Ciudad Real nº 88/2006 (secc.2ª) de 4 de abril, y la SAP Burgos de 22 de marzo, antes citada.



esta forma de documentación de las vistas y comparencias, es porque entiende que el Tribunal de apelación (y en su caso, el que conozca de los recursos extraordinarios), debe poder ver y observar esas actuaciones en las mismas condiciones que lo hizo el Juzgador de Primera Instancia, es decir, debe poder ver lo que este vio y oír lo que éste escuchó en las actuaciones orales<sup>145</sup>. Por ello, toda la prueba que se practique en la instancia, debe quedar documentada en autos, bien en un acta con la necesaria extensión y detalle, bien en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, para que pueda ser valorada nuevamente por el tribunal ad quem<sup>146</sup>.

Esto es así, porque en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una «revisio prioris instancia», en la que el Tribunal Superior u órgano «ad quem» tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de Instancia, tanto en lo que afecta a los hechos («quastio facti») como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes («quastio iuris»), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso. La Sala de la Audiencia recupera la jurisdicción sobre el procedimiento, excepto en los extremos no recurridos y consentidos por las partes y ello es por la especial naturaleza del recurso de apelación que permite al Tribunal conocer «íntegramente» la cuestión resulta en 1ª Instancia, pudiendo no sólo revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, por lo que es factible en la alzada examinar de nuevo todo el material probatorio y la actividad jurídico-procesal desarrollada en 1ª instancia y, en definitiva, resolver si el pronunciamiento de la resolución impugnada ha sido o no correcto en atención a las diligencias de hecho y resultados probatorios de la causa<sup>147</sup>.

Una vez aclarado este aspecto, como hemos señalado, para declarar la nulidad por defectos de grabación del juicio, se tomará en consideración en primer lugar, la entidad real del vicio acontecido. Sólo podrá declararse la nulidad, cuando el vicio observado sea de una cierta entidad, y no cuando estemos ante una mera irregularidad formal de escasa importancia o ante un procedimiento defectuoso por un error disculpable y no debido a la parte que lo alega, quien debe haber actuado con diligencia, permitiéndose en este caso su subsanación o entendiéndose que no es óbice a la solución del conflicto planteado<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> Siendo ésta la finalidad, no procedería por lo tanto, declarar la nulidad en los supuestos en los que el defecto de grabación solamente fuese en las copias de las cintas entregadas a las partes y no en el original que obra en autos y se remite al tribunal de segunda instancia, puesto que en estos supuestos, las partes presenciaron el juicio en su totalidad y han tenido pleno conocimiento de su contenido e incidencias. En este sentido, la SAP Toledo nº 23/2006, de 24 de enero.

<sup>146</sup> Como señala la SAP Las Palmas nº 455/2006, de 24 de noviembre, el juzgador a quo que presidió el juicio, tuvo conocimiento directo de lo que en él aconteció, pudiendo formar su convicción sin necesidad alguna de acudir al acta ni a la grabación de aquel, por haberse practicado en su presencia todas las actuaciones en él realizadas.

<sup>147</sup> Así se recoge textualmente en las sentencias de la AP Asturias nº 251/2006, de 9 de mayo; SAP Ciudad Real nº 88/2006 (secc.2ª), de 4 de abril; SAP Baleares nº 127/2006, de 21 de marzo y SAP Huelva nº 139/2007(secc.1ª), de 24 de octubre, entre las más recientes.

<sup>148</sup> Sentencia de 21 de febrero de 1989 (RTC 1989, 49) Sala 2ª 39/1995 de 13 de febrero (RTC 1995, 39), entre otras.

En cuanto a los otros parámetros señalados, la indefensión en estos supuestos supondría la vulneración del derecho de defensa y contradicción, y se traduciría en la privación a una parte, del derecho a alegar y probar en el proceso sus derechos e intereses legítimos y a rebatir lo alegado por las demás partes.

Existiría indefensión, por lo tanto, siempre que los titulares de derechos e intereses legítimos se vean imposibilitados de ejercitar las acciones legales suficientes para su defensa, provocando situaciones de tal gravedad, que han de ser apreciadas judicialmente en cualquier momento e instancia en que se encuentre el proceso, tan pronto como se tenga noticia de las mismas<sup>149</sup>.

La idea de indefensión, por ende, tiene cierta conexión con la idea de tutela judicial efectiva, y para ver si efectivamente se ha causado indefensión a la parte que la alega, deberá atenderse en primer lugar, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y en segundo lugar deberá comprobarse que la indefensión no haya sido provocada por la parte que lo invoca, bien a través de un comportamiento negligente o doloso, bien por su actuación desacertada, equivocada o errónea<sup>150</sup>. No debemos olvidar, que si se produce la declaración de nulidad del acto del juicio, esto supone la repetición del mismo y una mayor dilación en la resolución del conflicto, y lo que no podemos permitir en ningún caso, es que esto beneficie a la parte que con su conducta, ha provocado la nulidad.

Pero debido a los graves perjuicios que una declaración de nulidad innecesaria puede acarrear, al menos en lo referente a dilación del procedimiento, entendemos que en estos supuestos, el concepto de indefensión debería perfilarse aún más. Para ello por ejemplo, como ya han hecho nuestros tribunales en algunas ocasiones, sería procedente examinar los motivos del recurso, y solamente si existiera discrepancia con la valoración de la prueba en primera instancia y esta no fuera exclusivamente la documental<sup>151</sup>, si la cuestión que se planteara en el recurso no fuese de índole estrictamente procesal<sup>152</sup>, o si el

---

<sup>149</sup> SAP Málaga nº 217/2006, de 10 de marzo.

<sup>150</sup> En éste sentido, véase la SAP Bizcaia nº 516/2005, de 19 de julio.

<sup>151</sup> Así por ejemplo, en la SAP Murcia nº 238/2007 (secc. 3ª), de 1 de octubre, se declara la nulidad de actuaciones por defectos en la grabación del juicio, puesto que en el recurso de apelación y como motivo de fondo se alega error en la valoración de la prueba, aludiéndose a los testigos que comparecieron en el acto del juicio, y no se puede constatar de manera fehaciente lo que declararon en él.

En parecido sentido, la SAP de Las Palmas nº 449/2007 (secc.4ª), de 22 de noviembre señala, que la pretensión de nulidad por defectos de grabación del acto de la vista, exigiría al mismo tiempo la denuncia por los apelantes, de error en la valoración de la prueba concreta cuya irregularidad técnica por defectos de grabación se alega.

También en la SAP Jaén nº 219/2007 (secc.3ª) de 2 de octubre, se declara la nulidad porque el recurso se articula sobre el error en la apreciación de la prueba y aunque existe una amplia documental, las deficiencias de grabación afectan a testificales y periciales de importancia para la resolución de fondo.

De forma más concisa, la SAP Asturias nº 422/2003, de 23 de octubre señala, que la nulidad sólo puede alcanzar a los medios de prueba que han de practicarse en el acto del juicio, no a las documentales, pues ante las mismas se halla en la misma posición el Juez de primera y el de segunda instancia.

<sup>152</sup> SAP Almería nº 79/2007 (secc. 3ª), de 26 de octubre.

debate no fuera solamente jurídico<sup>153</sup>, debería entenderse que existe indefensión. Si admitiéramos que ésta existe en todo caso, incluso cuando solamente se aportan al proceso pruebas documentales, o en los supuestos en los que en el recurso solamente se debaten cuestiones jurídicas, provocaríamos nulidades innecesarias y vulneraríamos gravemente, a nuestro modo de ver, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En resumen, expuesto lo anterior, si se cumplen todos los requisitos que hemos explicado, la declaración de nulidad por los defectos en la grabación de la vista, -siempre que éstos no puedan ser objeto de subsanación, por ejemplo, por un acta extensa- se fundamentaría en el art. 238.3 de la LOPJ y 225 LEC<sup>154</sup> (en relación con el art. 240 LOPJ), que establece que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

Si hay imposibilidad de conocer el contenido de lo acontecido en el acto de la vista, esto no podría examinarse de nuevo ante el órgano ad quem y por lo tanto, faltaría un requisito indispensable para que el recurso pudiera ser resuelto mediante una sentencia exhaustiva y congruente, tal y como se exige en el art. 218.2 de la LEC.

### **3. Petición de la nulidad de oficio o a instancia de parte**

La necesidad de que se documenten las actuaciones acontecidas en la vista mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, no es por lo tanto algo accesorio al acto procesal, susceptible de ser obviado por la mera voluntad de las partes o del Juez o Tribunal, sino que es un imperativo legal, que encuentra su justificación en la necesidad de incorporar al proceso español los medios técnicos audiovisuales, a fin de facilitar una mejor valoración de la prueba, no solo en primera instancia, sino también en alzada, más aún si se tiene en cuenta que la apelación se reafirma como una plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada<sup>155</sup>.

Recordemos que el derecho a un proceso con todas las garantías, lo integran un conjunto de normas a cuyo cumplimiento están obligados tanto las partes como el órgano jurisdiccional, quien, dado el carácter público que las mismas tienen, deben controlar de oficio su cumplimiento<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> SAP Ciudad Real nº 88/2006 (secc.2ª), de 4 de abril y SAP Baleares nº 52/2004 (secc. 5ª), de 16 de febrero.

<sup>154</sup> Así se fundamenta, entre otras muchas, en la SAP León nº 190/2006, de 3 de octubre, en la SAP A Coruña nº 376/2006 (secc.3ª), de 20 de octubre, en las sentencias de la AP Málaga nº 600/2002, de 9 de julio y nº 217/2006, de 10 de marzo, y en la SAP Bizcaia nº 516/2005, de 19 de julio.

<sup>155</sup> Cita textual contenida en la SAP Murcia nº 243/2006 (secc.5ª), de 30 de mayo. En parecido sentido, la SAP Madrid nº 306/2006 (secc.9ª), de 9 de junio señala que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las normas procesales de orden público y obligatoria observancia tanto por las partes como para el órgano jurisdiccional, esta claro que, aún con independencia de la declaración de nulidad pretendida, corresponde a la Sala conocer – incluso de oficio- sobre la omisión de trámites que puedan haberse producido a lo largo del procedimiento y que, por suponer un quebrantamiento de las formalidades esenciales del mismo, sean susceptibles de producir indefensión.

<sup>156</sup> SAP Burgos 126/2005 (secc.2ª), de 22 de marzo y SAP Ciudad Real nº 88/2006 (secc.2ª), de 4 de abril.

Por este motivo entendemos, que si falla la grabación de la vista y no se puede tener constancia fehaciente de lo acontecido en la misma, por existir simplemente un acta sucinta, el órgano jurisdiccional, de oficio, podría pedir la nulidad de actuaciones conforme a lo dispuesto en los artículos 225.3º y 465.3º de la LEC y 238.3º de la LOPJ<sup>157</sup>, sin que sea necesaria la petición de nulidad a instancia de parte.

Esta interpretación<sup>158</sup>, no iría en contra del art. 227 de la LEC y del art. 240 de la LOPJ, que establecen que el tribunal, al conocer del recurso de apelación, no declarará de oficio nulidades que puedan apreciarse si no son suscitadas por las partes. A pesar de que existe jurisprudencia contraria a esta interpretación<sup>159</sup>, nosotros entendemos que esta prescripción, se limita estrictamente a la fase anterior a la sentencia de primera instancia y a nulidades que no afectan al orden público, en cuyo caso efectivamente, si la parte a quien podría ocasionársele la indefensión material no la denuncia, debe interpretarse que no se siente efectivamente indefensa, y que renuncia a su derecho a hacer valer tal pretensión de nulidad. Lo referente a los defectos en la documentación del juicio, es una cuestión de orden público, un evento acontecido con posterioridad a la sentencia de primera instancia, del que quizás las partes tienen conocimiento posterior a que lo haya tenido el órgano jurisdiccional, y por ello, cabría la apreciación de oficio de la nulidad.

#### IV. LA POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS DE GRABACIÓN DE LA VISTA

Como ya hemos señalado, la actual regulación de la grabación de las vistas, no impide la elaboración por el Secretario de un acta extensa, pero el legislador no lo considera necesario, pues entiende suficiente en el supuesto de que los medios de grabación del sonido e imagen funcionen en principio correctamente, la elaboración de un acta sucinta.

Esto implica que, si los defectos en la grabación de la vista se producen con posterioridad a esta comprobación y el acta levantado por el Secretario se limita a plasmar lo señalado en el art. 146.2 LEC -es decir, es sucinta- la inexistencia de constancia suficiente del contenido de lo actuado y acaecido en ese acto procesal, provocaría sin lugar a dudas -y así lo ha entendido la jurisprudencia en numerosas ocasiones<sup>160</sup>-, la nulidad de actuaciones,

---

<sup>157</sup> Esto es lo que sucede en la SAP Málaga 505/2006 (secc.5ª) de 13 de julio, y en la SAP de Murcia de 30 de mayo, antes citada, en la que curiosamente, se declara la nulidad de la vista del juicio a instancia del tribunal de apelación, a pesar de que las partes entendían que ésta no procedía, por entender que la cuestión del fondo del litigio era de mera interpretación jurídica y que existía en los autos suficiente prueba documental.

<sup>158</sup> Que recoge la SAP A Coruña nº 376/2006 (secc.3ª), de 20 de octubre.

<sup>159</sup> Así por ejemplo, se entiende como necesaria la petición de nulidad a instancia de parte en las sentencias de la AP de Sevilla (secc.5ª), de 17 de noviembre; en la SAP de Málaga nº 908/2003, de 10 de enero; en la SAP Huelva nº 82/2003, de 11 de abril o en la SAP Badajoz nº 141/2005 (secc.2ª), de 21 de abril.

<sup>160</sup> Así por ejemplo, las sentencias de la AP Madrid nº 482/2004, de 30 de junio; la SAP Madrid nº 412/2004, de 21 de abril; la SAP Baleares nº 52/2004 (secc.5ª) de 16 de febrero; la SAP Burgos nº 126/2005 (secc. 2ª), de 22 de marzo y la SAP Madrid 256/2005 (secc. 2ª) de 14 de noviembre, declaran la nulidad del acto del juicio, bien porque el acta en la que recoge el contenido del mismo es sucinta y no se encuentra la cinta en la que figuraba grabado el juicio, o bien porque se ha producido el borrado de la misma por motivos desconocidos.

puesto que no habría forma de subsanar estos defectos, y no cabría la subsanación, mediante la repetición de la prueba no grabada en segunda instancia<sup>161</sup>.

Esta situación es la que ha propiciado que en los últimos años, aumente de forma considerable el número de sentencias de las Audiencias Provinciales que declaran la nulidad del acto del juicio por estos motivos, ya que al no existir otra forma de documentación de la vista, se hace imposible conocer el contenido de lo que allí aconteció.

Por este motivo y después de todo lo que hemos expuesto hasta ahora, podríamos decir que la mayoría de los problemas se solucionarían, si además de la grabación, se impusiese como obligatoria la elaboración de un acta extensa por el Secretario, que plasmará todo lo acontecido en la vista y que solamente se utilizara si fuere preciso como consecuencia de la existencia de defectos en la grabación. Y para que en su caso, ésta pudiera utilizarse válidamente, las partes comparecientes antes de firmar todas ellas ese acta extensa, deberían tener posibilidad de poder leerla y manifestar lo que consideren oportuno respecto a su contenido, para que si falla la grabación efectuada, este acta pueda utilizarse subsidiariamente como documentación del acto del juicio con plenos efectos. De esta forma nos beneficiaríamos realmente de la introducción de las nuevas tecnologías en el proceso y no nos sentiríamos perjudicados por las deficiencias derivadas del mal funcionamiento de las mismas.

---

En otros casos, la nulidad se estima porque el soporte de grabación no se ve ni se oye (SAP Málaga 1022/2002, de 30 de diciembre; SAP Malaga 600/2002, de 9 de julio; SAP Almería 14/2003, de 17 de enero; SAP Cádiz de 15 de julio de 2003 y SAP Zaragoza 524/2004, de 8 de octubre) y solo se ha extendido acta sucinta.

Por último, la SAP Baleares nº 498/2002 (secc.4ª) de 30 de julio; la SAP Asturias 22/2003 (secc.1ª), de 20 de enero; la SAP Burgos nº 517/2005 (secc.3ª), de 25 de noviembre y la SAP Pontevedra nº 164/2006 (secc.1ª) de 22 de marzo, declaran la nulidad del acto del juicio por deficiencias en la grabación del sonido, que no pueden subsanarse por la inexistencia de un acta suficientemente amplia y detallada.

<sup>161</sup> Así lo recogen las sentencias de la AP de Málaga nº 1022/2002, de 30 de diciembre, y nº 217/2006, de 10 de marzo, que entienden que no cabría subsanar los defectos de grabación repitiendo la prueba no grabada en segunda instancia, puesto que entre los medios de prueba taxativamente regulados en el art. 460 LEC y ss., no se incluye la práctica de pruebas interesadas, admitidas y practicadas, que no puedan ser objeto de revisión por deficiencias técnicas en el soporte de grabación remitido por el Juzgado de Instancia.

En parecido sentido, la SAP Ciudad Real nº 78/2004, de 24 de junio señala, que no cabe la propuesta que, a modo de subsanación, formuló la parte apelante, en el sentido de producir la prueba que no quedó grabada directamente en esta segunda instancia, pues, aparte de que ello colisiona con el carácter limitado de la apelación constituida por una revisio prioris instantiae, no estaríamos en tal caso ante la repetición de la prueba sino ante una nueva práctica de la misma, sin posibilidad de que fuera revisada en un ulterior recurso, pues tras las sentencia de la Audiencia únicamente se abre la posibilidad de casación, que excluye expresamente esa posibilidad de revisión de los hechos, casación que, por lo demás, en ese caso, ni siquiera cabría.

En otro sentido, la SAP de Asturias, nº 544/2002, de 16 de diciembre, entiende, respecto a la grabación parcial de una prueba testifical, que es un defecto subsanable, pues dicha prueba podía haber sido solicitada en esa alzada, como prueba que no se había podido practicar en su integridad por causas no imputables a la parte proponente.

## V. REPETICIÓN DEL ACTO DEL JUICIO: EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

El principal efecto de la declaración de nulidad del acto del juicio por defectos de grabación, es la repetición del mismo. Para ello, debemos tener claro que el motivo de la repetición es un defecto en la grabación, que ha impedido la documentación del acto, y éste no ha podido ser subsanado, por lo que el órgano jurisdiccional ad quem, no puede tener constancia del contenido de lo ocurrido en el juicio.

Con esto queremos dejar de manifiesto, que el órgano jurisdiccional ante el cual se repite de nuevo el juicio, en la medida de lo posible no debe permitir que esta nueva celebración suponga una oportunidad para introducir nuevas pruebas ya conocidas anteriormente, o para citar a nuevos testigos, o para realizar nuevas preguntas a las partes o a los testigos que comparecieron la primera vez, debido al poco éxito de las respuestas obtenidas en el juicio inicial.

Sabemos que en muchos casos esto es difícil, puesto que el Juez que conoce de la repetición del juicio, en ocasiones, debido a la movilidad judicial, ya no es ni siquiera el mismo que presenció la primera vista, o incluso aunque sea el mismo, no dispone más que de un acta sucinta del que podría tomar referencia, pero a veces, si dispone de una acta más extensa que aunque no le haya servido a la Audiencia Provincial para tener conocimiento detallado de todo lo ocurrido en el juicio en primera instancia, si se podría utilizar, a nuestro modo de ver, como guión para que efectivamente se dé cumplimiento a la sentencia que declara la nulidad, y se proceda, en la medida de lo posible, a una auténtica repetición del juicio, con las mismas pruebas y las mismas alegaciones<sup>162</sup>.

Así pues, una vez que decretada la nulidad de actuaciones, se devuelven los autos al órgano jurisdiccional que conoció en primera instancia, y se retrotraen las actuaciones al momento de la citación de las partes a juicio, que deberá repetirse sobre las bases que en el fallo de la sentencia de establezcan, respetando el principio de conservación de los actos procesales<sup>163</sup>, que implica que la nulidad de un acto, no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel, ni la de aquellos cuyo contenido no pudiera haber sido distinto en el caso de no haberse cometido la infracción que sólo dio lugar a la nulidad, así como que la nulidad de parte de un acto, no implicará la de los demás del mismo acto que sean independientes de aquella.

En definitiva<sup>164</sup>, el motivo o causa que fundamentó la nulidad del acto del juicio, su origen, único y exclusivo, lo constituye la falta de grabación de tal acto, conforme dispone el artículo 147 de la LEC, impidiéndose, de este modo, tener constancia de la prueba, en su día practicada, así como de las alegaciones formuladas por las partes, imposibilitando al Tribunal de apelación el examen de tales actuaciones llevadas a cabo en la instancia y, en suma, de dictar sentencia. La nulidad se funda solamente en el propio defecto de grabación del acto y no en otra causa, así que no procedería una nueva celebración de un acto llevado a cabo con todas las garantías, sino, sencillamente, la repetición del mismo a los fines de

---

<sup>162</sup> Así lo entiende también el juzgador en la SAP Málaga nº 600/2002, de 9 de julio y en la SAP Madrid nº 199/2005 (secc. 19ª), de 16 de septiembre.

<sup>163</sup> En este sentido, También la SAP Madrid nº 199/2005 (secc.19ª), antes citada y la SAP Baleares nº 325/2005 (secc. 5ª), de 19 de julio.

<sup>164</sup> Como recoge la SAP Las Palmas nº 124/2006 (secc. 5ª), de 15 de marzo.

proceder a su correcta grabación y, precisamente por esto, entendemos que debe ordenarse la práctica de la misma prueba y la formulación de idénticas alegaciones a las efectuadas en tal momento. Esta exigencia a las partes, en modo alguno, puede causar indefensión, pues insistimos, el fin perseguido, en este caso, no es el de proceder a una nueva celebración de un acto procesal viciado de nulidad, sino el de reconstruir un acto llevado a cabo con todas las garantías que, en su momento, no pudo ser objeto de un adecuado registro.

# ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y MEDIOS TÉCNICOS DE GRABACIÓN Y REPRODUCCIÓN DE LA IMAGEN Y EL SONIDO EN EL PROCESO CIVIL: HACIENDO DE LA NECESIDAD VIRTUD

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

## I. LA APUESTA POR LA ORALIDAD EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA

### 1. Planteamiento general

La promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 (LEC 1/2000) supuso una apuesta decidida por la oralidad en el proceso civil. En su Exposición de Motivos se vincula la oralidad del proceso con el acercamiento de la justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la Justicia, para hacerla parecer más accesible, sino “en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales — nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia—, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba [...]. Así, la realidad del proceso”, continúa la Exposición de Motivos, “disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran”<sup>165</sup>.

Esta apuesta significó una cierta ruptura con la tradición procesal civil española, basada en el modelo (predominantemente) escrito del proceso romano justiniano, que a lo largo de los siglos pervivió en códigos, recopilaciones y normas procesales españolas hasta la definitiva derogación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (al menos en lo que se refiere a sus Libros primero y segundo, en relación con la jurisdicción contenciosa<sup>166</sup>).

La afirmación anterior merece, no obstante, algunas matizaciones. Por una parte, durante mucho tiempo (en concreto, hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 1868), junto con el proceso civil común existía, como es sabido, una Jurisdicción mercantil especializada para las causas y negocios de comercio (la justicia del *Consulado del mar*), basada en la espontaneidad y en la oralidad, como respuesta a las necesidades de celeridad propias del tráfico mercantil, y nacida, según los autores, a partir del modelo de la Decretal *Saepe contingit* del Papa Clemente V<sup>167</sup>: la oralidad no era, en consecuencia (al menos,

---

<sup>165</sup> Exposición de Motivos, I § 4.

<sup>166</sup> Toda vez que su Libro III, relativo a la jurisdicción voluntaria, no fue derogado por la LEC de 2000, vigente hasta la promulgación de una Ley especial sobre esta materia extramuros de la norma procesal común, prevista para poco más de un año después de su entrada en vigor.

<sup>167</sup> Sobre el particular, ver FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común: sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, Bosch, 1953, y MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, Civitas, 1982. Más recientemente, del primero de los autores citados, *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios,



hasta el último tercio del siglo XIX), totalmente ajena a la tradición jurídica española, ni tampoco estaba absolutamente erradicada del sistema de la Ley procesal común, en la que se preveía, junto en el tradicionalmente denostado juicio de mayor cuantía, un juicio verbal ordinario (cuyas actuaciones, con la salvedad de la papeleta de demanda que le daba inicio —Art. 720 de la LEC de 1881—, antecedente de la demanda sucinta del Art. 435 de la actual LEC, debían ser orales en su totalidad), aunque cierto es que no era mirada con buenos ojos por los operadores jurídicos como modelo de referencia para el proceso civil común (como acredita el fallido intento de reforma por la Instrucción del Marqués de Gerona en 1853, dos años antes de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>168</sup>).

Por otra parte, las reformas operadas en nuestro proceso civil a lo largo de la vigencia la derogada LEC de 1881 implicaron el peso creciente de la oralidad en un proceso tradicionalmente escrito, a causa sobre todo de la huida del juicio de mayor cuantía (exponente principal del proceso civil escrito). Dos son las principales huellas de esa evolución: de una parte, la aparición del juicio de cognición, regulado en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 en desarrollo de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 1944, en el que la oralidad tiene un peso significativo (pese a que demanda y contestación eran escritas), y que, por razón de su cuantía, terminaría siendo uno de los procesos ordinarios de declaración de más frecuente aplicación práctica; de otra, la reforma operada en el juicio de menor cuantía por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supuso un cambio radical del modelo de control de presupuestos del proceso, con la regulación de una comparecencia previa (arts. 691 y siguientes de la derogada LEC) oral de las partes ante el juez, con diferentes fines y siguiendo el modelo de otros ordenamientos europeos, así como también la definitiva marginación del mayor cuantía, reservado cuantitativamente para un número marginal de causas (las que rebasaran primero cien y más adelante ciento sesenta millones de pesetas, poco menos de un millón de euros actuales).

Considerando las anteriores salvedades, la opción por la oralidad de la LEC de 2000 es, quizá, menos revolucionaria de lo que se podría pensar a primera vista<sup>169</sup>. De hecho no es mucha la insistencia del legislador sobre la oralidad en la Exposición de Motivos (en la que la palabra oralidad aparece apenas tres veces). El legislador español potenció la oralidad, pero desde la racionalidad, partiendo de su consideración como un medio para la mejor tutela del Derecho, y no como condición *sine qua non* para la misma. La LEC de 2000, en coherencia con lo expuesto, no erradica del proceso civil español la escritura, una medida de prudencia que no sataniza al acto escrito *per se*, y reconoce su valor en un ámbito jurídico tan heterogéneo como es el Derecho privado, en el que la escritura de ciertos actos —singularmente, de las alegaciones de las partes y determinadas pruebas— puede ser un eficaz coadyuvante del juez ante la complejidad de no pocos negocios y litigios, bien recibida además por abogados y jueces civiles, poco acostumbrados a la dinámica propia del proceso oral.

---

2006. Asimismo se trata el asunto en GONZÁLEZ GARCIA, J. M<sup>a</sup>., *La proliferación de procesos civiles*, ed. Mc. Graw Hill, Madrid, 1996. Sobre la Decretal *Saepe Contingit* es de cita obligada la obra de BRIEGLER, H. K., *Einleitung in die Theorie des summarisches Prozesse*, Leipzig, 1859.

<sup>168</sup> La *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, si hacemos caso omiso de la *Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio*, de 1830.

<sup>169</sup> MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Tratado sobre el juicio verbal*, Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 113-114.

## 2. La oralidad en la LEC de 2000: rasgos definatorios generales

El primer rastro de la apuesta por la oralidad en la LEC de 2000 es, sin duda, la desaparición del juicio de mayor cuantía. La LEC reduce el número de procedimientos civiles ordinarios de cuatro a dos<sup>170</sup>, el juicio ordinario —en sentido propio—, que presenta ciertas semejanzas con el juicio de menor cuantía en su última versión vigente, al constar de demanda y contestación escritas y de dos comparecencias orales ante el juez: la audiencia previa al juicio (con un objeto cercano al de la comparecencia previa anterior aunque con normas más depuradas) y el acto del juicio, propiamente hablando, para práctica de la prueba (arts. 414 y ss. y 431 y ss., respectivamente, de la LEC de 2000); y, por otro, el juicio verbal, todas cuyas actuaciones se celebran oralmente en una vista ante el juez, con la salvedad del acto que lo da inicio (demanda escrita sucinta), heredero del anterior juicio verbal civil.

La estructura general del proceso civil en la LEC de 2000, conforme con las líneas maestras descritas, presenta, de este modo, notorias semejanzas con algunos de los antecedentes de la LEC de 1881. La oralidad se pone de manifiesto no sólo en la ordenación general de los procesos ordinarios, sino también en otras normas, dentro del articulado de la Ley. Por una parte, son frecuentes las remisiones internas dentro de la LEC a las normas reguladoras del juicio verbal, especialmente en el Libro IV de la Ley (dedicado a la regulación de los procesos especiales), aunque en este caso concreto (en los procesos de filiación, capacidad de las personas o familia), la ley exige que el juicio verbal cuente con demanda y contestación escritas (art. 753 de la LEC) —lo que lo acerca más bien al modelo del aludido y derogado juicio de cognición civil—.

Donde quizá con mayor fuerza y novedad se manifiesta la oralidad dentro de la nueva ordenación del proceso civil español con respecto al Derecho anterior es, sin embargo, en el establecimiento de garantías para hacerla viable. Principalmente, en lo que se refiere a la necesidad de presencia física del juez en los actos orales. El art.137 de la LEC exige la asistencia física del juez en la práctica de las pruebas personales, y en las comparecencias previstas en la ley para formular las partes alegaciones antes de la emisión de una resolución judicial, y el art. 194 de la LEC, en relación con el anterior, dispone que en los asuntos que deban ser fallados 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 al juicio, aunque después hayan dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto (en ese caso, procede la concesión de una prórroga de jurisdicción y con las excepciones que establece el art. 194.2<sup>171</sup>), bajo pena de nulidad de pleno derecho, para el caso de infracción de lo anterior.

---

<sup>170</sup> En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil había tres procesos: junto a los señalados, había otra modalidad de juicio verbal con demanda y contestación escritas, claramente inspirado en el juicio de cognición, que finalmente sería desechado por el legislador en el Proyecto enviado al Parlamento para discusión, enmienda y aprobación.

<sup>171</sup> “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 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

Con todo, y pese al establecimiento de garantías legales, la oralidad no aparece como una condición *sine qua non* de la tutela judicial efectiva, sino como criterio formal de ordenación del proceso, con la única finalidad de facilitar y favorecer el mejor cumplimiento de la función del juez, en el bien entendido de que a su través puede proporcionarse a éste un mejor y más depurado conocimiento de los hechos, así como mejores armas para formar su convicción.

Desde un punto de vista técnico constitucional, la oralidad es, en el sistema español, una garantía institucional (tal y como se contempla en el art. 120 de la Constitución española)<sup>172</sup>, no una concreción del derecho fundamental a la tutela efectiva del art.24.1 de la CE. Constituye, pues, un mandato al legislador ordinario de desarrollo legislativo, pero no es título suficiente para fundamentar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (salvo que su infracción tenga como consecuencia directa la de derechos fundamentales que sí son susceptibles del amparo<sup>173</sup>). En cuanto tal, la oralidad no es reconocida como un derecho fundamental en ninguna Constitución Europea, salvo error u omisión, y sólo es expresamente mencionada por la Constitución Española y por la Constitución federal austriaca, aunque no como derecho<sup>174</sup>. Por lo que se refiere a normas de carácter supranacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no menciona expresamente a la oralidad dentro de la relación de elementos que componen en el ámbito del Convenio el derecho al proceso justo<sup>175</sup>, como tampoco lo hace el art.14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, ni, más recientemente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000<sup>176</sup>.

---

la función jurisdiccional o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos de elección popular.”

<sup>172</sup> “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

<sup>173</sup> Como, por ejemplo, el derecho al proceso con todas las garantías, SSTC 54/1985, de 18 de abril, 242/1988, de 19 de diciembre, 17/1989, de 30 de enero, o 186/1990, de 15 de noviembre, entre otras.

<sup>174</sup> Art.90.1 de la ÖsBvg: “Las vistas ante los tribunales en asuntos civiles y penales son orales y públicas, con las excepciones que establezca la ley (“Die Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden Gericht sind mündlich und öffentlich. Ausnahmen bestimmt das Gesetz.”).

<sup>175</sup> “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

<sup>176</sup> Art.47: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

En otras palabras, la oralidad no es una exigencia absoluta de la tutela judicial en todas las actuaciones del proceso: entender lo contrario es tanto como aceptar que el proceso escrito es incompatible con la tutela judicial, lo que conduciría a la inconstitucionalidad de muchas de las normas procesales vigentes e indiscutidas (en el caso español, por ejemplo, al proceso contencioso-administrativo ordinario). Por eso la oralidad se presenta, más bien, como criterio de predominancia, permitiéndose la convivencia dentro del proceso civil de actos escritos y orales con total legitimidad constitucional, pero incrementando el peso de la oralidad en determinadas actuaciones, principalmente en la fase de alegaciones y prueba de la primera instancia: el proceso será oral cuando lo que deba ser valorado por el juez se aporte al proceso de palabra<sup>177</sup>. Eso se consigue a través del refuerzo de las garantías legales en los casos en que se previene su forma oral: si no, no será más que una medida cosmética, pero sin incidencia sustancial en la tutela judicial. Lo relevante no es, por consiguiente, que todas las actuaciones sean orales, sino que el proceso sea predominantemente oral, sin perjuicio de que en su tramitación puedan contemplarse actuaciones escritas. Y, en el caso del acto oral, que esta sea efectiva, con garantía de la presencia física del juez en su realización, incluso con posibilidad de formulación de resolución verbalmente *in voce*, con excepción de la sentencia<sup>178</sup>.

## II. PROCESO ORAL Y PROCESO TELEMÁTICO: INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS ACTOS ORALES DEL PROCESO CIVIL

### 1. Planteamiento

Llegados a este punto, cobra gran interés analizar cuál ha sido (o cuál puede ser la incidencia de la implantación de las nuevas tecnologías de la información en los actos orales del proceso. Efectivamente, otra de las grandes apuestas de la LEC de 2000 fue, precisamente, la de la implantación de las nuevas tecnologías telemáticas y ofimáticas, como singulares coadyuvantes para la agilización de la justicia civil, desde el respeto a las garantías de los justiciables. Algunos avances para la introducción de las nuevas tecnologías en el proceso se habían producido ya con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en cuya redacción original permitía el uso del fax u otros medios entonces existentes para la realización de determinados actos de comunicación (arts. 229 y siguientes y 271 de la LOPJ). Con anterioridad, el art. 261 de la anterior LEC, tras su reforma por la Ley 3471984, de 6 de agosto, permitía la realización de determinadas comunicaciones por telégrafo u otro medio idóneo de comunicación, salvo que el destinatario de la comunicación fuera o debiera ser parte del proceso y su personación en juicio dependiera de ella, se tratara de un requerimiento, así lo dispusiera la ley o el juez, en atención a las circunstancias del caso, así lo dispusiera.

Como decimos, la LEC de 2000 apostó también por la implementación de las nuevas tecnologías. Sobre el particular, la Exposición de Motivos afirma lo siguiente:

“La Ley, atenta al presente y previsoramente del futuro, abre la puerta a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes, pero sin imponer a los justiciables y a los ciudadanos que dispongan de esos medios y sin dejar de regular las exigencias de esta comunicación. Para que surtan plenos efectos los actos realizados por esos medios, será preciso que los instrumentos utilizados entrañen la garantía de que la comunicación y lo comunicado son con seguridad

---

<sup>177</sup> PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., “Precisiones sobre escritura y oralidad”, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol. I, Madrid, 1950, p. 100.

<sup>178</sup> Ver el art. 210.3 de la LEC de 2000.

atribuibles a quien aparezca como autor de una y otro. Y ha de estar asimismo garantizada la recepción íntegra y las demás circunstancias legalmente relevantes”<sup>179</sup>.

Se trata, como se ve, de una medida de prudencia, dirigida ante todo a habilitar legalmente el uso de las nuevas tecnologías de la información, reconociendo las dificultades que de ello se derivan, no sólo en el plano procesal (sobre todo, a la hora de dar garantías de constancia de los actos y de recepción de los documentos y escritos electrónicos e informáticos o de su uso como medios probatorios) sino también en el de la dotación de medios materiales a los órganos jurisdiccionales, abogados, procuradores y, en general, a todos los que quieran o deban ponerse en relación con la Administración de Justicia.

Sobre este segundo extremo, es notable el esfuerzo acometido en los años de vigencia de la LEC por las administraciones públicas responsables de dotar de medios materiales a la jurisdicción, si bien, como contrapartida, ha de significarse que la multiplicidad de centros de poder de los que depende dicha dotación conforma un panorama complejo y de difícil armonización, apreciándose heterogeneidad de medios de unos territorios a otros, en función de hechos como la asunción por la Comunidad Autónoma respectiva de las competencias en materia de administración de la Administración de Justicia o no. En la actualidad, confluyen, dentro del sistema español, órganos jurisdiccionales cuya dotación de medios pertenece al Ministerio de Justicia con otros en los cuales esa dotación corresponde a las Comunidades Autónomas: eso afecta no sólo a la cantidad de los medios disponibles, sino también a su calidad, pues no todos los juzgados y tribunales disponen de las mismas aplicaciones informáticas lo que es, desde luego, un hecho nada favorecedor de la eficiencia en su quehacer cotidiano.

Conscientes de ello, las autoridades manifestaron su preocupación así como su interés por el desarrollo de las nuevas tecnologías en materia de Justicia, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito en mayo de 2001 por las principales fuerzas políticas españolas, preveía el desarrollo de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia<sup>180</sup>, así como la informatización y “ofimatización” (sic) de la oficina judicial<sup>181</sup>. En desarrollo del punto 14 del Pacto de Estado, se han sucedido diferentes reformas legales, como las producidas por el artículo cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre (que legalizó el uso de la videoconferencia en el proceso penal, con reforma de los arts. 306,

---

<sup>179</sup> Y añade: “Es lógico prever, como se hace, que, cuando esas seguridades no vengan proporcionadas por las características del medio utilizado o éste sea susceptible de manipulación con mayor o menor facilidad, la eficacia de los escritos y documentos, a efectos de acreditamiento o de prueba, quede supeditada a una presentación o aportación que sí permita el necesario examen y verificación. Pero estas razonables cautelas no deben, sin embargo, impedir el reconocimiento de los avances científicos y técnicos y su posible incorporación al proceso civil”.

<sup>180</sup> “14. Nuevas Tecnologías. Se elaborará un Plan Estratégico de las Nuevas Tecnologías que se implantará de manera integral. Este Plan contribuirá a modernizar las técnicas de funcionamiento de las Oficinas Judiciales, agilizar los procedimientos y abaratar los costes en las comunicaciones y notificaciones. La informatización de la Administración de Justicia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas.”

<sup>181</sup> Punto 13, d) del Pacto.

325, 731 bis, 797 de la LECrim, así como el Art. 229 de la LOPJ<sup>182</sup>), por la Ley Orgánica 8/2006, de 8 de diciembre, que reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a permitir el uso de la videograbación como medida de protección de los intereses de los menores (arts. 433, 448, 707 y 731 bis de la LECrim<sup>183</sup>) y, en el estricto ámbito del proceso civil, por la disposición final sexta de la Ley 41/2007, sobre reforma del Mercado Hipotecario, que modificó determinados preceptos de la LEC de 2000 adaptándolos a las necesidades de la presentación de escritos y documentos por medios electrónicos e informáticos<sup>184</sup>.

Para combatir los problemas que genera la dispersión de fuentes de poder en materia de dotación de medios a la Administración de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial (por acuerdo plenario de 20 de febrero de 2002) creó el “Punto neutro judicial”, un nodo informático central dependiente del órgano de gobierno de los juzgados y tribunales, que permite las comunicaciones seguras entre las distintas redes judiciales de las Comunidades Autónomas, Ministerio de Justicia y Consejo General del Poder Judicial, y facilita el acceso de Juzgados y Tribunales a servicios proporcionados por terceras instituciones, de interés para el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia. El punto neutro judicial simplifica la actividad de los órganos judiciales afectados, al conceder un acceso a la información de numerosas instituciones por vía telemática, en un tiempo difícilmente imaginable años atrás, y en virtud de una clave de acceso segura proporcionada por el propio Consejo General y las instituciones colaboradoras<sup>185</sup>.

Hasta aquí esta panorámica sobre el reflejo de la implantación de las nuevas tecnologías de la información en nuestro Derecho orgánico y procesal civil. Su incidencia mayoritaria se produce en el ámbito de las comunicaciones procesales, con las partes, con instituciones públicas y con otros órganos jurisdiccionales, como vía de agilización de los

---

<sup>182</sup> Sobre este particular, ver nuestro trabajo titulado “La videoconferencia, como instrumento para la agilización de la Justicia penal: nota sobre el modelo español”, en *Problemas actuales del Proceso Iberoamericano*, (ROBLES GARZÓN y ORTELLS RAMOS, coords.), Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, tomo I, Málaga, 2006, Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, pp. 647-662, y las obras que allí se citan.

<sup>183</sup> Como complemento a las medidas adoptadas ya por la Ley Orgánica 14/1999, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sobre el particular, ver ALMENAR BERENGUER, M., “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 3, julio de 2007, p. 1 y siguientes.

<sup>184</sup> Se trata de los arts. 135 (presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales), 151 (tiempo de la comunicación), 154.2 (lugar de comunicación de los actos a procuradores), 162 (actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos o similares), 267 (forma de presentación de los documentos públicos), 268 (forma de presentación de los documentos privados), 274 y 276 (traslado de copias a las partes, representadas o no por procurador), 278 (efecto del traslado en el cómputo de plazos) y 378 (modo de producción de la prueba por documentos públicos). Complementaria de todas estas actuaciones es la legislación sobre firma electrónica, desde el Real Decreto ley 14/1999, convalidado por Resolución de 21 de octubre de 1999 del Congreso de los Diputados, hasta la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>185</sup> Con mayor extensión, PERDIGUERO BAUTISTA, E., “El funcionamiento del punto neutro judicial y su plasmación en la práctica de las actuaciones judiciales”, *Práctica de Tribunales: revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm., 25, 2006, págs. 25-35.

procesos, desde el punto de vista de su tramitación. Sin embargo, las nuevas tecnologías juegan igualmente un papel no menos relevante en la dinámica de los actos orales del proceso civil. A continuación analizamos esa incidencia y la problemática que de ella deriva.

## **2. La garantía de la inmediación a través del uso de medios telemáticos de filmación y grabación de la imagen**

### ***A) Alcance de la inmediación en el proceso civil***

Como decimos, las nuevas tecnologías pueden incidir (y, de hecho, inciden) en la práctica de los actos orales del proceso civil, de diferentes formas. Antes de su exposición, debe recordarse que, en este punto, el punto crítico se encuentra a la hora de la garantía de la inmediación. Como se ha expuesto, la LEC de 2000 exige la presencia física del juez en las actuaciones orales, singularmente en las actuaciones de prueba, bajo pena de nulidad de pleno derecho (aparte de los mencionados arts. 137 y 194 de la LEC, su art. 289.2 exige el deber inexcusable de presencia del juez en la práctica de las pruebas (con la excepción de la aportación de documentos o copias, que se podrá hacer ante el secretario judicial), y los arts. 302.1 y 368.1 establecen que los interrogatorios de partes y testigos se debe efectuar verbalmente, y no en virtud de pliegos de preguntas previamente confeccionados.

La inmediación procesal aparece así indisociablemente ligada a la oralidad<sup>186</sup>, pues si algún valor añadido se puede otorgar a los actos orales con respecto a los actos escritos en el proceso, ese es, precisamente, el hecho de su realización en tiempo real en presencia del juez: si el acto oral no se realizase en presencia del juez (o si no existiera esa exigencia legal), realmente pocas diferencias se darían entre un acto oral o escrito, desde el punto de vista de la cercanía del juzgador al acto mismo. La inmediación es, de este modo más importante que la publicidad, en la medida en que la publicidad no es esencial para la oralidad del proceso (pues un acto procesal puede ser oral con independencia de que sea o no público, aunque sea aconsejable que sí lo sea), mientras que la inmediación es immanente a la oralidad misma<sup>187</sup>. “Decir oralidad es decir inmediación”, se ha señalado<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> OROMI VALL-LLOVERA, S., “Comentario al art. 137 de la LEC”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Cordón, Armenta, Tapia y Muerza coords.), Pamplona Aranzadi, 2001, vol. I, p. 606-607; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles* (Garberí coord.), Barcelona, Bosch, 2001, vol. II, p. 103; PICÓ JUNOY, J., “Los principios del nuevo proceso civil”, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, (Alonso Cuevillas coord.), Barcelona, Economist & Jurist, vol. I, 2000, p. 62;

<sup>187</sup> Sobre la inmediación, vid. la STC 64/1993, de 1 de marzo, según la cual: “[...] en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial”. Sobre inmediación, también, las SSTC 307/1993, de 25 de octubre, 79/1994, de 14 de marzo o 172/1997, de 14 de octubre, entre otras muchas. Sobre la concentración, como principio informador del proceso penal, cfr. SSTC 54/1985, de 18 de abril, 358/1993, de 29 de noviembre o 174/2003, de 29 de septiembre.

<sup>188</sup> ALCALÁ-ZAMORA, N., “Proceso oral y abogacía”, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, vol. II, México, 1974, pp. 17 y ss. También vincula oralidad e inmediación GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls, coords.), Madrid, Iurgium, vol. I, p. 600.

La LEC de 2000 marca, en este punto, la diferencia sustancial con la anterior LEC: el menor grado de exigencia de inmediación derivó, en el sistema procesal anterior, a la proliferación de corruptelas en los actos orales, en unos casos por su práctica no ante el juez sino ante otros funcionarios del tribunal, en otros por el falseamiento de la realidad a través de la formación del acta del juicio oral desde las notas escritas presentadas por las partes<sup>189</sup>. El cambio de actitud en la aplicación de la LEC de 2000 con respecto a la LEC de 1881 se debe precisamente al reforzamiento de los controles para el cumplimiento de la inmediación.

En nuestra opinión, el grado de exigencia de inmediación en los actos orales del proceso civil no debería ser hoy menor a la existente para los juicios y vistas del proceso penal. Durante mucho tiempo no se ha entendido así, concediéndose mayor flexibilidad a la exigencia de presencia física del juez en el caso del proceso civil que en el del proceso penal, a partir de una línea de doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional sobre la base de la aplicación de la anterior LEC<sup>190</sup>. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (13ª), de 16 de enero de 1998 (EDJ 1998/3244), señala, sobre este extremo, que no supone nulidad de lo actuado el hecho de que el juez que decide el proceso civil no haya presenciado la práctica de algunas pruebas, hecho no tampoco infringe el derecho a la tutela efectiva. La Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 9 de marzo de 1992 (RAJ 1992\2009) sostuvo que el hecho de que la circunstancia de no haber sido la misma persona el Juez que intervino en las diligencias probatorias y el Juez que dictó la sentencia, no vulnera ninguna regla constitucional ni procesal: “aún más, se produce con relativa frecuencia [...]; la única obligación que en este orden impone la Ley de Enjuiciamiento Civil a los jueces y magistrados es que vean por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias, norma que no ha sido conculcada”<sup>191</sup>.

La interpretación cambia sustancialmente con la entrada en vigor de la LEC de 2000, y el refuerzo que la garantía de la inmediación se experimenta en ella. Efectivamente, la infracción de la inmediación en el sistema de la LEC de 1881 no se

---

<sup>189</sup> En ocasiones, la corruptela fue elevada a norma positiva, como en la reforma del art. 709 de la anterior LEC por la Ley 34/984, que permitía sustituir las alegaciones orales en la vista de conclusiones por una nota escrita: “No obstante lo dispuesto en párrafos anteriores de este artículo”, la vista oral para conclusiones, “El informe oral porá ser reemplazado por los correspondientes escritos de alegaciones [...] sin más modificaciones que reducir a diez días los plazos los escritos de alegaciones y para dictar sentencia”.

<sup>190</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1987, de 10 de junio, 55/1991, de 12 de marzo y 64/1993, de 1 de marzo. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa (3ª) de 6 de junio de 2005 (EDJ 2006/140327), Madrid (18ª), de 7 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/231553), Alava (1ª), de 29 de enero de 2 004 (EDJ 2004/242686), Valencia (7ª), de 7 de abril de 2004 (EDJ 2004/50291), Málaga (5ª), de 9 de septiembre de 2004 (EDJ 2004/166653) o Madrid (9ª), de 23 de diciembre de 2003 (EDJ 2003/211583), entre otras.

<sup>191</sup> Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1997 (RJ 1997\2910), también con arreglo a la legislación anterior, establece que “al establecer el artículo 318 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la exigencia de que los Jueces y Magistrados verán por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias, no está imponiendo un requisito puramente formal de modo y manera que en aquellos procedimientos en que, por estar así dispuesto, se celebre vista oral pueda prescindirse de este acto por el Juez que dicte la sentencia ya que el acto de la vista tiene por objeto el que el Juez que ha de fallar el asunto tome conocimiento de las alegaciones finales de las partes a la vista del resultado de las pruebas practicadas”.



sancionaba como un supuesto de nulidad procesal, sino como una mera irregularidad, pues no había norma procesal que expresamente lo sancionase (más allá de la aplicación de las normas generales sobre nulidad de los actos procesales del art. 238 de la LOPJ y a salvo de que la falta de intermediación pudiera producir indefensión a la parte)<sup>192</sup>. En la LEC vigente, es la nulidad la consecuencia derivada de la infracción de la regla de intermediación. Si en un tribunal colegiado uno de los magistrados no puede acudir a la deliberación y fallo, no puede ser sustituido por un suplente y si no hubiera número suficiente de magistrados para formar mayoría, el juicio se deberá repetir (art. 199 de la LEC).

El Tribunal Constitucional, a dicho respecto, ha considerado con respecto a la LEC de 2000 (STC 215/2005, de 12 de septiembre) que no es admisible, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial y de las garantías procesales que lo encarnan, el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no está en disposición de emitir un juicio con suficiente conocimiento de lo actuado y sustanciado en el procedimiento, al no haber tenido acceso a los medios de conocimiento que la propia tramitación del proceso ofrece, “y ello con independencia de que otro u otros miembros integrantes del órgano juzgador hayan tenido efectivo y directo conocimiento de lo actuado, pues constituye una garantía constitucional del proceso la exigencia de que el órgano judicial que debe decidir un pleito tenga conocimiento directo de las alegaciones y pruebas practicadas en aquél”<sup>193</sup>, y concede el amparo solicitado.

La LEC de 2000 asume, de este modo, una noción material de intermediación, entendiendo por tal no el mero hecho de que los actos orales del proceso se celebren en presencia de un juez o colegio de jueces, sino que esos jueces sean los mismos que fallan o resuelven los asuntos tratados en los juicios y vistas<sup>194</sup>. La interpretación de la jurisdicción ordinaria se dirige en esa misma dirección. De este modo, se considera que la decisión del proceso por un juez diferente del que presidió el juicio oral es causa de nulidad de lo actuado. Ocurre así, por ejemplo, cuando la sentencia la dicta una juez sustituta, habiendo presidido la vista el juez titular (AAP de Murcia, 1ª, de 3 de octubre de 2006, EDJ 2006/414391) o viceversa (SAP de Sevilla, 5ª, de 2 de abril de 2004, EDJ 2004/42617); lo mismo pasa si el segundo juez intervino tan sólo parcialmente en una de las diligencias de prueba, por ejemplo, en una declaración de las partes acordada como diligencia final (SAP de Pontevedra, 2ª, de 6 de octubre de 2006 EDJ 2006/317228). No se vulnera la exigencia de intermediación, sin embargo, cuando el juicio fue presidido por el juez titular y el juez en prácticas, y dictó la sentencia uno de ellos (AAP de Murcia, 5ª, de 12 de septiembre de 2003, EDJ 2003/134260; SAP de Murcia, 1ª, de 3 de octubre de 2006, EDJ 2006/414391; SAP de Ciudad Real, 2ª, de 27 de septiembre de 2004, EDJ 2004/144381); tampoco lo

---

<sup>192</sup> BACHMAIER WINTER, L., “Principios y notas características de la regulación de la prueba en el proyecto de LEC”, *El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, 1999, p. 218. HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Granada, Comares, 2006, p. 27.

<sup>193</sup> “No otro es el principio que sustenta la disciplina legal sobre el régimen de la vista, votación y fallo de los asuntos, que dispone los mecanismos para salvar la votación y fallo de la resolución en el caso de que con posterioridad al acto de celebración de la vista se imposibilitase algún Magistrado para asistir a la discusión y votación de la aludida resolución, permitiendo, en su caso, la incorporación a la Sala de otros Magistrados que sustituyan a los impedidos para dictar resolución, pero previa celebración de una nueva vista por la Sala así conformada”.

<sup>194</sup> HERRERA ABIÁN, R., ob. cit., p. 16.

hace el hecho de que intervinieran dos jueces diferentes, siempre que el que dictó sentencia presidiera el juicio oral, aun no presente en la audiencia previa al juicio (SSAP Santa Cruz de Tenerife, 4ª, de 16 de junio de 2005, EDJ 2005/118468; y de 2 de mayo de 2006, 1ª, EDJ 2006/108135); eso es lo que justifica la prórroga de jurisdicción a los jueces jubilados o trasladados del destino, para la resolución de los procesos cuyo juicio hubieran presidido (SAP de Málaga, 6ª, de 19 de octubre de 2006, RAJ 2007\195919, ente otras diversas).

La argumentación anterior podría quebrar, no obstante, por el hecho de que en la vigente LEC hay también excepciones a la exigencia de inmediación. Es el caso, por ejemplo, de la prueba practicada antes del período de prueba (prueba anticipada, del art. 293 de la LEC): no sólo quiebra la concentración, sino que se puede solicitar la anticipación de la prueba al tribunal que se estime competente, aunque luego no resulte serlo (porque no constituye título de sumisión tácita a dicho juez). También, para la práctica de interrogatorios a través de auxilio judicial, cuando los interrogatorios los realice no el juez competente, sino el del partido en el que se encuentre el deponente en los casos previstos en la ley (art.169.4 de la LEC), aunque la Ley quiere reservar esta posibilidad a supuestos excepcionales y justificados, por la imposibilidad o grave dificultad del declarante para acudir a la sede del órgano competente<sup>195</sup>. A estos supuestos se pueden añadir, por ejemplo, los cambio de juez provocados por la estimación de la declinatoria o por recusación sobrevenida del juez<sup>196</sup> y el de la acumulación de procesos ante diferentes tribunales: en este caso la acumulación se produce una vez conclusos para sentencia todos los juicios cuya acumulación se pretende: en estos casos, el juez debe apreciar y valorar las pruebas en virtud de lo que conste en el acta escrita o audiovisual (art. 88 de la LEC).

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que toda excepción no hace sino confirmar la regla general: incluso en un proceso en el que el imperio de la inmediación nadie discute, como es el proceso penal, se otorga excepcionalmente valor probatorio a la lectura de determinadas diligencias probatorias del sumario, dentro del respeto a ciertas garantías. En el concreto caso de la acumulación de procesos, además, la jurisprudencia cohonesta lo establecido en los arts 194 y 88 de la LEC de manera que la decisión sobre el requerimiento de inhibición inmanente a la acumulación de procesos se produzca en un incidente de los que, conforme con el Art. 193.1 de la propia LEC, justifiquen la interrupción de la vista, por lo que la acumulación posterior al juicio no es viable, desde el puto de vista de la exigencia de inmediación procesal<sup>197</sup>. En el concreto caso de la

---

<sup>195</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, con Díez-Picazo Giménez, Madrid, Cera, 2000, p. 218.

<sup>196</sup> HERRERA ABIÁN, R., ob. cit., pp. 43-47.

<sup>197</sup> SAP de Valencia, 9ª, de 12 de febrero de 2003 (RAJ 2003\93761) “Así pues la acumulación de procesos pendientes ante distintos tribunales, aún tratándose del supuesto de juicio verbal, supone la tramitación y resolución de un previo incidente lo que permite la aplicación al caso de lo establecido en el artículo 193 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme al cual, una vez iniciada la celebración de una vista, ésta puede interrumpirse cuando el tribunal deba resolver alguna cuestión incidental que no pueda decidir en el acto. Debió proceder así el Juzgador de la instancia que ha dictado la sentencia objeto de éste recurso y, peticionada que fue la acumulación, acordar la interrupción de la vista para verificar el trámite a que se ha hecho referencia, de modo que se hubieran remitido las actuaciones del procedimiento 404/01 sin que en las mismas se celebrase la vista, la que no tendría lugar sino en el momento en que, recibidos los autos, se reanudase la celebración de aquella primera en orden a seguir un solo procedimiento”. A favor de la validez de las actuaciones, a favor de la economía procesal, GASCÓN INCHAUSTI, F., La acumulación

acumulación a los juzgados de Violencia sobre la Mujer de procesos seguidos ante los Juzgados de primera instancia, dentro de los “Setenta y tres criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género”<sup>198</sup>, se defiende que la inhibición a favor de uno u otro juzgado sólo pueda hacerse en caso de que el juicio oral no haya comenzado: de otro modo, las exigencias de inmediación del Art. 194 de la LEC obligan a mantener la competencia del tribunal.

### ***B) Medios técnicos de filmación y reproducción de la imagen y el sonido e inmediación en el proceso civil***

Partiendo de lo anterior, dos son los medios técnicos que más directamente inciden en la exigencia de inmediación procesal. En puridad, la inmediación es exigencia de presencia física del juez, como se ha señalado, con especial intensidad en la vista oral o juicio en el que se practica la prueba del proceso. Entendido así, la noción de inmediación sería incompatible con la de utilización de medios técnicos de filmación de la imagen y el sonido: la misma incompatibilidad que existe entre asistir a una sesión de opera o presenciarla —en directo o no— a través de un reproductor de DVD. Sin embargo, el empleo de tales medios puede coadyuvar a garantizar la inmediación en el proceso. Veamos cómo.

#### *a) La videoconferencia*

La videoconferencia es un medio técnico que posibilita la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, creando una “reunión virtual” en la que la distancia física deja de ser un impedimento para la celebración de encuentros, como si los participantes se encontraran en la misma sala<sup>199</sup>. Es clara su utilidad, como medio de economía procesal y de agilización de las actuaciones, sin embargo, en el Derecho español solamente cuenta con desarrollo legislativo en la esfera del proceso penal, mas no así en la del proceso civil<sup>200</sup> y, en el caso del proceso penal, como medida para evitar la confrontación visual entre la víctima y el acusado. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998 (ratificado por España por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre), previene su uso (art. 63.2) para el caso de que el acusado perturbe el orden de la Sala o para proteger e testigos (art. 68.2). Dentro de la Unión Europea, el uso de la videoconferencia está previsto por el art. 10 del Convenio de la Unión Europea sobre asistencia judicial internacional en materia penal de 29 de mayo de 2000, como un instrumento más al servicio de la cooperación internacional en materia de justicia<sup>201</sup>.

---

de acciones y de procesos en el proceso civil, Madrid, 2000, p. 194, y DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pp. 198-199.

<sup>198</sup> Acordados en el Seminario de Formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial para Magistrados pertenecientes a Secciones especializadas en violencia de género y el Observatorio de violencia doméstica y de género en Madrid, el 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005.

<sup>199</sup> FLORES PARADERA, N., “Envío de escritos y documentos judiciales por vía electrónica y celebración de juicios a través de videoconferencia”, *Boletín de Legislación El Derecho*, nº 373, p. 1 y siguientes.

<sup>200</sup> Ver, a este respecto, la reforma operada en los arts. 306, 325, 731 bis, 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2003, anteriormente citada.

<sup>201</sup> También hay una expresa previsión en el art. 11 de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (97) 13, que no descarta el uso de la

Todas estas normas se orientan al proceso penal y se conciben no para su uso discrecional, sino sujeto a ciertas condiciones. Así, por ejemplo, el Convenio de 29 de mayo de 2000, se establece un protocolo de actuación para la práctica de la videoconferencia: forma parte de él, por ejemplo, la necesidad de durante la realización de la misma se encuentre presente una autoridad judicial del Estado requerido, asistida en su caso por un intérprete, que será responsable de identificar al sujeto afectado, así como de que la declaración se hace con respeto a los principios fundamentales de Derecho interno del Estado requerido; esta autoridad podrá adoptar las medidas oportunas para garantizar el respeto *in situ* de tales principios, a pesar de que la práctica de la diligencia de que se trate se acomodará a la normativa interna del Estado requirente, y bajo la dirección del juez competente del procedimiento. El declarante tiene derecho a usar un intérprete, a excusarse de declarar, conforme dispongan los ordenamientos de los Estados requirente y requerido, a recibir la protección del Estado en el que presta declaración; también se le podrá exigir que declare, cuando ese deber esté establecido por las normas, de manera que eludir su declaración o de hacerlo de forma no veraz se les podrá imponer las consecuencias legales que establece su Derecho nacional, del mismo modo que si la audiencia hubiera tenido lugar en territorio del Estado requirente. Por su parte, la Instrucción 3/2002, de 3 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, consideró, antes de la Ley Orgánica 13/2003, que la videoconferencia se puede practicar bajo la simple cobertura legal de los arts. 229 y 230 de la LOPJ, salvo en casos de posible afectación de derechos fundamentales, en que se necesita cobertura legal expresa, y que en aras al principio de proporcionalidad la videoconferencia debe necesaria motivación, que garantice la posibilidad de impugnación por las partes, lo que exige una decisión en cada caso para convertir la ausencia física en presencia jurídica<sup>202</sup>.

No obstante, que no haya una expresa previsión sobre su uso en la Ley de Enjuiciamiento Civil no debe significar una tácita prohibición legal. Partiendo de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía General del Estado (eso sí, con respecto al proceso penal), con anterioridad a su específica introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la genérica previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial es suficiente cobertura legal para la práctica de la videoconferencia en el proceso civil. En concreto, el art. 230.1, en cuya virtud “Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de

---

videoconferencia, como medio alternativo para la protección de los testigos, de suerte que se evite la confrontación visual con el acusado.

<sup>202</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. M<sup>a</sup>, “La videoconferencia [...], cit., pp. 652. Sobre este tema, en general, BUJOSA VADELL, L.M., “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en material penal”, *La Ley*, 2002, núm. 5627, de 7 de octubre de 2002, págs. 1-8; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2002, núm. 526, GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., “Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia”, *La Ley*, núm. 5831 - jul. 2003, p. [1]-5, MAGRO SERVET, V., “La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales”, *La Ley*, núm. 5806 - jun. 2003, p. [1]-6, PÉREZ-CRUZ, MARTÍN, A. J., “Videoconferencia y proceso penal”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, núms. 2182-2183, 10 de octubre de 2005, PISANI, M., “Rogatorie internazionali e videoconferenze”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, núm. 4, pp. 981-996, SENÉS MOTILLA, C., “Derechos de la persona en la audición a distancia de testigos en procesos penales”, *Revista general de derecho*, núm. 643 Abr.1998, p. 4239-4250, o VELASCO NÚÑEZ, E., “Videoconferencia y Administración de Justicia”, *La Ley*, núm. 5630, oct. 2002, p. 1-5, entre otros.

sus funciones”, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la legislación sobre protección de datos, el Art. 229.3, tras su reforma por la Ley Orgánica 13/2003, según el cual los actos para los que la ley exige intermediación procesal “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

Aparte de las condiciones que impone para su realización el principio de contradicción y el derecho de defensa, el precepto exige también que el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

La práctica procesal demuestra que el uso de la videoconferencia en el proceso civil, si bien no generalizado, tampoco es una actuación extravagante, aunque sería deseable la existencia siquiera de un protocolo elaborado desde el órgano de gobierno de los juzgados y tribunales sobre su uso en el proceso civil. Desde el punto de vista de la dotación de medios materiales, cada vez son más las sedes judiciales que cuentan con Salas comunes habilitadas equipos de videoconferencia, lo que facilita su práctica, que sería especialmente aconsejable, dentro del proceso civil, en materia de auxilio judicial, no sólo para agilizar su tramitación, sino también para garantizar, al menos, la intermediación virtual en los casos en que se trate de actuaciones que requieran de intermediación, en lugar de su práctica a través del órgano exhortado, en los casos excepcionales en que el art. 169.4 de la LEC autoriza al destinatario del acto a no comparecer ante la sede judicial, aun no residiendo en la misma demarcación<sup>203</sup>. No obstante, la dicción legal y la interpretación restrictiva que de él hacen las Audiencias Provinciales dificultan el uso de la videoconferencia a estos fines, aun a pesar de sus indudables beneficios en comparación con la práctica tradicional de los exhortos.

¿Podría celebrarse todo el juicio por medio de videoconferencias ¿o con intermediación virtual? Como hipótesis en abstracto, quizá sería admisible, considerando la naturaleza de los derechos en juego en el proceso civil, como regla general, y también los beneficios que ello podría deparar para el tribunal y para las partes, en especial con los procesos con elementos de extranjería. Sin embargo, la aceptación de esta hipótesis requiere, tal vez, un juicio más ponderado, si se piensa en la parca regulación legal así como la situación no menos deficitaria en lo que se refiere a la disponibilidad de medios materiales y a la cualificación de los funcionarios judiciales para el manejo de estos medios técnicos. La intermediación exige, por definición, presencia física ante el juez, sin que el mero hecho de la presencia virtual sea garantía equiparable a la asistencia personal de las partes y terceros ante el órgano judicial, como fuente de conocimiento antes de su decisión. Al menos al estado de las tecnologías en el momento presente, la prudencia quizás aconseje restringir el uso de la videoconferencia a los términos actualmente aceptados y con las garantías de contradicción, defensa y de autenticidad que requieren las actuaciones procesales.

---

<sup>203</sup> URBANO CASTRILLO, E., y MAGRO SERVET, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2003, pp. 65 y siguientes.

*b) La documentación de los juicios y vistas civiles a través de los medios técnicos de filmación, grabación y reproducción de la imagen y el sonido*

Otro medio técnico que incide en la práctica de los actos orales del proceso civil (y, por ende, en la intermediación), es la filmación y grabación de los juicios, comparecencias y vistas como medio de documentación de lo actuado en la sede judicial. Como se ha señalado, de conformidad con el art. 147 de la LEC de 2000, las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del Secretario Judicial (a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado).

El texto definitivo de la LEC fue en este punto más ambicioso que el proyecto de Ley, en el que se mantenía la tradicional forma de “acta” sin perjuicio de su posible registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen<sup>204</sup>. La norma implicó una auténtica revolución con respecto al sistema tradicional de documentación de vistas, lo que se hacía siempre por escrito (art. 229.1 de la LOPJ, en su redacción original, en relación con el art. 230.1 del mismo cuerpo legal). En primer lugar, la filmación refleja con toda fidelidad, y con mayor exactitud que el acta escrita del secretario, lo ocurrido realmente, favoreciéndose con ello la labor de enjuiciamiento del juez —posterior siempre a la celebración del juicio—, así como el control por las partes del juicio de hecho y de derecho realizado por el juzgador. En este sentido la documentación audiovisual de los juicios civiles permite un enjuiciamiento más fiel a la realidad de lo acontecido en la Sala de justicia, sin embargo, el sistema no está exento de problemas.

El más repetido en la práctica quizás sea la determinación de las consecuencias de los defectos en las grabaciones del juicio, cuestión que ha dado pie a una creciente doctrina jurisprudencial de las Audiencias. El art. 146.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige del Secretario judicial la elaboración de un acta extensa cuando el juicio sea grabado, sino tan sólo de un acta sucinta que se limite a consignar, “junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte”. El problema sobreviene en los supuestos en que el grabador falla o se dañan los soportes de grabación sobrevenida e irreversiblemente. Con independencia de que nos hallemos ante un hecho responsable para el Estado juez —y para el propio secretario judicial, a quien corresponde la custodia de tales soportes<sup>205</sup>—, es evidente que la destrucción del acta audiovisual del juicio impide su revisión en segunda instancia, lo que determina la nulidad del juicio y la consiguiente necesidad de repetición del mismo, salvo que el secretario judicial tomara las debidas precauciones de redactar acta extensa del juicio: en este caso, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es mayoritariamente favorable a la subsanación del defecto a través del acta escrita: SSAAPP de Sevilla de 25 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/251437?); Alicante, de 5 de junio de 2003 (RAJ 2003\254960), en caso de daños parciales; Almería, de 27 de marzo de 2003 (EDJ 2003/47756); Badajoz, de 6 de octubre de 2004 (AC 2004\1874); Cádiz, de 20 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/272794) y 4 de mayo de 2004 (EDJ 2004/88667); entre otras muchas. Aunque también son numerosas las que, conforme las circunstancias del caso optan por la nulidad, al considerar que el acta no refleja la totalidad de lo acontecido en el acto documentado: a título de ejemplo, SSAAPP de Badajoz de 21 de mayo de 2003 (AC 2003\891), si bien en este caso no había siquiera acta escrita; Cádiz, de 15 de marzo de

---

<sup>204</sup> SAP de Málaga, de 17 de abril de 2007 (AC 2007\2142).

<sup>205</sup> SAP de Sevilla, 5, de 20 de enero de 2005, RAJ 2005\140298.

2007 (JUR 2007\173024); Granada, de 14 de julio de 2006 (AC 2007\218); Huelva, de 29 de octubre de 2005 (EDJ 2005/233315); AAP de Madrid, de 7 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/234427); entre otras muchas.

La jurisprudencia tampoco se pone de acuerdo en si la grabación es un elemento constitutivo del acto, sin el cual el acto no existe, o una mera diligencia de constancia del mismo: a favor de lo primero, SAP de Huelva, de 29 de octubre de 2005 (EDJ 2005/2333315); a favor de lo segundo, entre otras, la SAP de Sevilla de 25 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/251437). La disparidad de criterios exige, no sólo extremar el cuidado en el manejo y custodia de las grabaciones audiovisuales, sino también la unificación de criterios jurisprudenciales y, en su caso, de la prudencia de los secretarios judiciales a la hora de redactar las actas escritas.

Entre los beneficios de la documentación audiovisual de las vistas, desde el punto de vista de la inmediación en el proceso civil, es de destacarse su contribución a poner fin a alguna corruptela, pues el sistema es menos compatible con la infracción de la inmediación judicial que el tradicional de documentación por escrito a través del acta del secretario judicial: la filmación impone a los sujetos del proceso una sana constrictión para cumplir con las exigencias derivadas de la inmediación judicial, entre otros beneficios colaterales *a priori* inesperados<sup>206</sup>.

Asimismo, se suele contar entre los beneficios derivado de la filmación y grabación de los juicios su contribución a la revisión de las pruebas escritas y del juicio de hecho del tribunal de primera instancia por vía del recurso de apelación, toda vez que la Audiencia Provincial está en condiciones de conocer, a través de la grabación, las pruebas practicadas. La documentación audiovisual constituye una fotografía del juicio, que favorece al órgano de segunda instancia colocarse en una posición cercana a la del juez que preside el juicio. Es evidente que, de aceptarse así, el recurso de apelación civil cumple con su función de *revisio prioris instantiae*, evitándose con ello que, o bien se impida la revisión de las pruebas personales y de todas las practicadas con inmediación (pues el tribunal de segunda instancia, que no presencié tales pruebas, está en peor posición que el de primera instancia para someter a control la labor del primer juez), o bien se deba repetir la prueba ante la Audiencia Provincial, convirtiendo la apelación civil en un *novum iudicium*, esto es, a efectos de prueba, en una segunda primera instancia (un problema ya planteado en la esfera del proceso penal español a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 y todas las que siguen su doctrina<sup>207</sup>).

Ocurre, sin embargo, que la propia jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en sus Secciones civiles, ha puesto en cuestión la asimilación entre la grabación del juicio

---

<sup>206</sup> Parece así que el respeto que a las partes y a los testigos impone la declaración ante una cámara, y su conciencia de que lo documentado en soporte audiovisual tiene mayores probabilidades de ser observado que leído lo documentado en acta por escrito, ha supuesto un incremento porcentual de las conciliaciones intraprocesales en el proceso civil así como del respeto al deber de decir la verdad en las declaraciones ante el juez civil.

<sup>207</sup> Hay Audiencias Provinciales, como la de Madrid, que entienden que la revisión de la filmación del juicio penal es suficiente garantía de la inmediación, en los términos fijados por el Tribunal Constitucional. Sobre el particular, entre otras muchas obras, GALLEGO SÁNCHEZ, G., “El visionado de la grabación del acto de juicio oral ¿puede ofrecer al Tribunal que conoce de la apelación, la inmediación exigible para revocar la sentencia de instancia, sobre la base de una valoración diferente de la prueba personal que se ha practicado? Foro Abierto”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 4, mayo de 2008.

y el juicio mismo, a efectos de la garantía de la inmediación. La grabación es una muy fiel reproducción del juicio, pero no es el juicio mismo: SSAAPP de Córdoba, de 10 de marzo de 2003 (EDJ 2003/112738); La Coruña, de 10 de mayo de 2006 (EDJ 2006/427174); Málaga, de 21 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/449648); aunque también haya sentencias que defiendan la grabación como un sustitutivo casi idéntico al juicio (SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/228594).

En este orden de cosas, se ha manifestado una línea jurisprudencial que pone de manifiesto las insuficiencias del acta audiovisual del juicio para revisar en su totalidad el juicio de hecho efectuado en primera instancia, pues ni siquiera la filmación es capaz de poner al órgano de apelación en condiciones tales que le permitan emitir un juicio pleno sobre los hechos objeto de prueba y sobre las pruebas mismas. Sobre este extremo, la ya citada SAP de Málaga, de 21 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/449648), sostiene que el principio de inmediación exige el respeto a la valoración de la prueba practicada realizada por el Juzgador de instancia, salvo que aparezca claramente que exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Aún más, “en modo alguno puede analizarse la valoración de la prueba por el Juzgador "a quo" mediante el análisis de la prueba (cualquier medio de prueba) de forma individualizada sin hacer mención de una valoración conjunta de la prueba que es la que ofrece el Juzgador”. En definitiva, aunque el Tribunal Superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para su más precisa apreciación y por tanto su mejor valoración en relación a los supuestos de hecho objeto de debate. De esta suerte, el error en la valoración de la prueba esgrimido por la recurrente, sólo podrá acogerse cuando las deducciones o inferencias de la sentencia impugnada resulten ilógicas, irracionales o absurdas atendida la resultancia probatoria.

En esta misma línea se sitúan la SSAAPP de la Coruña, de 10 de mayo de 2006 (EDJ 2006/427174); Vizcaya de 14 de abril de 2007 (EDJ 2007/1577885); Toledo, de 8 de mayo de 2006 (EDJ 2006/70159) y 20 de mayo de 2005 (EDJ 2005/76377); o Málaga, de 8 de julio de 2005 (EDJ 2005/168872): en esta última se afirma que la falta de inmediación de la que, en principio, adolece el órgano judicial de segunda instancia, difícilmente puede ser suplida a través de la documentación de las actuaciones orales mediante los sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido previstos en la Ley, puesto que nada garantiza que la audición o visionado de dicha documentación, aún en el hipotético caso, desmentido por una práctica reveladora de la imperfección de los medios aplicados, de que permitiese apreciar todas las incidencias de la vista o las circunstancias de una declaración, se verifique por todos los miembros del Tribunal colegiado que ha de conocer del recurso y no sólo por el Magistrado ponente:

“La inmediación dota sin duda de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia apelada, de manera que sólo cabe su revisión, bien cuando la prueba sea inexistente o no tenga el resultado que se le atribuye; bien cuando las conclusiones fácticas impugnadas no se apoyen en medios de prueba especialmente sometidos a la percepción directa o inmediación judicial, como es el caso de la prueba documental o incluso la pericial, mientras que en los demás supuestos, el examen revisorio ha de ceñirse a la razonabilidad y respaldo empírico del juicio probatorio, con arreglo a las



reglas de la lógica y los principios de la experiencia, sin entrar a considerar la credibilidad de los testimonios prestados ante el Juzgador”<sup>208</sup>.

En conclusión, para esta línea jurisprudencial, la grabación del juicio tampoco es garantía suficiente para que la apelación permita el control pleno del juicio fáctico pues, en todo caso, la valoración de la prueba presenciada por el juez queda fuera de la capacidad de control en segunda instancia. Eso, en realidad, no hace sino aproximar el recurso de apelación civil al recurso de apelación penal —incluso, al recurso de casación penal, con su interpretación extensiva tras la vigencia de la Constitución de 1978— en cuanto a las posibilidades de control del juicio fáctico. En resumidas cuentas, ni siquiera la filmación del juicio garantiza que el tribunal de apelación se sitúe en idénticas condiciones del juez de primera instancia, de suerte que se encuentre en la misma posición para decidir la causa. Esa es la razón por la cual nadie aceptaría, por ejemplo, que en el proceso civil, se pudiera decidir el litigio, por un juez diferente al que presidió el juicio, pero en virtud de la filmación del mismo: eso también vulnera la inmediación (como ha señalado, por ejemplo, la SAP de Castellón, de 31 de julio de 2003, JUR 2003/235452), prueba clara de que esta forma de documentación no es expresión de la inmediación procesal.

Nos encontramos, en resumidas cuentas, ante una medida que favorece la labor de los tribunales de apelación, pues refleja con mayor exactitud que otra lo que se actuó en el juicio, pero que tampoco consigue sustituir con plenitud las exigencias de la inmediación. La oralidad sigue, pues, reñida con la segunda instancia, incluso a través de los modernos medios de comunicación disponibles (y en aquellos órganos judiciales en que realmente se disponga de ellos): negarlo, y defender lo contrario, no es otra cosa que hacer, como dice el Refranero, “de la necesidad virtud”. Precisamente porque la necesidad de entender lo contrario —esto es, que la filmación coloca a la Sección de apelación en posición idéntica a la del juez de instancia—, no es, como ha puesto de manifiesto ya la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, más que una forma de dar valor añadido a las nuevas formas de documentación de las vistas y juicios del proceso civil, pero nada más. Salvo mejor opinión en Derecho.

---

<sup>208</sup> En este mismo sentido también las SSAAPP de Barcelona, de 20 de julio de 2005 (EDJ 2005/311225); Castellón de 31 de julio de 2003 (JUR 2003\235452); o Coruña, de 4 de octubre de 2005 (EDJ 2005!332045), entre otras.

# HACIA UN PROCESO CIVIL MÁS EFICIENTE: COMUNICACIONES TELEMÁTICAS. EL SISTEMA “LEXNET”

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid<sup>209</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Los actos procesales de comunicación -cuya trascendencia no siempre es considerada en toda su dimensión<sup>210</sup>- constituyen la “correa de transmisión” que permite el correcto funcionamiento del sistema que nos conducirá al dictado de la resolución que dará respuesta a la pretensión de tutela judicial efectiva. Sin embargo esta funcionalidad, con su indudable relevancia, no alude expresamente a su trascendencia más allá del acto procesal, o concatenación de actos procesales preordenados a la obtención de la resolución final; debemos tener presente también que de su correcta ejecución y puntual eficacia depende la plena vigencia de derechos y garantías que forman parte del más amplio derecho fundamental al debido proceso o al proceso con todas las garantías: los derechos de defensa, audiencia y contradicción, con observancia además del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Recordemos además que no son pocas las nulidades declaradas por nuestros tribunales, precisamente por notificaciones practicadas con vulneración de garantías esenciales del procedimiento que han provocado indefensión –art. 238 LOPJ, vid. LEC-.

Por otro lado, y aunque tardíos y escasos si los comparamos con otros realizados en diversos sectores de la vida social y jurídica, son muy notables los esfuerzos de la Administración de Justicia por modernizar sus estructuras y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales<sup>211</sup> incorporando en sus sistemas organizativos y de gestión procesal las genéricamente conocidas como “Tecnologías de la Información y de la Comunicación” –TIC’s-, aunque esos proyectos y reformas no siempre hayan ido acompañados de la suficiente y necesaria dotación presupuestaria para su efectiva implantación, en forma de renovación de equipos, de actualización de programas, en el

---

<sup>209</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional del Ministerio de Educación y Ciencia titulado “La construcción del espacio judicial europeo: presente y futuro en el ámbito procesal civil y procesal penal”, SEJ2006-02180/JURI.

<sup>210</sup> Una contribución a su estudio puede encontrarse en DE HOYOS SANCHO, M., “Firma digital y comunicaciones procesales”. *Actualidad Jurídica Aranzadi. Monográfico nuevas tecnologías*. Núm. 571, 2003, pp. 4 y ss.; “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”. *Diario La Ley*, Núm. 5751, 2003, pp. 1 y ss.; “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Núm. 115, 2005, pp. 1213 y ss.; “Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea: El Reglamento 1348/2000 y la propuesta de modificación”, *Revista de Estudios Europeos*, Núm. 43, mayo / agosto 2006, pp. 73 y ss.; “Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Coord.: JIMENO BULNES, M., Barcelona, 2007, pp. 157 y ss.

<sup>211</sup> En relación con la Secretaría Judicial, vid. ya las previsiones contenidas en mi trabajo “Nuevo diseño de la Secretaría judicial y agilización de la Justicia”, *Revista del Poder Judicial*, Núm. 50, 1998, pp. 13 y ss.

establecimiento de sistemas de seguridad, o a través de la formación de los operadores jurídicos implicados, por citar algunos aspectos relevantes.

Y es en este contexto sucintamente expuesto en el que surge el sistema de comunicaciones procesales a través de medios telemáticos denominado “Lexnet”, que progresivamente va siendo implantado, de momento en el territorio del Ministerio de Justicia, y cuya regulación se encuentra en el RD 84/2007, de 26 de enero<sup>212</sup>.

En todo caso, no debemos perder de vista a lo largo de nuestro análisis que, independientemente del soporte material o de la forma de realización más o menos tecnológica, estamos en presencia de actos procesales de comunicación en sentido estricto, a los que por tanto son de aplicación los preceptos de la LEC –esp. arts. 135, 149 y ss., 225 y ss.- y de la LOPJ –esp. arts. 238 y ss.- que expresamente regulan los requisitos, contenido y efectos de este tipo de actos en el proceso. Es más, en la propia Exposición de Motivos del RD 84/2007 puede leerse –apdo. III- que el objetivo de esta norma es regular las condiciones generales y requisitos de utilización del sistema Lexnet, ya que “la regulación de los efectos jurídicos consecuencia del uso de medios electrónicos en la realización de los actos procesales incluidos en su ámbito material de aplicación es competencia del legislador, motivo que justifica su no inclusión en los contenidos normativos del presente real decreto”.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA LEXNET

El sistema Lexnet puede definirse como una plataforma tecnológica que permite la remisión y recepción de escritos y documentos procesales, basada en un sistema de correo electrónico seguro, mediante el empleo de la “firma electrónica reconocida”.

Como cualquier sistema de notificación o comunicación procesal, en este caso a través de medios telemáticos, debe reunir las condiciones de seguridad, autenticidad, integridad y no repudio, constancia fehaciente de su realización y del momento en que se efectúa, con las correlativas garantías de confidencialidad –vid. art. 2 RD 84/2007: definición y características del sistema-. Naturalmente, como condición previa, deberá reunir también los requisitos generales a que se refieren los arts. 162 LEC y 230.5 LOPJ; es decir, ha de estar disponible y ser compatible.

Los interlocutores que van a emplear Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal –art. 1 RD 84/2007- son evidentemente los sujetos que intervienen en los procesos judiciales: por un lado los Secretarios judiciales y funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, y por otro los ciudadanos que demandan tutela judicial, más concretamente los profesionales que les defienden y representan en los procesos, así como otras personas o instituciones que también se relacionan con la Administración de Justicia. El RD 84/2007 no contiene exclusión alguna al respecto, si bien razones técnicas y de prudencia aconsejan abordar su instauración de forma progresiva, admitiendo de momento como usuarios sólo a determinados interlocutores –principalmente a los Procuradores y los

---

<sup>212</sup>BOE 13-2-2007: “Sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos”.

Abogados-, sin perjuicio de que en el futuro, dada la vocación de universalidad del sistema, puedan incorporarse otros colectivos de usuarios<sup>213</sup>.

Territorialmente, se comenzará con su implantación en las Oficinas judiciales del ámbito del Ministerio de Justicia, y en función de las posibilidades técnicas y presupuestarias se irá extendiendo a las demás comunidades autónomas con competencias transferidas, y siempre en el marco de los correspondientes convenios de cooperación tecnológica que puedan celebrarse con tal objeto –vid. Exp. Motivos RD 84/2007, apdo. 3 y art. 1, apdos. 2 y 3-.

Retomando la característica esencial de la seguridad anteriormente mencionada, debemos recordar acto seguido que el art. 162 LEC dispone que el medio utilizado, sea cual sea desde el punto de vista tecnológico, ha de permitir el envío y recepción de escritos y documentos de tal forma que se garantice su autenticidad de la comunicación y de su contenido, que quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, generándose el acuse de recibo que proceda.

Dicho de otra manera, y puesto que se trata de actos procesales de notificación, o de comunicación en sentido amplio, debe poder asegurarse que el mensaje proviene efectivamente del que afirma ser su emisor, que su contenido no ha sido alterado, incluyendo los eventuales documentos adjuntos, es decir, que es auténtico y está íntegro, y que pueda constar fehacientemente, en este caso por los propios mecanismos de certificación del sistema, que la comunicación se ha enviado y recibido sin alteración posible en un determinado día y hora y por personas que pueden identificarse; además, el medio empleado ha de permitir que de todo lo antedicho pueda quedar constancia en los autos, y desde luego ha de mantener la necesaria confidencialidad.

En la consecución de todas estas finalidades juega un papel protagonista, también en el marco del sistema Lexnet, la “firma electrónica reconocida”<sup>214</sup>, que se define en la propia Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica –art. 3- como aquel conjunto de datos en forma electrónica que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, que permite detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, vinculada al firmante de manera única, así como a los datos a que se refiere, creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Disp. Transitoria Única: “Implantación gradual del sistema”, en función de las posibilidades técnicas y presupuestarias del Ministerio de Justicia, respecto de aquellas Oficinas Judiciales y tipos de procedimientos incluidos en cada fase del proceso de despliegue. Será también gradual la incorporación al sistema Lexnet del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, así como la de otros potenciales usuarios en la medida en que se alcancen acuerdos con los Colegios Profesionales y órganos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, así como otras Administraciones e instituciones relacionadas con la Administración de Justicia. Vid. también el Anexo II al RD 84/2007, donde se contiene la “Relación de usuarios”.

<sup>214</sup> Una descripción del funcionamiento de estos “criptosistemas de clave asimétrica” puede encontrarse en mi trabajo “Firma digital y comunicaciones procesales”, *op. cit.*

<sup>215</sup> También debemos considerar lo dispuesto en los apartados 4 y siguientes del mismo art. 3 de la Ley de firma electrónica: esta tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel; el documento electrónico es aquel redactado en soporte electrónico y que incorpora

A su vez, constituye parte esencial del mecanismo de la firma electrónica reconocida y presupuesto de su funcionalidad, y por consiguiente también del sistema Lexnet, la intervención de un “tercero de confianza”. Son concretamente las denominadas “entidades de certificación” o “prestadores de servicios de certificación”, que se definen en la propia Ley 59/2003, de firma electrónica, -art. 2.2- como “aquella persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica”. Especialmente nos interesa la expedición por éstos de los denominados “certificados reconocidos” –arts. 11 y ss. de la Ley 59/2003-, que son aquellos emitidos previa comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes –v.gr.: pertenencia a un determinado colectivo profesional-, y que cumplen con los requisitos de fiabilidad y demás garantías exigidas por las leyes. Debemos tener en cuenta que la firma electrónica reconocida no es más que una secuencia de datos electrónicos, por lo que será preciso vincular de alguna manera a los distintos operadores con sus respectivas claves personales; dicho de otra manera, es necesario poder tener la certeza de que el firmante es realmente quien dice ser. Esta función aseguradora de la identidad del firmante, y eventualmente de su cualidad de funcionario o profesional en activo perteneciente a un determinado colectivo, corresponde a los prestadores de servicios de certificación reconocidos<sup>216</sup>, que emitirán el correspondiente “certificado de usuario”<sup>217</sup>, el cual, junto con el “alta o validación” como usuario por el administrador competente, le permitirá operar dentro de la plataforma Lexnet haciendo uso de su propia tarjeta criptográfica<sup>218</sup>.

### III. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA LEXNET

Como hemos apuntado en el apartado precedente, el sistema Lexnet tiene las siguientes utilidades o “funcionalidades”, como puede leerse en el Anexo V del RD 84/2007<sup>219</sup>:

- Presentación de escritos procesales y documentos anexos al órgano jurisdiccional; más exactamente, a la Oficina del Registro Telemático, quien a su vez lo remitirá al órgano jurisdiccional destinatario.

- Traslado de copias de escritos y documentos, al órgano jurisdiccional y a los Procuradores personados, de tal manera que quede constancia en las mismas copias de la fecha y hora en que se ha realizado el traslado.

- Reenvío de escritos recibidos por los Abogados al órgano jurisdiccional cuando se requiere la firma de los primeros, constando igualmente la fecha y hora de remisión.

---

datos firmados electrónicamente; el soporte de los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.

<sup>216</sup> En el ámbito de las comunicaciones procesales debemos destacar la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT), o la Autoridad de Certificación de la Abogacía (ACA), por citar alguna de las más relevantes.

<sup>217</sup> Serán válidos los certificados de usuario correspondientes al DNI electrónico o aquellos que cumplan los requisitos establecidos y sean expedidos por prestadores de servicios de certificación reconocidos.

<sup>218</sup> Vid. más ampliamente el Anexo IV al RD 84/2007: “Requisitos de acceso y requerimientos técnicos del sistema”.

<sup>219</sup> Vid. también CREMADES GARCÍA, V. / ALACID BAÑO, L.M.: “Lexnet: el reto de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 2, 2007, pp. 46 y ss., esp. p. 52.

- Realización de los actos de comunicación procesal provenientes de los órganos jurisdiccionales, cumpliendo con todos los requisitos y garantías que establecen las leyes procesales.

- Reenvío de las notificaciones emitidas por los órganos jurisdiccionales a los Abogados de las partes personadas.

- Permite generar un “acuse de recibo” o resguardo electrónico que puede integrarse en las aplicaciones de gestión procesal y que acreditan la correcta realización de la presentación de escritos y documentos anexos, de los traslados de copias y de la correcta remisión y recepción de los actos de comunicación procesal y, en todo caso, de la fecha y hora de la efectiva realización.

- Permite la constancia de un asiento por cada una de las transacciones telemáticas que se realizan a través del sistema, quedando perfectamente identificados: remitente y destinatario de cada mensaje, fecha y hora de su efectiva realización según los datos que certifica el propio sistema, y proceso judicial concreto al que está vinculado –tipo de procedimiento, número de registro y año-.

Sucintamente, el procedimiento para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal a través del sistema Lexnet, es el siguiente<sup>220</sup>:

Los usuarios del sistema dispondrán, como hemos indicado, de su correspondiente “tarjeta criptográfica”, que en el caso de los Abogados y Procuradores coincidirá materialmente con su tarjeta profesional expedida por el respectivo Colegio, y en el caso de los Secretarios judiciales será una tarjeta específica para tal fin. En cualquier caso, dichos soportes deberán contener la “firma electrónica reconocida” que les acredita como usuarios del sistema, expedida por la correspondiente entidad de certificación –Ministerio de Justicia, Autoridad de Certificación de la Abogacía, F.N.M.T, entre otras-. Además, y como paso previo a la utilización del sistema, los usuarios deberán solicitar el “alta” en el mismo con su certificado de usuario, lo que harán por medio de una conexión a la dirección web “justicia.es” o bien a través de los respectivos “portales” profesionales de los distintos operadores jurídicos reconocidos por el Ministerio de Justicia<sup>221</sup>. Por otra parte, como es lógico, deberán disponer de un equipo informático con lector de este tipo de tarjetas y en el que se haya instalado el software preciso para su operatividad.

El RD 84/2007 especifica también, entre otros requerimientos técnicos del sistema –Anexo IV-, que los “escritos” deberán ser presentados en el formato de intercambio de documentos RTF, o en cualquier otro basado en estándares abiertos o reconocidos internacionalmente; por su parte, los documentos que se adjunten a los escritos procesales, y que no puedan ser aportados como originales electrónicos, deberán ser presentados de acuerdo al “perfil de conformidad mínimo PDF/A”, o en cualquier otro formato igualmente basado en estándares abiertos o reconocidos internacionalmente. También se regulan los

---

<sup>220</sup> Vid. también el Anexo VI al RD 84/2007, y más ampliamente, una descripción muy gráfica del funcionamiento del sistema puede encontrarse en el “Manual de Procuradores” editado por el Consejo General de Procuradores de España y por el Ministerio de Justicia –www.cgpe.es-, o en el “Manual de usuarios de Lexnet. Versión 2.1” elaborado por Red Abogacía –www.redabogacia.org-.

<sup>221</sup> Vid. Anexo IV al RD 84/2007: Esta solicitud de alta deberá ser validada necesariamente por los administradores competentes de los colectivos de usuarios autorizados como garantía de pertenencia a un determinado colectivo.

requisitos básicos de los dispositivos de digitalización o escaneado que pueden utilizarse para la obtención de copias digitales de documentos en papel y que se vayan a adjuntar a los escritos y notificaciones procesales.

El sistema Lexnet funciona con una serie de “formularios digitales” del tipo del que adjuntamos *infra*; algunos de los datos aparecerán rellenos automáticamente con la información que el propio sistema tiene sobre el operador que ha reconocido cuando ha validado su acceso, y no podrán ser modificados:

LexNET

MINISTERIO DE JUSTICIA

Buzón Principal | Escritos | Libreta | Desconectar

Redacción

Remitente:

Procurador: García Torres, Pedro Código de Procurador: 1234567F

Colegio: Colegio de Moratalaz Código de Colegio: 222222

Destinatario:

Libreta de direcciones | Órganos de mi partido judicial | Todos los órganos

Órgano Judicial: Código de Órgano:

Código de la Oficina de Reparto:

Deseo hacer traslado de copias:

Procuradores:

Además del documento electrónico anexo conteniendo el propio acto procesal objeto de presentación, comunicación o traslado, el usuario del sistema podrá incorporar otros anexos, tantos como documentos electrónicos se deban acompañar al mismo. Ahora bien, el Anexo VI del RD 84/2007 dispone lo siguiente: “Cuando, por las singulares características de un documento, el sistema no permita su incorporación como anexo para su envío en forma telemática<sup>222</sup>, el usuario hará llegar dicha documentación al destinatario

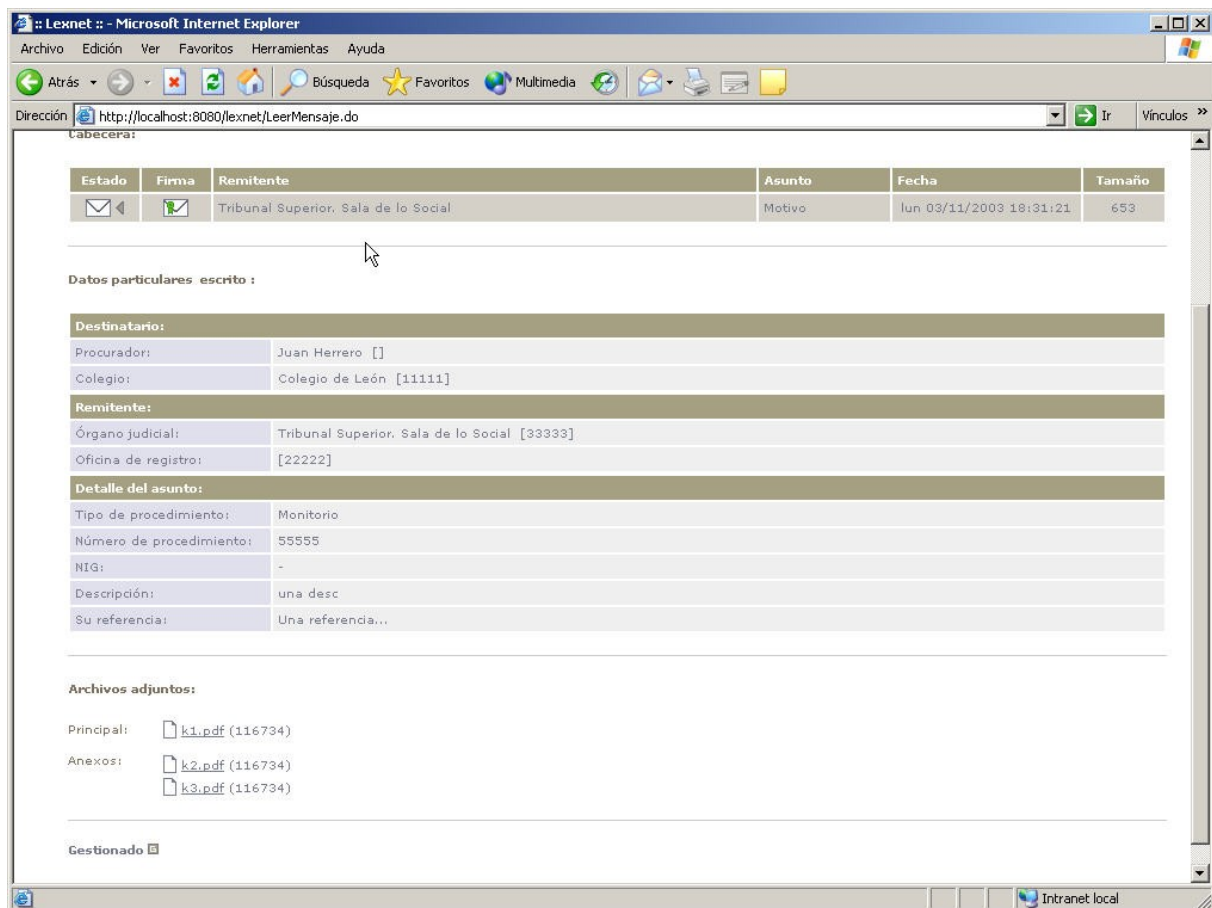
<sup>222</sup> Debemos pensar que se trata de aquellos supuestos en los que su escaneado y/o incorporación a un soporte digital no permite reflejar y transmitir todas aquellas características relevantes del documento; por ejemplo, documentos con sellos “en seco” – relieve-, con sellos tornasolados, tarjetas de crédito cuando es importante comprobar el estado del relieve alfanumérico. En otras ocasiones puede ser necesario, -v.gr.: cuanto el pleito versa sobre un programa de software, o sobre una presentación publicitaria-, que se

por otros medios, en la forma que establezcan las normas procesales, y deberá hacer referencia a los datos identificativos del envío telemático al que no pudo ser adjuntada”.

Una vez adjuntados todos los escritos y documentos al formulario, el usuario remitente utilizará su firma electrónica reconocida para realizar el envío; los documentos electrónicos anexos también serán firmados electrónicamente.

Efectuadas todas las operaciones necesarias, y ordenado el envío del mensaje, el sistema informará al remitente del resultado de la comunicación; es decir, si se ha podido realizar la presentación, traslado o notificación con éxito, le indicará que puede visualizar el mensaje remitido con el correspondiente resguardo electrónico acreditativo de la correcta transmisión, y de la fecha y hora de realización.

Por lo que respecta concretamente a los Procuradores, las notificaciones judiciales se van a recibir a través del Colegio de Procuradores al que pertenezcan, y el formulario con los correspondientes archivos adjuntos tendrá este aspecto:



Si el envío se ha realizado correctamente, el acto de comunicación será recibido en el buzón del destinatario y allí quedará depositado “a su disposición” –art. 7.3 RD 84/2007-, y como hemos indicado genera automáticamente para el remitente un “resguardo

presente en el pleito el CD o el DVD original, para que se puedan apreciar todas sus características, incluidas las externas.



electrónico, acreditativo de la remisión y puesta a disposición”, en el que constan todos los datos que identifican el mensaje.

Una vez que el destinatario accede al acto de comunicación con los documentos anexos, que ha sido depositado en su “buzón” virtual, el sistema genera también un “resguardo electrónico” dirigido al remitente, reflejando tal circunstancia y la fecha y hora en que tal actuación ha tenido lugar, y constará también la recepción. Además, se concreta en el RD 84/2007, específicamente para el caso de los Procuradores, que cuando se produzca el acceso al buzón virtual del Colegio de Procuradores, se generará el correspondiente resguardo, que será bastante para acreditar la recepción “a los efectos previstos en la ley” –art. 7.4-<sup>223</sup>.

También resultan de gran trascendencia práctica las previsiones contenidas en el apartado 5º de este mismo art. 7 el RD 84/2007: “(...) La falta de confirmación implicará que no se ha producido la recepción. En aquellos casos en que se detecten anomalías en la transmisión telemática, el propio sistema lo pondrá en conocimiento del usuario, mediante los correspondientes mensajes de error, para que proceda a la subsanación, o realice el envío en otro momento o utilizando otros medios (...)”. El mensaje de indicación de error o deficiencia en la transmisión podrá imprimirse en papel y en su caso se integrará en los sistemas de gestión procesal, a los efectos de documentar el intento fallido.

Este sistema telemático estará en funcionamiento durante las veinticuatro horas del día y todos los días del año –art. 6 RD 84/2007-. Por lo demás, evidentemente, la presentación telemática de escritos y documentos o la recepción de actos de comunicación por estos medios, no implicará alteración alguna de lo dispuesto en las normas procesales sobre el tiempo hábil para actuaciones procesales, plazos y sus cómputos.

#### IV. VALORACIÓN Y PERSPECTIVAS

A la vista de los resultados en las distintas “experiencias piloto”<sup>224</sup> y de las ya numerosas comunicaciones telemáticas realizadas hasta la fecha<sup>225</sup>, el sistema Lexnet propuesto por el Ministerio de Justicia puede calificarse al menos de aceptable. Desde luego, sea éste u otro similar, lo que parece indudable al día de hoy es que si en otros sectores de la vida social y jurídica se han implantado, incluso de forma obligatoria, estos sistemas telemáticos de comunicación segura, y están funcionando correctamente –v.gr.: Agencia Tributaria, Registros de la Propiedad, Comisión Nacional del Mercado de Valores, contratación mercantil electrónica, transacciones bancarias, etc.-, no debería haber

---

<sup>223</sup> Los colegios profesionales pueden prestar servicios añadidos, como por ejemplo el envío de mensajes SMS cuando se reciba un mensaje en su “buzón” del sistema Lexnet.

<sup>224</sup> En un principio se ha comenzado utilizando la doble vía –telemática y manual o tradicional-, y después de un periodo de prueba y adaptación de los usuarios se ha pasado a la notificación, presentación y traslado de escritos y documentos únicamente por la vía telemática.

<sup>225</sup> Según una “nota de prensa” del Ministerio de Justicia emitida en noviembre de 2007, Lexnet está siendo utilizado en 272 juzgados, por 107 Secretarios judiciales, 919 gestores tramitadores, 852 Procuradores, 575 Abogados, y por 6 Abogados del Estado, habiéndose realizado hasta entonces 392.237 notificaciones y 2.072 presentaciones de escritos por estos medios telemáticos. Y no sólo en el orden civil; tras utilizarse con éxito en el macroproceso del “11-M”, en el cual todas las notificaciones se hicieron con el sistema Lexnet, incluida la sentencia, se ha dispuesto que a partir de 2008 el sistema opere en todas las Salas y Juzgados de las 3 Sedes de la Audiencia Nacional.

motivo alguno para pensar que en la Administración de Justicia y en los colectivos profesionales que se relacionan con ella no puedan implantarse también con resultados óptimos.

A nuestro juicio<sup>226</sup>, ninguno de los sectores anteriormente aludidos se caracteriza precisamente por la utilización de sistemas de gestión y comunicación poco eficaces o poco seguros; por consiguiente, pueden servir como modelo o precedente para la implantación de las comunicaciones telemáticas seguras, también en la Administración de Justicia, salvando como es lógico las distancias propias de las diversas funciones y tareas que se llevan a cabo en cada uno de esos sectores.

Las ventajas generales deberían ser notorias para todos los colectivos implicados: el órgano jurisdiccional, la oficina judicial, los procuradores, los abogados y demás potenciales usuarios, y desde luego para la Administración de justicia en general. Se traducirían en un notable ahorro de medios personales y materiales para todos, y desde luego en una sensible reducción de los tiempos procesales, lo que en definitiva redundaría positivamente sobre la ciudadanía, y muy en particular sobre las partes en el proceso, que verían transcurrir éste de un modo más ágil. En último término sus ventajas se traducirían en un proceso civil un poco más eficiente al optimizarse los recursos económicos, personales, temporales, y materiales en la obtención del resultado pretendido: tutela judicial efectiva con pleno respeto de las garantías del “debido proceso”.

Por otro lado, al día de hoy, la cuestión de la seguridad, que todavía plantea suspicacias entre algunos profesionales de la Justicia, no debería ser un problema o un motivo de preocupación; los sistemas info-telemáticos son en la actualidad lo suficientemente seguros, tanto o más que el actual Servicio común de notificaciones.

Además, el sistema Lexnet, por sus características técnicas de funcionamiento -con carpetas de archivos y documentos, con posibilidades de avisos y alertas, etc.- se puede adaptar muy bien a las aplicaciones de gestión procesal de los juzgados y a los programas de trabajo que habitualmente se emplean en los despachos profesionales. Por otro lado, permite la sucesiva incorporación de nuevos usuarios y colectivos que puedan tener que relacionarse con la Administración de justicia.

No obstante, todavía pueden presentarse algunos problemas o dificultades, que apuntaremos a continuación de modo sucinto, dada la necesariamente limitada extensión de este trabajo.

Al tratarse de un sistema de obligada utilización por los interlocutores a medida que se vaya implantado en los diversos ámbitos, art. 4.1 RD 84/2007, -y cualquier otra solución sería inviable-, evidentemente los usuarios deberán contar con los medios técnicos y la formación adecuada para su empleo de forma segura y eficiente. Por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales y a la Oficina judicial en general, tal dotación y formación compete al Ministerio de Justicia o a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, si han firmado convenios de cooperación tecnológica. En cuanto a los demás profesionales que se relacionan con Administración de justicia, destacadamente en un inicio los Procuradores y los Abogados, deberán ser ellos mismos con la ayuda de sus respectivos Colegios profesionales los que deban hacer frente a tales necesidades de

---

<sup>226</sup> Vid. más ampliamente DE HOYOS SANCHO, M., “Firma digital y comunicaciones procesales”, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”, *op. cit.*, pp. 1213 y ss.

equipamiento y formación; no obstante, hay quien ha mostrado sus recelos ante el sistema por los efectos negativos que la llamada “brecha tecnológica” puede desencadenar entre estos profesionales, sobre todo entre aquellos de edad más avanzada, por lo general poco dispuestos a afrontar estas nuevas formas de trabajo en las que resulta indispensable el fluido manejo de las TIC’s. Tengamos en cuenta también que el sistema Lexnet implicará además un notable incremento del uso de documentos y escritos digitales o electrónicos, no sólo a los efectos de las comunicaciones, sino en general, en todas las actuaciones de estos profesionales.

Por otra parte, se echa en falta en el sistema Lexnet la incorporación de un tipo de comunicaciones de gran trascendencia también para la consecución del objetivo de un proceso civil más eficiente: las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales<sup>227</sup>. En cuanto a los demás colectivos a los que se hace referencia en el propio RD 84/2007 –Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado, Policías, Graduados Sociales, etc.-, se confía también en una pronta incorporación de los mismos al sistema. A medio o largo plazo se podría llegar incluso a su utilización directa por el ciudadano particular, en aquellos casos en que puede personarse en la causa sin representación procesal ni defensa técnica; se materializaría a través del DNI electrónico.

A modo de conclusión, estimamos que la apuesta por el empleo de las nuevas tecnologías de la comunicación, también en la Administración de justicia, ha de ser valorada necesariamente de manera positiva. La tendencia es ya imparable, y no hay marcha atrás. Será preciso poner a funcionar el sistema correctamente y con toda su amplitud, habrá que dotarlo de medios suficientes y formar al personal usuario; después, se tendrán que ir corrigiendo y ajustando las posibles deficiencias del sistema y habrá que ampliarlo a otros sectores y usuarios, pero a nuestro juicio, estamos entrando en el camino correcto hacia un proceso civil más eficiente.

---

<sup>227</sup> Ni siquiera se encuentran entre las perspectivas de ampliación de colectivos de usuarios.

# LA PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA: ALGUNAS CONCESIONES A LA SEGURIDAD JURÍDICO PREVENTIVA

CORAZÓN DE MARÍA MIRA ROS

Profesora Titular de Derecho Procesal. UNED

## I. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO: NOTAS ESENCIALES

Las dos primeras ventajas que supuso el empleo de la informática como instrumento de tratamiento de textos y como sistema de organización o gestión de archivos, siendo tan inmensas, en seguida quedaron superadas por la importancia del ordenador como medio de conexión a *internet*<sup>228</sup>. El fenómeno que, a partir de aquí, se ha propagado con una fuerza vertiginosa ha sido esa capacidad de los ordenadores de conectarse entre sí por medio de la red de redes. Miles de millones de personas en todo el globo, desde una pantalla de ordenador, comparten ahora en milésimas de segundo todo tipo de información. Esa transformación global se ha venido en llamar así, con razón, la de la “sociedad de la información”. En ella, en esa sociedad global intercomunicada, son, en realidad, los ordenadores los que se conectan o se comunican entre sí, compartiendo un mismo lenguaje, que puede tener complejas y muy diversas codificaciones -*word, java, PDF, hash, etc...*-, pero que no son sino las variantes de un nuevo lenguaje universal: el llamado lenguaje de los ordenadores, utilizado constantemente en el comercio electrónico, y también como herramienta para almacenar, conservar y transmitir información de unos sujetos a otros, creando un nuevo tipo de documento “sin papel”<sup>229</sup>.

### 1. La grafía binaria

El problema es que ese lenguaje tiene su propio alfabeto (en realidad, sólo de dos letras, aunque su posibilidad de combinación sea infinita), formado por un sistema binario capaz de componer impulsos o estímulos eléctricos o fotosensibles a partir de cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónico, como es el disco duro de un ordenador, se genera y almacena toda la información. Por ello, el idioma informático es algo incorporado al disco duro de un ordenador a través de un código ininteligible (salvo para quien sea un experto en informática). Su visualización en pantalla bajo la forma de un texto de lectura comprensible -como explica Madrudejos

---

<sup>228</sup> Vid. MARTÍNEZ VALERO, J. y ESEBBAG BENCHIMOL, C., *Navegadores en Internet. Worl Wide Web*, Madrid. 1996; VILCHES TRASIERRA, A.J., *Aproximación a la Sociedad de la Información: Firma, Comercio y Banca electrónica*. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 2002.; y también VVAA, *Comercio electrónico en Internet*, Madrid. 2001.

<sup>229</sup> Sobre la idea prueba documental en soporte papel versus documento electrónico pueden consultarse los siguientes autores: MONTERO AROCA, j., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, (Ponencia primera al curso La prueba, dentro del ciclo “Nueva ley de Enjuiciamiento Civil”, Consejo general del poder Judicial, 22 a 25 de mayo de 2000; en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2000, pp. 17-66); DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración conforme a la ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, con Díez.Picazo Jiménez, I., Madrid, 2000, p. 619; GUZMÁN FLUJA, V., “Prueba Documental”, volumen III, pp. 2351-52, en *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y formularios (coord. Escribano Mora)*, Valencia 2001.

Fernández<sup>230</sup>- sólo es una traducción en lenguaje alfabético común, que supone una segunda descodificación, hecha también informáticamente, de la información codificada en clave binaria dentro del disco duro del ordenador.

## 2. La inmaterialidad del documento electrónico

Mientras el texto escrito en papel es, realmente, un documento (del latín, *docere*, enseñar), porque enseña lo que contiene, y en él hay -como indica Torres Lana<sup>231</sup>- identidad entre lo grabado y lo exteriorizado, por el contrario, lo almacenado en soporte electrónico no se exterioriza, y si lo hace, no hay entonces identidad entre lo conservado y lo exteriorizado: lo conservado constituye un archivo en sistema binario, mientras lo exteriorizado adopta la forma de escritura con las letras de nuestro alfabeto, pero son signos de escritura que no existen en la realidad natural, no tienen base material tangible, sino virtual.

## 3. La ausencia de firma manuscrita

A esa falta de reconocibilidad directa del texto en soporte electrónico se suma otra diferencia respecto del texto documentado en papel, que es el sistema de asunción o imputación de su autoría, la firma<sup>232</sup>. Ningún texto tiene valor de declaración mientras carece de autor. Con su firma, el declarante asume la autoría de la declaración. Hasta entonces un texto sin firmar sólo es un borrador o una declaración en proyecto. La firma individualiza la declaración y, al aparecer manuscrita en el propio documento, permite reconocer a su autor. Por el contrario, el texto derivado de un soporte electrónico, al tener una formulación sólo virtual, sin base material tangible, carece por igual razón de firma reconocible materialmente. La identificación del declarante y la fijación del contenido íntegro de su declaración sólo puede formularse como una conjetura presumible a partir de indicadores que permitan descifrar las claves de encriptación asignadas a un determinado usuario, para asegurar la autenticidad e integridad de su declaración bajo complejas fórmulas en forma de algoritmos matemáticos, lo que se conoce como creación de un dispositivo de firma electrónica, es decir, un dispositivo que permita sostener esa suposición con alto grado de fiabilidad<sup>233</sup>.

### II. LA FIRMA ELECTRÓNICA

#### 1. Concepto

La denominada firma electrónica avanzada<sup>234</sup> consiste en la posibilidad de relacionar ese dispositivo de manera fidedigna con determinado titular, a partir de un sistema o conjunto de elementos cuyo uso permanezca siempre bajo su exclusivo control,

---

<sup>230</sup> MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A., *La copia notarial electrónica*. El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, pág. 37.

<sup>231</sup> TORRES LANA, J.-A., “Formas del negocio y nuevas tecnologías”, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 2004, págs. 489 y ss.

<sup>232</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *Firma electrónica y documento electrónico*. El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, págs. 36 y ss.

<sup>233</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La seguridad de la firma electrónica. Consecuencias de su uso por un tercero*. Escritura Pública. Ensayos de actualidad. Consejo General del Notariado, Madrid, 2005, págs. 9 y ss.

<sup>234</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, en *Firma electrónica...*, op. cit., págs. 56 y ss.

de modo semejante al dispositivo que históricamente permitía sellar una declaración, imputándola al titular del sello. Si la titularidad o pertenencia de ese dispositivo de creación de firma electrónica con relación a determinado usuario puede además certificarla un tercero de confianza (consistente en alguna de las entidades prestadoras de servicios de certificación, constituidas e inscritas con los requisitos legales<sup>235</sup>) la firma electrónica avanzada alcanza entonces mayor grado de certidumbre, denominándose firma electrónica reconocida<sup>236</sup>.

## 2. La firma electrónica en el ordenamiento jurídico

La regulación de la llamada firma electrónica y de los llamados documentos electrónicos ha sido abordada en nuestro ordenamiento por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre<sup>237</sup>. Supone una respuesta legislativa a la exigencia inaplazable (conforme al mandato de las directivas<sup>238</sup> europeas sobre comercio electrónico y firma digital) de dar seguridad jurídica a las comunicaciones electrónicas a través de *internet*, de enorme difusión. Pero la red de redes ha transformado no sólo el mercado, por el avance incontenible de las transacciones telemáticas, sino la propia sociedad y las pautas de comportamiento de los ciudadanos, en sus relaciones privadas y frente a las Administraciones públicas. La adaptación del Derecho a la nueva sociedad de la información ha orientado en los últimos años una amplia acción legislativa de impulso a la productividad que, al final, pretende, con el consiguiente ahorro de costes para el ciudadano, la plena interconexión telemática de todas las oficinas públicas, juzgados, registros, notarías y organismos oficiales o departamentos administrativos en general, en aras de facilitar el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Dentro de este objetivo, entre otras disposiciones normativas, destaca la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el impulso de la productividad, que en la misma línea precedida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, vino, sobre todo, a implementar la interconexión telemática entre las notarías y los registros de la propiedad y mercantiles y el régimen de presentación por vía telemática de documentos sujetos a inscripción. Otra norma fundamental ha sido la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información<sup>239</sup>, que establece la regulación de las empresas prestadoras de servicios de la

---

<sup>235</sup> MARTÍNEZ NADAL, A., “Firma electrónica, certificados y entidades de certificación”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 27, mayo-2002, págs. 59 y ss.

<sup>236</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, en *Firma electrónica...*, op. cit., págs. 59 y ss.

<sup>237</sup> Como antecedente legislativo en materia de firma electrónica, *vid.* el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre; asimismo, la Resolución de la DGRN de 12 de noviembre de 1999, así como la Instrucción de la DGRN de 18 de marzo de 2003; posteriormente, el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, sobre utilización del Documento Único Electrónico. La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Regulación de la firma electrónica, ha sido modificada por la reciente Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Impulso de la Sociedad de la Información.

<sup>238</sup> *Vid.* Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999; cfr. GARCÍA MÁS, F.-J., “La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE y Real-Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 33, enero-marzo, 2000.

<sup>239</sup> *Vid.* CLEMENTE MEORO, M. y CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, 2003, p. 201.

sociedad de la información, incluidas las de intermediación en el mercado de las telecomunicaciones, bajo el principio de libre acceso (art. 6), pero con la importante salvedad de declarar excluidos de su ámbito de aplicación (y, por tanto, del principio de la libertad de acceso y establecimiento en el ámbito de las telecomunicaciones) los servicios prestados por notarios y registradores en el ejercicio de sus funciones públicas, así como por procuradores y abogados en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio (art. 5). Dicha ley ha sido desarrollada, más recientemente, por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Impulso de la Sociedad de la Información, que establece, aparte de otros aspectos relativos a la prestación de servicios de la sociedad de la información y la problemática de su conciliación con el imperativo de la protección de datos, una importante modificación de la Ley de Firma Electrónica, de 2003, dando nueva redacción a los artículos en que se formula la definición, clasificación y eficacia probatoria de los documentos electrónicos, y la regulación de las entidades de certificación de firma electrónica y de los efectos de su labor certificante.

Otra norma clave en la adecuación de nuestro sistema de Derecho a la nueva sociedad de la información (en consonancia, dentro del espacio de la Unión Europea, con el denominado “proyecto e-europa”) ha sido la Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre el Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. En ella se consagra, como principio rector de toda la organización y actividad administrativas, el derecho de comunicación electrónica del ciudadano con la Administración pública (art. 1º). Corolario de ese derecho es la correlativa obligación de la Administración pública de transformarse en una administración electrónica, con la creación de un “punto de acceso general” (art. 8) y de “sedes electrónicas”, como dirección electrónica disponible para los ciudadanos a fin de su comunicación con los servicios públicos a través de redes de telecomunicaciones (art. 10), junto a un deber de interoperabilidad extensible a todas las administraciones y oficinas públicas (art. 3) y un derecho del ciudadano a no aportar datos y documentos que obren en poder de las Administraciones públicas (art. 6).

Conforme a la nueva Ley, el derecho de comunicación electrónica del ciudadano con la Administración pública, más allá de la práctica de comunicaciones y notificaciones por vía electrónica, supone la implantación del “documento administrativo electrónico” (definido en el art. 29) como categoría universalizable y la obligatoria instrucción sobre soporte electrónico del conjunto de actuaciones integrantes del expediente administrativo (art. 32), así como la llevanza por medios electrónicos de los archivos y registros públicos, configurados legalmente como registros electrónicos (art. 24), a fin de su accesibilidad electrónica por los ciudadanos, siempre bajo los condicionamientos legales pertinentes que garanticen su seguridad, confidencialidad y la protección de datos (art. 4).

### **3. La firma electrónica en el proceso civil**

El fenómeno de la metamorfosis de la Administración pública en una administración electrónica ha alcanzado también (como no podía ser de otro modo) a la Administración de Justicia, transformando sustancialmente, sobre todo, la organización y el funcionamiento de la oficina judicial, aunque también la generalización de las comunicaciones electrónicas y de los llamados documentos electrónicos, igual que, en general, la difusión de las nuevas tecnologías, han afectado y siguen afectando a múltiples aspectos de la gestión del proceso. El Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre Implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet, propone el modelo -como expresa su Preámbulo- de una “Justicia abierta” a las nuevas tecnologías “en los sistemas de gestión procesal” y “en las formas de trabajo desempeñado en las oficinas judiciales”. La implantación del sistema informático Lexnet (que introduce el Real Decreto) “se enmarca en la plan de

modernización de la Administración de Justicia (...) para alcanzar una realidad judicial informatizada”. El desarrollo de las comunicaciones electrónicas a través del sistema Lexnet en la gestión del proceso, se acomete por medio de la reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre Regulación del Mercado Hipotecario, que, a través de su DF 6ª, modifica la vigente LEC, dando nueva redacción a diversas normas de su articulado<sup>240</sup>.

#### ***A) Los actos procesales electrónicos***

Dentro de este fenómeno de una Justicia abierta a las nuevas tecnologías, adaptada al avance de las comunicaciones electrónicas, se plantea entonces la cuestión de si cabe formular también aquí la construcción, como categoría universalizable, del documento procesal electrónico. Resulta inexcusable contextualizar tal interrogante (como hemos intentado esbozar hasta ahora, aunque muy sucintamente) dentro del panorama general de una nueva sociedad de la información, como la que contribuyen a definir las disposiciones normativas a que hemos hecho referencia, sobre la base de la generalización de las comunicaciones electrónicas y de la firma digital, con el trasfondo de una Administración pública también electrónica (de la que forma parte la propia Administración de Justicia). Pero probablemente sería discutible una categoría general semejante en el orden procesal sin diferenciar entre las distintas clases de actos procesales, separando lo que es la esfera de actuación del Juez y del Secretario de lo que constituye la actividad de las partes en el proceso.

La admisión del formato electrónico como vehículo de la actividad procesal de unos y otros en los actos de comunicación procesal, parece indiscutible, igual que con relación a los actos de postulación de las partes, a la vista del art. 1º y el Anexo II del Real Decreto de implantación del sistema Lexnet, antes citado, y del contenido del art. 135 LEC, en su nueva redacción, tras la ley 41/2007. Será suficiente con que las Oficinas Judiciales y los sujetos intervinientes en el proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos y documentos de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación, es decir, con firma electrónica reconocida y contra un resguardo acreditativo del momento en que se hizo la presentación o el acto de comunicación.

Más dudosa es la suficiencia de lo aportado en soporte electrónico por cualquiera de las partes como prueba en el proceso, pues siempre puede plantearse la necesidad de cotejo con documentos originales o fehacientes (igual que ocurre, como hemos visto, en el proceso administrativo). Finalmente, el formato electrónico tampoco cabe respecto de los actos propiamente jurisdiccionales del Juez (art. 213 LEC) ni los de dación de fe del Secretario sobre las circunstancias de tiempo y el lugar, peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el juez (art. 146 LEC).

#### ***B) La prueba documental electrónica: la subsistencia del soporte papel***

Y es que, en efecto, existen circunstancias y razones percibidas por el legislador para inadmitir en ciertos supuestos el formato electrónico. La legislación notarial constituye un ejemplo interesante<sup>241</sup>. El documento notarial electrónico -por expresa prescripción legal<sup>242</sup>- es siempre una copia o reproducción telemática del documento

---

<sup>240</sup> Vid. arts. 135, 151, 154, 162, 267, 268, 274, 276, 278 y 318 LEC, redactados conforme a la DF 6ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

<sup>241</sup> Vid. MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, en op. cit., págs. 70 y ss.

<sup>242</sup> Según la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Notarial (adicionada por el art. 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de



original elaborado y conservado en papel, hasta que los avances tecnológicos (dice una disposición transitoria) permitan sustituirlo por un soporte electrónico. Por tanto, no hay matrices electrónicas sino sólo copias electrónicas de escrituras públicas. Las exigencias del tráfico en cuanto a seguridad, celeridad y ahorro de costes, en el momento actual, sólo imponen la circulación (no la conservación) en la red del documento notarial, como modo de facilitar su acceso al registro, al catastro, las oficinas liquidadoras de impuestos y las oficinas públicas en general. Es decir, la electronificación alcanza a la copia pero no al original del documento notarial. El documento notarial electrónico es sólo, en realidad, la reproducción electrónica, que circula electrónicamente, de un documento notarial original (la matriz) que existe en papel.

Algo parecido ocurre con los libros del registro de la propiedad. La reforma introducida por la Ley 24/2005 (antes citada), dando nueva redacción al art. 238 de la Ley Hipotecaria<sup>243</sup>, dispone que los libros del registro deben llevarse por medios electrónicos. Pudiera pensarse que el asiento registral es, en cierto modo, también una copia o reproducción de otro documento, el título inscribible que se presenta a inscripción. Sin embargo, en otros apartados del mismo art. 238 LH, se sigue hablando de libros foliados y sellados, es decir, libros en papel, de modo que los asientos registrales se siguen extendiendo en libros en papel y no en formato electrónico.

En el ámbito de la Administración pública, conforme a la nueva Ley en vigor sobre el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, cabe, por el contrario, el documento administrativo electrónico original, reproducible, a su vez, electrónicamente. Es decir, en el ámbito administrativo, sí hay copias electrónicas de documentos administrativos también electrónicos. Es decir, el original del documento administrativo no tiene ya que constar en papel, puede ser electrónico. Pero aunque la ley aluda a “procedimientos administrativos gestionados en su totalidad electrónicamente” (art. 37), a “su iniciación ... a solicitud del interesado por medios electrónicos” (art. 35.1) y a una “instrucción por medios electrónicos” (art. 36), incluso a la “terminación de los procedimientos por medios electrónicos” o la “resolución de un procedimiento utilizando medios electrónicos” (art. 38), sin embargo, la propia ley, aunque en forma menos altisonante, más discreta, establece algunas reservas frente a la electronificación del procedimiento administrativo, como la previsión del posible requerimiento de cotejo con sus originales de las copias digitalizadas aportadas al procedimiento (art. 35.2) y también la salvedad (formulada por el art. 38.2) de que “podrán adoptarse las resoluciones en forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto”. De pronto es como si, frente a la apuesta entusiasta por la electronificación, surgiera también algún recelo más

---

Orden Social), “hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de la matrices de escrituras y actas, así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas”.

<sup>243</sup> El art. 28 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, da nueva redacción al art. 238 LH, a cuyo tenor, “el Registro de la Propiedad se llevará en libros foliados y visados judicialmente. Los libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido. El Registro dispondrá de un sistema de sellado temporal que dejará constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático. En caso de destrucción de los libros, se sustituirán con arreglo a las Leyes de 15 de agosto de 1873 y 5 de julio de 1938”.

recóndito, un punto de reparo, que asoma asimismo en otros momentos del articulado, como cuando, por ejemplo, la ley impone a la Administración (en el art. 7.2,a) la obligación de preservar las llamadas “oficinas de atención presencial”.

En el orden procesal civil, la actividad probatoria de las partes también queda modalizada cuando se trata de la aportación de documentos en formato electrónico, pues la nueva redacción del art. 267 de la LEC, tras la Ley 41/2007 crea la llamada copia digitalizada y rescata la posibilidad para las partes, el Tribunal o el Ministerio Fiscal de solicitar que los documentos se aporten en su soporte papel original, no obstante haberse presentado de forma electrónica.

*a) La copia digitalizada*

Ahora, de la combinación de los art. 162.2 y 267 de la LEC, la presentación de los documentos en formato electrónico puede llevarse a cabo a través de una imagen digitalizada, incorporada como anexo, que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida. El nuevo documento electrónico consiste, pues, en transmitir en soporte electrónico, junto con la demanda que se presente y con firma digital reconocida, una copia escaneada del documento público o privado que debía antes aportarse en papel (copia u original o copia fehaciente). Ha encontrado nuestro legislador, un modo fiable de convertir en electrónico, por la vía de su transmisión telemática y para mayor garantía de los ciudadanos, un documento que, en realidad, no lo es, dando paso a una prueba documental mixta: de presentación electrónica pero con su soporte papel original, para el supuesto de que se impugne su autenticidad.

*b) La necesidad de cotejo sobre documentos originales y fehacientes en caso de impugnación de la autenticidad*

Como se indicó anteriormente, la Ley de Impulso a la Sociedad de la Información, de 2007, ha dado nueva redacción a determinados apartados del art. 3 de la Ley, de 2003, de Regulación de la Firma Electrónica, disponiendo que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental. Conviene diferenciar, sin embargo, entre las distintas hipótesis de documento electrónico.

A diferencia de lo que ocurre con el documento público electrónico, el documento privado electrónico, independientemente de que tenga o no firma electrónica avanzada o reconocida, si se discute su admisión como medio de prueba en el proceso, impugnándose su autenticidad o, en su caso, la exactitud o regularidad de la certificación que atestigua el reconocimiento de la firma, va a operar como una prueba pericial o testifical, sujetándose su eficacia, en cuanto a su valoración, a la apreciación del juez con arreglo a su sana crítica. Por el contrario, la impugnación del documento público electrónico (desde luego, si se trata de un documento notarial) se va a resolver por el cotejo de la copia digital con el documento original en papel a que corresponda -obrante en el protocolo o archivo del funcionario correspondiente-, cuya intelección (a diferencia de lo que ocurre con el disco duro de un ordenador) va a ser objeto de una comprensión directa por el juez, sin mediación de otras personas (testigos ni peritos o expertos en informática), cobrando la atendibilidad de ese medio de prueba verdaderamente sentido de prueba documental, pues lo que distingue al documento de otros medios de prueba es, precisamente, su aptitud como objeto de inmediata comprensión directa y autónoma por el juzgador, sin depender de la opinión o posible influencia de otros sujetos.

En el actual estadio histórico de evolución de las modernas tecnologías, la prohibición de documentos públicos electrónicos que sean copia de otros documentos

públicos electrónicos (como ocurre en materia de documentos notariales, todavía con los libros del registro de la propiedad probablemente, las resoluciones administrativas en general, la atestiguación fehaciente por el secretario judicial de determinados hechos relevantes del procedimiento y los propios actos jurisdiccionales del juez, cuyo original siempre ha de documentarse en papel) quizá se explique como una medida de política procesal, consistente en la voluntad del legislador de imponer en ciertos supuestos de especial trascendencia económica, social o jurídica, por razón de asegurar una mayor tutela judicial efectiva, la necesidad de una prueba documental que, en caso de contienda judicial, quede sujeta en último término a la capacidad intelectual directa y autónoma del juzgador, con plena independencia, no condicionable por testimonios ni pericias de terceros.

## **BASES PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO TELEMÁTICO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL**

JOSÉ MARTÍN PASTOR

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia y Profesor Tutor de la UNED en el Centro Asociado de Alzira-Valencia, Aula de Sagunto

### I. INTRODUCCIÓN

El tema general del Coloquio “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente” es un clásico para los estudios y los operadores del Derecho Procesal Civil y desde siempre ha dado lugar a arduas polémicas doctrinales y a reformas legislativas de diferente signo.

En la actualidad dicho tema se alimenta de nuevas perspectivas, una de las cuales es el proceso telemático<sup>244</sup>, que combina elementos propios de la escritura y de la oralidad, aprovechando nuevos canales o vías de comunicación y de transmisión de la información, distintos de los tradicionales.

Para quienes vivimos dentro de la denominada sociedad de la información, enmarcada en un contexto internacional de vertiginoso progreso tecnológico, es un hecho notorio la progresiva incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación a las diferentes actividades sociales y económicas.

En este marco las distintas Administraciones Públicas tienen la responsabilidad de trabajar y colaborar para lograr una efectiva implantación del uso de las herramientas que proporciona la tecnología en la gestión pública, con el objetivo de conseguir que dicha gestión sea más eficaz, eficiente, objetiva y transparente.

Como Administración Pública, la Administración de Justicia también debe intervenir activamente en esa transformación, continuando un proceso de modernización de su estructura y de sus medios y aplicando para ello los métodos de organización y los instrumentos procesales más modernos y avanzados, con el objeto de alcanzar una Justicia de calidad, más abierta, que combine la eficacia, la rapidez y la agilidad con el respeto a las garantías<sup>245</sup>.

En el número 21 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, se reconoce el derecho a una Justicia tecnológicamente avanzada, que se concreta en:

1º) “El ciudadano tiene derecho a comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales”.

---

<sup>244</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE el adjetivo telemático significa “Perteneiente o relativo a la telemática”, y el sustantivo telemática hace referencia a la “Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada”.

<sup>245</sup> Véanse, sobre el particular, el Preámbulo de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el 16 de abril de 2002, y el Preámbulo del Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos.

2º) “Los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de la Administración de Justicia, así como en las relaciones de ésta con los ciudadanos”.

3º) “Los documentos emitidos por los órganos de la Administración de Justicia y por los particulares a través de medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes”.

Si el objetivo es lograr el óptimo funcionamiento de nuestra Justicia, un adecuado fomento, implantación y uso generalizado de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación podrá permitir agilizar las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales y los distintos operadores jurídicos, dinamizar la tramitación de los procesos, y aproximar la Administración de Justicia al ciudadano.

## II. ACTUACIONES NECESARIAS PARA LA PUESTA EN MARCHA DEL PROCESO TELEMÁTICO

Para la puesta en marcha del proceso telemático se precisa la implantación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de la Administración de Justicia.

A su vez, esa implantación de las nuevas tecnologías requiere:

1º) Que la legislación procesal contemple el uso de las nuevas tecnologías en el proceso.

2º) Que los órganos jurisdiccionales, los sujetos y los organismos relacionados con la Administración de Justicia dispongan de las infraestructuras, los equipamientos, las herramientas y las aplicaciones informáticas necesarias.

3º) Que se alcancen convenios de colaboración entre las diferentes Administraciones con competencia en la “Administración” de la Administración de Justicia.

## II. PREVISIONES SOBRE EL PROCESO TELEMÁTICO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL ESPAÑOLA

El establecimiento de la admisibilidad del uso –y los efectos jurídicos consecuencia del mismo- de los medios electrónicos en la realización de los actos procesales es competencia del legislador.

El art. 230 LOPJ se encarga del regular el uso de la tecnología para las actuaciones judiciales. Los números 1 y 4 de dicho precepto establecen la admisibilidad de que tanto los órganos judiciales como las personas que demanden ante ellos la tutela judicial de sus derechos e intereses utilicen en el desarrollo de su actividad y en el desempeño de sus funciones, en el ejercicio de sus derechos y en sus relaciones cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, siempre que sean compatibles entre sí y con respeto de las garantías y de los requisitos previstos en las leyes de procedimiento.

Asimismo, con carácter general, el legislador ha establecido que:

1º) Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, la privacidad y la seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que se establezcan legalmente (art. 230.3 LOPJ).

2º) Los programas y las aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente aprobados por el Consejo General del

Poder Judicial, quien garantizará su compatibilidad, y los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Consejo General del Poder Judicial (art. 230.5, II y III LOPJ).

La regulación de la admisibilidad del uso –y los efectos jurídicos derivados del mismo– de los medios electrónicos en la realización de los actos procesales también la encontramos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que autoriza, cuando los órganos judiciales y los sujetos intervinientes en el proceso dispongan de los medios técnicos necesarios y se den las condiciones y los requisitos mencionados, la válida realización de determinados actos procesales mediante los medios técnicos expuestos, especialmente, como veremos, a raíz de su reforma por la Disposición Final sexta. Primero de la Ley 41/2007, de 7 diciembre, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil y del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>246</sup>.

Realizadas estas consideraciones generales vamos a destacar ahora algunas previsiones específicas:

### **1. Envío y recepción de escritos y documentos**

Los documentos emitidos por los medios mencionados, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y de la eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, su integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales (art. 230.2 LOPJ).

En relación con la presentación de escritos, a efectos del requisito del tiempo de los actos procesales, el art. 135.5, I y III LEC dispone que “cuando las Oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que la presentación tenga lugar en día u hora inhábil a efectos procesales conforme a la ley, se entenderá efectuada el primer día y hora hábil siguiente”, y que “cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo, por los medios técnicos a que se refiere este apartado, no sea posible por interrupción no planificada del servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas, el remitente podrá proceder a su presentación en la Oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción”.

Cabe subrayar que el antiguo art. 135.5, II LEC disponía que, sin perjuicio de la admisibilidad de la presentación de escritos por medios telemáticos, “a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, éstos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior”<sup>247</sup>. Tras la reforma indicada se ha suavizado la limitación expuesta, ya que el nuevo art. 135.5, II LEC dispone que “a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, se estará a lo previsto en el artículo 162.2 de esta Ley”, cuyo contenido expondremos más adelante.

---

<sup>246</sup> Esta reforma era necesaria para la implantación en la Administración de Justicia del sistema telemático denominado *Lexnet*, al que posteriormente nos referiremos

<sup>247</sup> Esta obligación desvirtuaba y hacía perder eficacia al mencionado sistema *Lexnet*.

En relación con lo expuesto y respeto de la forma de presentación de los documentos públicos, el art. 267 LEC ha dispuesto que dichos documentos “podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios”.

Sobre el modo de producción de la prueba por documentos públicos, éstos “tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentados éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportado por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada, conforme a lo previsto en el artículo 267, no se hubiere impugnado su autenticidad” (art. 318 LEC).

En cuanto a la forma de presentación de los documentos privados, según el art. 268.1 y 2 LEC dichos documentos podrán ser presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente, y cuando la parte sólo posea copia simple de los mismos, podrá presentar ésta, bien en soporte papel o bien mediante imagen digitalizada en la forma expuesta, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.

## **2. Práctica de actos procesales de comunicación**

En cuanto a los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 162.1, I LEC, “cuando las Oficinas judiciales y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación dispusieren de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda”.

Para posibilitar lo anterior “las partes y los profesionales que intervengan en el proceso deberán comunicar a las Oficinas judiciales el hecho de disponer de los medios antes indicados y su dirección” (art. 162.1, II LEC) y “se constituirá en el Ministerio de Justicia un Registro accesible electrónicamente de los medios indicados y las direcciones correspondientes a los organismos públicos” (art. 162.1, III LEC).

Asimismo se ha previsto que, si una vez constatada la correcta remisión del acto de comunicación por los mencionados medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario haya accedido a su contenido, se considerará que la comunicación ha sido intentada sin efecto y se procederá a su entrega en el modo que se establece en el art 161 LEC, esto es, en la forma tradicional, bien por correo certificado o en mano (art. 162.1, IV LEC).

No obstante, por economía procesal, en caso de producirse el acceso una vez transcurrido el plazo expuesto pero con anterioridad a la realización de la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción (art. 162.1, V LEC)<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> Dicho de otro modo, si el destinatario abre el buzón pasado el tercer día pero antes de recibir el acto de comunicación por los métodos tradicionales, aquél se entenderá realizado el día en que abra el buzón y no cuando lo reciba por los medios tradicionales. De este modo, se garantiza la agilización del procedimiento.

Resulta relevante destacar que el antiguo art. 162.2 LEC, al regular los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares, establecía que “cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, aquéllos habrán de aportarse o transmitirse a las partes e interesados de modo adecuado a dichos procedimientos o en la forma prevista en los artículos anteriores, con observancia de los requisitos de tiempo y lugar que la ley señale para cada caso”.

Como consecuencia de la reforma mencionada se ha mitigado la limitación expuesta, puesto que, según el nuevo art. 162.2 LEC, “cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, podrán, no obstante, ser presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas de los mismos, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 de esta Ley, si bien, en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse aquéllos en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale”.

Por último hay que precisar que “los actos de comunicación a la Abogacía del Estado, al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y al Ministerio Fiscal, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste (...) en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de esta Ley” (art. 151.2 LEC), y que la remisión y la recepción de los actos de comunicación a los procuradores en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de procuradores “se realizará por los medios y con el resguardo acreditativo de su recepción a que se refiere el apartado 1 del artículo 162 de esta Ley, cuando la Oficina judicial y el Colegio de Procuradores dispongan de tales medios” (art. 154.2, I LEC).

### **3. Traslado de copias de escritos y de documentos**

Respecto del traslado previo de copias de escritos y de documentos el art. 135.6 LEC establece que dicho traslado podrá efectuarse, a los procuradores o a las demás partes, por medios técnicos, cuando se cumplan los requisitos exigidos por el art. 135.5, I de la misma norma.

Tratándose del traslado por el tribunal de las copias a las otras partes interesadas, cuando no intervengan procuradores, la presentación y el traslado de las copias “podrán realizarse por los medios y con el resguardo acreditativo de su recepción a que se refiere el apartado 5 del artículo 135 de esta Ley, cuando se cumplan los presupuestos y requisitos que establece” (art. 274, II LEC).

En el caso de traslado de las copias de los escritos y de los documentos cuando intervenga procurador, si se utilizan los medios técnicos a que se refiere el art. 135.5 y 6 LEC, dicho traslado “se hará de forma simultánea a la presentación telemática del escrito y documentos de que se trate y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en día y hora inhábil a efectos procesales conforme a la ley se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente” (art. 276.2, II LEC).

En cuanto a los efectos del traslado respecto del curso y del cómputo de plazos, si el acto del que se haya dado traslado en la forma establecida en el art. 276 LEC determina, según la ley, la apertura de un plazo para llevar a cabo una actuación procesal, el plazo comenzará su curso sin intervención del Tribunal y deberá computarse desde el día siguiente



al de la fecha en que se entienda efectuado el traslado cuando se utilicen los medios técnicos contemplados por el art. 135.5 y 6 LEC (art. 278 LEC).

#### **4. Documentación de actuaciones judiciales mediante medios técnicos**

El art. 146.3 LEC establece, potestativamente, que “los tribunales podrán emplear medios técnicos de documentación y archivo de sus actuaciones y de los escritos y documentos que recibieren, con las garantías a que se refiere el apartado quinto del artículo 135 de esta Ley. También podrán emplear medios técnicos de seguimiento del estado de los procesos y de estadística relativa a éstos”.

Ahora bien, con carácter preceptivo, “las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen” (art. 147, I LEC).

En este caso “la grabación se efectuará bajo la fe del Secretario Judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado” (art. 147, II LEC), y “las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales” (art. 147, III LEC).

#### **5. Uso de la videoconferencia**

Las actuaciones judiciales orales “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo” (art. 229.3 LOPJ).

#### **6. Desarrollo reglamentario**

El desarrollo reglamentario de algunas de estas previsiones se ha realizado, entre otros, por el Reglamento del CGPJ 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; por la Instrucción 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del CGPJ, sobre Código de Conducta para usuarios de equipos informáticos al servicio de la Administración de Justicia; y por el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos<sup>249</sup>.

### **III. INFRAESTRUCTURAS, EQUIPAMIENTOS, HERRAMIENTAS Y APLICACIONES INFORMÁTICAS NECESARIOS PARA IMPLEMENTAR EL PROCESO TELEMÁTICO**

La implantación del proceso telemático, también denominado expediente judicial electrónico, requiere, en primer lugar, la dotación y/o la renovación de las infraestructuras y de los equipamientos necesarios, sobre los que, en segundo lugar, se puedan desarrollar los diferentes softwares judiciales que permitan alcanzar el nivel máximo de informatización del proceso judicial.

---

<sup>249</sup> El Proyecto *Lexnet* es analizado detenidamente en la Comunicación “Un paso importante hacia el proceso telemático en España: el sistema informático de telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos”, de José Martín Pastor

Las infraestructuras, los equipamientos, las herramientas y las aplicaciones informáticas necesarios, los podemos sintetizar en los siguientes puntos<sup>250</sup>:

### **1. La dotación y/o la renovación de las infraestructuras y de los equipamientos informáticos, y el mantenimiento de los mismos**

Las actuaciones encaminadas a la renovación de las infraestructuras y de los equipamientos informáticos, y al mantenimiento de los mismos, son:

1ª) La transformación –la renovación y la ampliación- de la red judicial, dotándola de un ancho de banda que permita la incorporación de las nuevas aplicaciones que vayan surgiendo vía Internet, y la dotación a todos los órganos jurisdiccionales de líneas Backup (líneas de seguridad por si cae la línea principal).

2ª) La renovación total y el mantenimiento de los equipos y de la infraestructura informática (ordenadores, electrónica de red), y el desarrollo de las infraestructuras necesarias para permitir desde la red judicial el libre acceso a Internet con todas las garantías de seguridad.

3ª) La adquisición de ordenadores portátiles para los Jueces, los Secretarios Judiciales, los Fiscales y los Forenses destinados en los órganos judiciales, como herramienta de trabajo ágil y fácil de trasladar en su quehacer diario cuando sean necesarios desplazamientos.

4ª) La renovación de los sistemas de impresión de los órganos judiciales (impresoras, fotocopadoras, fax, escáner, etc.).

Con la dotación de estos dispositivos técnicos la Administración de Justicia podrá manejar de manera eficiente la documentación que se gestiona en las oficinas judiciales.

En concreto, la dotación de la funcionalidad de escaneado de documentos permitirá la extensión del Proyecto *Lexnet*, que permite la intercomunicación telemática entre las oficinas judiciales y los procuradores que representan a los ciudadanos. Así, las comunicaciones judiciales podrán ser notificadas de manera automática, y, mediante un procedimiento, análogo los procuradores podrán presentar demandas ante los juzgados.

Un avance para las oficinas judiciales es la instalación de equipos multifuncionales para uso de los profesionales. Estos equipos son utilizados por los profesionales del Derecho –los abogados, los procuradores y los graduados sociales- para obtener las copias de la documentación que precisan para una adecuada defensa y representación de los ciudadanos en sus procedimientos judiciales.

Además de los equipos de impresión, se requieren todos los servicios asociados, de instalación y configuración iniciales, y de mantenimiento y asistencia técnica. De este modo las oficinas judiciales dispondrán de un entorno unificado de soporte que simplificará los trámites en cuanto a la asistencia técnica, los servicios de reparación y el suministro de fungibles.

Estos sistemas de impresión posibilitarán los préstamos on-line, en sustitución del actual sistema de petición a los archivos de expedientes, para la obtención de testimonios.

---

<sup>250</sup> A continuación recojo, con determinadas adaptaciones, algunas de las diferentes actuaciones que contempla el Plan de modernización de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Valenciana (moderniza.just; 2007-2011), de la Conselleria de Justícia y Administracions Públiques de la Generalitat Valenciana (<http://www.gva.es/jsp/portalgv.jsp?br=1&re=1&co=es&chflash=true&force=si>).

5ª) La generalización del uso de la videoconferencia para practicar mediante “reuniones virtuales” determinadas diligencias judiciales, evitando los desplazamientos innecesarios.

6ª) La creación de espacios WIFI en los edificios judiciales, que permitan a los profesionales del Derecho y a los ciudadanos disponer de este servicio cuando se encuentren en dichas dependencias.

7ª) La consolidación de centros de procesos de datos que aglutinen toda la información generada en los órganos judiciales con capacidad para garantizar su consulta permanentemente.

8ª) La creación de una herramienta de gestión de proyectos y de integración para interconectar las distintas aplicaciones informáticas y las diferentes instancias judiciales.

9ª) La dotación de la infraestructura tecnológica suficiente para asegurar la continuidad de los servicios prestados, con el soporte técnico que garantice el mantenimiento de dicha infraestructura.

## **2. El desarrollo de aplicaciones informáticas judiciales**

Las actuaciones centradas en el desarrollo de aplicaciones informáticas judiciales consisten en:

1ª) La instalación o la ampliación de las prestaciones de las diferentes aplicaciones de gestión procesal, que contemplan la tramitación integral de todos los procesos, en los distintos órganos judiciales y en las Fiscalías (*Minerva*<sup>251</sup>, *Cicerone*<sup>252</sup>, *Fortuny*<sup>253</sup>, etc.).

Estas aplicaciones de gestión procesal constituyen el nodo central donde confluye, por una parte, la información que generan los órganos judiciales, y, por otra parte, la información que aquéllos requieren en el desempeño de sus funciones.

Asimismo, se precisa interrelacionar las diferentes aplicaciones de gestión procesal, unificando la información que han de proporcionar los distintos sistemas, normalizando y homogeneizándose el intercambio electrónico de datos de manera eficaz, evitando así la duplicidad de registros y de números de identificación de cada expediente, consiguiéndose de este modo que los asuntos registrados en los órganos judiciales sean itinerados electrónicamente a las respectivas Fiscalías y viceversa, pudiéndose en cualquier momento consultar el procedimiento en el se tenga que intervenir, obtener estadísticas, etc.

2ª) La dotación de la firma electrónica, mediante tarjeta criptográfica, a los Secretarios Judiciales y demás funcionarios judiciales, para poder ofrecerles determinados servicios como, por ejemplo, *Lexnet*.

3ª) La renovación, el mantenimiento y la modernización de los sistemas de grabación digital de los eventos judiciales de las salas de vistas y de las salas multiusos, ante la obligatoriedad de que determinadas actuaciones procesales civiles queden grabadas en soporte digital y la posible ampliación de su uso al resto de órdenes jurisdiccionales.

Además, hay que integrar dichos sistemas con las herramientas de gestión procesal mencionadas.

---

<sup>251</sup> *Minerva* es la aplicación de gestión procesal desarrollada por el Ministerio de Justicia para los órganos judiciales correspondientes a su ámbito de actuación.

<sup>252</sup> *Cicerone* es la aplicación de gestión procesal desarrollada por la Consellería de Justicia y Administraciones Públicas de la Generalitat Valenciana para los órganos judiciales ubicados en la Comunidad Valenciana.

<sup>253</sup> *Fortuny* es la aplicación de gestión procesal desarrollada por el Ministerio de Justicia para las Fiscalías correspondientes a su ámbito de actuación.

4ª) La implantación de una funcionalidad en los sistemas de gestión procesal que permita el acceso de los profesionales del Derecho –los abogados, los procuradores, y los graduados sociales- y los ciudadanos, en su caso, a la información generada por los órganos judiciales en los procesos en que intervengan mediante el empleo de medios informáticos.

Para lograr ese acceso telemático a los procesos en que intervengan se precisa contar con un repositorio de profesionales.

5ª) La implantación y el desarrollo del empleo de medios telemáticos en la tramitación de los procesos judiciales, de forma que el ciudadano y los profesionales puedan realizar trámites procesales a través de Internet, esto es, procesos en red.

Para ello, el Ministerio de Justicia ha desarrollado el Proyecto *Lexnet*, plataforma de intercambio de información, que permite a los profesionales la presentación de escritos ante los órganos judiciales, así como la realización de notificaciones judiciales a aquéllos a través de Internet.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana se está desarrollando el Proyecto *E-Procesos*, un aplicativo propio de la Dirección General de Justicia de la Consellería de Justicia y Administraciones Públicas de la Generalitat Valenciana que permita la presentación telemática de demandas (monitorio, familia, desahucios...), y su integración automática con el módulo de registro y reparto de la aplicación *Cicerone*, de forma que, presentada la demanda, el sistema proceda a su posterior reparto, conforme a las reglas establecidas por la respectiva junta de jueces, remitiendo al actor el oportuno acuse de recibo con indicación del órgano judicial al que le ha correspondido el conocimiento del asunto presentado por este sistema.

6ª) El establecimiento de un sistema de gestión compartido de señalamientos judiciales, esto es, un sistema de gestión o agenda compartida de los intervinientes en juicios, vistas o comparencias (Juez o Magistrado, Secretario Judicial, Fiscal, Abogado del Estado, representantes de las partes personadas –abogados, procuradores y graduados sociales-, Forense, Policía, Peritos, etc.), de manera que la fijación de la fecha y de la hora de un señalamiento sea determinada en el momento de mayor probabilidad de éxito por parte de todos los sujetos que intervienen en el mismo.

Este sistema, desarrollado por el Consejo General del Poder Judicial, presenta además las siguientes funcionalidades: la gestión de las salas de vistas; el envío de avisos mediante correo electrónico, fax, etc., la integración bidireccional con los aplicativos de gestión procesal, etc.

7ª) La creación de centros específicos de atención al usuario de las aplicaciones de gestión procesal instaladas en los órganos judiciales.

Estos centros deben contar, entre sus integrantes, con informáticos y con miembros de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, capaces de prestar apoyo a las cuestiones que surjan en materias informáticas y procesales, logrando una verdadera atención al usuario de calidad, ofrecida por informáticos y por profesionales del Derecho. Además de resolver las incidencias que se produzcan, este servicio se encargará de realizar una completa revisión de los trámites y de los documentos que conforman las aplicaciones procesales, acometer cambios legislativos, etc., con lo que se conseguirá un verdadero mantenimiento evolutivo de la aplicación. También se encargarán de ofrecer una formación continua al usuario, así como potenciar el uso de las aplicaciones procesales.

8ª) El desarrollo de una aplicación informática específica para fijar mediante sistemas racionales las rutas a realizar por los servicios comunes de actos de comunicación.

9ª) La implantación de sistemas informáticos para optimizar la gestión de los institutos de medicina legal mediante la creación de bases de datos comunes.

10ª) El acceso libre a Internet para Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales.

11ª) La elaboración de programas informáticos interrelacionados con los sistemas de gestión procesal que permitan gestionar de forma eficaz las piezas de convicción obtenidas en procedimientos judiciales a través de su catalogación y archivo para facilitar su localización.

12ª) La creación de oficinas que centralicen el acceso a los distintos registros informáticos que deben facilitar información a los órganos judiciales, y evolucionar el sistema para que las consultas se puedan realizar directamente desde las aplicaciones de gestión procesal.

13ª) El desarrollo informático para la gestión informatizada del correo ordinario generado por los órganos judiciales.

14ª) La gestión de los archivos territoriales mediante el desarrollo informático que permita remitir por vía telemática la documentación que, depositada en los archivos judiciales, sea requerida por los órganos judiciales.

15ª) La gestión de las Secretarías de Gobierno mediante desarrollos informáticos que permitan la gestión de las actuaciones realizadas en las Secretarías de Gobierno de los Tribunales Superior de Justicia.

16ª) La implantación de una aplicación informática específica que permita que todos los sistemas de grabación actualmente instalados en las Salas de Vistas y en las Salas Multiusos se conviertan además en sistemas de videoconferencia, a través de IP, con lo que las videoconferencias celebradas entre los órganos judiciales sean a coste 0.

### **3. La prestación de nuevos y mejores servicios al ciudadano**

Las acciones dirigidas a la prestación de nuevos y mejores servicios al ciudadano son:

1ª) La creación de portales de Justicia en Internet que aglutinen los servicios relacionados con la Administración de Justicia.

2ª) La implantación de las plataformas (*Lexnet, E-Procesos*, etc.) que permitan a los ciudadanos realizar la presentación telemática de demandas y su integración automática con el modo de registro y de reparto de los diferentes sistemas de gestión procesal.

3ª) El desarrollo de un proyecto que aspire a lograr la efectiva interconectividad entre el Ministerio de Justicia, las Consejerías de Justicia autonómicas, otras Administraciones Públicas y los distintos Colegios profesionales para agilizar la prestación del turno de oficio, y que ofrezca a los ciudadanos la posibilidad de solicitar la asistencia jurídica gratuita a través de Internet.

4ª) La ejecución de un proyecto que mejore la atención prestada desde los registros civiles y resuelva la problemática derivada del auge de la inmigración.

#### **IV. NECESIDAD DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN ENTRE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES CON COMPETENCIA EN LA “ADMINISTRACIÓN” DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

El art. 149.1.5ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la “Administración de Justicia”.

De esta forma, el Estado asume, a través del Poder Legislativo, del Consejo General del Poder Judicial, del Gobierno o de la Administración, los principales poderes respecto a la configuración y gobierno de la Jurisdicción, de forma que aparece como el titular de la misma.

No obstante, tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, 62/1990, y 105/2003, que distinguieron entre el núcleo inaccesible de la Administración de Justicia y

la “Administración” de la Administración de Justicia, las Comunidades Autónomas pueden asumir determinados poderes en el ámbito material y en el ámbito del personal no jurisdiccional.

Por ello, aunque en principio corresponde Ministerio de Justicia proveer a los juzgados y tribunales de medios materiales y personales, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias reglamentarias y ejecutivas sobre el personal no jurisdiccional y sobre los medios materiales, siempre y cuando exista la previsión correspondiente en los Estatutos de Autonomía correspondientes y se produzca el traspaso de competencias por parte del Estado<sup>254</sup>.

Si se dan estas condiciones las Comunidades Autónomas tendrán la competencia sobre la gestión de los recursos materiales y personales no jurisdiccionales necesarios para el desarrollo de la función jurisdiccional.

Lo anteriormente impuesto implica que las competencias sobre las infraestructuras, los equipamientos, las herramientas y las aplicaciones informáticas necesarios para implementar el proceso telemático no sólo corresponden al Ministerio de Justicia, sino también a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia y que, en consecuencia, hayan recibido los traspasos de funciones y servicios en relación con los medios materiales de la Administración de Justicia.

La existencia de distintas Administraciones competentes sobre esos medios materiales por una parte, y la necesidad de interconectar todos los órganos jurisdiccionales y las Fiscalías del Estado por otra parte, implica la conveniencia de establecer convenios de colaboración para el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones en la Administración de Justicia, que recojan el deseo de los firmantes de intensificar la cooperación entre los mismos en el desarrollo y la implantación de los instrumentos tecnológicos e informáticos para la Administración de Justicia, a fin de que el intercambio de información y las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales y los demás operadores jurídicos quede garantizado a través de un sistema global integrado, plenamente compatible, ágil, rápido y seguro<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, modificada por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril) establece en su art. 36.1ª y 4ª que corresponde a la Generalitat Valenciana “ejercer, en la Comunidad Valenciana, todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial y del reconozca o atribuya al Gobierno del Estado” y “proveer de medios personales, materiales y económicos a la Administración de Justicia”, y el Real Decreto 293/1995, de 24 de febrero, aprobó el traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia, estableciéndose en el apartado B). 3.b) de su Anexo que ambas Administraciones fijarán los necesarios instrumentos de colaboración para la promoción y utilización de bienes informáticos destinados a los servicios administrativos propios de Juzgados y Tribunales, asegurando la compatibilidad de los que se empleen en la Comunidad Valenciana con los que se implanten en todo el territorio del Estado, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>255</sup> Información sobre los Convenios de colaboración del Ministerio de Justicia con las Comunidades Autónomas la podemos encontrar en: [http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1152533111416&lang=es\\_es&menu\\_activ o=1152533111416&pagename=Portal\\_del\\_ciudadano%2FPage%2FConvenios](http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1152533111416&lang=es_es&menu_activ o=1152533111416&pagename=Portal_del_ciudadano%2FPage%2FConvenios).

---

Por ejemplo, el Ministerio de Justicia y la Generalitat Valenciana suscribieron el 17 de febrero de 2004, un Convenio de colaboración para el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración de Justicia; el 28 de julio de 2005, un Convenio de colaboración para la puesta en marcha de un programa de reforma de la Administración de Justicia en la Comunidad Valenciana; el 4 de octubre de 2005, un Convenio de cooperación tecnológica para la implantación y ejecución de la presentación de escritos y notificaciones certificados por vía telemática –Sistema *LexNet*– en los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana; y el 7 de mayo de 2007, junto con la Fiscalía General del Estado, un Convenio para la cesión de los derechos de uso de los programas de aplicación de gestión procesal de las fiscalías a favor de la Comunidad Valenciana.

**UN PASO IMPORTANTE HACIA EL PROCESO TELEMÁTICO EN ESPAÑA: EL SISTEMA  
INFORMÁTICO DE TELECOMUNICACIONES *LEXNET* PARA LA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS  
Y DOCUMENTOS, EL TRASLADO DE COPIAS Y LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE  
COMUNICACIÓN PROCESAL POR MEDIOS TELEMÁTICOS**

JOSÉ MARTÍN PASTOR

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia y Profesor Tutor de la  
UNED en el Centro Asociado de Alzira-Valencia, Aula de Sagunto

I. INTRODUCCIÓN

En la comunicación “Bases para el desarrollo del proceso telemático en el proceso civil español”, se han expuesto las infraestructuras, los equipamientos, las herramientas y las aplicaciones informáticas necesarios para el establecimiento del proceso telemático en España.

Una de las actuaciones en vías de desarrollo y de aplicación más importantes consiste en la implantación del empleo de los medios telemáticos en la tramitación de los procesos judiciales, de forma que el ciudadano y los profesionales puedan realizar trámites procesales a través de Internet, esto es, procesos en red.

Para ello el Ministerio de Justicia ha desarrollado el sistema denominado *Lexnet*. Se trata un sistema de comunicaciones electrónicas securizadas para la Administración de Justicia, basado en un sistema de correo electrónico seguro, que permite la comunicación bidireccional de las oficinas judiciales con los distintos operadores jurídicos, esto es, con los abogados y los procuradores, facilitando tanto la realización de los actos de comunicación procesal por los órganos judiciales como la presentación de los escritos y de los documentos y el traslado de las copias de los mismos por los profesionales del Derecho<sup>256</sup>.

II. LA IMPLANTACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL SISTEMA  
INFORMÁTICO DE TELECOMUNICACIONES *LEXNET* PARA LA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y  
DOCUMENTOS, EL TRASLADO DE COPIAS Y LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE COMUNICACIÓN  
PROCESAL POR MEDIOS TELEMÁTICOS

**1. Marco normativo del sistema *Lexnet***

---

<sup>256</sup> Bibliografía sobre *Lexnet* la podemos encontrar en CREMADES GARCÍA, V. - ALACID BAÑO, L. M., “Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 2, 2007, pp. 46-58; DE HOYOS SANCHO, M., “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2003, pp. 1562-1570; DE HOYOS SANCHO, M., “Firma digital y comunicaciones procesales”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, pp. 4-5; GARRIDO CARRILLO, F. J., “El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 85-107; HUGUET TOUS, P. L., “Pistoletazo de salida para la presentación telemática de escritos en los órganos judiciales: el Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto que regula la utilización del Sistema LEXNET”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1446-1448; y POZO MOREIRA, F. J., “La presentación de demandas y documentos y la realización de notificaciones en los Juzgados y Tribunales del Orden social por medios telemáticos: la reforma del Procedimiento civil y Laboral por la Ley 41/2007”, *Diario La Ley*, núm. 6890, 2008.



En cuanto a la regulación de *Lexnet* debemos distinguir dos aspectos:

1º) La determinación de las condiciones generales y de los requisitos de utilización del sistema *Lexnet*, para su funcionamiento en condiciones adecuadas, cumpliendo las garantías exigidas en las leyes, así como la determinación de las reglas y de los criterios que se han de observar en la presentación por los medios telemáticos en el ámbito de la Administración de Justicia de los escritos y los documentos, el traslado de las copias y la realización de los actos de comunicación procesal a través del sistema *Lexnet*.

De la regulación de este primer aspecto se ocupa el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones *Lexnet* para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos.

El art. 1.1 RD 84/2007 establece que esta norma “tiene por objeto regular la implantación en la Administración de Justicia del sistema telemático denominado *Lexnet*, para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal, así como establecer las condiciones generales para su utilización y funcionamiento”.

2º) El establecimiento de la admisibilidad del uso –y los efectos jurídicos consecuencia del mismo- de los medios electrónicos en la realización de los actos procesales incluidos en el ámbito material de aplicación de *Lexnet* es competencia del legislador, razón que justifica su no inclusión en los contenidos normativos del RD 84/2007.

Las previsiones legislativas sobre el proceso telemático en la legislación procesal española han sido descritas en la comunicación anteriormente citada.

## **2. Definición, características y funcionalidades del sistema *Lexnet***

*Lexnet* es un sistema informático de telecomunicaciones para la presentación de los escritos y de los documentos, el traslado de las copias y la realización de los actos de comunicación procesal por los medios telemáticos en el ámbito de la Administración de Justicia (arts. 1.1, y 2 RD 84/2007).

El sistema telemático *Lexnet* es un medio de transmisión de la información que está constituido por una arquitectura basada en el correo electrónico securizado que proporciona máxima seguridad y fiabilidad en la comunicación mediante la utilización de la firma electrónica reconocida. El sistema aporta a las garantías de autenticidad<sup>257</sup>, integridad<sup>258</sup> y no repudio -en origen y en destino-<sup>259</sup> que proporciona la firma electrónica reconocida, la de confidencialidad en las comunicaciones<sup>260</sup> y la de sellado de tiempo<sup>261</sup> mediante los mecanismos técnicos adecuados (art. 2 RD 84/2007).

---

<sup>257</sup> El emisor del documento es realmente quien dice ser.

<sup>258</sup> El documento llega inalterado. Su contenido no puede alterarse durante su transmisión.

<sup>259</sup> La garantía de que la comunicación se ha realizado, de forma que el emisor no puede negar que ha enviado el documento, ni el receptor que lo ha recibido y abierto.

<sup>260</sup> Sólo el destinatario del documento puede leer su contenido.

<sup>261</sup> La constatación del instante en que ha tenido lugar, lo que permite fijar el orden de llegada de los escritos.

El sistema *Lexnet* está diseñado para prestar, en concreto, las funcionalidades que se enumeran en el Anexo V RD 84/2007:

1ª) La presentación, el transporte de los escritos procesales y de los documentos que con los mismos se acompañen, y su distribución y remisión a la oficina Judicial encargada de su tramitación.

2ª) La gestión del traslado de las copias, de forma que quede acreditado en las copias la fecha y la hora en que se ha realizado el traslado y que éste se ha efectuado a los restantes procuradores personados, en función de lo previsto en las leyes procesales.

3ª) La realización de los actos de comunicación procesal de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes procesales.

4ª) La expedición de los resguardos electrónicos, integrables en las distintas aplicaciones de gestión procesal, acreditativos de la correcta realización de la presentación de los escritos y de los documentos anexos, de los traslados de las copias y de la correcta remisión y recepción de los actos de comunicación procesal y, en todo caso, de la fecha y de la hora de la efectiva realización.

5ª) La constancia de un asiento por cada una de las transacciones telemáticas a que se refieren apartados anteriores, realizadas a través del sistema, identificando cada transacción con los siguientes datos: la identidad del remitente y del destinatario de cada mensaje, la fecha y la hora de su efectiva realización proporcionada por el sistema, y el proceso judicial al que se refiere, indicando el tipo de procedimiento, el número y el año.

### **3. Ámbito subjetivo de aplicación y régimen de utilización del sistema telemático *Lexnet***

Los interlocutores en las comunicaciones telemáticas en el ámbito de la Administración de Justicia son los sujetos que intervienen en los procesos judiciales. Por una parte, están los Secretarios judiciales y los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia que desempeñan sus funciones en la oficina judicial y, por otra parte, las personas que demandan la tutela judicial, los profesionales que les asisten y otras personas e instituciones que también se relacionan con los órganos judiciales.

En el Anexo II RD 84/2007, al que remite el art. 1.2, II de la misma norma, se establece una relación de usuarios del sistema *Lexnet*, introduciéndose en su núm. 11 una cláusula abierta -“Órganos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, así como otras Administraciones e instituciones que habitualmente se relacionen con la Administración de Justicia”-, por lo que se puede concluir que esta regulación no contiene exclusión alguna al respecto.

La utilización del sistema *Lexnet* por los órganos judiciales, una vez aprobado por Acuerdo de 28 de septiembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, está supeditada a la disponibilidad por los interlocutores de los medios y de la formación adecuada, lo cual necesariamente precisará de un proceso progresivo de implantación.

El empleo del sistema *Lexnet* será obligatoria para los Secretarios judiciales y para los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia destinados en aquellas oficinas judiciales que dispongan del sistema y que estén dotadas de los medios técnicos necesarios (art. 4.1, I RD 84/2007).

En cuanto al empleo del sistema *Lexnet* por las personas que demandan la tutela judicial, los profesionales que les asisten y otras personas e instituciones que también se relacionan con los Juzgados y Tribunales, cabe precisar que, por una parte, dadas las ventajas que para el servicio público de la Administración de Justicia se desprenden de la utilización de las nuevas tecnologías, el art. 162.1, II LEC, tanto en su anterior redacción

como en la actual, impone a las partes y a los profesionales que intervengan en el proceso el deber de comunicar a su interlocutor en la Administración de Justicia el hecho de disponer de los medios indicados y su dirección y, por otra parte, que razones técnicas y de prudencia aconsejan abordar la instauración del citado sistema admitiendo inicialmente como usuarios únicamente a determinados interlocutores de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que en el futuro, dada la vocación de universalidad de dicho sistema, puedan incorporarse otros colectivos de usuarios.

Entre los usuarios del sistema *Lexnet* destaca el especial régimen de utilización atribuido a los Colegios de Procuradores. Para éstos será obligatorio el uso del sistema *Lexnet* siempre que cuenten con los medios técnicos necesarios (art. 4.1, II).

La instauración de la vía telemática para la realización de concretos actos procesales no implica la prohibición de utilización de la ya existente actualmente, sino que, por el contrario, es una opción más que abre otras posibilidades a los propios litigantes, a los profesionales que les asistan y a los demás intervinientes en el proceso en sus relaciones con la Administración de Justicia. Así, se trata de ampliar y facilitar los cauces en el acceso a la tutela judicial. De este modo, no sólo se respeta el principio de igualdad de oportunidades y de no discriminación de todas las personas en el acceso a la tutela judicial, sino que además se refuerza en todo caso y sin perjuicio de la vía y de los medios que aquéllos elijan.

Sin perjuicio de lo expuesto, se considerará preferente la vía telemática de comunicación con todos aquellos que figuren dados de alta como usuarios en el sistema (art. 4.2 RD 84/2007).

### **3 Ámbito territorial de implantación del sistema telemático *Lexnet***

El sistema *Lexnet* ha sido creado y desarrollado por el Ministerio de Justicia. Ello implica, por una parte, que lo dispuesto en el RD 84/2007 será de aplicación, en principio, en el ámbito de competencia del Ministerio de Justicia (art. 1.2, I RD 84/2007), y, por otra parte, que la implementación del sistema *Lexnet* se producirá en las oficinas judiciales correspondientes al ámbito de actuación del Ministerio de Justicia (art. 1.3 RD 84/2007), de forma gradual de acuerdo con las posibilidades técnicas y presupuestarias de dicho Ministerio, respecto de aquellas oficinas judiciales y aquellos tipos de procedimientos incluidos en cada fase del proceso de implantación (Disposición transitoria única, I RD 84/2007).

Asimismo, será gradual la incorporación al sistema *Lexnet* del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado, y de otros potenciales usuarios, en la medida en que se alcancen acuerdos con los Colegios Profesionales y los órganos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, y con otras Administraciones e instituciones relacionadas con la Administración de Justicia (Disposición transitoria única, II RD 84/2007).

No obstante, se podrá acordar la extensión y la utilización del sistema *Lexnet* en las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia y que, en consecuencia, hayan recibido los trasposos de funciones y de servicios en relación con los medios materiales de la Administración de Justicia, en el marco de los correspondientes convenios de cooperación tecnológica que puedan celebrarse para la implantación de dicho sistema telemático en sus correspondientes ámbitos territoriales (art. 1.3 RD 84/2007).

Con anterioridad a esta previsión cabe destacar los convenios ya estipulados:

1º) El Convenio de cooperación tecnológica para la implantación y ejecución de la presentación de escritos y notificaciones certificados por vía telemática –Sistema *LexNet*– en los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, entre el Ministerio de Justicia y la Generalitat Valenciana, de 4 de octubre de 2005<sup>262</sup>.

2º) El Convenio de cooperación entre el Ministerio de Justicia y el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña para la implantación y ejecución de la presentación telemática de escritos y notificaciones –Sistema *LexNET*– en las oficinas judiciales de Cataluña, de 5 de mayo de 2006<sup>263</sup>.

3º) El Convenio de cooperación tecnológica para la implantación y ejecución de la presentación de escritos y notificaciones certificados por vía telemática –Sistema *LexNet*– en los órganos judiciales de la Comunidad Autónoma de Galicia, entre el Ministerio de Justicia y la Xunta de Galicia, de 20 de diciembre de 2006<sup>264</sup>.

#### **4. Administración del sistema *Lexnet***

Habiendo desarrollado el Ministerio de Justicia el sistema de comunicaciones electrónicas securizadas para la Administración de Justicia denominado *Lexnet*, corresponde a aquél administrar y mantener el entorno operativo y la disponibilidad del sistema, y asumir la responsabilidad de la realización de las tareas necesarias que garanticen el correcto funcionamiento, la custodia y la seguridad de dicho sistema (art. 5 RD 84/2007).

Todo ello sin perjuicio de las atribuciones correspondientes a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia en los términos de los convenios de cooperación tecnológica suscritos con las mismas. Estos convenios se ajustarán a las características del sistema y respetarán las garantías establecidas en el RD 84/2007 (art. 5 RD 84/2007).

#### **5. Disponibilidad del sistema telemático *Lexnet***

El sistema telemático estará en funcionamiento durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año (art. 6.1 RD 84/2007).

La presentación telemática de los escritos y de los documentos o la recepción de los actos de comunicación por medios telemáticos no implicará la alteración de lo establecido en las leyes sobre el tiempo hábil para las actuaciones procesales, los plazos y su cómputo, ni ningún trato discriminatorio en la tramitación y en la resolución de los procesos judiciales (art. 6.1 RD 84/2007).

---

<sup>262</sup> La Resolución de 3 de noviembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia, da publicidad al Convenio de cooperación tecnológica para la implantación y ejecución de la presentación de escritos y notificaciones certificados por vía telemática –Sistema *LexNet*– en los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, entre el Ministerio de Justicia y la Generalidad Valenciana. (BOE núm. 278, de 21 de noviembre).

<sup>263</sup> La Resolución de 2 de junio de 2006, de la Secretaría de Estado de Justicia, da publicidad al Convenio de cooperación tecnológica con el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña para la implantación y ejecución de la presentación telemática de escritos y notificaciones en las oficinas judiciales de Cataluña. (BOE núm. 151, de 26 de junio).

<sup>264</sup> La Resolución de 10 de enero de 2007, publica el Convenio de cooperación tecnológica para la implantación y ejecución de la presentación de escritos y notificaciones certificados por vía telemática en los órganos judiciales de la Comunidad Autónoma de Galicia, entre el Ministerio de Justicia y la Xunta de Galicia (BOE núm. 29, de 2 de febrero).

Si la ineludible realización de trabajos de mantenimiento u otras razones técnicas lo requieren, podrán planificarse paradas de los sistemas informáticos que afecten o imposibiliten de forma temporal el servicio de las comunicaciones telemáticas. En este caso, dichas paradas serán avisadas por el propio sistema informático con una antelación mínima de veinte días, indicando el tiempo estimado de indisponibilidad del servicio (art. 6.2 RD 84/2007).

Cuando, por cualquier motivo, el sistema *Lexnet* no pueda prestar el servicio en las condiciones establecidas se informará a los usuarios de las circunstancias de la imposibilidad a los efectos de la eventual realización de actos procesales en forma no telemática y, en su caso, se expedirá, previa solicitud, un justificante de la interrupción del servicio (art. 6.3 RD 84/2007).

Depositados en los buzones virtuales de los usuarios los escritos, las notificaciones y cualquier otro documento procesal transmitido por los medios telemáticos, se encontrarán accesibles por un período de treinta días. Una vez transcurrido dicho plazo se procederá a la eliminación del sistema de estos documentos, salvo los resguardos electrónicos acreditativos de la transmisión (art. 6.4, I RD 84/2007).

Los mecanismos técnicos que aseguren la confidencialidad de la información procesal transmitida deberán garantizar que el Administrador del sistema no tenga acceso a su contenido (art. 6.4, II RD 84/2007).

No obstante, la custodia de la información acreditativa de las transacciones realizadas a través del sistema *Lexnet* corresponde al administrador del sistema, en las condiciones establecidas en el Fichero 1 del Anexo I RD 84/2007 (art. 6.4, III RD 84/2007).

## **6. Requisitos de acceso y requerimientos técnicos del sistema *Lexnet***

El Anexo IV RD 84/2007 especifica los requisitos de acceso y los requerimientos técnicos del sistema *Lexnet*.

De todos ellos interesa subrayar los siguientes:

1º) Se admitirá la presentación y la recepción telemática de documentos mediante la firma electrónica. Serán válidos los certificados de usuario correspondientes al DNI electrónico o aquellos que sean expedidos por los prestadores de servicios de certificación reconocidos (CERES, ACA, ACCV, CatCER, etc.)<sup>265</sup>.

2º) Como paso previo a la utilización del sistema, los usuarios deberán solicitar el alta en el mismo con su certificado de usuario mediante la conexión a la dirección Web [lexnet.justicia.es](http://lexnet.justicia.es), excepto en aquellos casos en que la conexión pueda establecerse a través de los portales profesionales de los distintos operadores jurídicos reconocidos por el Ministerio de Justicia.

Dicha solicitud de alta deberá ser validada por los administradores competentes de los colectivos de usuarios autorizados como garantía de pertenencia a un determinado colectivo. Sin dicha validación, el usuario no podrá utilizar el sistema.

---

<sup>265</sup> La tecnología de los certificados digitales permite el uso de la firma digital en los documentos electrónicos. *Lexnet* permite la presentación de los escritos y las notificaciones de forma telemática, utilizando firma digital. Los usuarios de *Lexnet* dispondrán de certificados digitales a través de tarjetas criptográficas. Las tarjetas criptográficas autentican y cualifican a sus poseedores. Cada usuario deberá utilizarla como su identificación digital. Será imprescindible su posesión para utilizar *Lexnet*.

Todo ello, sin perjuicio de las atribuciones que, en materia de alta de usuarios, se arroguen las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia en los términos de los Convenios de Cooperación Tecnológica suscritos con el Ministerio de Justicia.

3º) La presentación de los escritos ante las oficinas judiciales y la recepción de los actos de comunicación que éstas cursen, podrá ser realizada mediante la conexión a la dirección Web [lexnet.justicia.es](http://lexnet.justicia.es), sin perjuicio de la posibilidad de que la conexión pueda establecerse a través de otras vías, como los portales profesionales, reconocidos por el Ministerio de Justicia, de los distintos operadores jurídicos, o a través de la intranet administrativa de las Administraciones públicas.

## **7. Procedimiento para la presentación de los escritos procesales, el traslado de las copias y la realización de los actos de comunicación procesal a través del sistema *Lexnet***

El procedimiento para la presentación de los escritos procesales, el traslado de las copias y la realización de los actos de comunicación por medios telemáticos se describe en el art. 7 y en el Anexo VI RD 84/2007.

La presentación de los escritos y de los documentos, el traslado de las copias y la realización de los actos de comunicación a través del sistema telemático requerirá por parte de los usuarios del sistema la previa cumplimentación de todos los campos de datos obligatorios que aparecen relacionados en el Anexo III RD 84/2007.

El usuario podrá incorporar el documento electrónico anexo en el que se contenga el propio acto procesal objeto de transmisión, y, además, otros anexos, uno por cada uno de los documentos electrónicos que se deban acompañar. El usuario podrá visualizar los documentos electrónicos incorporados como anexos, a los efectos de su comprobación, antes de proceder a su envío.

Si, a causa de las singulares características de un documento, el sistema no permite su incorporación como anexo para su envío en forma telemática, el usuario deberá hacer llegar dicha documentación al destinatario por otros medios, en la forma que establezcan las normas procesales, y hacer referencia a los datos identificativos del envío telemático al que no pudo ser adjuntada.

El usuario remitente utilizará firma electrónica reconocida para realizar el envío. Asimismo, los documentos electrónicos anexos serán firmados electrónicamente.

En el supuesto de presentación telemática de los escritos y de los documentos por el procurador, éste podrá realizar el traslado telemático de las copias simultáneo, mediante la adecuada cumplimentación de los campos de datos necesarios.

Para la acreditación de la presentación telemática de los escritos y de los documentos el sistema devolverá al usuario un resguardo electrónico acreditativo de la correcta transmisión y, en todo caso, de la fecha y de la hora de la efectiva realización de la presentación en la oficina judicial.

Realizada la presentación de los escritos y de los documentos, caben dos posibilidades:

1ª) Que el envío se realice correctamente.

Si el envío se realiza correctamente, el acto de comunicación se recibe en el buzón del destinatario y queda depositado en el mismo a su disposición. En este caso, el sistema devolverá al remitente un resguardo electrónico, acreditativo de la remisión y puesta a disposición, en el que figurarán los siguientes datos: la identidad del remitente y la del destinatario, la fecha y la hora de su efectiva realización proporcionada por el sistema y el tipo de procedimiento judicial, el número y el año al que se refiere.

Cuando el destinatario acceda al acto de comunicación y a los documentos anexos depositados en su buzón virtual, el sistema genera un resguardo electrónico dirigido al remitente, reflejando el hecho de la recepción y la fecha y la hora en que ha tenido lugar, quien así tendrá constancia de la recepción.

En el supuesto de los procuradores, cuando se produzca el acceso al buzón virtual del Colegio de Procuradores se generará el correspondiente resguardo, que bastará para acreditar la recepción a los efectos previstos en la ley.

Como se ha dicho, el sistema confirmará al usuario la recepción del mensaje por el destinatario.

2ª) Que el envío no se realice correctamente.

La falta de confirmación al usuario de la recepción del mensaje por el destinatario implicará que no se ha producido dicha recepción.

Cuando se detecten anomalías en la transmisión telemática el propio sistema lo pondrá en conocimiento del usuario, mediante los correspondientes mensajes de error, para que proceda a la subsanación, o realice el envío en otro momento o utilizando otros medios.

El mensaje de indicación de error o de deficiencia de la transmisión podrá ser imprimido en papel, archivado por el usuario, y en su caso, integrado en los sistemas de gestión procesal, a efectos de documentación del intento fallido.

Asimismo, si concurren causas técnicas que impiden la normal utilización de dichos medios telemáticos, los usuarios del sistema deberán comunicar tal circunstancia a la oficina judicial con la que mantengan comunicación procesal, y, en su caso, al respectivo Colegio profesional (art. 4.3 RD 84/2007).

## **8. Valoración crítica**

Como puede deducirse de lo expuesto, la implantación del sistema informático *Lexnet* se encuadra en el necesario plan de modernización de nuestra Administración de Justicia, que requiere, para lograr una realidad judicial informatizada, la incentivación del uso de nuevas tecnologías en los sistemas de gestión procesal. Su utilización será indispensable en el contexto de la implantación de la nueva oficina judicial.

Algunas de las ventajas que presenta el sistema *Lexnet* son las siguientes:

1ª) Cuando esté plenamente implantado *Lexnet* permitirá a los procuradores y a los abogados iniciar procesos judiciales desde su despacho, presentando válidamente escritos, y adjuntando válidamente los documentos públicos y privados por los medios telemáticos, en soporte electrónico, mediante imágenes digitalizadas.

2ª) *Lexnet* supondrá un considerable ahorro de costes.

Por una parte, se reducirán los costes derivados los desplazamientos, ya que no será necesaria la presencia física del procurador para recoger o entregar la documentación asociada al asunto de que se trate.

Por otra parte, serán menores las necesidades de papel, pues ya no será necesario imprimir o fotocopiar en soporte papel los escritos, los documentos o los actos de comunicación, y de toner, y se reducirán las tareas de mantenimiento de las impresoras.

3ª) El sistema *Lexnet* implicará una mayor comodidad, ya que se encuentra disponible a cualquier hora del día durante todos los días del año, lo que permitirá que los servicios que ofrece la Administración de Justicia sean accesibles desde cualquier parte y en cualquier momento. El profesional del Derecho podrá iniciar los procedimientos, presentar los escritos al órgano judicial y realizar consultas sobre la tramitación del procedimiento, con independencia del lugar en el que se encuentre, puesto que las

comunicaciones se realizan cifradas, lo que garantiza la seguridad del envío aunque aquél se encuentre fuera de su casa o de su despacho.

4ª) Evitará la dilación de las comunicaciones y, en consecuencia, supondrá un ahorro significativo de tiempo en la tramitación de los procedimientos judiciales, así como una simplificación de los trámites.

5ª) En el futuro serán usuarios del sistema los propios ciudadanos quienes, mediante su DNI electrónico, podrán consultar el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte interesada.

6ª) El sistema es fácilmente entendible y utilizable sin necesidad de tener grandes conocimientos de informática. Unido a la facilidad de uso –*Lexnet* presenta un aspecto similar al del correo electrónico para que su uso sea sencillo-, el equipamiento necesario para acceder a *Lexnet* es muy básico: un ordenador personal, que cumpla determinados requerimientos técnicos, con acceso a Internet con banda ancha y que disponga de un lector de tarjetas criptográficas; en su caso, un escáner; un certificado digital expedido por algún prestador de servicios de certificación reconocido; y un dispositivo seguro de creación de firma.

7ª) El sistema proporciona seguridad, ya que en todo momento se garantiza la confidencialidad, la integridad y la autenticidad de la información, gracias al empleo de la firma digital. La tecnología de la firma digital es la única que puede garantizar el envío telemático de los documentos manteniendo las condiciones de seguridad requeridas

8ª) Permite que los plazos de prescripción y de caducidad puedan ser gestionados mejor y respetados con mayor facilidad.

9ª) El sistema posibilitará disponer de la información estadística sobre el número de documentos intercambiados, sobre el ámbito que genere mayor documentación, sobre el grado de agilidad de la gestión, etc.

10ª) Se ha garantizado la interoperatividad entre *Lexnet* y los distintos sistemas de gestión procesal, judiciales y de despacho, con independencia de la tecnología con la que estén desarrollados aquéllos.

11ª) Con este sistema se solucionará el problema derivado del almacenamiento de los expedientes judiciales.

No obstante, el sistema también ha sido objeto de críticas<sup>266</sup>:

1ª) El sistema *Lexnet* no respeta el principio de neutralidad tecnológica, ya que impone la necesidad de contar con una determinada versión de sistema operativo de software propietario y no poder utilizar software libre. Ello supone que profesionales con sistemas Macintosh, o que utilicen software Mozilla no podrán utilizarlo, debiendo cambiar y usar necesariamente unas determinadas herramientas –sistema operativo Windows, navegador Internet Explorer- y no otras, con los correspondientes desembolsos económicos que la vinculación del sistema a determinadas empresas de software puede

---

<sup>266</sup> *Vid.* RUBIO MORENO, J. A., en el Blog “Las nuevas herramientas. Derecho y Sociedad del Conocimiento. Implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, miércoles, mayo 18, 2005, “LEXNET: No de este modo”; y BLOGESPIERRE - CANUT, P. J., en el Blog “E-Derecho y sociedad del conocimiento”, viernes, 3 de Junio de 2005, “A Rhodas muerto, LexNet puesto (2)”.



implicar, tanto en el equipamiento como en los programas. No se debe ser cliente de Microsoft obligatoriamente para utilizar un servicio de la Administración de Justicia.

Por ello se solicita desde diversos sectores el cumplimiento de los requisitos de interoperabilidad y neutralidad tecnológica que permitan el acceso a *Lexnet* desde los diferentes sistemas operativos, navegadores de Internet y clientes de correo electrónico.

2ª) *Lexnet* plantea dudas en cuanto a la seguridad jurídica, puesto que con el uso de esta herramienta toda la relación del profesional con la Administración de Justicia queda vinculada a un sistema de código cerrado cuyo código fuente no es accesible.

3ª) Los profesionales que intervienen en la Administración de Justicia no han sido suficientemente informados y formados en *Lexnet*.

4ª) *Lexnet* es un sistema de la Administración de Justicia – del Ministerio de Justicia-, y no del Consejo General del Poder Judicial, lo que ha dado lugar a que algunos órganos jurisdiccionales se hayan opuesto a su implantación, puesto que la decisión al respecto de ésta no depende del máximo órgano de gobierno de los jueces.

5ª) *Lexnet* es un sistema desarrollado por el Ministerio de Justicia, pero existen Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia, que han recibido los traspasos de funciones y de servicios en relación con los medios materiales de la Administración de Justicia, por lo que serán necesarios convenios de cooperación tecnológica para la implantación de dicho sistema telemático en sus correspondientes ámbitos territoriales, lo que no siempre estará exento de problemas.

6ª) Los incrementos de carga en el sistema por la incorporación de nuevos usuarios y colectivos no ha sido asimilada con la suficiente adición de nuevo hardware, lo que hace que el sistema funcione con lentitud.

## **SOBRE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA DE LA LEC (INTRODUCIDA POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DUODÉCIMA DE LA LO 19/2003)**

ERNESTO PEDRAZ PENALVA

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid (España)

### I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Es una constante en el legislador español su anunciado propósito de acelerar la Justicia, no raras veces frustrado y estéril. Bienvenida sea no obstante cualquier vía que, sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva y del debido proceso, pueda contribuir a la agilización de los procedimientos judiciales; ello dejando a un lado que sería esencial también la ampliación de medios personales y materiales, en particular de los medios tecnológicos y todo lo que suponga optimización de los actuales recursos. Una adecuada organización de los medios con que se cuenta ya supone un avance y para ello la existencia de una organización única –sí es necesario- que controle un determinado elemento (como es por ejemplo la Agenda de señalamientos) para diferentes órganos judiciales.

El punto de partida, por lo tanto, se considera correcto y lo único en que ha de pensarse es en que la implantación de esa estructura organizativa no incurra en infracciones normativas u ofrezca perspectivas no acordes con la legalidad vigente.

### II. ASPECTOS CONCRETOS

#### **1. Señalamiento de vistas y comparencias.**

A) Se contempla en la Disposición Adicional Quinta (en adelante DAQ) n.1 la posibilidad de crear las Oficinas de Señalamiento Inmediato (OSI) para la asignación de los servicios procesales comunes de registro y reparto, además del señalamiento de vistas, comparencias y actuaciones. Dicha actividad las realizarán cuando se trate del enjuiciamiento de las causas fijadas por la propia DAQ. Actuarán coordinadamente con los servicios comunes de notificaciones (de cuya denominación la reforma que se comenta ha omitido “y de embargos”, en armonía con el 163 LEC) a quienes librarán las oportunas citaciones y oficios ordenándoles su práctica. Se fijará un sistema programado de señalamientos (SPS). Se creará un “turno de asistencia continuada” entre los juzgados de primera instancia (DAQ 3 quinta). La ley habilita a los Procuradores para que, si así lo solicitan, puedan practicar dichas citaciones, notificaciones, emplazamientos, etc., por cualquier medio admitido con carácter general por esta ley (DAQ quinta 4). Literalmente la actividad procesal en que consisten emplazamientos y citaciones se asignan a las OSI incluyendo aquella a realizar por el demandado que se persone y actúe cuando aún no está personado o representado, a los que se refiere el art.155 LEC.

Centrándome en el señalamiento de vistas y comparencias resaltaré las discrepantes posiciones defendidas al socaire de una disparidad normativa. Aludo a la facultad de llevar a cabo los señalamientos de las vistas y de las comparencias que, legalmente, corresponde al Juez o Tribunal que entiende del procedimiento.

Con relación a las primeras, las vistas, el artículo 182.1 de la LEC así lo impone y con referencia a los órganos colegiados lo establece el artículo 250 LOPJ. Y otro tanto ha

de predicarse acerca de las comparecencias, puesto que las que se contemplan en el ámbito de aplicación de la Ley de 23 de diciembre de 2003 y que se relacionan en el artículo 771 y 773.1 de forma expresa se han de acordar por el “tribunal”.

La DAQ de la Ley de 23 de diciembre de 2003, en su norma 3, regla Primera apartado b) determina que las OSI llevarán a cabo directamente los señalamientos de vistas y comparecencias, como medida inmediatamente posterior al registro y reparto. Y estas Oficinas, que lo son de Servicios Comunes, están dirigidas y al cargo de un Secretario Judicial, como lo especifica de manera normativa general para todas esas Oficinas el artículo 6 del Reglamento 1/2006, de 22 de Noviembre del CGPJ (que aprueba los criterios generales de homogeneidad de las actuaciones de las distintas clases de servicios comunes procesales de todo el territorio nacional) y de manera específica el artículo 29 cuando se refiere a las que tienen por finalidad llevar a cabo la gestión de las Agendas de señalamientos. Por otro lado, el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las OSI, elaborado por el CGPJ en su norma III, indica que “al frente de cada OSI habrá un Secretario Judicial”.

En pro de la decisión de la controversia en favor del Juez o Tribunal de la causa se ha esgrimido, que en el juicio verbal el primer llamamiento del demandado se lleva a cabo cuando se le convoca para la vista, asumiendo el actor con su demanda la carga de localizar el domicilio del demandado, que pasa a convertirse en deber del órgano jurisdiccional si aquél justificare desconocer incluso los datos útiles para su localización. ¿Este deber del art. 156 se traspassa a la OSI a través del servicio de notificaciones pese a que la LEC dice que es el tribunal quien debe llevar a cabo las averiguaciones?. Otrosí, el art.182.1 LEC proclama que “Corresponderá al presidente, en los tribunales colegiados, o al juez, en los unipersonales, hacer los señalamientos de las vistas, mediante providencia”. No cabe pues atribuir estas competencias a la OSI, por lo que el emplazamiento del demandado cuando no está personado así como el señalamiento de la vista y la citación para la vista no va a poder realizarla esta oficina, a no ser que se consideren inaplicables los arts. 156, 157 y 182 de la LEC, preceptos que no aparecen citados en la Disp.Derog. Única de la LO 19/2003, que tampoco contempla la cláusula general, por lo que puede afirmarse que continúan plenamente vigentes. “Ha de insistirse en que las citaciones y emplazamientos tienen que verificarse con todo respeto y cuidado de las normas procesales pues no son un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y un deber que corresponde al órgano judicial” (STC 37/1984).

En el otro extremo del debate, el legislador de 2003 indica con toda nitidez que es a la OSI a quien corresponde realizar directamente los señalamientos para las vistas (DAQ I) y ordenar su práctica tratándose de citaciones y oficios al servicio común de notificaciones, de acuerdo con lo ya dispuesto en el art.163 LEC.

Remarca su atribución secretarial el empleo del término “diligencia” al referirse esta DAQ al acto de la OSI en el que registrará la demanda o solicitud, acordará su reparto, librará los correspondientes oficios, y citaciones, etc. El vocablo “diligencia” nos conduce al secretario, tanto en su significado de resolución, necesaria para la tramitación del proceso (art.456.2 LOPJ), como en el de forma de constatación secretarial de hechos o actuaciones en el ejercicio de la fe pública judicial (art.453.1 LOPJ). Si no bastara con lo argüido, el art.152.1 LEC impone la realización de los actos de comunicación bajo la dirección del secretario judicial, que será responsable de la adecuada organización del servicio.

Resumiendo la contradicción básica que se deriva de ambas tesis (que en principio otorgaría preferencia a la normativa orgánica), la única vía admisible es la de la derogación

de los opuestos preceptos mencionados; empero, cabría soslayar el dilema estableciendo el principio básico de que han de ser los órganos judiciales los que, cada año, y con la antelación necesaria, remitan a la OSI una relación de los días y horas que proponen para llevar a cabo las actuaciones previstas en la ley (vistas y comparencias). Con ello, el señalamiento recae en el órgano judicial y tan solo la elección de una de las fechas propuestas sería decisión de la Oficina. Naturalmente, si la mencionada Oficina, una vez recibidas las oportunas comunicaciones de todos los órganos judiciales, y a la vista de las disponibilidades efectivas de medios materiales, considera que existen horas o días susceptibles de ser objeto de designación para señalamientos, lo haría llegar a los órganos jurisdiccionales.

Terciando en la contienda, y siempre que se adopten las precauciones indispensables para que se garanticen el derecho a la tutela judicial y el derecho al debido proceso (singularmente el de contradicción y defensa), considero de total recibo que tales actuaciones sean asumidas por las OSI. No resulta lesionado en ningún grado ni modo el intangible ámbito jurisdiccional “stricto sensu” por el hecho de se atribuya esa función al secretario.

B) Un segundo aspecto a tener en cuenta –aun de menos importancia normativa- es el atinente a la determinación del tiempo previsto de duración de cada uno de los procedimientos, que tiene notable importancia y que –debido a las características especiales de cada uno de ellos- puede dar lugar a suspensiones de otros juicios señalados.

## **2. Dinámica de la puesta en funcionamiento**

Indefinición absoluta de una fecha para la entrada en vigor. Tras cinco años de promulgación de la LO 19/2003 todavía, no se han implantado las Oficinas de Señalamiento Inmediato (OSI) previstas en la DAQ no existe dato alguno que permita atisbar el momento de la entrada en vigor de estas Oficinas, lo cual, aun siendo en cierto modo comprensible, no justifica la carencia de algún punto de partida. Es comprensible, de alguna manera, porque existe una triple concurrencia de competencias (CGPJ, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias transferidas) pero ello en forma alguna elimina la ausencia de otros elementos que podrían dinamizar el fin previsto, como por ejemplo, algún procedimiento concreto para llevarlo a cabo. Aunque el artículo 1 DAQ otorga la posibilidad de creación de la Oficina al Ministerio de Justicia y lo supedita (naturalmente) al acuerdo con la Comunidad Autónoma donde ésta tenga transferidos los medios humanos y materiales, lo cierto es que no se hace mención en ningún texto al impulso del procedimiento de instauración de la Oficina ni tampoco al que parece preceptivo informe de las Salas de Gobierno de los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia (artículo 152.1.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4.j) del Reglamento 4/1995 de 7 de junio, del CGPJ).

## **3. Naturaleza de la Oficina Judicial**

Uno de los problemas que podrían plantearse en relación con el funcionamiento y actividad de la OSI es el de su dependencia y ubicación dentro del entramado de la organización judicial.

Obviamente la norma no hacía mención a este aspecto y por lo tanto una primera posibilidad era hacerla depender del Decanato.

El texto del Reglamento 1/2006 del CGPJ contempla la ubicación de la oficina que atiende genéricamente a la Agenda de Señalamientos dentro de los Servicios Comunes. El artículo 438 LOPJ entiende por servicios comunes procesales, todas aquellas unidades de la Oficina Judicial que sin estar integradas en un órgano judicial concreto, asumen labores

centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales.

El Protocolo de funcionamiento y actuación específico de las OSI no resuelve de una forma unívoca el aspecto que se comenta pues contempla tanto la posibilidad de encuadrarla dentro de la Oficina Común de Registro y Reparto (las dos primeras funciones de las OSI) o como un Servicio Común individualizado en atención al número de asuntos que deban ser tramitados como juicios rápidos civiles. No se concreta pauta alguna en orden a la adopción de uno de esos dos criterios que, sin duda, debe ser adoptado en cada caso concreto pero siempre con una regla uniforme.

#### **4. Normas de reparto**

Resulta evidente que la introducción de una nueva clase de procedimientos (juicios rápidos en terminología genérica) provoca necesariamente la alteración de las normas de reparto.

Si las funciones de la OSI las asume la oficina de Registro y Reparto que contempla el artículo 8 del Reglamento 1/2006, la modificación del sistema de reparto entre los órganos judiciales afectados únicamente determinará la ineludible aprobación de las normas existentes con anterioridad (decisión atribuida orgánicamente a las Salas de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia: artículo 152.1º LOPJ y 5.1 a) del Reglamento 4/1995).

Pero si las competencias se atribuyen en la forma individualizada a que se refiere el Protocolo antes mencionado, es menester aprobar unos criterios o normas de reparto específicos, que requieren la misma aprobación anterior.

De cualquier forma, la diferente naturaleza de los procedimientos que se encuadran en el ámbito de la DAQ requiere un estudio concreto y pormenorizado en el que seguramente han de hacerse diferentes clases aun dentro de cada uno de los apartados que se regulan en el número 2 de tal norma.

#### **5. Subsanación de defectos procesales**

Con indudable acierto, la norma vigente, en el párrafo 3. Tercera, atribuye al Juzgado de destino –el competente para el conocimiento del asunto- la posibilidad de acordar la subsanación de defectos procesales en el plazo máximo de tres días, lo cual no es sino una consecuencia o aplicación del artículo 231 de la LEC, al que añade un lapso temporal adecuado a la naturaleza del procedimiento que regula.

Pero no puede olvidarse que esa posibilidad se otorga legalmente al “tribunal”.

El Protocolo de funcionamiento y actuación de las OSI elaborado por el CGPJ, al regular las normas de funcionamiento, les confiere entre sus funciones la posibilidad de “requerir a la parte actora, de ser necesario, para la subsanación de los defectos procesales de que pudiere adolecer la presentación de la demanda o solicitud, que deberá solventarse en un plazo máximo de tres días” (apartado d.). Es decir, que está trasladando al responsable de la oficina (Secretario) las funciones que legalmente están atribuidas al órgano jurisdiccional. Después, al referirse a las tareas y concretamente a esta de subsanación de defectos, se cambia la terminología (se hace referencia a defectos “formales”) y se explica que si se trata de omisión de copias u otros defectos formales subsanables, se llevará a cabo el requerimiento al que antes se hizo mención, especificando que esa subsanación puede hacerse ante el Juzgado competente (con lo cual se excluye al mismo de la función legal) o ante la propia OSI (lo cual resulta altamente difícil, dado que la documentación presentada ante la misma ha de remitirse al órgano jurisdiccional “en el

mismo día de presentación de las demandas o solicitudes o, de no ser posible, en el siguiente día hábil” (último inciso del apartado IV, número 1).

El propio Protocolo avisa de que esa actuación de la Oficina, en los términos en que se regula, será posible “una vez que las pertinentes reformas de las leyes procesales que lo permitan se encuentren en vigor”. Pero si se está pensando ya en una modificación de la LO de 2003 para, a su vez, retocar el artículo 231 de la LEC, por lo menos habría de precisarse qué debe entenderse por “subsanción de defectos procesales” para evitar que, al amparo de ese concepto jurídico indeterminado, puedan atribuirse a los responsables de las Oficinas de Señalamiento Inmediato funciones reservadas al órgano jurisdiccional competente.

## **6. Actuación de los Procuradores**

La DAQ permite, previa solicitud del Procurador del demandante, que estos profesionales puedan practicar directamente las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos “por cualquiera de los medios admitidos con carácter general en esta Ley”.

Prescindiendo del entrecomillado final, que como se expresa en la norma se refiere al aspecto puramente formal de los actos de comunicación, el tema central que plantea esta regulación es precisamente el básico, es decir, la actuación del Procurador como partícipe de alguna manera en la tramitación procesal con relación tanto a las partes como a terceros.

Existen opiniones varias sobre esta normativa: unas que se muestran directa y decididamente a favor del sistema, sin entrar a considerar los problemas legales y el alcance de esta regulación y otras que, examinando estos aspectos problemáticos entienden que “lege ferenda” estos profesionales están facultados para toda clase de actuaciones mencionadas genéricamente en la norma (sin que, desde luego, los argumentos relativos al escaso grado de complejidad –que no es predicable con carácter general- ni la opinión de que no va a existir especial oposición a la práctica del acto de comunicación, resistan la menor crítica).

No es necesario llevar a cabo una disección de la evolución histórica de las facultades de los Procuradores en el procedimiento civil, pero es claro que su intervención como “transmisores” de ciertas actuaciones judiciales parte básicamente de la reforma introducida en la LOPJ por la LO 19/ 2003 según cuya redacción el art. 543.2 establece que los Procuradores “Podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la Ley les autorice”.

Pero por otro lado el artículo el art. 152 LEC en su número 1 (no derogado) ordena que los actos de comunicación se efectúen materialmente por el propio Secretario Judicial o por el funcionario que aquél designe.

Carente del carácter de Orgánica la norma que aprueba la DAQ e inexistente una derogación expresa de este precepto, aunque se admita la derogación implícita de esta segunda norma, la regulación orgánica establece un punto de partida triple para que los Procuradores lleven a cabo las actuaciones que se mencionan: .que se trate de actos de comunicación; que sean actos relacionados con las partes y, que estén autorizados por la ley.

Evidentemente, los actos que se mencionan en el apartado 4 DAQ (notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos), son de comunicación, procesalmente hablando, por lo que el primero de los presupuestos concurre.

El examen del segundo está determinado por tratarse de la regulación de los llamados “juicios rápidos civiles”, no de otros aspectos y momentos procedimentales. Contiene una limitación importante. La norma es muy clara y no puede alcanzar otros ámbitos distintos de los admitidos y por ello es absolutamente indiscutible que las actuaciones que permite la Ley sólo lo son con relación a las partes. Y con esta precisión, tampoco ofrece duda alguna que, por definición, el Procurador demandante representa a una de las que interviene en el proceso, que es precisamente el actor, debiendo seguir el asunto mientras no cese su representación (art. 26.2.1º LEC). Y con atinencia al mismo ningún acto formal de comunicación asume, puesto que, además de estar obligado a tener a su cliente al corriente del curso del asunto (artículo 26.2.3º), debe oír y firmar los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases... (art. 28.1).

Únicamente queda, por lo tanto, que esos actos de comunicación se refieran a la persona del demandado.

En este orden de cosas no es ocioso señalar la reiterada doctrina del TC en orden a la exquisita aplicación de los preceptos procesales que garantizan la posibilidad de efectiva comparecencia del demandado en cualquier clase de procedimientos.

Pues bien, ahora es cuando el problema de los actos de comunicación se agudiza porque resulta evidente que en el momento de la presentación de la demanda el demandado (que aún no sabe que lo es porque no se le ha dado traslado de la demanda ni de actuación jurisdiccional de ninguna clase), generalmente, no tiene Procurador para el asunto.

Curiosamente –algún motivo debe existir- ni la DAQ ni el Protocolo elaborado por el CGPJ hace mención alguna a que la OSI acuerde, además del registro, reparto y señalamiento así como la expedición de las citaciones, el traslado de la demanda a la parte demandada. Y ese traslado del que nadie hace mención es preceptivo porque estamos en presencia de procedimientos que se tramitan conforme a las normas del juicio verbal y en éste –art. 440.1 LEC- una vez admitida la demanda ha de darse traslado de la misma al demandado, con la citación correspondiente. Naturalmente, como en este procedimiento de juicios rápidos la admisión de la demanda se ha trasladado a un momento posterior, se ha “olvidado” el trámite fundamental del traslado. Pero aunque formalmente no se ha mencionado ese traslado, es claro que la OSI debe acordarlo porque de otra forma se quebrantarían todas las normas procesales produciéndose una absoluta indefensión para el demandado, que se vería citado a un juicio del que desconoce el contenido de la pretensión inicial.

Pues bien, con este planteamiento la previsión normativa de la DAQ en el aspecto que se examina (actos de comunicación con el demandado) resulta inaplicable:

El traslado de las correspondientes copias “se entregarán por el Tribunal” (art.274 LEC). E incidiendo en ese criterio y sin duda teniendo en cuenta la importancia del trámite (que provoca serias y definitivas consecuencias en el posterior devenir del proceso y cuya estricto y formal cumplimiento ha dado lugar a numerosas resoluciones del TC), el art. 275.3 LEC ordena que “cuando se trate del traslado de la demanda o de cualquier otro escrito que pueda originar la primer comparecencia en juicio ...el tribunal efectuará el traslado conforme a lo dispuesto en los artículos 273 y 274 de esta Ley”.

No es de recibo, pues, por mucho voluntarismo que pueda predicarse, llevar a cabo interpretaciones más allá de las previsiones legales actuales, salvo que se pueda pensar que también todos estos preceptos procesales han quedado derogados por la DAQ.

Finalmente, para cerrar el círculo, la referencia genérica que esa norma hace –sin mención alguna a las partes- a los actos de comunicación, tampoco puede entenderse

dirigida a quienes no ostenten tal situación procesal, es decir, peritos o testigos. Porque respecto de éstos tampoco la LEC contiene norma concreta alguna que habilite la práctica de citados actos por medio del Procurador. Tan solo se permite que la parte se comprometa a presentarlos voluntariamente (artículo 440.1. III LEC en los juicios verbales, de similar contenido que el 429.5 para el ordinario).

B) Insistiendo en la práctica de las comunicaciones por los Procuradores de las partes recordaré que el insoslayable respeto del principio de contradicción y del derecho de defensa obliga a adoptar singulares precauciones en la llevanza de los actos de comunicación. Tratándose del primer emplazamiento o citación al demandado, prevalece la comunicación directa al destinatario - al que se dará judicial traslado de las copias de escritos y documentos, arts.28.4, 273, 274, 276.3, 560 LEC - , a cuyo fin se procurará averiguar su domicilio (art.155 LEC).

Únicamente cuando, acometidas las averiguaciones del art.156 LEC, no pudiere conocerse el domicilio o no se le encontrare en él ni se hubiera llevado a cabo la comunicación con todos sus efectos, sólo en ese caso, se optará por la comunicación edictal (164 LEC).

Ha de apuntarse que la LEC considera bastante la comunicación llevada a cabo por burofax, correo certificado, telegrama con acuse de recibo, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia en los autos de la fecha de envío, entrega, contenido y, si fuere posible, sujeto receptor<sup>267</sup>.

El ya mencionado art.152 LEC, que encomienda a la dirección secretarial la realización de los actos de comunicación y la responsabilidad de la adecuada organización del servicio, prescribe que dichos actos se efectuarán materialmente por el secretario judicial o funcionario que él designe – y por el servicio común de notificaciones en donde exista (art.163 LEC)-, *según disponga la ley*, a través de procurador cuando se trate de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél (también art.153 LEC).

Por expresa determinación de esta nueva DAQ.4, se autoriza a los procuradores de las partes personadas la práctica, a costa de aquel al que representen, de los actos de comunicación por los medios admitidos por la ley. Su validez requiere constancia suficiente.

Merece singular atención esta medida de agilización número 4, cuya lectura ha de compaginarse con el número 3 del art. 543 LOPJ: (los procuradores) “Podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la ley les autorice”.

La entusiasta respuesta, a mi juicio desorbitada e infundada, que ha merecido por ciertos sectores, principalmente de la Procura, la asunción por el procurador de la práctica de los actos de comunicación, aconseja un breve análisis de las reformas introducidas en este punto por la LOPJ.

Hasta la entrada en vigor de la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ parece ser criterio unánime que los procuradores no llevaban ni podían llevar a cabo actos de comunicación en sentido estricto. En exclusiva presentaban escritos y documentos con sus copias a efectos de su traslado, portaban oficios, exhortos y mandamientos, recibían y transmitían al abogado y contingentemente al poderdante, todos los documentos,

---

<sup>267</sup> El art.155.4 LEC explícitamente advierte que será correcta la remisión aunque no conste su recepción por el destinatario.



antecedentes o instrucciones que se le remitían etc., amén de acometer las demás funciones contempladas en el art.26 LEC<sup>268</sup>. Ninguna de estas tareas son encajables dentro de lo que constituyen actos de comunicación.

Acaso la duda pudiere estar en los artículos 26.2.4º, 274 y 276 y concordantes LEC, que precisamente sirven de base para la “nueva” actividad de la Procura y su reconceptualización pasando de profesionales que cooperan (“auxiliadores” (i)) a profesionales auxiliares al servicio de la administración de la Justicia.

Una correcta intelección del sistema de traslado de copias de escritos y documentos precisa recorrer el camino andado desde la LEC de 1881. El art. 517 de esa ley decimonónica prescribía la entrega por el órgano judicial a las partes de las copias de los escritos y documentos tras la pertinente admisión. En semejante línea la vigente LEC introdujo en los arts. 26.2.4º y 276.1, la obligación del procurador de dar traslado de dichas copias a los procuradores de las demás partes. El traslado se lleva a cabo mediante su entrega al tribunal procediendo el secretario u oficial designado a fecharlas y sellarlas remitiéndolas al servicio de recepción de notificaciones. La intervención secretarial comporta la dación de fe del hecho del traslado y del contenido de las copias de escritos y documentos.

Recalcaré que la intervención secretarial y los efectos de la realización o de la omisión del deber de traslado de los escritos y documentos por el procurador muestran que estamos ante un acto de comunicación judicial.

La falta del traslado previo por el procurador da lugar a la inadmisión de los escritos y documentos (art.277 LEC). El traslado de las mencionadas copias provoca eventualmente la apertura del plazo para la actuación procesal que corresponda, a contar del siguiente día a aquello que se haya hecho constar en las copias (art.278 LEC), condicionada la apertura a la admisión judicial del escrito originario y a que la ley lo prevea.

Desde lo dicho parece evidente que el traslado de copias de escritos y documentos no constituye acto de comunicación *stricto sensu*.

¿A qué puede referirse pues la nueva DAQ medida de agilización cuarta LEC, con el vocablo “practicar” las notificaciones, citaciones...si así lo solicitan y a costa de su poderdante?. La misma palabra es utilizada al referirse al servicio común de notificaciones (medida 3 letra c).

Advierto la identificación legal entre realizar y ejecutar cuando en rigor la realización, pronunciamiento, formación del acto, decisión, etc., es de exclusiva atribución jurisdiccional o secretarial (art. 270 LOPJ); pertenece al juez o al secretario ordenar que se practique la notificación, el emplazamiento, y determinar su destinatario, mientras que la ejecución o práctica podrá ser llevada a cabo, amén de por el secretario judicial, por el personal auxiliar, servicio común de notificaciones o procurador (art.152 LEC) y a través del correo, telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica (art.271 LOPJ).

En la reformada LOPJ se dice que el procurador podrá *practicar* o *realizar* (art.543.2) actos de comunicación a las partes del proceso, debiendo suponerse que atañe a sujetos distintos de su poderdante, que hayan comparecido o no en el litigio y que carezcan de representación procesal.

---

<sup>268</sup> Arts.543 LOPJ y 1 y 2 del EGPTA aprobado por RD1281/2002

Reitero que la transmisión por el procurador a su representado de la resolución judicial para su conocimiento no constituye, técnicamente, un acto de comunicación. El procurador oír, firmará y recibirá durante el proceso las citaciones, emplazamientos, requerimientos y notificaciones, entendiéndose que con idéntico valor que si hubiera sido receptor directo el representado (art.28.1 LEC).

No sucederá lo mismo cuando el destinatario sea otra persona. Si estuviere representada la otra persona por procurador, con base en el art.28.2 LEC, se hará entrega a éste, a efectos de notificación, de las copias de los escritos y documentos y asimismo de cualquier requerimiento, etc., que recayere durante el juicio, según prescribe la LEC en su art. 153. Es contrario a la ley, además de ilógico, que por el juzgado se acuda al procurador de una parte para que practique actos de comunicación con el de la contraparte. *Ergo*, ha de concluirse que la realización de esta actividad de comunicación sólo cabe cuando el destinatario no haya comparecido en la causa, cuando no tenga procurador el contrario – parte en el proceso- por no ser preceptivo o se trate de alguna persona que pudiere resultar afectada por la sentencia a dictar (art.150.2 LEC) o de terceros a los que prevea la ley dicha notificación (art. 150.3 LEC).

A los problemas inherentes a la asunción por el procurador, a costa de su poderdante, de las tareas que competen al servicio de notificaciones, se añade lo que supone “privatizar” una actividad procesal, y en cuanto tal pública, cuyo desenvolvimiento exige imparcialidad, autoridad, auxilio policial o medios coercitivos apropiados, etc., etc.

Los procuradores no tienen, al contrario que los secretarios judiciales, carácter de autoridad (art.440 LOPJ), careciendo de este modo de la protección legal consecuente. No pueden compeler al destinatario o mero receptor a que acepte y firme la notificación si se niega a ello. Tampoco son fedatarios, por lo que tendrían que acompañarse de dos testigos y, en este caso, ignorándose si pueden profesionalizarlos, utilizando siempre los mismos o han de variar.

¿En qué otro medio idóneo está pensando el legislador para acreditar la concurrencias de las circunstancias del 161 LEC?. No parece tener sentido la intervención notarial ocurriéndoseme el uso de medios previstos legalmente como el telegrama, el burofax o cualquier otro que permita dejar constancia de la fecha, destinatario y contenido de la comunicación. Para ello no es precisa la intervención del procurador pudiendo hacerse, como hasta ahora, desde el servicio común de notificaciones.

Precisamente surgiría otrosí un importante inconveniente, cual es el de acreditar que se ha hecho entrega de la integridad del escrito, documentos, etc., sin que falte folio, dato o extremo alguno constitutivo del acto que se comunica o para el que se hace la notificación: el procurador no da fe de la entrega de copias. Si el secretario judicial lo precisare para la realización de una actividad procesal podrá requerir auxilio policial, posibilidad que parece que no esté al alcance del procurador. Su deber para con el poderdante no se compadece demasiado bien con la imparcialidad que exige una práctica que constituye presupuesto del ejercicio del derecho a la tutela judicial y, en todo caso, para la irrenunciable contradicción y derecho de defensa.

Lejos de mí cualquier idea acerca de la posibilidad de que algún procurador recurra a escalonar o secuenciar los emplazamientos en caso de pluralidad de demandados o a agotar los tiempos previstos o a afirmar la imposibilidad de localizar en el domicilio al destinatario, o a cualquier otra maniobra dilatoria u obstaculizadora del constitucional derecho a la tutela judicial, pero ¿cómo podrá protegerse del destinatario que, aun no siendo cierto, así lo afirme?.

A todos estos interrogantes no responde la nueva DAQ, medida de agilización 4 LEC. Reza el segundo párrafo de la misma que “Se tendrán por válidamente realizados esos actos de comunicación cuando quede constancia suficiente de su práctica en la persona o domicilio del destinatario”.

¿Están dispuestos los procuradores a ser “cabeza de turco” de las reclamaciones por dolo o morosidad en los actos de comunicación cuya práctica hubieren asumido o por no haber respetado alguna de las formalidades legales establecidas, causando perjuicio a tercero (art.168.2 LEC)? Imagino el notable incremento de las primas en los seguros de imprescindible contratación.

Mi enorme respeto por la profesión de procurador, me inclina a repeler tal extensión de sus facultades haciendo posible que la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, dotadas de los medios materiales y personales adecuados, y que tanto defienden sus atribuciones en “la administración de la administración de Justicia”, eludan su responsabilidad incluso patrimonial, so pretexto de incrementar un determinado espacio profesional.

Para terminar convendría concluir destacando la insuficiencia normativa y la necesaria armonización legal de esta DAQ, evitando contradicciones en un espacio procesal que a mi juicio sí debe preverse.

## **TERCERA PONENCIA**



## **COMUNICACIONES A LA TERCERA PONENCIA**



## LA ORALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN LA DILIGENCIA DE EXPLORACIÓN DEL MENOR EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma operada por la ley 15/2005<sup>269</sup> ha sido la modificación de las reglas que disciplinaban la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio<sup>270</sup>.

Por primera vez en la legislación que afecta a la ruptura de la pareja de progenitores se prescinde del imperativo para oír a los menores de más de 12 años o menores de esa edad con suficiente juicio, lo que da lugar a que se configure ese examen más como un derecho que como una obligación, en armonía con lo preceptuado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del menor, especialmente en su artículo 9 que proclama en su apartado 1) el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social<sup>271</sup>. Con casi diez años de retraso el artículo 92.2 del Código Civil (también afectado por la reforma de 2005) configura la audiencia como un derecho del menor eliminando su tradicional carácter inexorable, ocupándose los artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de desarrollar tal novedoso planteamiento manteniendo el carácter preceptivo de la audiencia a los hijos menores, cuando se está ante un proceso de

---

<sup>269</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

<sup>270</sup> Aunque al legislador no le debió de parecer un aspecto especialmente importante, puesto que no le dedica ni una línea de su Exposición de Motivos.

<sup>271</sup> El artículo 9 dispone que: “1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.-En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.- 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.- No obstante cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.- 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos.”



separación judicial o divorcio contencioso y, como regla general, prescindiendo de ella<sup>272</sup> cuando el proceso es de mutuo acuerdo<sup>273</sup>.

Además y frente a la ausencia de norma alguna en orden al modo en que dicha exploración debía llevarse a cabo<sup>274</sup>, se establecen unas mínimas previsiones que disciplinan su realización, lo que ha venido a homogeneizar la práctica de nuestros Juzgados y a introducir una conveniente seguridad jurídica. Sobre este punto será, precisamente, sobre el que centraremos nuestros comentarios toda vez que se trata de una diligencia que discurre bajo la vigencia del principio de oralidad pero que sin embargo y como expondremos a continuación, experimenta algunas matizaciones de importancia en otros principios estructurales que normalmente van unidos al anterior (señaladamente el de publicidad) y que repercute también en modo particular en cuanto a la forma de constancia de la diligencia y/o el modo de recoger su práctica.

Emplearemos los términos “audiencia del menor” y “exploración del menor” como sinónimos. No desconocemos, sin embargo, la existencia en el “*usus fori*” de una tendencia a emplear el primer término cuando se acuerda en un proceso consensual y, el segundo, en uno contencioso, quizás en atención al empleo que de ambos se hace en los arts. 777.5 y 770.4, respectivamente. Es más, podría incluso afirmarse que consultando las acepciones de ambos vocablos (audiencia /exploración) en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, el significado que se da del primero define de forma bastante aproximada el concepto jurídico de audiencia del menor como aquel acto en el que la autoridad judicial en el curso de un proceso oye a un menor para que el mismo exponga, reclame o solicite lo que le interese en relación con la adopción de una decisión que ha de afectarle, resaltando el papel activo que toma el menor en la diligencia (se trata de oír lo que éste quiere decir, exponer o reclamar). En cambio extrapolando el concepto médico de “exploración” al mundo jurídico tendríamos aquel acto en virtud del cual un tribunal examina a un menor, entrevistándole, para conocer su opinión y deseo sobre un tema que le afecta, destacando en él (frente al de audiencia) el papel activo del juez en la diligencia: el juez inquiere,

---

<sup>272</sup> Excepción hecha de aquellos casos en que *se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*, según reza el art.777.5 LEC que repite los términos manejados en el reformado artículo 92.6 del Código Civil.

<sup>273</sup> Es pacífica la solución a seguir cuando de proceso consensual se trata y ha de aplicarse, por tanto, lo prevenido por el reformado apartado 5 del art.777. Sin embargo y tratándose del proceso contencioso, con ser mayoritaria la opinión que afirma el carácter imperativo de la audiencia derivada de la lectura del art.770.4<sup>a</sup>, cabe otra interpretación posible en atención a que este apartado no fue afectado por la reforma de 2005 y se halla en contradicción con lo prevenido en el art.92.6 del CC que sí fue en cambio reformado. Sobre ello, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., “Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coordinador), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Valladolid, 2005, pp.350-356.

<sup>274</sup> Lo que había sido objeto de crítica por la doctrina. Vid., por ejemplo, PÉREZ MARTÍN, J., “Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos matrimoniales”, en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, con APARICIO AUÑÓN, E., CRESPO ALLUÉ, F., GUILARTE GUTIÉRREZ, V. y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Valladolid, 2001, pp.207-208.

busca o trata de averiguar la verdadera voluntad del menor y el proceso de formación de la misma<sup>275</sup>.

## II. MODO DE PRACTICAR LA AUDIENCIA O EXPLORACIÓN DEL MENOR

Tras la promulgación, en 2000, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina había alertado de la ausencia de previsión alguna sobre el modo de efectuar la audiencia o exploración de menores a que se hacía referencia en distintos preceptos del texto.

Como advertía PÉREZ MARTÍN<sup>276</sup>, es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de que los menores puedan ser testigos, incluso los que aún no han alcanzado los catorce años, si a juicio del tribunal poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente. Pero la exploración de menores no es una prueba testifical, y por tanto no le son trasladables las disposiciones que regulan esta última, estando más próximo a un reconocimiento judicial de personas, previsto en el artículo 355 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sin que le sean de aplicación muchos de los extremos desarrollados en los artículos 353 a 359 que disciplinan este medio de prueba, singularmente, las relativas a la asistencia e intervención de las partes. Ésta y otras especialidades que a continuación veremos se explican en atención a que la persona sobre la que se proyecta el reconocimiento es un menor con derecho a ser oído antes de adoptar decisiones que le afectan en su esfera personal y/o familiar.

Tal ausencia de previsiones había dado lugar a que, en la práctica, el modo de llevar a cabo esta audiencia variase de un órgano jurisdiccional a otro, con los graves inconvenientes que esta falta de armonía provoca y la inseguridad jurídica que, en definitiva, crea.

La reforma operada en el artículo 770.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la adición de un nuevo párrafo que establece una serie de garantías mínimas en cuanto al modo de practicar esta audiencia, supone un paso importante, aunque insuficiente, para hacer frente a la anomia legislativa denunciada. Y es consecuencia de una enmienda transaccional a la número 15 del Grupo Parlamentario catalán en el Senado, que sin recoger los aspectos más novedosos y discutibles que ésta proponía<sup>277</sup> (toma de declaración directamente y en todo caso por un experto y no por el Juez; exploración seguida no sólo por el Juez sino también por las partes a través de un espejo unidireccional o de circuito de vídeo; grabación de la diligencia) se hizo eco de la necesidad de marcar unas reglas que aseguraran el respeto al “interés del menor”<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> Así GONZÁLEZ DEL POZO, J.C. “El reconocimiento judicial. La audiencia o exploración de menores”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E., coordinador, *Los procesos de familia: una visión judicial*, Madrid, 2007, p.458.

<sup>276</sup> PÉREZ MARTÍN, J., “Las medidas previas...” cit., pp.207-208.

<sup>277</sup> Concretamente y en lo relativo al modo de practicar la exploración se proponía lo siguiente: “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles, se les tomará declaración a través de un experto, al que el Juez, el Ministerio Fiscal y las partes, previamente facilitarán las preguntas.- La exploración será seguida por el Juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de vídeo y podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto.- Se grabará en soporte audiovisual para su valoración”.

<sup>278</sup> Concepto jurídico indeterminado en cuya aplicación subyace la concepción del niño/a como sujeto de derecho, lo que determina una nueva posición del mismo en el ámbito judicial cuando se ha de tomar una decisión que le incumbe, y que en el ámbito del derecho de familia supone la obligación de tener en cuenta su opinión de los menores (GOIRIENA

Dicha norma, en primer término, impone al Juez la obligación de garantizar que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para salvaguarda de sus intereses, lo que se muestra en armonía con la previsión general contenida en el artículo 92.2 del Código Civil de que el Juez vele por los intereses del menor y con la propia Ley Orgánica 1/1996 de Protección del menor.

Dispone además este nuevo párrafo que dicha exploración se llevará a cabo sin interferencias de “otras personas”, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Con ello no hace sino recoger la mejor práctica existente sobre este punto, que pese a la falta de previsión legal venía entendiéndose que dicha audiencia sólo debía llevarse a cabo en presencia del Juez, del Secretario Judicial y del Fiscal.

Naturalmente, y aunque la nueva redacción del artículo no mencione expresamente al Secretario, su presencia deviene necesaria por la aplicación de la norma general contenida en el artículo 453.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que le reconoce, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial<sup>279</sup>, debiendo dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.

Es clara la exclusión de las partes en esta audiencia, exclusión que, naturalmente, no debe alcanzar al Ministerio Fiscal dado el principio de imparcialidad que preside su actuación según proclama el artículo 7 de su Estatuto Orgánico y su misión de defender exclusivamente la legalidad los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley (artículo 2.1 EOMF), además de su preceptiva intervención en los procesos matrimoniales siempre que alguno de los interesados sea menor (artículo 749.2 LEC).

En esta línea la Circular 1/2001 (“Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”) de la Fiscalía General del Estado prescribe que el Ministerio Fiscal habrá de tomar parte en la exploración de los hijos menores o incapacitados “pues la formación del criterio correcto sobre el interés del menor exige un contacto y comunicación directa con el mismo, en una comunicación fluida y personal”<sup>280</sup>. Y claramente la sentencia del Tribunal Constitucional número

---

LEKUE, A., “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”, en *Diario La Ley*, número 6823 de 19.11.2007). El sistema de determinación del interés del menor en el ordenamiento jurídico español es el denominado de *cláusula general*, en cuyo caso, corresponde a los operadores jurídicos concretar el interés en cada caso, a diferencia de los sistemas de lista, propios de los países anglosajones, donde se prevé un repertorio de situaciones que se consideran en interés del menor. Esta técnica permite un gran margen de discrecionalidad a los juzgadores en la aplicación del mismo. En contrapartida, se considera que en tanto concepto jurídico indeterminado, es susceptible de producir inseguridad jurídica (RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp.57-59).

<sup>279</sup> Proclamada, en similares términos en el artículo 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre su alcance, me remito a mis Comentarios a este precepto contenidos en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida y coordinada por LORCA NAVARRETE, A.M. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Valladolid, 2000, tomo I, pp.942 y ss.

<sup>280</sup> Así se afirma en el apartado VII.4.B *in fine*. La práctica de nuestros Juzgados no arroja mucha luz sobre esta cuestión pues si bien mientras en algunos la exploración se practica en su presencia, en muchos otros se prescinde de la misma sin que resulte claro si

17/2006, de 30 de enero (Sala 1ª, Ponente ARAGÓN REYES) al estimar el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de apelación por no haber permitido su presencia en la exploración practicada en esa instancia a petición de una de las partes, afirma la necesidad de su intervención y declara la nulidad de la diligencia considerando que no basta, como hizo la Audiencia, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de aquélla para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art.24.1) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de los menores, sino que es necesario permitir su intervención en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias (FJ.5.VIII)

En cuanto a la forma en que ha de desarrollarse la exploración, es conveniente no perder de vista que deberá acercarse más a una entrevista que a un interrogatorio, para lo cual se hacen precisas determinadas condiciones a fin de general una empatía entre el entrevistador y el entrevistado que posibilite que ambos se encuentren a un nivel idóneo<sup>281</sup>. Se deberá emplear un lenguaje ajustado a la edad y grado de madurez del menor, que le resulte comprensible, para procurar que narre de forma natural y sin interrupciones aquellos hechos o circunstancias que sean de interés para la adopción de la medida que afecte al menor<sup>282</sup>, prescindiéndose, desde luego, del uso de la toga.

Del precepto que examinamos se desprende la preferencia del legislador porque sea directamente el Juez (y también el Fiscal, en atención a lo expuesto más atrás y pese a que no se le mencione) quien lleve a cabo la entrevista, confiando en que dada su experiencia en estas situaciones sea capaz de generar el clima de confianza y seguridad al menor suficiente para que tenga éxito.

La presencia de especialistas, entre los que podría contarse con miembros del Equipo Técnico Judicial, sólo se prevé excepcionalmente, cuando resulte necesario recabar su auxilio por el Juez, limitación que puede explicarse en atención a que el grado de intimidación del menor puede ser mayor cuantos más sujetos estén presentes en la audiencia. No obstante lo cual, no debe olvidarse que en ocasiones la intermediación de alguno de estos profesionales en la entrevista a mantener con el menor puede ser altamente eficaz para dirigir adecuadamente las preguntas y conseguir que el menor se muestre más tranquilo y sea más espontáneo en sus respuestas brindando al Juez un importante recurso para conseguir el éxito de la diligencia. En tales casos lo normal será que su función se limite a “preparar el terreno”, esto es, a entablar un diálogo previo con el menor y preparatorio de la exploración propiamente dicha, explicándole los motivos de su presencia en el juzgado en forma inteligible de acuerdo a su edad y circunstancias personales creando un clima de confianza que le impulse a hablar y a responder a aquéllas cosas por las que se le pregunte<sup>283</sup>. Cabe también la posibilidad de que sea el especialista quien formule las preguntas en presencia del Juez o bien incluso, y en circunstancias excepcionales, que sólo

---

las razones que justifican una u otra solución sean meramente dotacionales en atención a los medios personales con que cuenten las respectivas Fiscalías.

<sup>281</sup> Así lo hacía notar, bastantes años atrás, MUÑOZ SABATÉ, LL. (*El proceso matrimonial*, op.cit., p.66).

<sup>282</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El reconocimiento judicial...” cit., p.462.

<sup>283</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El reconocimiento judicial...” cit., p.464.

esté aquél presente, presenciando el Juez el desarrollo de la diligencia a través de circuito cerrado de vídeo o de un espejo unidireccional en una habitación contigua si se considera necesario para que el menor no se sienta intimidado por su presencia.

Evidentemente, la restricción de la audiencia a los sujetos indicados supone su práctica a puerta cerrada, como permite con carácter general y para determinados supuestos el artículo 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>284</sup> y refrenda específicamente, para los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el artículo 754. El legislador, en el reseñado art. 754 LEC, claramente parte de la base de que en tales procesos especiales por afectar a la esfera más íntima de las personas, la reserva de las actuaciones debe tener una mayor operatividad; de ahí que en estos supuestos no se precise que concurra alguna de las causas previstas con carácter general en el art. 138.2 LEC para justificar la restricción a la publicidad, bastando simplemente que las circunstancias así lo aconsejen. Para subrayar aún más la flexibilidad con que pueden acordarse restricciones a la publicidad desde el punto de vista formal, tal declaración no precisará auto, sino que puede acordarse mediante simple providencia, que como tal, no precisa de motivación.

Subsisten sin embargo numerosos interrogantes en cuanto al modo de practicar la audiencia que la reforma ha dejado sin respuesta.

Nada se dice sobre el empleo de medios de grabación de imagen y sonido, previstos con carácter general en el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para registrar las actuaciones orales en vistas y comparecencias. Su eventual aplicación suscita serias dudas tanto respecto a su conveniencia desde un punto de vista práctico, dada su virtualidad para restar espontaneidad a la declaración del menor<sup>285</sup> como, y lo que es más importante, desde el punto de vista del respeto a los principios que deben presidir esta diligencia. No olvidemos que los derechos y el interés del menor rigen en esta materia y que la norma contenida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/996, de Protección del Menor, al señalar que “en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, “cuidando de preservar su intimidad”, en línea con lo previamente dispuesto en su artículo 2 indicando que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir”, elevando dicho interés a categoría de principio rector en la actuación de los poderes públicos en el artículo 12, son difícilmente conciliables con el empleo de técnicas de grabación<sup>286</sup>. A este respecto conviene además recordar que durante la tramitación de la

---

<sup>284</sup> Respecto a este precepto y su relación con el posterior artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, me remito a mis comentarios al “Artículo 138”, en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida y coordinada por LORCA NAVARRETE, A.M. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V, Valladolid, 2000, tomo.I, pp.879 y ss., especialmente p.889.

<sup>285</sup> Como advierte PÉREZ MARTÍN (“El procedimiento contencioso de separación, divorcio y nulidad”, en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva cit., p.208) “no podemos dejar a un lado que si el menor sabe que le están grabando no será tan espontáneo y quizás no diga todo lo que siente por miedo a que la grabación sea luego visionada por los padres”.

<sup>286</sup> A ello se añade, como se recoge en la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado (apartado IV, el artículo 158 del Código Civil que permite al Juez, adoptar de oficio o a instancia de parte, aquellas disposiciones que estime oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios así como los artículos 12 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, que establecen que la protección del menor se realizará mediante la prevención, disminución

ley de reforma y en el Senado se formuló una enmienda al respecto por el Grupo Parlamentario Catalán<sup>287</sup> proponiendo, entre otras cuestiones, que la diligencia se grabara en soporte audiovisual para su valoración, lo que fue rechazado por la Cámara.

Como se recoge en la Circular 1/2001 relativa a la “Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”, anteriormente citada, resulta indudable que entre las causas que pueden justificar la negativa a la documentación filmada de un determinado acto procesal se han de incluir todas aquellas que permiten la exclusión de la publicidad de la audiencia. Así, si la publicidad de las actuaciones —que tiene el rango de derecho fundamental en tanto que el artículo 24.1 de la Constitución consagra el derecho de las partes a un proceso público— puede ser limitada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por motivos de orden público, de protección de la seguridad nacional en una sociedad democrática, de salvaguarda de los intereses de los menores, protección de la vida privada de las partes, o, en definitiva, por la concurrencia de especiales circunstancias apreciadas por el Tribunal, no debe caber duda de que, al menos, esas mismas razones deben servir para justificar que se limite la documentación del acto a la forma escrita, y ello, en tanto que la actividad de documentación, siempre que permita a las partes obtener la constancia suficiente de lo actuado para asegurar su derecho de defensa, lo cual se cumple ya sea realizada en una u otra de las formas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene menor rango procesal que la publicidad de los debates a que se refiere el artículo 120 de la Constitución.

En atención a lo expuesto es opinión común y práctica generalizada en nuestro Juzgados y Tribunales no efectuar grabaciones de imagen y sonido de las exploraciones de menores<sup>288</sup>.

Nada se dice tampoco respecto a la forma de constancia de la práctica de esta diligencia, cuestión que había sido criticada por la doctrina advirtiendo que mientras en unos Juzgados el acta refleja nada más que la realización del acto; en otros, se incluyen las manifestaciones del menor<sup>289</sup>, lo que tiene su importancia si tenemos en cuenta que las decisiones del Juzgado pueden ser revisadas por la Audiencia en apelación<sup>290</sup>.

---

y reparación de los factores de riesgo que incidan en la situación personal y social del menor y de su familia.

<sup>287</sup> Se trataba, concretamente, de la número 15 [cuyo texto puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) Serie II, de 26 de mayo de 2005, núm.14 (c)] que proponía añadir en el apartado 4º del artículo 770 tres nuevos párrafos que determinarían el modo de llevar a cabo las exploraciones de menores, tratando de conjugar el interés del menor (efectuándose el interrogatorio mediante un experto) con las exigencias de inmediatez y de contradicción de las partes (garantizadas a través del empleo de medios audiovisuales).

<sup>288</sup> Algo expresado con total claridad en las Conclusiones del Primer Encuentro de Jueces y Abogados de Familia de celebrado en Madrid del 17 al 19 de noviembre de 2003: 13ª “Se destaca la utilidad de la grabación con la excepción de la exploración de menores y de incapaces”.

<sup>289</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Las reformas legales que nos esperan”, en *Actualidad del Derecho de familia y sucesiones*, obra colectiva de la Asociación española del Derecho de Familia, Madrid, 2005, pp.59-60.

<sup>290</sup> Consúltese a este respecto, la obra de PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona*, Valladolid, 2000, donde se recogen diversas sentencias que ponen de manifiesto la relevancia que puede llegar

Es claro que ha de dejarse constancia en los autos de la práctica de la exploración mediante acta extendida por el Secretario judicial dado el inexcusable deber de documentar las actuaciones orales y atendido además el art.187 LEC que impone tal forma de documentación cuando la grabación de la vista no pudiese realizarse por cualquier causa (supuesto al que es equiparable aquél en que se acuerda prescindirse de la grabación para la protección del interés del menor). Como también lo es que el artículo 358 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que del reconocimiento judicial se levantará “acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal”. Sin embargo, y como apunta LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, el acta de esta diligencia debería ser sucinta, porque ha de ser tónica general en los procesos matrimoniales que los niños estén lo más alejados posible de las controversias entre los progenitores, y difícilmente ocurrirá esto si se refleja en la diligencia todo lo que realmente ha ocurrido en ella<sup>291</sup>.

El problema resulta de la necesidad de conciliar debidamente el interés del menor con los intereses de las partes en el proceso matrimonial a la hora de determinar la amplitud del contenido del acta de exploración y su eventual traslado a las partes. Y es que un acta excesivamente parca puede causar indefensión a las partes que ven cómo se les hurta el conocimiento y valoración del resultado y les impide ejercer debidamente del derecho de defensa, al tiempo que en caso de recurrirse la sentencia obligará al tribunal de apelación al practicar una nueva exploración al menor ya que desconocerá casi por completo el resultado de la practicada en primera instancia al haberse sustraído de su ponderación un elemento probatorio que puede resultar decisivo para la resolución del recurso.

De ahí el difícil equilibrio que ha de guardarse entre los intereses en juego y que exige que las actas, sin llegar a recoger con total literalidad las manifestaciones del menor, sí deban reflejar en todo caso la esencia de lo manifestado, a fin de respetar el derecho de defensa de las partes al tiempo que permitan su eventual valoración en segunda instancia, sin necesidad de practicar una nueva exploración<sup>292</sup>.

Íntimamente unida a esta cuestión se encuentra la del acceso de los interesados al contenido de las resoluciones dictadas en estos procesos.

En la Instrucción 1/2007 sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores se daba cuenta de la recepción en la Fiscalía General del Estado de la recomendación del Defensor del Pueblo para que el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las

---

a alcanzar la entrevista del menor en la determinación de la guarda y custodia (v.gr. Sección 12ª, 5.10.1999), especialmente cuando se alcanza una cierta edad y un grado de raciocinio y conocimiento significativo (v.gr. Sección 12ª, 19.01.2000), aunque sin implicar necesariamente el que la decisión judicial haya de basarse necesariamente en los deseos de los hijos, máxime cuando sean de corta edad (v.gr. Sección 12ª, 4.03.2000).

<sup>291</sup> LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *El proceso matrimonial de común acuerdo. Guía práctica y jurisprudencia*, 4ª ed., adaptada a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2000, p.132. Buen exponente de esta postura es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc.22ª, de 5.02.1999 que con base en el superior interés del menor considera que “...no es exigible, y a veces se ofrece como absolutamente contraproducente, el reflejo documental en los autos de las manifestaciones del menor, bastando al efecto una mera diligencia acreditativa de haberse llevado a cabo la exploración, sin ninguna otra mención a su contenido”.

<sup>292</sup> Sobre las distintas posturas que se mantienen sobre el contenido y extensión del acta, vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., “El reconocimiento judicial...”, cit., pp.469-472.

competencias que le son propias adoptara “las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombres, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación”<sup>293</sup>. Y se advertía de que estas posibles perturbaciones a la intimidad de los menores pueden generarse no solamente por la publicación de la resolución por medio de edictos sino también por otras formas de dar publicidad, entre las que se encuentran la expedición de certificaciones o exhibición de autos a interesados.

Pues bien en tales casos y con fundamento en el art. 235 LOPJ y en el art. 2.2 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre (actuaciones en archivos) y 234 LOPJ, 140 LEC y 5 Reglamento 1/2005 (actuaciones en tramitación) en procesos en los que se resuelva sobre aspectos relativos a la vida familiar de los menores habrá de entenderse que la necesidad de preservar la intimidad de los mismos puede erigirse en legítimo límite frente al derecho de información de los interesados, bien entendido que estas restricciones derivadas de la declaración de reserva de las actuaciones no alcanzan a las partes del proceso, sino sólo a terceros, como ha sido ha sido enfáticamente subrayado por la jurisprudencia menor, en atención a la necesaria preservación del derecho de defensa de las partes<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> La recomendación se realizaba tras haberse comprobado, después de una investigación impulsada por el Defensor del Pueblo y ejecutada por el Ministerio Fiscal, que en numerosos Juzgados se seguía la práctica contraria, esto es, la publicación por medio de edictos de las resoluciones con los datos identificativos completos de los menores afectados.

<sup>294</sup> V.gr. sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 6ª, nº 113/2006, de 15 de marzo, y auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sec. 1ª, nº 9/2004, de 21 de enero, citadas en la referida Instrucción 1/2007.





# LAS FACULTADES DEL JUEZ EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y LA ORALIDAD \*

JUAN CÁMARA RUIZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidade da Coruña

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se aborda el estudio del desarrollo de la oralidad y de la escritura a través de toda una serie de principios. Concretamente, y relacionados con la escritura, se estudian el de dispersión de actos, el de preclusión y el carácter secreto del proceso. En cambio, relativos a la oralidad, se estudian los de inmediación, concentración de los actos procesales y publicidad de las actuaciones judiciales.

Dependiendo de los autores, la naturaleza de esta serie de principios varía. Hay autores que no dudan en calificarlos de subprincipios o “principios consecuencia” y digo que no dudan, pues consideran que existe una especie de relación causa efecto entre la oralidad y dichos subprincipios, de modo que, por ejemplo, la inmediación sería consecuencia de la oralidad<sup>295</sup>. En otros casos, se parte de la idea de las ventajas de la oralidad y, entre otras se señala que la oralidad facilita los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad. El hecho de que la oralidad facilite dichos principios no supone una identificación de los mismos con la oralidad. Al respecto, por ejemplo, GIMENO SENDRA califica de “compañera de viaje” de la oralidad a la inmediación y explica dicha relación del siguiente modo: “La oralidad del procedimiento exige la inmediación 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 de auxilio judicial, es mediatamente oral”<sup>296</sup>. En esta línea, también se ha apuntado que, la oralidad implica concentración, y que “oralidad y concentración significan también, como algo inescindible de ellas, inmediación”<sup>297</sup>. También, se ha expuesto la relación de la oralidad con dicha serie de principios como interconexión de las características configuradoras de un modelo oral de procedimiento. En este sentido ORTELLS RAMOS señala que “en la práctica de la prueba la oralidad no cede todo el lugar a la inmediación, sino que ambas se combinan en el sentido de que la propia participación de las partes en la práctica de la prueba (por ejemplo, en la declaración de un testigo o de la contraparte, en la exposición del dictamen de un perito) no está vinculada por un interrogatorio escrito preparado previamente, sino que se desarrolla oralmente y con

---

\* Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, referencia: SEJ2005-08384-C02-01, cuyo investigador principal es el PROF. DR. MANUEL ORTELLS RAMOS.

<sup>295</sup> En este sentido, MONTERO AROCA suele referirse a “La oralidad y sus principios consecuencia”, y ha manifestado, entre otras consideraciones que, “cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquéllos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad” (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, pp. 172-173).

<sup>296</sup> *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte general*, Madrid, 2ª edición, 2007, pp. 54-55.

<sup>297</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), Madrid, 3ª edición, 2004, pp. 431-434

plena agilidad” y que la “concentración significa, en definitiva, que el conjunto de actos procesales que han de desarrollarse oralmente y con intermediación se realicen en una sola sesión, en varias consecutivas, o en varias que, aunque no sean consecutivas, están separadas por períodos de suspensión breves, constituyendo todas ellas una sola vista o audiencia, seguida, igualmente en el más breve plazo de tiempo, por la sentencia”<sup>298</sup>.

A partir, de esta idea de la interconexión de una serie de principios que suelen estar presentes en un modelo de procedimiento oral o escrito cabe plantearse si dicha interconexión alcanza a otros principios que no vienen referidos al modelo procedimental sino, propiamente, al proceso, concretamente el relativo a la carga formal y material de la prueba.

## II. LA CARGA DE LA PRUEBA FORMAL Y MATERIAL EN EL PROCESO CIVIL

Con carácter general, en un proceso civil en el que rige el principio de aportación de parte la carga de la prueba en sentido formal corresponde a las partes. Excepcionalmente podrían quedar ampliadas las facultades del órgano jurisdiccional hasta el punto de poder acordar de oficio algunos medios de prueba. En la actualidad, y como regla general en la LECiv, esta posibilidad solamente está prevista en los supuestos de procesos no dispositivos.

Asimismo, con carácter general, en un proceso civil vienen estableciéndose una serie normas o reglas sobre la carga material de la prueba que sirven para indicar al juzgador, a partir de los hechos alegados y probados por las partes, en qué sentido ha de resolver. Nuestro Legislador las ha concretado, entre otras, en la siguiente: “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones” (art. 217.1 LECiv).

En esta materia, carga de la prueba formal y material, normalmente, las facultades del órgano jurisdiccional están limitadas. A continuación, no sólo trataremos de describir como han quedado regulados dichos poderes del juez en nuestro proceso civil sino también la posible repercusión de un modelo procedimental oral en dichos poderes.

### 1. La carga de la prueba en sentido formal en el proceso civil

En un proceso civil, en el que rija el principio de aportación de parte, con carácter general, el órgano jurisdiccional no puede, de oficio, acordar medios de prueba; a excepción, como hemos apuntado, de que se trate de un proceso no dispositivo. No obstante, la regulación de los distintos procesos civiles, en ocasiones, ha puesto de manifiesto excepciones a dicho principio.

#### *A) Las derogadas diligencias para mejor proveer (art. 340 LECiv de 1881)*

Respecto de las diligencias para mejor proveer MARTÍN OSTOS expresaba las siguientes consideraciones: “Aunque el principio dispositivo goza de una posición predominante en el proceso civil español, una de sus manifestaciones en éste – concretamente, el aforismo “secundum allegata et probata partium- experimenta un grave quebranto debido a las diligencias para mejor proveer. El juez ya no debe resolver, exclusivamente según lo probado por las partes, sino que él mismo puede ordenar la

---

<sup>298</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R.; CÁMARA RUIZ, J.), Madrid 2006, p. 309.

práctica de diligencias probatorias; pruebas que, junto con las de excitación de parte, facilitarán su función jurisdiccional. Evidentemente, ello constituye una quiebra, parcial al menos, del citado principio dispositivo. Quiebra debida a una penetración de su contrario, el inquisitivo<sup>299</sup>”.

Por su parte VAZQUEZ SOTELO no sólo describió dicha facultad sino que llegaba a valorarla señalando que, “mientras la LEC niega al Juez facultades que deberían serle reconocidas en la dirección del proceso y en la práctica de la prueba, le atribuye al final una importante iniciativa probatoria por medio de las denominadas <Diligencias para mejor proveer> (art. 340 LEC) cuya iniciativa, si no se hace uso prudente, puede resultar peligrosa para la configuración del proceso civil dispositivo<sup>300</sup>”. En un sentido parecido, BERZOSA FRANCO también nos recuerda que, “en virtud de lo dispuesto por el art. 340 LEC el juzgador después de la vista o de la citación para sentencia y antes de pronunciar su fallo puede acordar la práctica de cualquier medio de prueba, supliendo así las posibles deficiencias de la partes en relación a la misma” y que, “suponen la facultad directiva más relevante del órgano jurisdiccional en nuestro ordenamiento procesal civil<sup>301</sup>”.

Vista la incidencia de las diligencias para mejor proveer en un proceso civil escrito y comparando dicha realidad con lo que ocurre en procesos eminentemente orales, como el proceso laboral o el penal, se evidencia que, la máxima manifestación de concesión de poderes del juez referida a la carga formal de la prueba como es la posibilidad de acordar de oficio medios de prueba es independiente del sistema procedimental que se siga, sea oral o escrito. Asimismo, y desde la óptica contraria, puede afirmarse también que la oralidad por sí misma no tiene por qué implicar un aumento considerable de las facultades del juez.

No obstante, a partir de dicha premisa, cabe plantearse si un sistema procedimental oral, a diferencia de uno escrito, favorecería y posibilitaría un aumento de las facultades del juez sin tener que llegar a la posibilidad extrema de acordar prueba de oficio.

Puede servir, como contraste a la regulación general del proceso civil oral en LECiv/2000 la prevista para el proceso civil escrito en LECiv/1881. Al respecto, refiriéndose a las facultades del juez, BERZOSA FRANCO enumeró, las que calificaba de “matizaciones” al principio de aportación de parte (pero respetuosas con dicho principio) señalando lo siguiente: “Así en la prueba de confesión en juicio no sólo se concede al juez la facultad de determinar qué posiciones son admisibles –art. 584- y la de aperecebir de oficio al confesante de que se le tendrá por confeso si se negare a declarar o diera respuestas evasivas –art. 586-, sino que además podrá el juez pedir a los litigantes las explicaciones que crea conducentes a la averiguación de la verdad de los hechos -art. 588-. En la prueba de cotejo de letras, sin perjuicio de que se efectúe mediante peritos, el juez hará por sí mismo la comprobación después de oídos, valorando su dictamen de acuerdo a las reglas de la sana crítica –art. 609-. La prueba de reconocimiento judicial que tiene, por su propia naturaleza, como principal sujeto al juez, implica que éste examine personalmente una cosa, si su examen es necesario para la aclaración y apreciación de los hechos –art. 663-. Finalmente en la prueba testifical el juez tiene también la facultad de examinar los interrogatorios y admitir las preguntas o repreguntas pertinentes, desechando las que no lo sean -arts. 639 y 641-, y pudiendo pedir por sí mismo al testigo las

---

<sup>299</sup> MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer*, Madrid, 1981, p. 196.

<sup>300</sup> “Los principios del proceso civil” en *Justicia*, 1993, números III-IV, p. 621.

<sup>301</sup> “Principios del proceso” en *Justicia*, 1992, número III, p. 597.

explicaciones que crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese declarado -art. 652-”<sup>302</sup>.

Por su parte, también en el contexto de LECiv de 1881, DE LA OLIVA SANTOS apuntó, adelantándose a la configuración actual instaurada por LECiv de 2000 y, a modo, de “*lege ferenda*” que, “para que los litigantes dispongan de medios idóneos en orden a una tutela efectiva –aquella a la que tengan derecho y aquella que quieren obtener-, sí puede ser de interés e importancia aumentar las facultades del Juez en el proceso civil con objeto disponible. Probablemente conviene empezar poniendo los medios para que se utilicen, en los supuestos legales, las facultades ya otorgadas, convirtiendo en deberes algunas de ellas (p. ej., las de aclaración de los hechos, que pueden pasar a ser un deber de aclaración, *Erklärungspflicht*, mediante el interrogatorio libre complementario de los testigos y de las partes), permitiéndose a los jueces la proposición a los litigantes, con ciertos límites, de un cambio del “punto de vista jurídico”, etc.”<sup>303</sup>. Algunas de estas manifestaciones, que analizaremos a continuación, han sido recogidas en la LECiv de 2000.

### ***B) Posibilidad de repreguntas y de citar a testigos y peritos***

Con relación a esta cuestión, y llevando a cabo una comparativa retrospectiva con la situación regulada en LECiv/1881 puede concluirse, tal y como afirma ETXEBARRÍA GURIDI lo siguiente: “Si comparamos lo dispuesto por dicho precepto (art. 306 LECiv) y lo recogido en el art. 586 de la derogada LEC, parece a primera vista que la iniciativa judicial es mayor en la vigente LEC en la medida en que el precepto derogado permitía al juez pedir explicaciones frente a las aclaraciones y adiciones actuales. Así lo ha entendido un sector importante de la doctrina, considerando que la obtención de *adiciones* permite al tribunal formular preguntas nuevas, de contenido diverso a las formuladas por las partes. Esta facultad podría contribuir decisivamente a obtener una mejor certeza de los hechos”<sup>304</sup>.

Con relación a la prueba pericial cabe ser mencionada la facultad judicial contemplada en el art. 338.2 LECiv de acordar la presencia de los peritos en el juicio o en el acto de la vista. Además, podrá formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen (art. 347.2 LECiv).

Asimismo, como una actuación judicial de oficio más, se ha previsto en la LECiv, para aquellos supuestos en que sea pertinente el informe de personas jurídicas y entidades públicas, y a la vista de las respuestas escritas remitidas por aquéllas al tribunal, o de su negativa u omisión, la posibilidad de citar al juicio o acto de la vista la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente o útil para aclarar o completar, si fuere oscura o incompleta, la declaración de la persona jurídica o entidad (art. 381 LECiv). Puede concluirse por tanto que, sin merma del principio de aportación de parte, y en el proceso civil vigente, eminentemente oral, hay manifestaciones constatables de una ampliación de las facultades del juez en materia probatoria respecto de la situación existente en la anterior LECiv.

### ***C) El supuesto de las diligencias finales***

---

<sup>302</sup> “Principios del proceso” en *Justicia*, 1992, número III, p. 596.

<sup>303</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., (con FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.) *Derecho Procesal civil II*, Madrid, 1994, pp. 384-385.

<sup>304</sup> ETXEBARRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003, p. 329.

La primera aproximación a la conexión entre las diligencias finales y la prueba desarrollada en el juicio la encontramos en la Exposición de Motivos, donde se afirma que, las diligencias finales “suponen reforzar la importancia del acto del juicio”, en la medida que queda restringida la “actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado”.

Con las diligencias finales no se persigue un único objetivo, su finalidad es diversa. Principalmente, con las diligencias finales se permite afrontar casos excepcionales en los que las partes bien por imposibilidad de proponer prueba y practicarla en los momentos ordinarios, o bien porque siendo propuestos y admitidos, o no fueron practicados o la práctica fue inútil por causas ajenas a su voluntad (arts. 434, 435.1.2ª y 2 LECiv). En este sentido en la Exposición de Motivos se señala que, estas excepciones “responden a un criterio de equidad” constituyéndose en cauce para practicar aquéllas pruebas que por razones independientes de la voluntad de las partes o no se practicaron o fueron infructuosas.

De otra, se persigue que el planteamiento del debate en la primera instancia sea lo más completo posible. En este sentido se pretende que, llegado el caso de una segunda instancia, toda la posible prueba a practicar, haya sido practicada en la primera instancia. Puede afirmarse, que el Legislador, con la configuración de las diligencias finales, ha tratado de evitar al máximo la necesidad de practicar prueba en apelación, limitándola en este caso a los supuestos de rechazo de prueba.

En tercer lugar, se posibilita, por un lado, que el Tribunal, de oficio y excepcionalmente, subsane las deficiencias acaecidas en la práctica de algún medio de prueba, e incluso su omisión, cuando la inactividad probatoria no sea de la responsabilidad de las partes. Por otro, que al dictar sentencia en la primera instancia, tenga más y mejores elementos de juicio para poder dictarla, colmando así, posibles inconcreciones sobre la certeza de los hechos alegados. Sin olvidar, al mismo tiempo, que las diligencias finales que se practiquen no pueden suponer “ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción” (Exposición de Motivos).

La premisa de la que hay que partir es que, solamente, pueden ser objeto de diligencias finales como regla general, y por tanto, objeto de prueba, los hechos expresamente alegados por las partes. También, pero de modo excepcional los hechos nuevos, anunciados o no en las alegaciones de las partes, y los hechos que indirectamente se deduzcan de lo alegado por las partes. Ni las partes, ni excepcionalmente el Juez, podrán extender como objeto de prueba otros hechos que los que acabamos de reseñar. Concretamente, son presupuesto para solicitar diligencias finales los siguientes supuestos:

1º) Cuando por causas ajenas a la parte que hubiese propuesto medios de prueba, éstos no se hubiesen practicado (art. 435.1, 2ª LECiv). En este caso, se presupone la existencia de hechos alegados y medios propuestos pero no practicados.

Así por ejemplo, la omisión de la práctica de tales pruebas propuestas y admitidas puede deberse en muchos casos a retrasos o incumplimientos por parte de las Administraciones públicas e incluso de otros Juzgados o Tribunales (ej. el expediente que se remitió incompleto; el testimonio del documento que no se remitió en periodo de prueba; el testigo que no pudo declarar porque estaba enfermo, etc.)

2º) Cuando se trate de hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286 (art. 435.1, 3ª LECiv). Estos hechos pueden haberse anunciado o no, pero deben tratarse de los previstos en el art. 286 LECiv.

La razón de que proceda en estos casos acordar diligencias finales es que sobre tales hechos, por ser nuevos o de nueva noticia no fue posible para la parte ofrecer prueba en el momento procesal oportuno. Deben consistir en hechos de “relevancia” para la decisión del pleito, esto es, que en caso de ser probados, tengan trascendencia respecto de la sentencia que se dicte.

3º) Con un carácter excepcional, tratándose de hechos respecto de los cuales se ha practicado prueba, pero cuando de su práctica, a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, no se hubieran deducido resultados probatorios claros, podrá de oficio el tribunal o instancia de parte acordar diligencias finales ( art. 435.2 LECiv).

Con esta posibilidad el tribunal puede acordar, sin necesidad de instancia de las partes, repetir alguna prueba propuesta, admitida y practicada regularmente. Dicho de otro modo, debe tratarse no sólo de pruebas relevantes sobre hechos alegados por las partes, sino también de medios de prueba que ya fueron propuestos por las partes, pero no dieron el resultado esperado, esto es, repetición de actos de prueba incompletos o frustrados.

Así por ejemplo, el tribunal podría acordar la ampliación del dictamen pericial cuando considere que en su día los resultados de la práctica del mismo no hubieran sido “conducentes” con relación a la resolución del litigio, precisamente, porque el propio artículo 347.2 LECiv prohíbe al tribunal, en el acto del juicio o vista, acordar la ampliación del dictamen.

La excepcionalidad de estas pruebas hay que ponerla en relación con un criterio establecido por el Legislador y que debe tener en cuenta el juzgador: se prohíbe “cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia o descuido” (Exposición de Motivos).

No obstante, hay autores que consideran que este apartado permite al tribunal, siempre con sujeción a los requisitos previstos en el mismo, introducir como diligencias finales nuevos medios de prueba no propuestos por las partes<sup>305</sup>. En cambio, ORTELLS considera que, “la potestad de acordar de oficio ciertas pruebas en calidad de diligencias finales, en procesos regidos por el principio de aportación de parte (art. 435.2 LECiv), sólo es tal en apariencia. En realidad el medio de prueba fue admitido a propuesta de parte, pero su práctica fue inútil por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y, después, desaparecidas. La renovada actividad judicial para la práctica de la prueba se debe a que está acordada y no ha sido renunciada”<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> MARTÍN OSTOS, J., (con AAVV), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Valladolid, 2000, p. 2191.

<sup>306</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), Cizur Menor, 7ª edición, 2007, p. 375.

Puede afirmarse, por tanto, que también en el supuesto de las diligencias finales, y en un proceso oral, puede existir un reconocimiento legal de una serie de facultades a favor del juez, en materia probatoria, sin merma del principio de aportación de parte<sup>307</sup>.

## 2. La carga de la prueba en sentido material en el proceso civil

Con relación a la carga de la prueba en sentido material suele afirmarse que las normas reguladoras de la misma determinan cuál de las partes ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión. Asimismo que, dichas normas distribuyen el riesgo de sufrir ese perjuicio entre las partes y no solamente en el actor. Ahora bien, llegados a este punto, nos interesa comprobar la conexión existente entre dichas normas y las facultades atribuidas en esta materia al juez en el proceso civil oral regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente.

Concretamente, sobre esta cuestión, ha señalado ORTELLS que, “la carga de la prueba en sentido material no es una regla de derecho que pueda ser aplicada en el momento de practicarse la prueba –salvo lo que se apuntará después–, sino que su aplicación se produce en el momento de la sentencia. No obstante, el artículo 429.1, párrafo segundo LECiv ha establecido una relación importante entre estas dos instituciones. Dispone que si, al ser propuestas las pruebas por las partes, el tribunal estimara «que pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente»; realizada la advertencia indicada «las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal». El juez realiza un pronóstico sobre cómo aplicará en la sentencia la carga material de la prueba, para evitar que esa aplicación sorprenda a las partes cuando ya no hay remedio –es decir, en la sentencia–. De ese modo, sin romper el principio de aportación, estimula la diligencia probatoria de las partes”<sup>308</sup>.

Por su parte, ETXEBARRÍA GURIDI, refiriéndose a la previsión del art. 429.1 LECiv, recapitulaba señalando que la “mayoría de la doctrina ha considerado que las facultades concedidas en el precepto que comentamos no sobrepasan la mera advertencia o sugerencia, pero sin mayor trascendencia vinculante para las partes. Es decir, que el

---

<sup>307</sup> Sobre este aspecto se ha señalado que, “en la regulación de las manifestaciones de iniciativa de oficio, particularmente en las diligencias finales, subyace el intenso debate doctrinal sobre el alcance de los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso civil, que se aleja de la realidad y práctica forense, en la que una moderada y razonada iniciativa probatoria de oficio, que no puede suplir la inactividad de las partes, pero sí completarla, se convierte en deseable y, a veces, conveniente para la mejor formación de la convicción judicial. No es infrecuente que, aun a pesar de la diligencia probatoria de las partes, en el momento de dictar sentencia persistan para el juez hechos dudosos y el recurso al instituto de la carga de la prueba, aun produciendo sentencias formalmente ajustadas a derecho, puede, a veces, producir sentencias materialmente alejadas del mismo” (ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, 2005, p. 403).

<sup>308</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), Cizur Menor, 7ª edición, 2007, p. 375.



tribunal no estaría en este caso acordando prueba de oficio, sino formulando advertencias o sugerencias que las partes pueden atender o no, según lo consideren oportuno”<sup>309</sup>.

A partir de estas consideraciones, puede afirmarse que, sin merma del principio de aportación de parte, el Legislador ha potenciado las facultades del juez al poder manifestar éste a las partes la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Lógicamente, dicha posibilidad resulta propiciada y facilitada a partir de las características propias de un procedimiento oral, de manera que la presencia de las partes ante el juez permite la comunicación directa y la formulación “in voce” de dichas indicaciones o sugerencias. La situación cambiaría radicalmente si dichas sugerencias tuvieran que formularse por escrito.

### III. LA INTERCONEXIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO Y LOS DEL PROCESO

Iniciábamos nuestra exposición aludiendo a la interconexión de la oralidad con una serie de principios del procedimiento como la inmediación, la concentración y la publicidad. A partir de lo expuesto, hemos constatado que dicha interconexión también está presente, en mayor o menor medida, con los principios del proceso. Cuestión que, ya en su momento, puso de manifiesto FAIREN aludiendo a la transformación de la oralidad de principio procedimental en principio con repercusión procesal<sup>310</sup>.

Por su parte, ORTELLS considera que la oralidad como “forma de manifestación de las actividades procesales –la oralidad realizable, que no puede prescindir de elementos de escritura-, se relaciona, por el contrario, con un incremento de los poderes del juez (de dirección formal, orientados a lograr una adecuada ordenación y la concentración del proceso), con la vigencia del principio de publicidad, con el establecimiento de las condiciones que permiten aplicar correctamente un sistema de libre valoración de la prueba. Es, por fin, la forma más adecuada para eliminar la excesiva lentitud del proceso y para abaratar sus costos”<sup>311</sup>. Cabría deducir, por tanto que, los principios inherentes al procedimiento también están vinculados a los propios del proceso. Dicho de otro modo, y con palabras del mismo autor puede afirmarse que, una cuestión que pudiera parecer tan nítidamente técnica como es la de elegir una forma oral o escrita –o alguna de sus combinaciones- para el desarrollo de la actividad procesal, resulta estar relacionada con los principios del proceso<sup>312</sup>. En el mismo sentido, ya se había expuesto al respecto que, la cuestión de la extensión a conceder en un sistema procedimental a un principio determinado envolvía realmente a todo el sistema, pues no podía concebirse un principio sin relación con los de su mismo grupo y aún combinado en determinada extensión con los del grupo contrario<sup>313</sup>.

---

<sup>309</sup> ETXEBARRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003, p. 274.

<sup>310</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, 2ª ed. corregida y aumentada, Valencia, 1988, p. 479 y ss.

<sup>311</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R.; CÁMARA RUIZ, J.), Madrid 2006, p. 252.

<sup>312</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R.; CÁMARA RUIZ, J.), Madrid 2006, p. 248.

<sup>313</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 223.

#### IV. CONCLUSIÓN

Después de un análisis, en los apartados expuestos, de la posible repercusión en las facultades del juez de un sistema procedimental oral frente a uno escrito puede concluirse que, por una parte, dicha incidencia ni es directa ni decisiva. En este sentido, hemos podido constatar que, por ejemplo, la previsión de acordar, de oficio, medios de prueba puede estar contemplada tanto en un procedimiento escrito como en uno oral. Asimismo, puede mantenerse que, la concesión de un mayor o menor número de facultades al juez en materia probatoria deriva, directamente, de la decisión del Legislador en el momento de configurar los principios del proceso, concretamente, en el diseño del proceso civil a partir de los principios dispositivo y de oficialidad.

De otra que, no obstante las premisas anteriores, puede afirmarse también, que en el contexto de un proceso civil, inspirado en el principio dispositivo, un procedimiento oral facilita y potencia el desarrollo eficiente de una serie de facultades del juez sin merma del principio de aportación de parte, tanto en lo referente a la carga formal como material de la prueba.

En este sentido, por ejemplo, un proceso oral facilita, frente a uno escrito, entre otras, en materia probatoria, el ejercicio de las siguientes facultades del juez:

a) La posibilidad, con carácter general, de formular preguntas y repreguntas tanto a los testigos como a los peritos. En un procedimiento escrito dicha posibilidad no quedaría excluida de plano pero, lógicamente, plantea a priori una serie de dificultades, y quedaría condicionada a la celebración de una vista.

b) La posibilidad de realizar una serie de diligencias de pruebas, respetuosas con el principio de aportación de parte (como “diligencias finales”) que, debidamente propuestas y admitidas, no hubieran podido practicarse por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado.

c) La posibilidad de que el Juez manifieste a las partes, en el momento de proposición de prueba, el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Para tal fin, el tribunal, puede señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente, y a su vez, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por éste.

Todas estas actuaciones, evidentemente, podrían desarrollarse en un procedimiento escrito, ahora bien no estarían exentas de innumerables inconvenientes. Así por ejemplo, la dilación añadida que podría suponer a la duración normal del proceso y la dudosa eficacia de las mismas tal vez disuadirían al Legislador de su incorporación en la regulación de un procedimiento escrito.



**EL RESPETO DE LA ORALIDAD Y LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN LA UTILIZACIÓN  
DE LA VIDEOCONFERENCIA PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN MATERIA CIVIL EN LA  
UNIÓN EUROPEA**

ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL

Profesor Ayudante de Derecho Procesal. Doctor en Derecho. Universidad de  
Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

Ante la creciente globalización e internacionalización de la vida cada vez son más frecuentes los casos en que los elementos probatorios necesarios para la celebración de un proceso se encuentran en un Estado diferente de aquel en el que se está llevando a cabo, lo que hace necesario, para que el Estado pueda procurar la tutela judicial efectiva a sus ciudadanos, que sea imprescindible la colaboración de los órganos del Estado en cuyo territorio se deban practicar las pruebas.

El Reglamento (CE) N° 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001<sup>314</sup>, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, nace con el objetivo claro de facilitar la obtención de pruebas en otro Estado miembro de la Unión Europea y es aplicable en materia civil y mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite, o bien, la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o bien, la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas DOCE L 174/1 de 27.6.2001. Ver también en relación con este Reglamento, el Informe de la Comisión COM (2007) 769 final de 5.12.2007 al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, Sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, así como la Guía Práctica para la Aplicación del Reglamento de obtención de pruebas, elaborado por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil que puede consultarse en <http://europa.eu.int/civiljustice>. Del mismo modo podemos encontrar toda la información pertinente para la aplicación de este Reglamento en la página institucional del Atlas Judicial Europeo en Materia Civil disponible en [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/judicialatlascivil/html/te\\_information\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/judicialatlascivil/html/te_information_es.htm)

<sup>315</sup> Sobre la obtención de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea ver los trabajos de AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., “Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1905, de 15 de noviembre de 2001, pp. 3635 y ss.; DIAGO DIAGO, P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2003; JIMENO BULNES, M., “La cooperación judicial civil en la Unión Europea: instrumentos procesales y últimos avances”, *Unión Europea Aranzadi* 2005, núm. 7, pp. 5 y ss.; MUERZA ESPARZA, J. J., “El Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 2002, núm. 558, pp. 1 y ss.; VIDAL FERNÁNDEZ, M. B., “Obtención de pruebas”, *La cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea: instrumentos procesales con*

El artículo 10.4 de este Reglamento señala que el órgano jurisdiccional requirente, es decir aquel que lleva a cabo la solicitud, podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia.

En este sentido, el órgano jurisdiccional requerido cumplirá dicha petición a no ser que sea incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o que existan grandes dificultades de hecho, si bien en este caso el propio artículo 10.4 señala que si en el órgano jurisdiccional requirente o requerido no se dispone de acceso a los medios técnicos mencionados anteriormente, los órganos jurisdiccionales podrán facilitarlos de mutuo acuerdo<sup>316</sup>.

El objeto de nuestro trabajo no es tanto analizar si dicha solicitud tendría en la actualidad cobertura legal en España, incertidumbre que desde nuestro punto de vista resolvió la introducción, mediante la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional del artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuanto saber si la tenía en el momento de entrada en vigor del Reglamento que se produjo como hemos dicho el día 1 de junio de 2001, aunque su aplicación en todos los Estados miembros, a excepción de Dinamarca se produjo el 1 de enero de 2004, y si su utilización resulta compatible con el principio de oralidad e, íntimamente ligado a él, con los de intermediación, publicidad y contradicción.

## II. COBERTURA LEGAL DEL ARTÍCULO 229.3 LOPJ

En este sentido, el párrafo tercero del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que las actuaciones orales que requieran intermediación procesal podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal, con lo que sin duda se zanja cualquier

---

JIMENO BULNES, M., Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 193-212 y VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005.

<sup>316</sup> Según el Estudio elaborado por la Comisión y que puede consultarse en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm) sobre la aplicación del Reglamento, se apreció que la utilización de las tecnologías de la comunicación, previsto en este artículo ha simplificado y acelerado en la práctica la obtención de pruebas en otros Estados miembros, pero estas tecnologías aún se utilizan con escasa frecuencia. En los casos en que se utilizaron las tecnologías de la comunicación, y en concreto la videoconferencia, no ha habido en general ningún problema, por lo que los Estados miembros deberán esforzarse al máximo por aumentar la utilización de estas tecnologías, y especialmente de la videoconferencia. La importancia de seguir promoviendo la "justicia en red (E-Justicia)" también ha sido subrayada por el Consejo, que, en su sesión de los días 12 y 13 de junio de 2007, recomendó seguir con los trabajos en materia de "justicia en red" con vistas a crear, a nivel europeo, una plataforma técnica, así como por el Consejo Europeo, que, en su reunión de los días 21 y 22 de junio de 2007, concluyó que «el Consejo debería propiciar también en mayor medida las comunicaciones electrónicas en cuestiones jurídicas ("justicia en red")».

tipo de polémica, ya que permite expresamente el uso de la videoconferencia para las actuaciones contenidas en el artículo 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>317</sup>.

Dicho artículo establece cuales son las condiciones que se exigen al sistema de videoconferencia o similar, esto es, que pueda permitir la comunicación bidireccional, es decir en ambos sentidos, tanto desde el lugar donde se encuentra el Juez o Tribunal hasta donde se encuentra la persona que está prestando declaración, como en el sentido inverso, y que, a su vez, esa comunicación bidireccional, que deberá comprender tanto la imagen como el sonido, se realice de forma simultánea para que pueda producirse una interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas intervinientes en la actuación procesal de que se trate, ya que esta interacción es la que garantizaría la frescura de un interrogatorio vivo, abierto a aclaraciones y contraalegaciones<sup>318</sup>.

En cualquier caso lo que sí que exige el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es que se asegure, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes, cuestión que en nuestra opinión parece asegurada por cuanto los abogados de las partes podrán efectuar las preguntas que sean declaradas pertinentes a las personas que estén declarando por el sistema de videoconferencia dando fe el Secretario judicial que se encuentre junto a la persona que presta la declaración de la correcta y concreta recepción de las preguntas que formule tanto el Tribunal, como el Ministerio Fiscal, si estuviera presente, como el resto de las partes presentes en el acto, así como de las contestaciones que se dé a las preguntas formuladas y que serán cotejadas con la presencia, al mismo tiempo, del Secretario judicial que se encuentra físicamente en la Sala<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> En opinión de GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: nota sobre el modelo español”, Problemas actuales del Proceso Iberoamericano, Volumen II, CEDMA, Vol. II, Málaga, 2006, p. 437, de la redacción actual del artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se deduce la voluntad del legislador español de conjurar algunas de las más importantes reticencias que plantea la introducción de la videoconferencia en el proceso permitiéndola incluso para el orden penal.

<sup>318</sup> En opinión de VELASCO NUÑEZ, E., “Videoconferencia y administración de justicia”, La Ley, núm. 5630, de 10 de octubre de 2002, p. 2, esta supone una de las mayores utilidades prácticas de la videoconferencia, superándose, en el caso de las solicitudes de auxilio judicial, tanto interno como internacional, la rigidez del interrogatorio por escrito. En nuestra opinión también sería una garantía más de inmediación al poder el órgano jurisdiccional requirente tomar contacto directamente con los testigos o peritos intervinientes, pudiendo apreciar, aunque sea mediante la recepción de la videoconferencia, gestos, expresiones y todo tipo de reacciones humanas durante la declaración, no viéndose obligado a delegar su práctica en otro órgano judicial, como se venía haciendo hasta ahora.

<sup>319</sup> De esta opinión con respecto al proceso penal pero plenamente aplicable al proceso civil se muestra BUJOSA VADELL, L. M., “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal”, en La Ley, núm. 5627, de 7 de octubre de 2002, pp. 1-8, quien considera la presencia del Secretario judicial en el lugar de la declaración, que fije en el acta la identidad del sujeto declarante, la autenticidad de la declaración y los detalles y condiciones en que se ha llevado a cabo la videoconferencia, constatando las posibles interferencias o defectos de recepción, como uno de los estándares que garanticen una mínima calidad de la contradicción, de la inmediación y de la publicidad que se produce con la aplicación de estos medios probatorios. De la misma forma se destaca la importancia de su presencia en orden a garantizar que se den todas las garantías técnicas que impidan la manipulación de la emisión.

En esta línea, continua el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalando que, en los casos en que se adopte la realización de una actuación mediante videoconferencia, el Secretario judicial del Juzgado o Tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia, mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo<sup>320</sup>.

### III. REGULACIÓN ANTERIOR AL ARTÍCULO 229.3 LOPJ

Lo que pretendemos desarrollar, a lo largo de este apartado de nuestro trabajo, es si era necesaria o no la habilitación legal que proporciona el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o si, por el contrario, existía ya algún precepto que permitiera la utilización de la videoconferencia en España.

En este sentido, debemos decir que la primera referencia en España a la integración de las nuevas tecnologías la encontramos con la aprobación, en septiembre de 1997, por el pleno del Consejo General del Poder Judicial de un Libro Blanco de la Justicia, que proponía la inmediata adopción de múltiples medidas para intentar resolver los problemas de la Administración de Justicia, haciendo un replanteamiento de los procesos en todos los órdenes jurisdiccionales, y en el que ya se abogaba por la necesidad de hacer un reconocimiento legal de las nuevas tecnologías que permitiera agilizar el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales<sup>321</sup>.

Posteriormente, ya en el año 2000, el texto del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia dedica un apartado específico a la aplicación de las Nuevas Tecnologías en la Administración de Justicia, al mismo tiempo que insta a la adaptación de la regulación de los medios de prueba a los últimos avances tecnológicos, dentro de los cuales podríamos considerar incluida la declaración mediante videoconferencia como una posibilidad más de prueba testifical<sup>322</sup>.

La utilización de los medios audiovisuales, concretamente de la videoconferencia, parecía pues presentarse como la mejor alternativa posible para poder recibir las declaraciones de quienes residen en el extranjero, pese a los recelos que en muchos ámbitos jurídicos aun existen hacia la admisibilidad de que algunos sujetos procesales

---

<sup>320</sup> Pese a lo dispuesto en dicho artículo, que exige tan solo la presencia de un único Secretario judicial, encargado de acreditar la identidad de la persona, consideramos que ofrecería muchas más garantías, sobre todo en cuestión de identificación y dación de la fe pública judicial, la presencia de tantos Secretarios judiciales, u Oficiales habilitados, como puntos de emisión o recepción existieran, ya que, de esta manera quedaría plenamente garantizada la realización correcta y plena de la videoconferencia, así como el cumplimiento de las exigencias derivadas de la aplicación de los principios de inmediatez, publicidad, oralidad y contradicción.

<sup>321</sup> Libro Blanco de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997. Sobre este tema ver NABAL RECIO, A., “En torno al Libro Blanco de la Justicia”, Poder Judicial núm. 49, 1998, pp. 83-130.

<sup>322</sup> Sobre este punto ver ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, J. M. “La modernización de la Justicia y la aplicación de las nuevas tecnologías”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 503, 11 de octubre de 2001, pp. 1-2.

puedan participar válidamente en el proceso, emitiendo sus declaraciones desde lugares distintos de aquel en que se está desarrollando la vista<sup>323</sup>.

En este sentido el Plan de Implantación del Sistema de Videoconferencia, promovido por el Ministerio de Justicia, y presentado oficialmente el 4 de diciembre de 2001<sup>324</sup>, destaca que la videoconferencia aplicada a la Administración de Justicia, es un medio rápido y preciso que permitirá la realización de actuaciones procesales sin necesidad de que los intervinientes estén físicamente presentes en el mismo lugar, al posibilitar la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes y consiguiendo una suerte de reunión virtual, en la que la distancia física deja de ser un impedimento para la celebración de encuentros, como si los participantes se encontraran en la misma sala, consiguiéndose con ello un mejor aprovechamiento de los recursos económicos de la Justicia y agilidad en el desarrollo de los procesos.

Sin embargo, este hecho no podía servir de base para que el Legislador se dejara deslumbrar por las evidentes ventajas de celeridad y productividad que estos medios presentan cercenando los legítimos intereses de los justiciables por lo que convendría hacer un análisis de cómo debía llevarse a cabo la incorporación de estas nuevas tecnologías de manera que fueran respetuosas con los principios y con las garantías procesales<sup>325</sup>.

No obstante, la utilización de este sistema de declaración a distancia que propugnaba el mencionado Plan de Implantación, no era algo que resultara del todo nuevo a la regulación legal española, que ya durante los años precedentes había ido dotando a la videoconferencia de una cierta cobertura legal; de hecho, la primera norma que, en nuestra opinión, de alguna manera, amparaba su utilización en el proceso fue el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los Juzgados y Tribunales podrían utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen las Leyes de Protección de Datos de carácter personal, ya que si bien el Legislador no pensaba, en ese momento, expresamente en un sistema de comunicación como la videoconferencia, sin embargo sí que parecía desear dar entrada a la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración de Justicia, de una

---

<sup>323</sup> Para BUJOSA VADELL, L. M. “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal”, ob. cit., p. 3, se trata de una materia rica en sugerencias y matices que encuentra en buena parte todavía en período de experimentación y, por consiguiente, de reflexión como vía de modernización de las actuaciones procesales, que no se ajusta a los límites de la asistencia judicial pero que ha tenido ya un destacado desarrollo de manera expresa entre los mecanismos que facilitan la cooperación internacional.

<sup>324</sup> Puede consultarse en <http://www.mju.es/videoconferencia.pdf>.

<sup>325</sup> En este sentido CALVO SÁNCHEZ, M. C., “Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 157, de 7 de julio de 1994, p. 1, y compartiendo su opinión sobre los peligros de una introducción irreflexiva de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., “La informática en el ámbito de la Administración de Justicia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 4, 1992, pp. 1-2; ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., “Administración de Justicia y nuevas tecnologías: una reforma decisiva”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 84, enero de 1993, p. 1 y 3; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M., “La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 1998, pp. 113-140; y MIRÓ NICOLAU, J., “Derecho e informática”, *Poder Judicial*, núm. 7, 1983, p. 33-38.



manera lo suficientemente amplia que permitiera que no fuera necesario hacer ningún tipo de modificación cada vez que apareciera un nuevo desarrollo tecnológico que pudiera resultar de utilidad para la actuación de Juzgados y Tribunales<sup>326</sup>.

En este sentido se pronuncia la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de la videoconferencia, que considera el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como un precepto lo suficientemente adecuado como para dar cobertura legal al uso de la videoconferencia en el proceso, estableciéndose tajantemente la posibilidad del uso de la videoconferencia en las actuaciones procesales al amparo del artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre que se efectúe con la necesaria motivación, que garantice el principio de proporcionalidad<sup>327</sup> y la posibilidad de impugnación por las partes procesales, lo que conlleva un estudio de cada caso concreto, ya que el criterio de conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá decidirse en cada caso, a la luz de las circunstancias y vicisitudes concurrentes<sup>328</sup>.

En cualquier caso deberá prestarse especial atención al aseguramiento de las exigencias derivadas de la fe pública judicial, haciendo ésta extensible a todos aquellos puntos de emisión que hayan sido conectados para la realización del acto procesal de que se trate<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> Así pues podríamos entender que, dentro de la previsión contenida en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que evita referencias a innovaciones concretas, se encontraría encuadrado el recurso a la utilización de la videoconferencia como concreto medio de prueba, siempre que la misma fuera compatible con los principios del proceso vigente en cada orden jurisdiccional y que se respetara la normativa en materia de tratamiento y protección de datos. De esta opinión se muestra DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”, *Actualidad Penal*, núm. 47-48, semana del 16 al 19 de diciembre de 2002, 1267-1286, quien considera al artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como una auténtica regla general de autorización..

<sup>327</sup> De este parecer se muestra FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M., “La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal”, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>328</sup> En este sentido compartimos la opinión de CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 526, 2002.

<sup>329</sup> No compartimos la interpretación que de este aspecto realiza DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”, *ob. cit.*, p. 1286, quien no considera que la presencia de Secretario judicial u Oficial habilitado sea inexcusable e imprescindible en todos los casos, juzgando adecuado que la fe pública judicial del Secretario presente en la sede física del Tribunal pueda extenderse a todos los puntos de emisión y de recepción conectados. Para este autor, el Secretario Judicial actuante, con carácter previo, debe hacer las gestiones necesarias para la acreditación de la identidad de los declarantes, mientras que durante la realización de la comunicación debe llevar a cabo las comprobaciones técnicas oportunas para constatar la autenticidad de la declaración, dando fe de la recepción del punto remoto tanto de la imagen como del contenido de las preguntas, ya que la respuesta a las preguntas se recibe directamente en la Sala de Vistas en que el Tribunal esté constituido. En nuestra opinión, lo que la Instrucción parece indicar no es que la presencia del Secretario Judicial presente en la sede física del Tribunal pueda extenderse al resto de sedes desde las que se está realizando la declaración, sino que, por el contrario, opinamos que lo que parece exigir es que los mismos requisitos que se exigen para la fe pública judicial en la sede del Tribunal, es decir, la presencia del Secretario Judicial, deben ser exigidos en cada uno de los puntos de emisión y recepción conectados, esto es, que

Una vez constatado el hecho de que, tanto antes como después, de la aprobación del artículo 229.3 de la LOPJ existía cobertura legal para la utilización de la videoconferencia en España centraremos ahora nuestro trabajo en analizar su compatibilidad con el principio de oralidad e, íntimamente ligado a él, con los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

#### IV. COMPATIBILIDAD DEL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA CON LOS PRINCIPIOS DE ORALIDAD, PUBLICIDAD, INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN

En este sentido y en relación con la posible afectación del principio de publicidad que predica el artículo 138 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que el recurso a la videoconferencia posibilita las mismas condiciones de publicidad que podría darse en la realización de cualquier acto procesal, pues bastaría con permitir el acceso de aquellas personas que así lo desearan a los diferentes locales donde se estuviera llevando a cabo la conexión, ya fuera a la sede del órgano jurisdiccional donde se encuentre el Tribunal o a la sala habilitada a los efectos desde la que se preste la declaración testifical mediante videoconferencia, bastando con que se ubique la pantalla en un punto que permita el visionado de las actuaciones a practicar a través del sistema de videoconferencia, tanto por el público asistente como por las partes intervinientes, y que el volumen de la retransmisión sea lo suficientemente audible como para que pudiera entenderse realizado el acto en condiciones de publicidad absoluta<sup>330</sup>.

Tampoco consideramos que la contradicción pueda verse comprometida por cuanto los abogados de las partes podrían efectuar las preguntas que sean declaradas pertinentes a las personas que prestaran declaración por el sistema de videoconferencia, dando fe el Secretario judicial que se encuentre junto a estas personas de la correcta y concreta recepción de las preguntas que formule tanto el Tribunal, como el Ministerio Fiscal, si interviniera<sup>331</sup>, o por el resto de las partes presentes en el acto, así como de las contestaciones que se dé a las preguntas formuladas y que serán cotejadas con la presencia, al mismo tiempo, del secretario judicial que se encuentra físicamente en la Sala<sup>332</sup>.

---

en cada uno de ellos debe estar presente un Secretario Judicial. Parece compartir nuestra opinión, MAGRO SERVET, V., “La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de los juicios penales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 519 de 7 de febrero de 2002, p. 4.

<sup>330</sup> Existe incluso algún autor, DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”, *ob. cit.*, p. 1283, para quien incluso la videoconferencia mejora las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, por cuanto permite garantizar la asistencia de un mayor número de personas y proporciona mejores condiciones para un seguimiento especializado de las mismas a través de los medios de comunicación. Comparten esta opinión VELASCO NUÑEZ, E., “Videoconferencia y administración de justicia”, *ob. cit.*, p. 2 y GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: nota sobre el modelo español”, *ob. cit.*, p. 432.

<sup>331</sup> En opinión de VIDAL FERNÁNDEZ, M. B., “Obtención de pruebas”, *ob. cit.*, p. 199 el hecho de que el Reglamento no mencione al Ministerio Fiscal, sin duda por su menor relevancia en el proceso civil, no le excluye de poder intervenir cuando sea preceptiva su participación en el proceso.

<sup>332</sup> Pese a ello entendemos, dejando a un lado cuestiones de carácter ambiental, sobre si la persona que va a prestar declaración, se ve beneficiada o perjudicada por el hecho de estar o no en presencia del Tribunal, o sobre si los medios técnicos permiten revelar más

Sobre la oralidad parece evidente pensar que, debido a la propia naturaleza de la videoconferencia como instrumento que permite la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, que esta quedaría suficientemente garantizada<sup>333</sup>.

Por el contrario sí que podríamos entender las reticencias que pueden mostrarse hacia el efectivo cumplimiento del principio de inmediación, puesto que el respeto de la adecuada relación que debe existir entre el órgano jurisdiccional y lo que constituye el objeto del proceso, solo podría verse salvada desde la aceptación de una presencia virtual que pudiera ser equivalente a la presencia física<sup>334</sup>.

Lejos de alinearnos junto a algunos autores que, en una defensa a ultranza de la videoconferencia, admiten que ésta en nada obstaculiza la mejor percepción sensorial de la declaración, sino que por el contrario la facilita<sup>335</sup>, entenderemos como obvio que la utilización de este instrumento, en cierto modo, afectaría al principio de inmediación, entendido en el sentido de que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar sentencia, tal y como recoge el artículo 137 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, regla que rige en todo el

---

acerca de la credibilidad de una persona, por poderse repetir varias veces el testimonio, ampliarse la imagen, etc., que, cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes mayor contenido y garantía tendrá el principio de contradicción.

<sup>333</sup> Lo mismo podría decirse del principio de concentración y de unidad de acto al considerarse equiparable la presencia física con la virtual, ya que tantas veces como tenga que continuarse la práctica del juicio, se seguirá el mismo sistema que garantice que las preguntas que se reciben son entendidas por la persona que está prestando la declaración, cuestión de la que dará fe el Secretario Judicial que se encuentre junto al mismo, y que las respuestas son recibidas en unidad de acto por parte del Tribunal, encargándose de dar fe de este extremo el Secretario Judicial actuante en la sede del órgano jurisdiccional. En este sentido MAGRO SERVET, V., “La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de los juicios penales”, ob. cit., p. 4.

<sup>334</sup> En este sentido, y aunque referido al ámbito penal, LOURIDO RICO, A. M., *La asistencia judicial en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 133 considera que la solución del problema reside en la superación del concepto de presencia, entendida como una presencia física y directa, admitiéndose en nuestra opinión la posibilidad de ampliarlo hacia un concepto que incluyera también la consideración de la presencia virtual. Cuestión de sumo interés, sobre todo en el marco del auxilio judicial internacional, posibilitando incluso, la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia. En este sentido RODRÍGUEZ SOL, L., “Los magistrados de enlace”, *La Ley*, 2000-4, p. 1592-1593.

<sup>335</sup> En este sentido FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M., “La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal”, ob. cit., pp. 134, quien se muestra a favor de la plena compatibilidad del uso de la videoconferencia con los principios rectores del proceso penal; TIRADO ESTRADA, J. J., “La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal”, *Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal*, núm. III, 2003, p. 407 y VELASCO NUÑEZ, E., “Videoconferencia y administración de justicia”, ob. cit., p. 3, que sostiene que el uso de la videoconferencia potencia la inmediación judicial ya que el órgano judicial que haya de practicar cualquier diligencia fuera de su sede judicial ya no se verá obligado a delegar su práctica en otro órgano judicial, por lo que más que suponer un obstáculo a la inmediación, lo que hace es favorecerla.

enjuiciamiento y que evidentemente, no aseguraría el uso de la videoconferencia, puesto que no todos los actos tendrían lugar en presencia del órgano jurisdiccional<sup>336</sup>.

Pese a ello, esto no debe significar que por este motivo deba desecharse esta figura, sino que su utilización debería limitarse a aquellos supuestos en que no pueda desarrollarse dicha actividad en presencia del Tribunal sentenciador o que razones de diferente índole aconsejen que la celebración de dicha declaración se haga desde un lugar distinto a aquel en que se encuentre el órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia<sup>337</sup>, que

---

<sup>336</sup> No obstante y coincidiendo con TIRADO ESTRADA, J. J., “La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal”, ob. cit., p. 408, también es cierto que, si no se cuestiona la validez de la valoración como prueba de cualquier medio de reproducción del sonido o de la imagen, que tuvo lugar en un lugar y momento distinto al de la celebración de la vista, y que se incorpora a la misma a través de la utilización de un medio técnico de reproducción similar a la videoconferencia, tampoco debería cuestionarse que se dé validez a la declaración de un testigo o perito que se desarrolla con intervención directa de la autoridad judicial, en tiempo real y en su presencia sensorial, puesto que la intermediación parece quedar en este segundo caso, bastante más garantizada que en el primero.

<sup>337</sup> En este sentido nos parece que podrían servir como motivos los que se exigen para la declaración mediante videoconferencia en el artículo 10 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, BOE de 15 octubre 2003, donde se señala que cuando una persona, que se halle en el territorio de un Estado miembro, deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, éste último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición se realice por videoconferencia, debiendo destacarse el hecho de que no sólo se habla de imposibilidad de comparecer sino también de inoportunidad, dejando de este modo un amplísimo margen de discrecionalidad para poder solicitar la declaración por videoconferencia. Aclarando conceptos el Informe Explicativo del mencionado Convenio, Informe explicativo 2000/C 379/02 del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, DOCE C 379 de 29.12.2000, señala como ejemplos de inoportunidad los casos en que el testigo sea especialmente joven, de edad muy avanzada o no goce de buena salud, y como ejemplo de imposibilidad los casos en que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente, lo que podríamos identificar con las razones de oportunidad, seguridad u orden público a las que hace referencia nuestra legislación procesal, o a que la comparecencia del testigo pueda resultar gravosa o perjudicial por algún motivo, aunque como señala RODRIGUEZ SOL, L., “El empleo de la videoconferencia en la asistencia judicial penal internacional”, La Ley, núm. 6737, de 18 de junio de 2007, p.2, obviamente se trata de ejemplos que no agotan todas las posibilidades de apreciación de dichos motivos ya que, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo ha considerado que evitar un largo desplazamiento del testigo es suficiente motivo para recurrir a la videoconferencia, por ejemplo, STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007, o los ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006 y ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006, éste último referido a un supuesto de asistencia judicial internacional. Del mismo modo podría considerarse como imposibilidad cualquier supuesto en el que un testigo o perito no resida en nuestro país, ya que resulta imposible obligarle a comparecer ante los órganos españoles. En este sentido se expreso la STS 1781/2001, de 5 de octubre de 2001, con cita de otra jurisprudencia al afirmar que hay imposibilidad de concurrir a las sesiones del juicio cuando se trata de testigos que se encuentran en el extranjero porque la administración de justicia española no puede obligarles a comparecer en el juicio, dado que carece de facultades coactivas fuera del territorio nacional.

por otro lado, podría desarrollar todos los actos directos de intervención judicial previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en las mismas condiciones de comunicación, a tiempo real, que pudieran darse en una vista oral con presencia física de todos los implicados<sup>338</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Como primera conclusión debemos señalar que la incorporación de las nuevas tecnologías, y en particular de la videoconferencia es ya una realidad en los diferentes ordenamientos jurídicos, que se hace necesaria para poder atender a la cada vez más frecuente situación de encontrarnos con que los elementos probatorios se sitúan fuera de las fronteras del Estado donde se está celebrando el proceso, lo que obliga, igualmente a la necesidad de establecer mecanismos de colaboración como el previsto en el Reglamento 1206/2001 para la obtención de pruebas en la Unión Europea, que aportan rapidez y agilidad a las actuaciones judiciales.

Sin embargo, y como segunda conclusión, estas ventajas no deben servir de fundamento para adoptar una actitud que pudiera llegar a cegarnos, ignorando el respeto de los principios procesales de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, que deberán verse siempre garantizados, por lo que quizás sea conveniente reservar la utilización de nuevas tecnologías, como la videoconferencia, a aquellos supuestos en que no sea posible u oportuno que la persona a la que deba oírse comparezca en el territorio del Estado donde se está desarrollando el proceso, pudiendo ser de aplicación en la asistencia judicial en materia civil, y en defecto de una regulación específica, lo previsto para la declaración mediante videoconferencia en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea.

En tercer lugar, consideramos que incluso antes de la incorporación a nuestro Derecho del artículo 229.3 de la LOPJ, ya existía la necesaria cobertura legal para su utilización a través del artículo 230.1 del mismo cuerpo legal, que en nuestra opinión da entrada a la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración de Justicia, de una manera lo suficientemente amplia que permite que no sea necesario hacer ningún tipo de modificación cada vez que aparezca un nuevo desarrollo tecnológico que pueda resultar de utilidad para la actuación de Juzgados y Tribunales.

Por último, consideramos que todos los avances que se puedan producir por la incorporación de las nuevas tecnologías a la Administración de Justicia deben ser estudiados con ilusión pero sin perder la perspectiva de que lo primero debe ser, no la agilidad o la celeridad de los procesos, sino la consecución de la justicia y la protección del justiciable, por lo que siempre será necesario comprobar que respetan los principios procesales y las garantías que recoge nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>338</sup> En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 2001 de su Sala II de lo Penal cuando, en relación a una comisión rogatoria para audiencia de unos testigos austriacos practicada al amparo del artículo 719 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma que “hoy existen procedimientos técnicos, como la videoconferencia, que permiten conectar la Sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera allí físicamente presente, con lo cual la intermediación quedaría también satisfecha”.

## ORALIDAD Y ESCRITURA EN EL PROCESO DE DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

XULIO FERREIRO BAAMONDE

Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal. Universidade da Coruña.

### I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002 (LO 6/2002, de 27 de junio), regula en su artículo 11, un proceso especial para la disolución de aquellos partidos políticos que vulneren de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos o bien porque lo hagan en su lo que a su actividad se refiere, con respecto a los principios democráticos o que en su actuación persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas que describe el art. 9 de la propia Ley Orgánica.

En este precepto se legitima para presentar la demanda de disolución tanto al Ministerio Fiscal como al Gobierno, que puede hacerlo por iniciativa propia o a instancia del Congreso de los Diputados o del Senado. Recibida la demanda, la Sala Especial del art. 61 LOPJ – competente para la tramitación del proceso, según el art. 11.2 LOPP - emplazará al partido político demandado por plazo de ocho días. Una vez personado el partido político, o transcurrido el plazo sin que tal personación se haya producido, la Sala estudiará los motivos de inadmisión y se pronunciará sobre la posibilidad de la misma según los supuestos tasados en el art. 11.3 LOPP, previa audiencia de las partes. Si la Sala decide admitir la demanda emplazará al demandado a que la conteste en el plazo de veinte días. Contestada la demanda se practicará la prueba, si las partes lo han solicitado en sus respectivos escritos de alegaciones, dándoseles posteriormente vista de la misma, a efectos de que realicen sus conclusiones en un plazo sucesivo de veinte días, tras el cual el juicio queda visto para sentencia, que debe ser dictada por la Sala en un nuevo plazo de veinte días.

La LOPP perfila, pues, un procedimiento escrito y caracterizado por su carácter preferente y brevedad que hacen vislumbrar, por parte del legislador, la intención de que las causas que se tramiten a través del mismo, lo hagan con rapidez. Sin embargo, el carácter escrito choca con la tendencia actual del enjuiciamiento civil, que ha optado de modo decidido por la oralidad como característica procedimental intrínseca. Ello es patente en la LEC 1/2000, que ha quebrado una tradición ancestral de escritura en el procedimiento civil español para unirse, de este modo, a las tendencias europeas y dar también, cumplimiento al mandato constitucional del art. 120.2<sup>339</sup>. La configuración escrita u oral de un procedimiento no es una cuestión neutra desde un punto de vista jurídico-político, ya que la conexión entre los principios de oralidad y de concentración, publicidad e inmediación favorecen la consecución de un proceso más transparente<sup>340</sup>, lo cual es sumamente importante en asuntos de la trascendencia del examinado, al que, si bien, como ha señalado repetidamente el TC, n puede asignársele el carácter de proceso penal, no se le puede negar sus consecuencias hasta cierto punto sancionadoras y, desde luego, limitantes

---

<sup>339</sup> Vide, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Valencia, 2005, pp. 11-27 y 161-162; GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2006, p. 303, pp. 303-304.

<sup>340</sup> MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia, 2005, pp. 380-385.

del ejercicio de determinados derechos fundamentales. Llama la atención, además, que tal excepción al principio de oralidad se realice en el seno de un proceso a cuya tramitación se quiere imprimir rapidez, y cabe recordar que la escritura y la dispersión de actos no son habitualmente compañeros de la celeridad. Ciertamente es que lo determinante para establecer si un procedimiento es predominantemente oral o escrito es cómo se configura la aportación al proceso del material probatorio<sup>341</sup>, y que, al respecto, el art. 11.5 LOPP se remite a la LEC respecto del modo de practicar los diversos modos de prueba; pero cierto es también, que, como se verá, la configuración predominantemente escrita de este procedimiento ha posibilitado interpretaciones del mismo como la que se acoge en el ATS de 3 de diciembre de 2002, que trasladó este carácter al procedimiento probatorio.

En esta comunicación se defenderá que la interpretación que ha realizado la Sala Especial del Tribunal Supremo, optando por un procedimiento escrito y basado en la mediación y dispersión, en lo que a práctica de la prueba se refiere, como consecuencia de la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es incorrecta desde el punto de vista de la acertada técnica legal y que, frente a la desestimación expresa que de ello ha realizado la Sala Especial, lo aplicable, en este proceso serían las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, un procedimiento probatorio basado en los principios de oralidad e inmediatez.

## II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

Actualmente, en el sistema procesal español existen cuatro principales tipos procesales – dentro de los cuales conviven múltiples especialidades –, regulados en cuatro grandes normas de enjuiciamiento y aplicables ante cuatro diferentes órdenes jurisdiccionales. Así, la Ley de Procedimiento Laboral regula los procesos cuya tramitación se realiza ante el orden social, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa disciplina la tramitación de las pretensiones que se deduzcan ante los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone la tramitación de las causas por delitos y faltas, y, finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene la regulación general de los procesos ante los tribunales civiles y es, además, norma supletoria de todas las anteriores (art. 4 LEC). En el presente epígrafe se tratará de determinar si el proceso de la LOPP puede ser incardinado en alguno de estos cuatro ámbitos procesales y de dilucidar en cuál de ellos concretamente procederá tal inclusión, de cara a establecer cuál de las grandes normas procedimentales sería de aplicación subsidiaria a la regulación del art. 11 LOPP.

### 1. El carácter no penal del proceso de disolución de partidos

Dejando al margen - por razones obvias (art. 25 LOPJ) - el proceso laboral, la primera cuestión sería determinar si estamos o no ante un proceso penal. Pocas dudas se han generado al respecto, debido a que desde un primer momento uno de los principales *leit motiv* de este específico proceso de disolución fue poner en manos de los tribunales una vía alternativa a la criminal para la ilegalización de partidos políticos cuyas actividades u organización fuesen contrarias a los principios democráticos, aún sin producirse la efectiva realización de tipo penal alguno por parte de sus representantes, y así fue reflejado en los debates parlamentarios. Esta intención ha sido plenamente plasmada en el texto de la LOPP, en cuanto que su art. 9 diferencia claramente una vía penal de disolución frente a

---

<sup>341</sup> MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I... op.cit.*, p. 381; GIMENO SENDRA, DÍAZ MARTÍNEZ, *Introducción al Derecho Procesal... op.cit.*, p. 303; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., *Teoría General del Derecho procesal*, Santiago de Compostela, 2006.

otra vía a la que, por exclusión, no podrá atribuirse este carácter. La propia exposición de motivos de la Ley hace referencia a esta doble posibilidad al señalar que “se establece un procedimiento judicial de ilegalización de un partido por dar un apoyo político real y efectivo a la violencia o el terrorismo, que es distinto del que se prevé en el Código Penal para disolver las asociaciones ilícitas por las causas previstas en sus arts. 515 y 520”. Finalmente el propio Tribunal Constitucional ha señalado, reiteradamente el carácter no penal, tanto de la consecuencia jurídica de la disolución como, por lo tanto, del proceso mismo, lo que ha llevado consigo la inaplicación de los principios propios del enjuiciamiento criminal – presunción de inocencia, prueba de cargo suficiente, in dubio pro reo, etc. – al mismo<sup>342</sup>.

## **2. La postura (incorrecta) del Tribunal Supremo: aplicación de la LJCA**

Llegados a este punto, pues, las opciones para determinar la naturaleza jurídica del proceso de disolución de partidos políticos ante la Sala Especial (art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo serían dos, o bien, atribuirle el carácter de proceso administrativo o bien de proceso civil, con las consiguientes aplicaciones subsidiarias de, bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o bien de la LEC. Debe señalarse que no es posible extraer ninguna consecuencia de la atribución competencial a la Sala Especial, ya que la misma conoce de asuntos de lo más diverso, tanto de orden penal, contencioso-administrativo, civil y de recusación de miembros de otras salas del propio Tribunal Supremo (art. 61 LOPJ), con lo cual dicho acomodo poco, o más bien nada, podrá aportar a la discusión.

La cuestión planteada no está totalmente clara en la jurisprudencia que ha generado la LOPP, pero se podría decir que la Sala Especial (art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo, se inclina por considerar el proceso de disolución de partidos políticos como un proceso administrativo, puesto que, aunque tal declaración no se realiza expresamente, lo cierto es que en dos cuestiones de carácter procesal – procedimiento probatorio y posibilidad de ampliación de alegaciones y documentos – ha aplicado, con preferencia a la Ley procesal común – la LEC – las prescripciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, como se comprobará más adelante, para la resolución de otras lagunas normativas que suscitaba la LOPP, la propia Sala Especial ha acudido, por el contrario, directamente a la LEC.

El ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 3 de diciembre de 2002, se plantea la necesidad de establecer, ante la ausencia de regulación del art. 11 LOPP, cuál es el procedimiento probatorio a utilizar, concretamente a efectos de proposición y práctica de la prueba. El Tribunal descarta expresamente la posibilidad de utilizar la regulación normativa de la LEC, debido a la ausencia de una remisión específica – a diferencia de lo que sucede al respecto de las normas generales de la prueba y de los distintos medios probatorios –<sup>343</sup>, al carácter escrito del procedimiento fijado en el art. 11 LOPP, frente a la forma oral que predomina en el procedimiento ordinario de la LEC<sup>344</sup> y, finalmente, a la falta de adecuación del procedimiento probatorio previsto en los arts. 429 y ss LEC a la composición colegiada de la Sala Especial<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> Vide STC 5/2004, FJ 9, de 16 de enero, con cita de jurisprudencia anterior.

<sup>343</sup> ATS Sala Especial art. 61 LOPJ, de 3 de diciembre de 2002, FJ 2.

<sup>344</sup> ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 3 de diciembre de 2002, FJ 3º.

<sup>345</sup> ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ) de 3 de diciembre de 2002, FJ 3º.



Descartada, por estas razones, la aplicación del procedimiento probatorio de la LEC, la Sala determina la utilización supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y aplica el procedimiento probatorio regulado en la misma de modo supletorio al art. 11 LOPP, aduciendo, además, los siguientes criterios en apoyo de tal decisión<sup>346</sup>:

- Las indudables consecuencias y efectos de derecho público que se derivan de la ilegalización de un partido político; siendo tal ilegalización el objeto de la pretensión que se ejercita en las demandas origen de la litis;

- La pretensión de ilegalización de un partido político presenta una cierta proximidad y similitud con las materias sobre las que recae la competencia del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, dado lo que disponen el art. 9.4 LOPJ, los arts. 1 y 2 LJCA 29/98, de un lado, y de otro los arts. 3, 4, 5 y 6 de la LO 6/2002;

Además, las reglas que, con respecto a la proposición y práctica de la prueba, prescribe el citado art. 60.4, se ajustan perfectamente a los trámites que se previenen en los números 4, 5 y 6 del art. 11 LOPP, y a la esencia y objetivos del proceso que en él se regula.

La primera de las razones aducidas es, por lo tanto, las consecuencias de derecho público que conlleva la pretensión de ilegalización de un partido político. Tales consecuencias no pueden ser negadas en esta comunicación. Ciertamente es que la importante misión que los partidos poseen en materia de participación política y de conformación del pluralismo y expresión de la voluntad popular, es señalada por la propia Constitución en el art. 6. Pero, cierto es también que es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional la consideración de los partidos políticos como entes privados de base asociativa, expresión del derecho fundamental contenido en el art. 22 CE, es decir, que no constituyen un órgano público, sino un ente de naturaleza jurídica privada<sup>347</sup>. En cuanto tal, a pesar de las indudables repercusiones en el ámbito público que la disolución y consiguiente desaparición como persona jurídica del partido en concreto podrá tener en los términos del art. 6 CE, en realidad, la pretensión deducida en juicio se refiere a la extinción de la personalidad jurídico-privada de una determinada entidad asociativa. Es, por lo tanto, una demanda que se enraíza claramente en los límites del Derecho Privado más clásico, a pesar de todas las connotaciones jurídico-públicas que se quieran atribuirle<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 3 de diciembre de 2002, FJ 4º.

<sup>347</sup> Así, la STC 48/2003, de 12 de marzo, en su fundamento jurídico 5, con cita de jurisprudencia constitucional anterior, señala que “los partidos políticos se caracterizan por su doble condición de instrumento de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado, y del cauce necesario para el funcionamiento del sistema democrático, por otra (...). Se trata, por lo tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejerce, pues funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales (...). Los partidos son así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico, que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático”.

<sup>348</sup> Las íntimas relaciones entre Derecho Privado y Derecho Constitucional, con todo, no son privativas del ámbito de los partidos políticos, o del derecho de asociación, pues es doctrina pacífica que los principios constitucionales irradian todo el ordenamiento jurídico, sin que existan áreas de éste que permanezcan inmunes a los mismos. Vide, al respecto,

En segundo lugar, la Sala alude a la proximidad y similitud de la disolución de un partido político con ciertas atribuciones al orden jurisdiccional contencioso administrativo realizadas en la LOPJ y en la Ley procesal propia de dicho orden jurisdiccional y a la necesidad de inscribir el partido político en un registro propio, regulado en la propia LOPP. Pues bien, el art. 9.4 LOPJ señala que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá “de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en art. 86.2 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho”, además de determinadas demandas de responsabilidad civil por actuaciones de estas administraciones públicas y otros sujetos en concurrencia con aquellas. Por su parte el art. 1 LJCA hace explícito el concepto de administraciones públicas cuyos actos pueden ser objeto de litigios contencioso-administrativos:

- La administración general del Estado
- Las administraciones de las Comunidades Autónomas
- Las entidades que integran la administración local, y
- Las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades autónomas o las Entidades locales.

Adicionalmente, los arts. 1.3 y 2 LJCA extienden el conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a ciertos actos que no pueden considerarse provenientes de Administraciones Públicas en sentido estricto.

Sobre la base de las materias señaladas, cuya atribución expresa realizan tanto la LOPJ como la LJCA, y descartando la atribución expresa por la LOPP, lo cual sería posible, en conexión con el art. 2.f) LJCA, dado lo anteriormente señalado en cuanto a la naturaleza jurídica de los partidos políticos, es obvio que no cabe encuadrar a los mismos en el concepto de administración pública, ni entenderlos incluidos en las restantes materias cuya atribución expresa se realiza a los órganos de lo contencioso-administrativo. Da la impresión de que el ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 3 de diciembre de 2002, conecta las atribuciones señaladas con los preceptos que regulan el registro de partidos políticos y la obligatoriedad de inscripción de los mismos, en cuanto la llevanza de tal registro se realiza por el Ministerio del Interior – éste sí administración pública -. Ahora bien, debe entenderse que la obligación de inscripción de los partidos políticos no supone un cambio en la naturaleza jurídica de los mismos. El Tribunal Constitucional ha entendido que, pese a que la inscripción determina la adquisición de personalidad jurídica por parte del partido político “el legislador orgánico no apodera a la Administración Estatal, mediante la inscripción registral, con facultades de un verdadero control material en orden a la personificación jurídica de los partidos políticos”, sino que es un “mero acto de verificación reglada u objetivada, pues aquellas recaen tan sólo sobre el cumplimiento de los requisitos formales que deben observarse en la documentación presentada”, por lo que tal requisito no afecta a la libre creación de partidos y, por lo tanto, no supone un cambio en la naturaleza jurídica de los mismos<sup>349</sup>. Podría entenderse un acto de la Administración

---

COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, 1998, pp. 21-69.

<sup>349</sup> Vide STC 48/2003, FFJJ 19-20.

la negación de la inscripción registral, lo que, evidentemente, daría lugar a recurso contencioso-administrativo, pero no parece lógico entender que el hecho de que la constitución de un partido político haya sido publicitada en un registro cuya custodia y gestión pertenece al Ministerio del Interior convierta los actos del mismo en actos públicos<sup>350</sup>, en la medida en que no se está recurriendo el acto administrativo de inscripción, sino la propia legalidad de la existencia del partido político, razón por la cual, éste es el demandado, y no el Ministerio del Interior como autor tal acto. En consecuencia, no cabe predicar del objeto del proceso de ilegalización de partidos conexión alguna con las materias incluidas entre las reguladas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puesto que la necesaria inscripción de los partidos políticos en el Registro situado en el Ministerio de Interior, en nada muda la naturaleza jurídico-privada de los mismos, tal y como ocurre con las fundaciones, las asociaciones o las sociedades mercantiles que, por el hecho de inscribir su existencia en un registro, no adquieren la condición de administración pública, ni siquiera entendida ésta en un sentido amplio.

La verdadera razón para la aplicación sustitutoria de la LJCA es la tercera que se recoge en la fundamentación del Auto, es decir, la mayor facilidad para encajar el procedimiento de proposición y práctica de la prueba que recoge la LJCA, en el procedimiento escrito del art. 11 LOPP<sup>351</sup>. Es pues una razón pragmática la que ha llevado a la Sala Especial del TS a forzar los conceptos legales para determinar aplicable al proceso de disolución de partidos políticos la norma contencioso-administrativa. Pero esta mera razón práctica no parece, desde luego, la más ajustada a la legalidad, por lo que se ha dicho, en negativo, respecto de la naturaleza contencioso-administrativa, como lo que se dirá, seguidamente respecto de la aplicabilidad plena de las normas de enjuiciamiento civil<sup>352</sup>.

### **3. El proceso de disolución de partidos políticos como proceso civil**

Existen, por el contrario, razones para pronunciarse sobre la naturaleza civil del proceso de disolución de partidos políticos. Se ha afirmado, en primer lugar, la naturaleza asociativa de éstos. Tal circunstancia haría aplicable, de manera supletoria a su legislación específica, la legislación del derecho de asociaciones y, concretamente, la LO 1/2002, de 22 de marzo. Al respecto, de la interpretación conjunta de los arts. 17, 38 y 40 de la mencionada Ley Orgánica se extrae que las cuestiones derivadas de la disolución – judicial o voluntaria – de las asociaciones son competencia de los tribunales civiles.

En todo caso, debe recordarse que, aunque entendiésemos que la vía de concebir a los partidos políticos como asociaciones más o menos privilegiadas no fuese suficiente

---

<sup>350</sup> Así puede verse a ECHARRI CASI, F., *Disolución y suspensión judicial de partidos políticos*, Madrid, 2003p. 25, cuando señala que “el partido, en su creación, en su organización, en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los asociados, fuera de cualquier control administrativo, sin perjuicio de su existencia constitucional del cumplimiento de determinadas pautas en su estructura, actuaciones y fines”.

<sup>351</sup> Este argumento fue acogido también por el Abogado del Estado en las alegaciones al recurso de amparo presentado por *Batasuna* y resuelto en la STC 5/04, de 16 de enero (antecedente 7).

<sup>352</sup> En todo caso, tampoco ha sido éste el único pronunciamiento de la Sala favorable a la aplicabilidad de las normas contencioso-administrativa, sino que también se ha hecho así, como se verá posteriormente, en el ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 21 de enero de 2003, al respecto de las posibilidades de ampliación de la demanda, aunque sin añadir argumentos relevantes a la cuestión ahora tratada.

para deducir que el proceso de disolución de los mismos fuese un verdadero proceso civil, que lo es, debería acudir en tal supuesto, y ante la hipotética imposibilidad de realizar una clara ubicación de éste, a las normas generales de la LOPJ y LEC que establecen el carácter residual del orden jurisdiccional civil. En este sentido, debe recordarse que el art. 9.2 LOPJ establece que “*los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional*”, y, asu vez el art. 4 LEC dispone la supletoriedad de la norma procesal civil respecto de todas las demás normas de enjuiciamiento.

En conclusión, ante al falta de un régimen procesal completo en la LOPP, y ante la falta de aplicación, entendemos que ya demostrada, de cualesquiera otras normas procesales, debe acudir a las normas de enjuiciamiento civil con carácter supletorio, tanto por la aplicación subsidiaria del régimen jurídico común de las asociaciones, como por la aplicatoriedad general de la normativa de enjuiciamiento civil. Es decir, debe entenderse que el proceso de disolución de partidos políticos ante la Sala Especial (art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo es un proceso civil.

Esta opinión ha sido compartida por parte de la doctrina<sup>353</sup> y por el propio Consejo de Estado, que, en su Dictamen al Anteproyecto señalaba incluso la posibilidad de “remitir su regulación a la LEC (incorporando en su caso las modificaciones que fuesen necesarias). Tal propuesta se basa, por una parte, en la consideración de que las cuestiones meramente procesales son materia propia de ley ordinaria y no de ley orgánica; en segundo término, porque lo que probablemente será la fase principal, la de prueba, está ya remitida a las reglas de la LEC (...). En fin, no debe olvidarse que la vocación codificadora de una LEC todavía reciente aconseja evitar, en la medida de lo posible, la mayor dispersión normativa en la regulación de los procesos judiciales”<sup>354</sup>. De ello puede colegirse fácilmente que para el Consejo de Estado, el proceso de ilegalización de partidos políticos es, también, un proceso civil.

Finalmente, el propio Tribunal Supremo aplicó directamente las normas de la LEC al pronunciarse sobre tres aspectos concretos como fueron la acumulación de procesos<sup>355</sup>, la imposición de costas<sup>356</sup> o el proceso de ejecución<sup>357</sup>. En todos estos casos, la Sala no se pronuncia sobre la posibilidad de aplicar preferentemente las normas de la LJCA (arts. 34-

---

<sup>353</sup> Vide, al respecto, MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de derecho procesal civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Valencia, 2006, p. 352; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2007, pp. 1101-1104; PORRAS RAMÍREZ, J.M., “Comentarios acerca del estatus constitucional de los partidos políticos y de su desarrollo en la Ley Orgánica 6/2002”, *Revista de las Cortes Generales*, 2002, nº 57, p. 29; GONZÁLEZ CUETO, T., “Comentario breve de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Partidos Políticos (STC 48/2003, de 12 de marzo), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2003, nº 2pp. 25 y ss.

<sup>354</sup> Dictamen del consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LO de Partidos Políticos de 14 de abril de 2002.

<sup>355</sup> Vide ATS (Sala Especial) de 5 de noviembre de 2002 y STS (Sala Especial), de 27 de marzo de 2003, antecedente de hecho nº 3.

<sup>356</sup> STS (Sala especial art. 61 LOPJ), de 27 de marzo de 2003, FJ 8.

<sup>357</sup> ATS (Sala art. 61), de 24 de abril de 2003, FJ 1; ATS (Sala art. 61), de 20 de mayo de 2003, FJ 3.

39, 139 y 103-113 LJCA, respectivamente), sino que acude directamente a la LEC, sin justificar el cambio de criterio con respecto a los supuestos señalados.

### III. LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LAS NORMAS PROBATORIAS DE LA LEC

Para regular la práctica de la prueba en el procedimiento de disolución de partidos políticos, el art. 11.5 LOPP se remite expresamente a las reglas y normas contenidas en los arts. 281 a 386 LEC, “*en cuanto a sus plazos y sustanciación*”. A pesar de ello, como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal Supremo entendió inaplicable el procedimiento probatorio de la LEC, al entender que, debido a que la LOPP realizaba una cita concreta de los preceptos del enjuiciamiento civil aplicable, las normas relativas al concreto desarrollo de la actividad probatoria durante la audiencia previa y el juicio del proceso ordinario, al no estar incluidas entre ellos, habrían sido expresamente excluidas. Además, el procedimiento probatorio del juicio ordinario, y más aún, del verbal serían, para la Sala Especial, inadecuados para un procedimiento preferentemente escrito, como es el del art. 11 LOPP<sup>358</sup>. En este sentido intentará dejarse demostrado que la aplicación sustitutoria de la LJCA no sólo no es, en absoluto, procedente, debido a la naturaleza civil del proceso de disolución de partidos, sino es que, además, de los preceptos a los que se remite la LOPP se infiere, directamente, la necesidad de aplicar un procedimiento probatorio muy diferente al finalmente escogido por el Tribunal Supremo.

En efecto, dentro del Capítulo V, del Título I, Libro II LEC, se encuentran una serie de disposiciones generales que darán una idea muy clara de los criterios en los que se ha de basar la proposición y práctica de la prueba. Efectivamente, no existe remisión expresa a las normas del juicio ordinario pero de ello no puede colegirse necesariamente la inaplicabilidad de las mismas. Por un lado, porque ya ha quedado demostrada suficientemente la aplicabilidad de la LEC, sin necesidad de remisiones expresas. Por otro lado, porque una interpretación teleológica de la LOPP debe llevar a entender que, dada la polémica sobre la naturaleza penal o no de la disolución de partidos políticos, incluso por la vía del proceso ante la Sala Especial (art. 61), y la consiguiente aplicación de las garantías y criterios de valoración probatoria propios del proceso penal – derivados principalmente del principio de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo* –, el legislador quiso evidenciar que los medios de prueba y, sobre todo, el estándar probatorio a aplicar en la ilegalización de partidos por actividades u organización contrarias a los principios constitucionales, debía ser el propio del proceso civil, mediante una remisión explícita a los medios de prueba de la LEC<sup>359</sup>.

---

<sup>358</sup> ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 3 de diciembre de 2002, FJ 3.

<sup>359</sup> Como señala ALÁEZ CORRAL, B., “Libertad de expresión e ilegalización de partidos políticos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, nº 3, p. 2159, “la Ley pretende superar el obstáculo que suponía la dificultad de probarlas en aquellos procedimientos sancionadores mediante una tipificación restrictiva de derechos al margen de todo procedimiento legal, aspecto éste que se ve agravado por el hecho de que la propia Ley considera en su art. 11.5 el procedimiento de ilegalización como un procedimiento civil (...), con lo que tampoco regirían las estrictas reglas sobre la carga de la prueba que se derivan de la presunción de inocencia”, situación que a ERKOREKA GERVASIO, J.I., “Partidos políticos y derecho fundamental de asociación. Anotaciones críticas a la STC 48/2003, de 12 de marzo”, *Estudios de Deusto*, 2003, nº 51, p. 153, le parece un fraude a los principios del derecho punitivo. En el mismo sentido se manifestaron durante la tramitación parlamentaria se habían manifestado el propio Erkoreka Gervasio (PNV) p. 8037; Aymerich Cano (BNG) en la defensa de las enmiendas a la totalidad al Proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos, en la sesión de 23 de mayo de 2002. *Diario de Sesiones Congreso de los Diputados*, nº 164, p.

Por otro lado, los arts. 284 y 285 LEC establecen el modo en que se deben proponer y admitir los diversos medios de prueba. Ciertamente es que estos preceptos están pensados para su realización en un acto oral, sea la audiencia previa del juicio ordinario, sea la vista del proceso verbal, pero no menos cierto es que no requiere un gran esfuerzo interpretativo para entender que pueden ser cumplimentados en el proceso de disolución de partidos políticos a través de un escrito *ad hoc*, sobre el que posteriormente resolviese el Tribunal. Ciertamente subsistiría el problema de establecer un plazo para que las partes diesen cumplimiento a la proposición de los diferentes medios de prueba. En todo caso, tampoco sería descabellado que, dada la aplicación sustitutoria del proceso civil, se entienda posible la celebración de una audiencia previa, donde parece difícil que alguna de las funciones de la misma se cumplieren – así la función conciliatoria, p.ej, en virtud del art. 10.6 LOPP -, pero que sería útil para otras, como puede ser la fijación de los hechos controvertidos, máxime cuando debido al objeto procesal las alegaciones fácticas pueden haber sido especialmente complejas; para poner de manifiesto y, en su caso, subsanar ciertos defectos procesales; realizar alegaciones complementarias y presentar documentos que prueben las mismas o, finalmente, proponer las partes y decidir el Tribunal sobre la admisión, de los diversos medios de prueba.

Menos dudas plantean los preceptos referidos a la práctica de la prueba, debido a que el art. 289 LEC establece la necesidad de practicar las pruebas de forma contradictoria en vista pública, bajo el principio de intermediación judicial, en lo referido al interrogatorio de partes y testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes, etc., así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales. Al mismo tiempo, el art. 290 LEC recoge la regla general de que todas las pruebas se han de practicar en unidad de acto, aunque pueda el tribunal, señalar, mediante providencia, que ciertos actos de prueba pueden realizarse de forma separada.

Siendo clara la remisión de la LOPP a estos preceptos, no se entiende la decisión del Tribunal Supremo de acudir a las normas de la LJCA, que diseña en el art. 60.4, un sistema de proposición y práctica basada en la dispersión – en cuanto que se establece quince días para la proposición de los medios de prueba y treinta para su práctica – e, incluso, en la falta de intermediación, en la medida en que, según el art. 60.5 LJCA, “las Salas podrán delegar en uno de sus Magistrados o en un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la práctica de todas o algunas de las diligencias probatoria”, disposiciones que chocan frontalmente con los artículos de la LEC a los que se remite expresamente la LOPP. No es cierto, pues, que, tal y como afirma la Sala Especial, exista una “manifiesta e indiscutible laguna legal”<sup>360</sup> en lo que respecta a los trámites que han de seguirse para la proposición y práctica de la prueba, sobre todo en lo que se refiere a esta última y, en caso de existir, la misma ha sido defectuosamente integrada por el Tribunal Supremo, puesto que se estaría obviando la remisión expresa que el art. 11.5 LOPP hace a los capítulos V y VI del Título I del Libro II LEC, para mudar sus principios reguladores esenciales – intermediación, oralidad y unidad de acto – por los propios de la LJCA – mediación, escritura y dispersión – en lo que constituye, claramente, una interpretación *contra legem* de los preceptos aplicables al procedimiento del art. 11 LOPP; teniendo en cuenta, además, como

---

8313; y Lasagabaster Olazábal (Grupo Mixto- EA) en el debate del dictamen de la Comisión sobre el proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. *Diario de Sesiones. Congreso dos Deputados. Comisiones*, nº 507, 30 de mayo de 2002, p. 16263.

<sup>360</sup> ATS (Sala Especial art. 61 LOPJ), de 3 de diciembre de 2002, FJ 2.

se ha señalado al comienzo de esta comunicación y se quiere reiterar nuevamente a su conclusión, que ésta no es simplemente una cuestión técnica o neutra en términos valorativos, sino, también y principalmente, un reflejo ideológico de las garantías propias del juicio, y más cuando lo que está en juego es el derecho de participación política de los ciudadanos.

## LA ORALIDAD EN LA PRUEBA PERICIAL: EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DEL PERITO EN JUICIO A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS

PEDRO M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de La Rioja

### I. INTRODUCCIÓN.

Hace ya más de tres décadas señalaba Chiovenda que “la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente”<sup>361</sup>. Sin desmerecer el acierto de las palabras del maestro italiano, que tienen plena vigencia también en la actualidad, en nuestro particular criterio, la oralidad, lejos de constituir una suerte de principio-tótem del procedimiento, tiene como única virtualidad la de proporcionar una mayor facilidad que la escritura para lograr que los sujetos del proceso se relacionen. Desde este punto de vista, no parece errado decir que lo que interesa de la oralidad es que constituye un medio para llegar al fin de la mediación<sup>362</sup>; o, dicho de otro modo, que su importancia deriva de que permite un contacto más directo e inmediato del juez con las partes y de todos ellos con la actividad probatoria.

La reflexión anterior no significa que la inmediación, entendida como esa presencia del juzgador en la práctica de la prueba, sea incompatible con un proceso en que gran parte de los actos sean escritos. Como es sabido, el predominio de la oralidad se traduce en que el proceso culmina con una audiencia, en la cual, pese a que su eficacia se apoye en actos previamente realizados por escrito —como la demanda, la contestación o la recepción de determinados instrumentos de prueba—, se formulan de viva voz, las alegaciones y se practican las pruebas. Es precisamente esto lo que sucede en el proceso civil español, en cuya regulación de 2000 se ha intentado garantizar la inmediación en sentido estricto, al establecerse la obligación de que la práctica de la prueba se lleve a efecto en el juicio o vista ante los Jueces y Magistrados que deben dictar sentencia.

Pues bien, en el presente trabajo nos centramos en uno de los contenidos de esta audiencia; esto es, en un tipo de actuaciones orales, como son “las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen”; que, como dispone el art. 137.1 LEC, se han de desarrollar a presencia judicial. En concreto, ceñimos el estudio al régimen de intervención de los peritos en juicio, al cual se dedican los arts. 346 y 347 LEC. La redacción de estos preceptos, como bien han señalado algunos autores, es cuanto menos confusa y puede inducir a errores de consecuencias graves, en tanto que una lectura parcial y rápida podría desembocar en conclusiones equivocadas con trascendencia en la propia significación y resultado de la prueba pericial<sup>363</sup>. Es por ello que, a lo largo de las páginas siguientes, procedemos a

---

<sup>361</sup> Palabras pronunciadas por el autor en la sede del Colegio de Abogados de La Plata, el 25 de agosto de 1972. Las recoge DE LA RUA, F., “La oralidad en el proceso”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 39, 1999, p. 181.

<sup>362</sup> En este sentido, SENTIS MELENDO, S., “Oralidad e inmediación”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 14, 1973, p. 186.

<sup>363</sup> Así, GIMENO SENDRA, V., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2002, p. 744; GUZMÁN FLUJÁ, V., Tratado sobre Ley de Enjuiciamiento Civil,



exponer los extremos que constituyen el contenido de este régimen de intervención de peritos; en adecuación, como no puede ser de otro modo transcurridos unos años de vigencia de la LEC, a la doctrina emanada de nuestros tribunales.

## II. ÁMBITO Y CONFIGURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL PERITO EN JUICIO.

El art. 347.1 LEC, completado en el primer caso por lo dispuesto en los arts. 337.2 y 338.2, y en el segundo por lo señalado en el art. 346, resulta de aplicación tanto a la modalidad de dictámenes aportados por las partes litigantes, como a los supuestos de dictamen emitido por perito designado por el tribunal<sup>364</sup>. Así pues, a diferencia de lo que ocurría con la LEC/1881, que permitía que el dictamen fuese oral o escrito dependiendo de la importancia del asunto, en la actualidad todo dictamen se ha de emitir por escrito, debiendo darse traslado de él a las partes para que puedan pronunciarse acerca de si el perito ha de concurrir al juicio o la vista para aportar las oportunas aclaraciones o explicaciones sobre dicho dictamen.

Respecto de la aportación de dictámenes por las partes litigantes, tempranamente se señaló: “La fuerza de la prueba pericial extrajudicial de la LEC de 2000 reside en la intervención de los peritos en el juicio, sometándose a la crítica de todas las partes y sus letrados, a la ampliación del informe, a la explicación de los puntos oscuros, y a la crítica del perito de la parte contraria, art. 347 LEC de 2000” (SAP Madrid [Sección 14ª] 23 de enero de 2001 [JUR 2001/129193]). “La circunstancia de que tanto la elección del perito como la elaboración y emisión del dictamen se produzca sin intervención y participación de la parte contraria no es óbice a su admisibilidad, validez y eficacia, al hallarse previsto que se difiera la eventual contradicción al trámite regulado en el art. 347 LEC 1/2000” (SAP Madrid [Sección 10ª] 2 de marzo de 2004 [JUR 2004/249609]).

La jurisprudencia menor ha incidido en el importante cambio operado con la LEC en la consideración que hasta el año 2000 teníamos de este medio de prueba, al introducir la posibilidad de que el perito no se encuentre presente en el juicio o en la vista en que se produce la práctica de la prueba. “Así, ese medio de prueba se entiende practicado con la simple aportación del dictamen junto al escrito de demanda o de contestación, o bien más tarde pero en todo caso antes de la celebración de la audiencia previa o la vista”, mientras que “la intervención del perito en el juicio o vista “es contingente, no esencial” (AAP Barcelona [Sección 16ª] 14 de diciembre [JUR 2006/86005]), un requisito “complementario” (SAP Valencia [Sección 11ª] 12 de abril de 2006 [JUR 2006/272797]), en dependencia de que la pidan las partes y de que el juez la considere pertinente Esta

---

Valencia 2001, p. 2525-2526; y FLORES PRADA, I., La prueba pericial de parte en el proceso civil, Valencia 2005, p. 301.

<sup>364</sup> A la expresa referencia en el apartado XI de la Exposición de Motivos a la vigencia para todos los peritos de “las disposiciones conducentes a someter sus dictámenes a explicación, aclaración y complemento, con plena contradicción” se suman otras razones que, desde una interpretación teleológica (cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P., “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”, Revista Tribunales de Justicia, núm. 1, enero de 2003, p. 21), gramatical (MUÑOZ SABATÉ, L., Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000, Barcelona 2001, p. 335) y sistemática (cfr. nuestro trabajo “Comentario al art. 347 LEC”, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, coord. Cerdón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández, vol. I, Pamplona 2002, p. 1194) permiten concluir la aplicación indiscriminada del precepto a los peritos autores de cualquier tipo de dictamen que conste en el proceso. Incide en la regulación de este trámite para ambas modalidades, entre otras, la SAP Teruel (Sección Única) 4 de febrero 2003 (JUR 2003/76138).

configuración del régimen de intervención del perito en juicio, junto con otras previsiones de la LEC —por ejemplo, el que los dictámenes preconstituidos sean aportados al juicio junto con “los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de pericia” y “los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración” (art. 336.2 LEC)—, ha contribuido a que, como ya advertimos en otra ocasión<sup>365</sup>, se haya producido una cierta desnaturalización de la prueba de peritos. El legislador de 2000 ha desviado la atención de la característica esencial de la prueba pericial clásica consistente en que el instrumento probatorio, a similitud de lo que sucede con los medios testifical y de interrogatorio de las partes, lo constituye una persona y no un objeto material en el que quedaron prendidos los hechos, y la ha centrado en su objeto. La consideración de que nos hallamos ante un verdadero dictamen de peritos no se hace depender, como ocurría antes respecto la denominada “peritación extrajudicial”, de la intervención en juicio del autor del informe o documento aportado con las alegaciones de las partes<sup>366</sup>, sino del carácter especializado de los conocimientos consignados en él. En consecuencia, la prescindencia de la intervención del perito en el proceso no convierte el dictamen en un documento, al igual que la comparecencia de los autores de aquellos informes que no reúnen los requisitos del art. 335 LEC no los hace merecedores de su consideración pericial (SAP Madrid [Sección 14ª] 13 de octubre de 2005 [JUR 2005/261815]). Todo ello, a mayor abundamiento, sin que el carácter eventual del trámite que estamos viendo impida, según se señala, que cuando se lleve a cabo forme parte de la prueba pericial.

“La prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporte a los autos, sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a las preguntas u objeciones de las partes y del Tribunal (art. 347 LEC)”. SAP Toledo (Sección 1ª) 19 de septiembre de 2006 (JUR 2006/251683).

Para concluir con este apartado, conviene advertir que, como tendremos ocasión de subrayar al referirnos al contenido, la intervención del perito en su actual configuración no encuentra su fundamento en la necesidad de dotar de autenticidad al dictamen emitido previamente. La regulación pormenorizada del trámite que estamos viendo tiene el propósito, señalado por la Exposición de Motivos LEC, de someter las afirmaciones del perito a la mayor contradicción posible; de tal forma que contribuye a garantizar la imparcialidad de su actuación (SAP Barcelona [Sección 16ª] 31 de octubre de 2007 [JUR 2008/11824])<sup>367</sup>. Además, a pesar de la contingencia del trámite, si el dictamen no se aclara o no se explica, puede privarse al tribunal de datos importantes a la hora de discernir si nos hallamos o no ante un medio probatorio fiable y seguro, “lo que ha de perjudicar a la parte que lo aporta en pro de sus intereses” (SAP A Coruña [Sección 6ª] 31 de octubre de 2007 [JUR 2008/68231]).

---

<sup>365</sup> “Comentario al art. 347 LEC”, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., p. 1194.

<sup>366</sup> Sobre ello puede verse nuestro trabajo “Aportación de dictámenes al proceso por las partes litigantes”, Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Murcia 1997, pp. 185-193. Igualmente, MONTERO AROCA, J., La prueba en el proceso civil, Pamplona 2005, p. 339.

<sup>367</sup> Vid. por todos, CUBILLO LÓPEZ, I., “La prueba pericial”, Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil, Madrid 2004, p. 124.

### III. SOLICITUD, ACUERDO Y PRÁCTICA DE LA INTERVENCIÓN: EL PROCEDIMIENTO.

#### 1. Solicitud de parte y acuerdo de oficio.

El art. 347.1 LEC dispone que los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención que soliciten las partes y que el tribunal admita. Pese a que el precepto no se pronuncia sobre la cuestión, con la jurisprudencia menor existente, hemos de entender que cada una de las partes litigantes podrá pedir la intervención del perito autor de su dictamen y también la del perito de la parte contraria (SSAP Asturias [Sección 1ª] 10 de marzo de 2003 [JUR 2003/117422], Burgos [Sección 3ª] 24 de abril de 2003 [JUR 2003/150977] y Girona [Sección 2ª] 25 de febrero de 2008 [JUR 2008/144570]). Si lo primero puede concluirse del contenido del art. 338.2 LEC, lo segundo deriva de la propia finalidad y amplitud de la comparecencia del experto en el proceso. Por su parte, en el caso de que el perito haya sido designado por el tribunal cada litigante ha de pronunciarse sobre la necesidad de que este único experto acuda al acto del juicio o vista (art. 346 LEC), y ello, ya haya sido designado por sorteo, ya haya sido designado por acuerdo de las partes, conformes en aceptar su dictamen. Adviértase que en todos estos supuestos, el tribunal tiene reconocida, con una importante amplitud, la posibilidad de formular preguntas a los peritos y requerir sus explicaciones sobre el dictamen (art. 347.2 LEC y SSAP Alicante [Sección 5ª] 12 de febrero de 2004 [JUR 2004/92569] y Pontevedra [Sección 1ª] 21 de diciembre de 2006 [JUR 2007/60132]).

En el caso de los dictámenes emitidos por perito designado por el tribunal, a similitud de lo que sucede para determinados casos de aportación al proceso de dictámenes derivados de alegaciones complementarias (art. 338.2, *in fine*, LEC), puede ser el propio tribunal el que acuerde, mediante resolución con forma de providencia, la intervención del perito designado por él mismo. En tal caso, según dispone el art. 346 LEC, el tribunal ha de valorar la necesidad de su presencia para una mejor comprensión y apreciación del dictamen efectuado.

Como excepción a todo lo dicho, se presenta el supuesto en que la actuación del perito haya de consistir en la ampliación del dictamen (art. 347.1, apartado 4, LEC). Así, a decir del AAP Valencia (Sección 7ª) 29 de enero de 2003 (JUR 2004/33989), esta ampliación “sólo es posible si lo solicita la parte a cuya instancia se designó el perito”<sup>368</sup>, al igual que, según dispone el art. 347.2 LEC, tampoco puede acordarse por el tribunal (SAP Cantabria [Sección 4ª] 22 de junio de 2004 [JUR 2005/226489]); a salvo aquellos supuestos en que estemos ante peritos designados de oficio en procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio (art. 339.5 LEC).

#### 2. Admisión o rechazo de la solicitud.

El art. 347.1 LEC establece que, una vez solicitada por las partes litigantes la intervención del experto —ya hemos visto que también cabe que lo acuerde por sí mismo el tribunal—, este tribunal ha de decidir su admisión o denegación, procediendo solamente a rechazar las solicitudes que, por su finalidad y contenido, resulten impertinentes o inútiles. Aunque esta previsión parece venir a cubrir la falta de un juicio de pertinencia y utilidad respecto de los dictámenes aportados por las partes litigantes al proceso, nótese que la denegación de las solicitudes no supone que los dictámenes emitidos por los expertos sean considerados impertinentes o inútiles y que no vayan a ser tenidos en cuenta en el juicio. El dictamen elaborado por el perito puede resultar tan esclarecedor que no

---

<sup>368</sup> En igual sentido, MUÑOZ SABATÉ, L., Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000, cit., p. 339.

requiera la intervención de su autor, por mucho que ésta haya sido solicitada por un litigante.

Puesto que nos hallamos ante un trámite que forma parte de la actividad probatoria, un primer motivo de rechazo de la presencia del perito en el juicio o vista ha de ser la falta de necesidad de su práctica; esto es, el que su objeto no verse sobre un hecho controvertido en la litis (SAP Las Palmas [Sección 4ª] 24 de febrero 2006 [JUR 2006/154929]). Igualmente, dejando para un posterior apartado la referencia a otros motivos relativos al concreto contenido de la intervención, otra de las razones de denegación, según se ha encargado de poner de manifiesto la práctica de los tribunales, tiene que ver con la figura del propio perito. Así, ningún sentido tiene la admisión de intervención de peritos que no aceptaron el cargo —para explicar, por ejemplo, las razones de esta conducta (SAP Madrid [Sección 18ª] 1 de octubre de 2007 [JUR 2007/353358])— o la del médico forense que intervino en asunto penal, autor de un informe incorporado al proceso civil, y cuya actuación técnica como perito se circunscribe a dicho asunto y circunscripción (SAP Córdoba [Sección 2ª] 7 de septiembre de 2005 [JUR 2006/30740]). En igual sentido, en contraposición con las opiniones doctrinales<sup>369</sup>, tampoco al testigo-perito le son aplicables, según señalan nuestras Audiencias, las previsiones establecidas en el art. 347 LEC para los peritos; cuando el testigo posee conocimientos especializados sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá que los manifieste (art. 370.4 LEC), pero tan sólo concurre a la causa como testigo y el testimonio que emite se valora como tal prueba (así, SSAP Burgos [Sección 3ª] 11 de marzo de 2004 [JUR 2004/120296] y 16 de septiembre de 2005 [JUR 2006/3476], Sevilla [Sección 5ª] 20 de abril de 2006 [JUR 2006/262309] y Madrid [Sección 14ª] 24 de mayo de 2007 [JUR 2007/268810]).

Adviértase que una vez acordada la presencia del perito, aun cuando ésta no hubiese sido solicitada por las partes, el tribunal tiene el deber de llevarla a cabo, ya que lo contrario se opone al derecho de las partes a solicitar las pertinentes aclaraciones (AAP Islas Baleares [Sección 5ª] 14 de marzo de 2003 [JUR 2003/197586]). Por su parte, la denegación de la intervención del perito sin justa causa, vulnera el derecho de defensa del solicitante, de tal forma que la estimación de la impugnación en segunda instancia obliga a su subsanación, a través de la nulidad de la sentencia y de todas las actuaciones realizadas desde que se produjo la irregularidad procesal, retrotrayéndose las actuaciones al momento procesal de señalamiento por el Juez de una nueva vista (SSAP Huelva [Sección 1ª] 30 de junio de 2006 [JUR 2007/48145] y Lugo [Sección 1ª] 11 de septiembre de 2007 [JUR 2008/51316] y AAP Asturias [Sección 1ª] 19 de junio de 2006 [JUR2006/195226]).

### **3. Tiempo de la intervención.**

Para concluir, en relación al momento en que se ha de llevar a efecto la solicitud, acuerdo y práctica de la intervención del perito, hemos de discriminar dependiendo del tipo de procedimiento. Así, en el caso del juicio ordinario, lo normal es que, solicitada la intervención junto con la aportación del dictamen o tras haberse dado traslado de él a una o a ambas partes, el acuerdo se produzca antes del señalamiento de la fecha del juicio en la audiencia previa y la practica en el mismo acto del juicio. No obstante, existe otra posibilidad de carácter excepcional en el ámbito de la solicitud y acuerdo de las diligencias finales. Puesto que la práctica de las pruebas en diligencias finales debe llevarse a cabo, “en la forma establecida en esta ley para las pruebas de su clase” (art. 436.1 LEC), esto

---

<sup>369</sup> Cfr. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “La prueba”, La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, coord. Cortés Domínguez y Moreno Catena, Madrid 2000, p. 61; y FLORES PRADA, I., La prueba pericial de parte en el proceso civil, cit., 185.

incluye, en la pericial, el trámite del art. 347” (en este sentido, SAP Burgos [Sección 3ª] 6 de febrero de 2004 [JUR 2004/111662]).

Por su parte, en el caso del juicio verbal, la comparecencia del perito, solicitada y acordada con carácter previo o en el mismo trámite —dependiendo de cuál de las dos partes presenta o solicita el dictamen y de la modalidad de prueba pericial—, debe llevarse a cabo en la vista. Más concretamente, cuando se trate de periciales que no puedan hacerse en el acto, lo procedente, según la SAP Sevilla (Sección 5ª) 8 de febrero de 2006 (JUR 2006/180558), es interrumpir la vista, y una vez efectuadas y aportado el dictamen pericial, ponerlo en conocimiento de las partes a los efectos del art. 347 de la LEC, por si están interesadas en la intervención del perito, y reanudar de nuevo la vista con la citación de éste si alguna de las partes hiciese uso de esta facultad.

#### IV. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN DEL PERITO: FINALIDAD Y CONTENIDO.

Bajo la rúbrica “Emisión y ratificación del dictamen por el perito que el tribunal designe”, el art. 346 LEC se ocupa de regular la emisión del dictamen y su traslado a los litigantes para solicitar la presencia del perito, sin que en él se produzca referencia alguna a su ratificación<sup>370</sup>. Habida cuenta de esta falta de coherencia entre el título y el contenido del precepto —debida, según creemos, a la modificación del art. 347 del Proyecto de LEC a su paso por el Parlamento, permaneciendo inalterada la rúbrica— y puesto que la ratificación de la autoría no aporta ningún elemento nuevo al contenido del dictamen, sino que se limita a dotarlo de autenticidad<sup>371</sup>, parece claro que la ausencia de cualquier regulación debe interpretarse como una desaparición de este concreto trámite. Así ha quedado explicitado en alguna resolución (AAP Barcelona [Sección 16ª] 14 de diciembre [JUR 2006/86005]), si bien por la fuerza de la costumbre los tribunales siguen hablando en múltiples ocasiones de la ratificación.

Por su parte, el art. 347 LEC concede a las partes litigantes, en el marco del reconocimiento de su derecho de contradicción, un gran repertorio de posibilidades de actuación, que amplían de una forma considerable las facultades reconocidas por la legislación anterior<sup>372</sup> e inciden en la gran flexibilidad de esta prueba (SAP Burgos

---

<sup>370</sup> Aunque hubiera podido llegar a pensarse que las alusiones que se realizan en el art. 346 LEC a la intervención del perito en el juicio o en la vista, a los efectos de aportar aclaraciones o explicaciones sobre el dictamen, hacen referencia a dicha ratificación —a esta idea podrían contribuir la referencia que realizan los arts. 169.4 y 429.8 LEC—, lo cierto es que, como ya advertimos en otro momento, nos hallamos ante dos diferentes intervenciones periciales, sometidas ambas, incluso, a un distinto régimen para su práctica. Así, mientras la primera se debe desarrollar a presencia judicial, la segunda ha de realizarse ante el Secretario Judicial (art. 289.2 y 3 LEC). Cfr. nuestro estudio “Comentario al art. 346 LEC”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 1191-1192.

<sup>371</sup> Las críticas a este trámite no son nuevas. Ya a finales del siglo XIX y principios el XX, ponían e manifiesto estas ideas sobre la ratificación ZARAGOZA Y ORTELLS, E., “Ratificación de dictámenes periciales”, *Revista e Tribunales*, 1883, pp. 82-83; y ORTUÑO, J., “Prueba pericial”, *Revista de Tribunales*, 1911, p. 613. Cfr. nuestro trabajo *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Pamplona 1999, p. 223.

<sup>372</sup> De la petición de explicaciones al perito por los litigantes y sus defensores, realizada a través del Juez (art. 628 LEC/1881), se ha pasado a la posibilidad de solicitar una exposición completa del dictamen; de hacer preguntas y observaciones sobre su método, premisas, conclusiones y otros aspectos; de formular críticas, objeciones y tachas; e, incluso, de pedir una ampliación a cuestiones complementarias.

[Sección 3ª] 28 de enero de 2003 [JUR 2003/75854]). Además, en virtud de la expresión “en especial” que comienza el apartado tercero del precepto, los seis tipos de intervención del perito que se prevén, no excluyentes entre sí, no parecen constituir una enumeración cerrada, lo que deja la puerta abierta a otras posibles actuaciones<sup>373</sup>. Pese a ello, el contenido de la comparecencia de los peritos puede reducirse a cinco actividades fundamentales, tres referidas al dictamen pericial propio: su exposición completa, la aclaración de determinados aspectos y los actos que giran en torno a la posibilidad de su ampliación a otros puntos conexos a él<sup>374</sup>; una referida al dictamen de la parte contraria y que consiste en su crítica; y otra referida a la persona del propio perito designado por uno de los litigantes y a la concurrencia en él de alguna tacha.

En atención a la exigencia de que todo dictamen pericial se ha de emitir por escrito, no parece que sean muchos los casos en que haya de producirse una exposición completa del dictamen. Sin embargo, es posible imaginar este supuesto para todos aquellos casos en que sea el demandado el que, en el marco del juicio verbal, aporte el dictamen pericial junto con sus alegaciones en el acto de la vista. Más común parece, en cambio, el caso de que la actuación del perito consista en una simple explicación de algunos extremos del dictamen y, sobre todo, en ofrecer sus respuestas a preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

En efecto, la solicitud de intervención del perito en juicio constituye el instrumento que, junto con la aportación de un dictamen pericial contradictorio, sirve para poner en evidencia las posibles deficiencias del dictamen (SAP Teruel [Sección 1ª] 22 de mayo de 2007 [JUR 2007/277807]). De esta forma, la actuación de ratificación del dictamen a que antes del año 2000 nos remitía la jurisprudencia para los casos de actividad pericial incompleta —según la STS 27 junio 1983 (RJ 1983, 3687), cuando el perito hubo dejado de contestar a algunos extremos— pasa a ser sustituida por la comparecencia del perito en el juicio (art. 431 LEC) o vista, a presencia judicial (art. 289.2) y con intervención de las partes. A través de este trámite procesal, ambos litigantes pueden “solicitar las aclaraciones y precisiones que tengan por conveniente a fin de que se corrijan las deficiencias y faltas que pudieran observar en el peritaje” (SAP Zaragoza [Sección 5ª] 29 febrero de 2008 [JUR 2008/143862]); esto es, los errores de interpretación, los errores acerca del objeto del peritaje o los errores técnicos en que pudiera haber incurrido.

Por lo que se refiere a las preguntas a realizar al perito, adviértase que el tribunal podrá impedir la contestación de todas aquéllas que resulten impertinentes o inútiles. Así, por ejemplo, es posible la denegación de aquellas cuestiones referidas al método que se siguió para llegar a las valoraciones y conclusiones, si éste queda claramente reflejado en el dictamen que se aportó (SAP Madrid [Sección 24ª] 16 de julio de 2007 [JUR 2007/336589]). Nos hallamos, según subraya la SAP Badajoz (Sección 2ª) 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007/255508), ante una “facultad discrecional del juzgador”, de tal forma que “es imposible decir que la negativa del juzgador haya producido indefensión y genere la consiguiente nulidad de actuaciones”. Igualmente, en relación a la extensión del interrogatorio que realicen las partes, la facultad que les concede el art. 347 LEC no legitima para que puedan trasvasarse, en razón a su objeto, “los límites de lo que constituye una explicitación del contenido del dictamen pericial para adentrarse en una diatriba

---

<sup>373</sup> Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2001, p. 604.

<sup>374</sup> Así, FLORES PRADA, I., La prueba pericial de parte en el proceso civil, cit., p. 303.

dialéctica con el perito respecto al sentido de las conclusiones ofrecidas en el informe” (AAP Guipúzcoa, 14 de junio de 2004 [JUR 2004/288984]).

Otra posibilidad de actuación del perito, prevista en el precepto de referencia, es aquélla que gira en torno a la posibilidad de la ampliación del dictamen emitido a otros extremos conexos. En estos casos el perito ha de pronunciarse sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como, en su caso, sobre el plazo necesario para que se realice. Ayudándonos de la práctica, cabe plantearnos qué ocurrirá en aquellos supuestos en que, como consecuencia de este trámite, el perito llegue a ampliar su dictamen a puntos conexos pero diversos de los directamente solicitados o proceda a realizar esta ampliación de un modo distinto al que la parte solicitante considera procedente. Pues bien, ello no siempre es constitutivo de un vicio susceptible de nulidad y, así, como se ha llegado a afirmar, en el primero de los dos casos ninguna indefensión se causa a las partes “por esa mera circunstancia de búsqueda de la verdad material” (SAP Córdoba [Sección 3ª] 7 de febrero de 2007 [JUR 2007/176155]), mientras que en el segundo ningún precepto se infringe si, ante el hecho de que no sea factible llevar a cabo la ampliación del dictamen como pretende la parte, el perito la realiza con las correcciones que él estima procedentes y en la forma que considera oportuna (SAP de Santa Cruz de Tenerife [Sección 4ª] 10 de septiembre de 2007 [JUR 2007/364042]).

Como una de las grandes novedades del régimen instaurado por la LEC, destaca la posibilidad de que las partes insten la “crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria”. De esta forma, se permite al perito interviniente en el proceso asumir una posición activa de defensa de su dictamen y de ataque al dictamen presentado por el litigante contrario, lo que plantea serias dudas acerca de cómo deberá realizarse, y hasta qué punto o con qué límites ha de permitirse, la confrontación de los peritos. Si bien pudiera pensarse en la aplicación analógica a estos supuestos de las previsiones existentes para el careo entre los testigos, y entre éstos y las partes, el art. 373 LEC, debido a su parquedad, no aporta solución alguna a las cuestiones que nos planteamos.

En idéntico sentido, el último de los motivos para traer al perito de parte al proceso, la “formulación de las tachas” que le puedan afectar, plantea importantes dudas acerca del contenido de la intervención. Así, examinado este trámite a la luz del régimen previsto para las tachas, la imprecisión se produce cuando se observa que la facultad de contradecir y negar la tacha ya formulada corresponde a “cualquier parte interesada” y no al perito (art. 344 LEC), y que éste, en atención a la prohibición de la prueba testifical conducente a justificar la tacha (art. 343 *in fine* LEC), no es posible que actúe como testigo a propuesta de quien formula la tacha (en contra, SAP A Coruña [Sección 6ª] 5 de marzo de 2007 [JUR 2007/228648]), sino, en su caso, a instancia de quien la niega. Igualmente, en el supuesto en que el perito solicite del tribunal la declaración de la falta de fundamento de la tacha formulada contra él (art. 344 LEC), es posible que dedique su intervención a alegar y probar esta falta. Obsérvese que, tanto en un caso como en el otro, el trámite que examinamos no deriva realmente de la formulación de las tachas que pudieran afectar al perito autor del dictamen de parte, sino de una actuación, propia o ajena, tendente a contrarrestarlas.

Por último, como gran novedad respecto el régimen anterior<sup>375</sup>, el tribunal puede también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre el objeto

---

<sup>375</sup> La imposibilidad de que el tribunal pidiese explicación a los peritos por sí mismo, sin excitación de parte, era el punto más criticado por nuestra doctrina en esta materia. Así,

del dictamen; ello sin que pueda, como ya hemos señalado previamente, acordar de oficio su ampliación (art. 347.2 LEC).

## V. CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN DEL PERITO.

### 1. Valoración del dictamen.

Pese a que el art. 348 LEC hace alusión al dictamen como único objeto de valoración de la prueba por el tribunal, en la labor de interpretación de su resultado, se deben tener en cuenta las cualidades del perito nombrado y las circunstancias en que fueron realizadas las operaciones periciales. Sin embargo, puesto que el objeto esencial de la actividad valorativa lo constituye la apreciación del contenido concreto del dictamen, el Juez ha de tomar en consideración, con carácter prioritario, la adecuación del dictamen al objeto de prueba, la fuerza y motivación de las deducciones, y la claridad, precisión, firmeza, coherencia, ausencia de contradicción, suficiencia e influencia en el pleito, tanto de las conclusiones, como de las consideraciones vertidas por el perito en su intervención en el acto del juicio o de la vista (así, por ejemplo, SAP Barcelona [Sección 13ª] 14 de febrero de 2005 [JUR 2005/118580]). En este sentido, si bien es doctrina reiterada que la comparecencia del perito no resulta necesaria para dotar al dictamen de eficacia probatoria (SSAP Girona [Sección 2ª] 22 de febrero de 2005 [JUR 2005/104317], Álava [Sección 2ª] 21 de abril de 2005 [JUR 2005/205899] y Madrid [Sección 25ª] 20 de octubre de 2006 [JUR 2007/54011]), lo cierto es que, como nos muestra la práctica, en la valoración del dictamen se suele tener en cuenta la existencia de intervención pericial, al igual que las posibilidades que tuvo la parte contraria de solicitar explicaciones o ampliación de dicho dictamen (SAP Zamora [Sección Única] 30 de abril de 2003 [JUR 2003/151231]). Y ello, además, con mayor virtualidad, cuando se trata de valorar de una forma comparativa la eficacia probatoria de un dictamen que “se evacua en un contexto institucional dúctil al debate contradictorio” frente a otro que “se ofrece en un escenario impermeable a la contradicción” (SAP Guipúzcoa [Sección 1ª] 1 de junio de 2004 [JUR 2004/289067]).

### 2. Gastos de la intervención.

El art. 241.1, apartado 4º, LEC incluye dentro de los gastos procesales que entran en el concepto de costas los “derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso”. Hemos de advertir que esta referencia a la intervención en el proceso nada tiene que ver con la presencia física del experto en el juicio o vista. Puesto que la condición de perito viene dada por la sola elaboración de un dictamen que las partes aportan con sus respectivos escritos de alegaciones, estos profesionales tienen derecho al cobro de sus emolumentos —por la parte a cuya instancia actuaron que, en su caso, podrá repetir contra el condenado en costas— con independencia de que se haya producido o no la intervención que dispone el art. 347 LEC (SAP Asturias [Sección 1ª] 21 de junio de 2007 [JUR 2007/310880])<sup>376</sup>. Ahora bien, una vez se haya producido la comparecencia del perito en juicio a los efectos de lo previsto en el art. 347 LEC, una cuestión que se nos plantea es la de la procedencia de incluir en el concepto de costas procesales los honorarios derivados de ella. Esta cuestión, así mismo planteada, ha

---

FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona 1974, pp. 180-181.

<sup>376</sup> A favor de la inclusión en costas de los honorarios de estos peritos, entre otros, ESPARZA LEIBAR, I., *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia 2000, p. 115; y HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, Madrid 2000, p. 139.



encontrado respuesta recientemente en la SAP Pontevedra (Sección 1ª) 5 de marzo de 2008 (JUR 2008/165273).

“El tenor del precepto no excluye de los derechos del perito integrantes de las costas la comparecencia a juicio, y al contrario el último inciso conduce a considerar incluidos los derechos que deriven de cualquier intervención en el proceso, como es la comparecencia. Es más, la comparecencia en juicio representa para el perito, como para cualquier persona que intervenga en el proceso, unos gastos por los que tiene derecho a ser resarcido; y a mayores, en el caso del perito, supone desplegar una actividad como parte del encargo profesional de dictaminar como perito para un proceso. En tales casos, la comparecencia en juicio no sólo representa gastos de desplazamiento, sino que implica verter en el mismo explicaciones de contenido técnico en ejercicio de su actividad profesional, por la cual tiene derecho a cobrar honorarios (como lo tienen los abogados y procuradores por su participación en los actos procesales, no sólo por la redacción y presentación de escritos, respectivamente)”.

El perito tiene entonces derecho a cobrar por la actividad consistente en su asistencia a juicio, lo que incluye los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en el caso de que el perito pertenezca a otro partido judicial (SAP Murcia [Sección 3ª] 18 de noviembre de 2004 (JUR 2005/12464).

### **3. Impugnación: efectos de la intervención.**

Para concluir, hemos de advertir que las resoluciones de las Audiencias nos proporcionan algunos supuestos en que la comparecencia del perito, la posibilidad de haber acudido a ella e, incluso su mera previsión en los términos del art. 347 LEC, subsana, excluye la indefensión o resta posibilidades a las partes a la hora de luchar contra determinados defectos o irregularidades de carácter procesal. Así, la falta de consignación de juramento o promesa del perito, en la forma que dispone el art. 335.2 LEC, en dictámenes aportados al proceso por las partes litigantes, puede verse subsanada con su posterior intervención en juicio (SAP Tarragona [Sección 3ª] 15 de octubre de 2006 [JUR 2007/224751]). Igualmente, la comparecencia del experto con plena contradicción de las partes excluye la indefensión que provoca el que, habiéndose interesado por el litigante la otra modalidad pericial, el tribunal haya acordado la práctica del dictamen por perito designado judicialmente, mediante el sistema previsto en el art. 339 LEC (SAP Alicante [Sección 7ª] 10 de julio 2003 [JUR 2008/159281]). Por su parte, en el ámbito de la negación de posibilidades, si las partes no solicitan las aclaraciones y precisiones que tengan por conveniente, a fin de que se corrijan las deficiencias y faltas que pudieran observar en el peritaje, no es posible que opongán posteriormente, como modo de evitar el pago de los honorarios profesionales devengados por su actividad, el incumplimiento por el perito, bajo alegato de emisión defectuosa de su dictamen (SAP Zaragoza [Sección 5ª] 29 febrero de 2008 [JUR 2008/143862]). Por último, la amplitud con que se regula el contenido de la comparecencia en el art. 347 LEC sirve, a decir de la SAP Burgos (Sección 3ª) 28 de junio de 2007 (JUR 2007/309923), para amparar que el perito judicial, “un profesional técnico que no tiene por qué conocer los entresijos procedimentales sino emitir un dictamen según su leal saber y entender”, no se limite en su dictamen a contestar estrictamente a la cuestión planteada.

## **PROBAR LA DISCRIMINACIÓN. UNA MIRADA A LAS NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEY DE IGUALDAD**

JULIO PÉREZ GIL

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Burgos

### **I. ¿DISCRIMINAR EN LA PRUEBA PARA PROBAR LA DISCRIMINACIÓN?**

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH) reparte la carga de la prueba matizando las normas generales. Ello se hace, además, de manera desligada de situaciones jurídicas concretas, con una capacidad de infiltración por el ordenamiento jurídico que una somera lectura de la citada Ley nos pondrá fácilmente de manifiesto. Parece que de esta forma se nos vendría a hablar de un privilegio procesal al hilo de la introducción por los intersticios de todo el ordenamiento jurídico de medidas de acción positiva destinadas al fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. La especial sensibilidad social que la materia requiere se pondría así explícitamente ante los ojos del juez para que éste, en aplicación de normas aparentemente definitorias, estampara el marchamo igualitario en su sentencia.

El establecimiento de normas que generan un diferente trato procesal en virtud del objeto litigioso no debería conducir a la consecución de privilegios procesales carentes de justificación objetiva y razonable. Por ello resulta ciertamente complejo el encaje en el ámbito procesal de medidas de “acción positiva” o de “derecho desigual igualatorio” (en los términos de la célebre STC 229/1992). Habilitar la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes, con el objeto de lograr una sustancial y efectiva equiparación entre mujeres y hombres, pareciera chocar abiertamente con las esencias del proceso tal y como lo conocemos en la actualidad. Y ello por cuanto es consustancial a éste no permitir situaciones de prevalencia de una de las posiciones procesales sobre la otra (principio de igualdad de armas).

Cuestión diferente será que las normas de derecho sustantivo sobre las que se soporta el enjuiciamiento sí contengan diferencias de trato entre diferentes situaciones jurídicas a las que, como lógico corolario, habrá que dar respuestas jurisdiccionales disímiles. Es el legislador material el que deslinda las conductas que considera dignas del reproche propio de la antijuridicidad y será él mismo quien fije cuáles son los datos con los que puede quedar acreditada su existencia. Sobre esa base lo que hará será determinar las consecuencias legalmente asignadas a unos hechos para el supuesto de que éstos resulten acreditados en el proceso.

En el ámbito procesal aquellas acciones positivas se han corporeizado en mecanismos de señalización de pautas para la valoración jurisdiccional de la prueba. Ese es el punto en el que encuentra su origen esta comunicación, la cual ha de ser contemplada además con la vista puesta en el art. 217.6 LEC (hasta la LOIEMH, EL 217.5). En virtud de él, las normas de la carga de la prueba se aplicarán “siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. Puesto que esos criterios especiales se han hecho colgar de normas especiales, pero también se han engarzado en la propia norma procesal común, no estará de más que pongamos sobre la mesa algunas cuestiones para el debate. La hipótesis de partida será que para probar la discriminación no hay por qué discriminar con la prueba. Se tratará de asignar, aliviar, etc., pero ello habrá de ser comprendido desde el ámbito material objetivo (el de las normas que regulan los hechos objeto de la prueba) y no desde el procesal

subjetivo (el relativo a las partes procesales) que condujera a una supuesta “inversión de la carga de la prueba”.

La cuestión, sin embargo, encuentra otra lectura si nos planteamos abiertamente qué es lo que aportan disposiciones de esta naturaleza. O bien, en otras palabras, ¿qué perderíamos si mañana desapareciera del ordenamiento jurídico? La respuesta radica a mi juicio a que se trata de normas potencialmente clarificadoras en el momento final del ejercicio de la función jurisdiccional, ciertamente útiles para marcar el camino por el que ha de desarrollarse el razonamiento judicial y la senda que ha de transitar su motivación. Pero un adecuado entendimiento de los principios de disponibilidad y facilidad probatorias, a los cuales sin duda habrá que acudir a pesar de todo para integrar las parcas previsiones de la ley, hubiera podido ser otra de las fórmulas para incorporar medidas de lucha contra la discriminación. El principal mérito de este conjunto de normas radica así en clarificar, poner de manifiesto y hasta ejemplificar los generales principios de facilidad y disponibilidad probatoria descritos en el apartado 7 del mismo art. 217 LEC.

Puesto que su objetivo radica esencialmente en el ánimo de mitigar los efectos perversos de la indisponibilidad probatoria, resulta cuando menos dudoso que, al margen del valor admonitivo, ejemplificativo o directamente propagandístico de la ley, tales previsiones incorporen algo que no estuviera ya en manos de los jueces. A mi juicio este tipo de preceptos encuentra sus méritos fundamentales en el ámbito de lo simbólico y su presencia en el ordenamiento no sería imprescindible para el logro de los loables objetivos pretendidos, si no fuera porque en algunas ocasiones un razonamiento judicial extravagante puede (procesalmente) dar al traste con los más denodados esfuerzos (fuera del proceso) en la lucha por la igualdad.

## II. PANORAMA NORMATIVO

### 1. El derecho comunitario antidiscriminatorio

La LO 3/2007 pretendió dar respuesta en nuestro ordenamiento a las exigencias del derecho comunitario, el cual deberemos tomar como referente no sólo para encontrar el origen, sino también muchas de las pautas que nos permitan la idónea interpretación de los preceptos relativos a la carga de la prueba. Corresponde por ello referirse sobre nuestra materia en primer lugar a la pionera Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Su art. 1 nos situaba directamente frente a la cuestión, vinculando la distribución de la carga procesal de probar con la posibilidad de invocar en vía jurisdiccional los derechos de las personas que se vieran perjudicadas por la no aplicación del principio de igualdad de trato.

La materia se encuentra hoy por hoy absorbida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Bajo el título “carga de la prueba”, y recogiendo el art. 4 de la anterior, establece en su art. 19.1 que: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del

principio de igualdad de trato”<sup>377</sup>. Deja además abierta la puerta para una eventual “mejora” por parte de los Estados del régimen probatorio, algo que debemos entender como menos oneroso para quien desea acreditar el haber sido discriminado.

No debemos pasar por alto algunas otras cuestiones que, sin abordar ahora con la profundidad deseada, debemos al menos hacer constar. Por un lado la natural exclusión de los procesos penales de la aplicabilidad de cualquier régimen especial en materia probatoria (apartado 5), justificada en la rotundidad con la que ha de ser enunciada la presunción de inocencia<sup>378</sup>. Por otro lado la citada Directiva permite la asignación a los Estados de la facultad de abstenerse de aplicar esas excepciones a “(...) los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales (...)”. Sin dejar de resaltar ahora lo deseable de que esta redacción no adoleciera de tal imprecisión técnica, con ello se nos está presentando una evidente diferencia de fondo entre los procesos civiles (y contencioso-administrativos) en los que se deposita en plenitud sobre las partes la responsabilidad de aportación de la prueba, frente a aquellos otros que contemplan alguna modalidad de iniciativa probatoria en manos de los órganos jurisdiccionales<sup>379</sup>.

Por último ha de destacarse que a tenor de lo dispuesto en el apartado 4, las disposiciones relativas a la materia probatoria sobrepasan el ámbito laboral para desplegarse por el vasto horizonte del ordenamiento jurídico en su conjunto, con la reseñada salvedad de los procesos penales. De ahí que tales previsiones sean también aplicables a las situaciones cubiertas por el artículo 141 del TCE (igualdad de retribuciones) y, en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, por las Directivas 92/85/CEE (embarazo y lactancia) y 96/34/CE (permiso parental). Asimismo, el apartado b) se refiere con una amplitud en la que es perceptible el ánimo de extender el ámbito de aplicabilidad de las excepciones probatorias a “cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al Derecho nacional en aplicación de las disposiciones contempladas en la letra a), con excepción de los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el Derecho nacional”<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> Asimismo las podemos encontrar en el art. 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Constituye también una de las fuentes de inspiración (y así se deduce de su preámbulo) de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>378</sup> Ello nos habrá de llevar a entender incluidos aquí también los procedimientos administrativos sancionadores y los contenciosos derivados de éstos, en tanto también constituyen expresión del poder punitivo del Estado. Así ITUREN I OLIVER, A., en SALA FRANCO, T. et. al. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, 2008, pp. 263 y ss.

<sup>379</sup> Sobre la cuestión es necesario remitirse a los clásicos y muy particularmente a ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, traducción de la 3ª edición (de 1951) por KROTOSCHIN, E., Buenos Aires 1956, pp. 25 y ss.

<sup>380</sup> Tales previsiones habían sido recogidas prácticamente en idénticos términos por el art. 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen

## 2. Ley de Igualdad y normas conexas

Bajo el genérico epígrafe “Prueba”, el artículo 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece lo siguiente:

“1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. (.) A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.”

Por otra parte, el apartado 3 de su DA 5ª ha encajado esta misma materia en el corazón de la norma procesal común, confiriendo una nueva redacción al número 5 del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y desplazando los preexistentes a los números 6 y 7). Frente a la norma general relativa a la carga de la prueba contemplada en el 217.2 LEC se viene a establecer aquí un criterio distintivo en los siguientes términos:

“5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. (.) A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.”

Asimismo, la DA 6ª LOIEMH ha modificado la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa añadiéndole un nuevo apartado 7 al artículo 60, que por tener idéntica redacción al reseñado nuevo art. 217.5 LEC no reiteraremos ahora.

Nuestro ordenamiento laboral conocía desde hace tiempo normas de acción positiva dirigidas hacia el fomento de la igualdad, las cuales habían dejado ya un polimórfico reflejo en las normas procesales propias de este orden jurisdiccional. De hecho, el inmediato precedente de la alteración de las normas de la carga de la prueba en materia antidiscriminatoria ha de buscarse en la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por RDLeg. 2/1995, de 7 de abril) en la versión redactada por el art. 40 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El art. 96 viene estableciendo que “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En el mismo sentido contamos además con el 179.2 LPL: “En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

---

racial o étnico y en el art. 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

No obstante su aparente concreción, el precepto es aplicable a todas las demandas de tutela de derechos fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso por mor del art. 181 LPL tras las reformas operadas primero por el art. 40.2 de la Ley 62/2003 y, en último término, por la DA 13.7 de la LOIEMH.

Diversas normas se refieren a medidas equiparables a las aquí presentadas, pero sin perjuicio de su relevancia, ahora nos fijaremos únicamente en algunas específicas del llamado derecho antidiscriminatorio. Así, en materia de discapacidad nos debemos referir al art. 20 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En materia de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de las personas, la cuestión de la carga de la prueba en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo fue abordada también por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (arts. 32 y 36)<sup>381</sup>. Establece en este sentido el art. 36 que “En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Obsérvese que tanto en este precepto como en los referidos en los dos párrafos anteriores (de los cuales cabe decir que ya han sido depurados por la jurisprudencia del TC) se alude a que el demandante habrá de aportar indicios, un detalle no menor que queda omitido en el régimen aplicable a las demandas de tutela frente a la discriminación por razón de sexo a raíz de la LOIEMH.

### III. ¿QUÉ ES LO QUE HAY QUE ACREDITAR?

Comencemos por el final del proceso, planteándonos la forma en que deberá el juzgador valorar la prueba practicada de forma que le conduzca a estimar una pretensión en la que se invoque una discriminación por razón de sexo, algo que deberá motivar de forma razonada. En primer lugar lo importante será determinar qué es lo que ha de acreditarse, para después plantearnos a quién le corresponde la responsabilidad de hacerlo en el juicio, asumiendo las cargas que conlleve el no hacerlo.

Con el ánimo de máxima síntesis que preside esta comunicación, parece claro que lo que el órgano sentenciador deberá apreciar para estimar una pretensión en la que se invoque una discriminación son básicamente tres elementos:

1. La existencia de una diferencia de tratamiento que genera o ha generado un perjuicio para los intereses o expectativas de un sujeto. Esto es, que el sujeto A es tratado de manera diferente a X, Y, Z, etc. y ello le origina una lesión que considera antijurídica.
2. La existencia de una situación de distinción de carácter objetivo que toma por base alguna cualidad ligada al sexo, entendida en el sentido del art. 3 LOIEMH. Esto es, que el sujeto A es objetivamente diferente a X,Y, Z, etc. en virtud de una cualidad

---

<sup>381</sup> Algo que por otra parte hay que conectar con el art. 4.2.c) ET en la redacción otorgada por el art. 37 de esta misma norma, referido al derecho de los trabajadores a no ser discriminados en función de los criterios que allí se citan.

vinculada a su condición de varón o de mujer (especialmente en este caso las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil).

3. Una relación causal entre la situación de distinción y la diferenciación en el trato generadora del perjuicio lo cual en definitiva, constituirá el soporte de la existencia de una conducta discriminatoria y condicionará el sentido de la resolución judicial.

De estos elementos será en este tercero en el que debamos reparar para comprender la reubicación del onus probandi a la que voluntariosamente aspira nuestra ley, pues lo que de verdad está haciendo es proporcionar al juez unas pautas sobre las que asentar su convencimiento en el momento de dictar sentencia. No deberíamos hablar tanto desde un plano subjetivo para referirnos a una reasignación entre los sujetos procesales de la carga de la prueba, como de la determinación objetiva de los elementos que han de acreditarse y, sólo secundariamente, de quién ha de hacer cada cosa<sup>382</sup>. Lo que está haciendo el legislador es estipular en abstracto cuándo ha de entenderse existente esa relación causante de la discriminación antijurídica: en aquellas circunstancias en las que queden acreditados los apartados 1) y 2) (que han de ser entendidos como los hechos constitutivos), sin que se justifique idóneamente la razonabilidad o proporcionalidad en el trato desigual (que, de existir, serían hechos excluyentes). La relación de causalidad que permitirá la estimación de la pretensión quedará subordinada precisamente a la justificación del carácter razonable de la diferencia.

Desde este punto de vista cabe advertir que nos encontraremos ante hipótesis normativas cuya finalidad no es regular la actividad de las partes en el proceso<sup>383</sup>, sino que vienen a asignar un valor probatorio preponderante a unos datos frente a lo que ocurre con otros<sup>384</sup>. Son pues normas puramente materiales de las que depende el que unos hechos puedan o no puedan considerarse acreditados y serán ellas las que vengán a marcar las pautas valorativas al juez. Tal fijación, ajena a la disponibilidad de las partes procesales, será apta para que el juzgador active la regla de juicio que se contiene a lo largo del art. 217 LEC, dando pie a la aplicación sobre la resolución judicial de las consecuencias derivadas de una eventual falta de prueba<sup>385</sup>.

Las acciones de discriminación positiva irrumpen así en el proceso como un mero reflejo del derecho material. Sin alterar la estructura procesal, serán aptas para determinar

---

<sup>382</sup> Sobre la carga subjetiva y objetiva de la prueba, vid. una vez más ROSENBERG, L., *La carga de la prueba...*, cit. pp. 11 y ss.

<sup>383</sup> Sin entrar aquí en la crítica que la cuestión se merece, recuérdese que el art. 12.2 LOIEMH ha abierto la posibilidad de que la tutela judicial frente a la desigualdad sea invocada en el proceso civil, social y administrativo no sólo por quien sufre la discriminación, sino también por “las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos”. La excepción viene constituida por los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo, en los que la única legitimada será la persona acosada. El ejercicio de la acusación popular, tan singular de nuestro proceso penal, queda así vedado cuando se trate de uno de estos delitos, lo cual parece no sólo razonable, sino también plenamente justificado.

<sup>384</sup> Sobre el levantamiento o aligeramiento de la carga de probar, particularmente en el derecho de daños, vid. ampliamente ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, 2004.

<sup>385</sup> Sobre la cuestión vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del Poder Judicial* n° 52, 4º trimestre 1998.

el resultado final al que el litigio llegará, pues son las que insuflan el ánimo a las pautas argumentativas que soporte en su momento la resolución judicial.

#### IV. PROBAR LA DISCRIMINACIÓN: ¿QUIÉN?

##### 1. La perspectiva del actor

###### *A) Inexistencia de una presunción de discriminación*

Es conocido que el régimen ordinario sobre la carga de la prueba viene establecido para el conjunto de nuestro ordenamiento procesal en el art. 217.2 LEC, al asignar al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Es la expresión legal de los aforismos *actori incumbit probatio* o *ei incumbit probatio qui dicit*, piedras angulares sobre la que se asienta el derecho probatorio. En el ámbito que ahora abordamos ello implicaría que la parte actora debiera acreditar necesariamente la existencia de conductas discriminadoras por razón de sexo (con arreglo a la normativa específica de que se trate), constituyendo éstas la razón de ser de la demanda de tutela jurisdiccional a la que se refiere el art. 12 LOIEMH. La ausencia de prueba de los enunciados sobre los hechos que se afirmen debería llevar consecuentemente a la desestimación de la pretensión (*actore non probante reus absolvitur*).

La realidad social nos demuestra, sin embargo, la enorme dificultad probatoria que presentan determinadas conductas contrarias al principio de igualdad, máxime cuando nos referimos al ánimo que preside la realización de actuaciones generadoras de discriminación directa y, particularmente, indirecta. El carácter oculto o disimulado en el que se produce la desigualdad pudiera convertirse en un caldo de cultivo idóneo para su consolidación en virtud de la imposibilidad de acreditarlo. Con el paso del tiempo, además, se abren nuevas vías que permiten la elusión de las normas de tutela de la igualdad, algo que muchas veces se reviste de maneras larvadas o enmascaradas y por ende son difícilmente reproducibles en el formalizado ámbito del proceso.

Al referirse a la tutela jurisdiccional en defensa del derecho a la igualdad, tanto el art. 13 LOIEMH como el nuevo art. 217.5 LEC o el 60.7 LJCA únicamente aluden a la formulación por la parte actora de unas alegaciones fundamentadas en actuaciones discriminatorias (por razón de sexo). De su literalidad pudiera deducirse por tanto una aparente quiebra del régimen del art. 217.2 LEC, pues pareciera suficiente la mera alegación de un estado de cosas, sin que tuviera que acreditarse nada más, para que se operase la alteración en la asignación de la carga de la prueba.

Ciertamente por un lado eso sería impensable en el procedimiento laboral (los arts. 96 y 179.2 LPL hablan de indicios) y por otro no encontraría aplicación cuando la discriminación se argumentara en motivos diversos a los contemplados en la LOIEMH, supuestos en los que también se exige la presencia de indicios. Ello ha dado pie a afirmar que mientras en el orden social se mantendría la traslación de la carga probatoria condicionada a la aportación de indicios por el demandante, en la jurisdicción civil y contenciosa se habría incorporado “una regla que parece ser de inversión total, automática e incondicionada”. A juicio de quienes esto defienden se habría producido una divergencia en la respuesta procesal en función de si la discriminación viene producida por razón de



sexo o por otros motivos, originando una injustificable “parcelación de la tutela antidiscriminatoria”<sup>386</sup>.

Por mi parte, considero que esta interpretación no ha de ser válida tampoco para la invocación de discriminación por razón de sexo ante los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso administrativo (el penal ya ha quedado excluido por mor del apartado 2 del art. 13 LOIEMH). De otro modo se estaría generando una verdadera situación de privilegio injustificado al instaurar una especie de presunción de discriminación, que se resolvería a continuación mediante una verdadera inversión de la carga de la prueba. No me cabe duda pues de que de la parte actora será exigible una actividad que permita ser calificada de mínima actividad probatoria de los hechos constitutivos de su pretensión<sup>387</sup>. Estamos por tanto ante otro claro fallo del legislador, únicamente interpretable como olvido o error, cuya relevancia no debe sobredimensionarse hasta permitir lo que constituirían verdaderas exoneraciones probatorias rayanas en la aberración procesal.

Un primer argumento que da fundamento a lo dicho lo hallamos en el propio derecho comunitario en el que tiene su origen este bloque normativo que, como hemos visto, se refiere siempre a “presentar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación”. El que se permita a los Estados miembros optar por regímenes probatorios más beneficiosos no puede ser leído de manera que origine una injustificable relevación absoluta en la necesidad de acreditar hechos<sup>388</sup>.

Desde una perspectiva de derecho comparado, esa necesidad de aportación preliminar de elementos que sustenten la existencia de una situación apta para la discriminación se halla presente, por ejemplo, en el derecho alemán. En efecto la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz de 14 de agosto de 2006 (BGBl. I S. 1897) contiene la norma especial sobre la carga de la prueba en su § 22, requiriendo en primer lugar, como es normal, que la parte actora acredite indicios de haber sufrido desigualdad de trato<sup>389</sup>. En

---

<sup>386</sup> En este sentido vid. CASTRO ARGÜELLES, MARÍA ANTONIA; ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson Civitas, 2007, pp. 210 y ss.

<sup>387</sup> En este mismo sentido vid. MARTÍN DIZ, F., “Garantías procesales en materia de protección judicial del derecho de igualdad”, en FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA; IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. LUISA; MERINO HERNÁNDEZ, ROSA M., *Igualdad ¿Para qué? (A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Granada 2007, p. 321.

<sup>388</sup> Tales previsiones han sido interpretadas por la jurisprudencia del TJCE, ciertamente en relación con el derecho laboral y además con diversos matices, pero en cualquier caso apuntando invariablemente en la misma dirección. Fue el caso, por ejemplo, de la STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Danfoss, en la que se aborda la cuestión de la desigualdad salarial. O bien de la STJCE de 8 de junio de 2004, C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c. Wirtschaftskammer Österreich en la que se establece con claridad la necesidad de que quien afirma la existencia de discriminación deberá acreditar en primer lugar que su posición es comparable (igual) (parág. 59). No será necesario acreditar el igual valor de los empleos comparados, cuando la diferencia (discriminación) venga causada directamente por la ley o el convenio colectivo: STJCE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, *Debra Allonby c. Acrington & Rossendale Collage, Education lecturing Services and Secretary for Education and Employment*.

<sup>389</sup> “Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die

el derecho italiano, el art. 40 del Codice delle Pari Opportunità (Decreto Legislativo 11 abril 2006, n. 198) establece (en materia laboral) la necesidad de que el actor aporte elementos de hecho, incluso estadísticos, que sean idóneos para fundar la presunción de existencia de actos, pactos o comportamientos discriminatorios por razón del sexo<sup>390</sup>. Contamos incluso con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se aborda la relación entre el art.14 CEDH (prohibición de discriminación) y el reparto de la carga de la prueba: SSTEDH de 6 de julio de 2005, en el asunto Nachova y otros c. Bulgaria o de 13 de diciembre de 2005, Timishev c. Russia<sup>391</sup>.

Sin ir tan lejos, estimamos que la más idónea justificación ha de buscarse en el propio art. 13 LOIEMH y, en concreto, en su inciso inicial al establecer expresamente que los desplazamientos del onus probandi se realizan “De acuerdo con las leyes procesales...”. Ello nos habilita para acudir a conceptos de ámbito más general, que serán los que nos proporcionarán los patrones para su interpretación. Así, el primero y definitivo será la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil, que nos habla sin lugar a dudas de la asignación a los litigantes no sólo de la carga de afirmar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, sino también la de acreditarlos.

Por último no creemos percibir en la mens legislatoris el ánimo de establecer un régimen diverso a lo que ocurre en el ámbito laboral, que le haría apartarse y por ende dilapidar una copiosa jurisprudencia antidiscriminatoria, tanto del TC como de la Sala 4ª del TS, en su análisis de todo tipo de supuestos<sup>392</sup>.

### ***B) Los indicios que han de acreditarse***

La aplicación de las normas procesales en su conjunto nos conduce a afirmar que quien invoque la existencia de una discriminación por razón de sexo no sólo tendrá que alegarla sino que, para obtener una resolución favorable a sus pretensiones, deberá acreditar indicios diversos, concomitantes entre sí y que permitan al órgano jurisdiccional realizar inferencias lógicas. Retomando ahora lo dicho supra, tales enunciados sobre hechos habrán de versar sobre: 1) la existencia de una diferencia objetiva de trato, generadora o apta para generar un perjuicio para un sujeto, y 2) una situación objetiva de desigualdad que encuentre su fundamento en el sexo (en el amplio sentido que permite la LOIEMH).

La jurisprudencia del TC en materia laboral ha establecido invariablemente que la mera alegación de la existencia de un elemento sobre el que sustentar la discriminación por razón de sexo, aunque se proyecte sobre unos hechos que se relatan, no puede ser considerada suficiente pues deberá ir acompañada de una mínima actividad probatoria. Si

---

Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.”

<sup>390</sup> 1. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.

<sup>391</sup> Pudiera mencionarse también la STEDH de 7 de febrero de 2006, D.H. y otros c. República Checa referida a un supuesto de discriminación indirecta.

<sup>392</sup> Esta opinión es compartida con ITUREN I OLIVER, ALBERT, *Comentarios...*, op cit., pp. 256 y s.

la demanda se fundase en alegaciones meramente retóricas o “faltase la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado” (STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; ATC 89/2000, de 21 de marzo y STC 111/2003, de 16 de junio, FJ 4)<sup>393</sup>. También el TJCE, en los supuestos de desigualdad salarial entre mujeres y hombres, ha sentado con claridad el criterio de que la carga de la prueba corresponderá al empleador, pero sólo una vez que el empleado que invoca la discriminación hubiere acreditado la igualdad entre los dos trabajos por los que se percibe diferente remuneración<sup>394</sup>.

Las justificaciones del tipo “no hay ninguna otra razón por la cual haya podido sufrir un tratamiento distinto”, no pueden considerarse suficientes: el acento ha de ser puesto precisamente en la constatación de los extremos reseñados. Cabe destacar así que una de las formas en que mejor podrán acreditarse los indicios será mediante la llamada prueba estadística, esto es, la utilización de datos cuantitativos reveladores de un desfase entre las veces que se produce el trato diferente y las que se presenta una situación diferente por razón del sexo<sup>395</sup>. En el caso de la discriminación por este motivo la facilidad en el acceso a la información relevante puede facilitar este tipo de alegaciones, pues no será complejo elaborar estadísticas de contratación desglosadas entre mujeres y hombres<sup>396</sup>. Mayor dificultad, si no una absoluta imposibilidad, de utilizar este tipo de argumentos se presenta en otros tipos de discriminación como ocurrirá, por ejemplo, en el caso de que se alegue una discriminación por razón de la orientación sexual. Puesto que se tratará de un dato en principio ignorado u oculto al conocimiento público, podrá no haber jugado ningún papel en la constitución de la relación jurídica de que se trate o en las posteriores vicisitudes con que se desenvuelve ésta.

---

<sup>393</sup> Vid. además, entre otras, SSTC 87/1998, de 21 de abril; 29/2000, de 31 de enero; 30/2002, de 11 de febrero; 49/2003, de 17 de marzo; 79/2004 de 5 de mayo y 41/2006, de 13 de febrero.

<sup>394</sup> Es particularmente clara a este respecto la STJCE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Sussana Brunnhofer c. Bank der Österreichischen Postsparkasse AG, párrafos 51-62. En materia de discriminación por razón del embarazo vid. STJCE de 11 de octubre de 2007, asunto C 460/06, Nadine Paquay c. Société d’architectes Hoet + Minne SPRL.

<sup>395</sup> Por servirnos de un ejemplo de la jurisprudencia comunitaria llamamos la atención sobre el párrafo 69 de la STJCE de 10 de marzo de 2005, C-196/2, Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikinonion Ellados AE: “(...) cuando una medida que distingue a los empleados en función de su tiempo de trabajo afecte desfavorablemente, de hecho, a un número muy superior de personas de un sexo que del otro, corresponde al empresario demostrar que existen razones objetivas que justifican la diferencia de trato constatada (véanse las sentencias de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I 5535, apartados 13, 14 y 18, y de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C-381/99, Rec. p. I 4961, apartados 52, 53 y 60).

<sup>396</sup> Destacaba el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica (de fecha 26 de abril de 2006) que ligado a la prueba de esa discriminación está que la situación de desventaja de un sexo respecto del otro fuera susceptible de prueba mediante la llamada prueba estadística. Recordaba, no obstante, la doctrina del TJCE en el sentido de que no bastaría con estar al dato cuantitativo -número de mujeres afectadas- sino que, además, debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país, y con la proporción entre trabajadores masculinos y femeninos (Sentencia Regina/Secretary of Employment, de 9 de febrero de 1999).

Desde mi punto de vista, la intensidad de esta prueba no deberá ser contemplada de manera meramente formal, buscando en el actor que acredite una mera probabilidad o una apariencia de verosimilitud, sino que debe alcanzar la suficiencia para articular el pleno convencimiento judicial<sup>397</sup>. En otras palabras, estimo insuficiente a este respecto lo que conocemos como “principio de prueba”, pues desde mi punto de vista será necesario entrar en el ámbito de la plenitud probatoria más allá de toda duda razonable si bien constreñido a unos concretos extremos fácticos. Naturalmente el objeto de la prueba no será el ánimo en la discriminación sino, tal y como hemos dicho anteriormente, aquellos dos aspectos cuya prueba incumbe al actor: la existencia de un tratamiento diferenciado y de una situación objetivamente diversa que esté relacionada con el sexo del afectado.

### ***C) Informes de organismos públicos competentes***

Las partes podrán instar del órgano jurisdiccional que éste recabe, si lo estimase útil y pertinente, informes o dictámenes de los organismos públicos competentes (segundo párrafo del art. 13.1 LOIEMH, con precedente en el art. 95.3 LPL). Se alude así a la intervención procesal en calidad de perito de determinadas instituciones tales como el Instituto de la Mujer o los organismos tuteladores de la igualdad en las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales. Constituye ésta la vía más idónea para dar cabida a la incorporación al proceso de la prueba estadística o de las valoraciones realizadas desde ámbitos oficiales con un alto grado de especialización, contribuyendo a integrar las máximas de experiencia del tribunal.

Obsérvese además que si bien normalmente será el demandante quien promueva la participación activa de este tipo de organismos, no hay nada que impida que sea el demandado quien pueda servirse de sus informes. Además, en virtud del principio de adquisición probatoria, una vez aportada la prueba al proceso el juez habrá de tomarla en consideración a todos los efectos con lo que pudiera ser apta para sustentar los criterios tanto del demandante como del demandado.

Sin entrar ahora en un análisis profundo de la materia cabe decir que su encauzamiento procedimental deberá articularse a través del art. 381 LEC, relativo a las “respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas”.

## **2. La perspectiva del demandado**

Una vez acreditados los extremos reseñados por el actor, y sólo cuando esto ha ocurrido, incumbirá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad con el fin de eludir un pronunciamiento condenatorio. En realidad se tratará de aportar una justificación objetiva, razonable y de entidad suficiente de su actuación, de la cual pueda deducirse que o bien no ha existido discriminación o bien que ésta se hallaba amparada por la ley o contaba con una causa justificante.

La práctica procesal acredita que la alegación de este último extremo puede generar dudas en los órganos jurisdiccionales cuando previamente se hubiere afirmado que no ha existido en ningún caso la discriminación invocada, algo que ocurre con frecuencia en los supuestos de discriminación indirecta.

---

<sup>397</sup> En sentido contrario vid. la citada STC 111/2003 que admite diversos “resultados de intensidad” en la aportación de la prueba por la parte actora. O bien la más reciente STC 17/2007, de 12 de febrero, en la que se habla de una “razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato”.

Es claro que la ley hubiera debido venir formulada en positivo, refiriéndose no a la prueba de ausencia de discriminación, sino a la de los hechos de los que se dedujera igualdad en el trato. Y ello por cuanto compeler a probar la “ausencia de discriminación” es tanto como obligar a probar hechos negativos (por ejemplo, que no se ha producido una conducta susceptible de ser tachada como discriminatoria). Si los órganos jurisdiccionales quisieren respetar a pie juntillas la dicción de la ley, estarían viéndose obligados a requerir de la parte demandada el que se sirviera de una probatio diabolica.

## EL CONTROL DE LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS PERSONALES EN LA SEGUNDA INSTANCIA CIVIL

JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili (España)

ELISABET CERRATO GURI

Profesora Ayudante de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili (España)

### I. INTRODUCCIÓN: LA ORALIDAD Y LA INMEDIACIÓN EN LA LEC 1/2000

El principio de oralidad fue recogido en el art. 120.2 de la Constitución Española (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 pudiera aprobarse en un futuro debería asumir este principio. Y así sucedió con la 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”<sup>398</sup>.

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 sentenciador. El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hace que la justicia sea más cercana 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 certera 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 fáctico.

Esta exigencia de inmediación la encontramos recogida en los arts. 137 y 289.2 LEC (inmediación en sentido amplio). Y para garantizar su pleno respeto, 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).

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 (inmediación en sentido estricto) 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 jurisdiccionales. En caso contrario, cuando por cualquier motivo ello sea imposible, deberá repetirse el acto oral, y así lo establece el art. 200 LEC, pues de no ser

---

<sup>398</sup> Punto octavo del epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

así, a pesar de que la ley expresamente no lo diga, deberá decretarse la lógica nulidad de actuaciones<sup>399-400</sup>.

La intermediación judicial encuentra, si bien de forma indirecta, un doble fundamento constitucional: por un lado, como hemos indicado, a través de la constitucionalización de la oralidad (art. 120.2 CE); y por otro, mediante el derecho a un proceso con todas las garantías. Sobre este último derecho debe traerse a colación la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional –surgida a raíz de su sentencia del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre<sup>401</sup> que, siguiendo la sustentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sede de proceso penal, entiende que en virtud de dicho derecho el tribunal de apelación no puede revocar una sentencia absolutoria para dictar otra condenatoria en función exclusivamente de la valoración que pueda realizar de las pruebas personales practicas en la primera instancia<sup>402</sup>. Así, en este caso, la STC 197/2002, de 28 de octubre destaca que “la revisión y sustitución por la Audiencia Provincial de la valoración efectuada por el Juzgado de lo Penal de las pruebas practicadas en el acto del juicio, sin respetar el principio de intermediación [...] no tiene que ver propiamente con el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que es en el que se integra la exigencia de intermediación y contradicción (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9, por todas)”.

## II. LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

La segunda instancia ha sido tradicionalmente configurada en las leyes de enjuiciamiento civil españolas como una *revisio prioris instantiae*<sup>403</sup>, caracterizada por la posibilidad que tiene el tribunal superior de controlar toda la actividad procesal desarrollada por el juez *a quo* y la corrección de la sentencia de fondo<sup>404</sup>. En consecuencia, como indicó CHIOVENDA, el tribunal *ad quem* se encuentra frente a la demanda en la

---

<sup>399</sup> De igual modo, CALDERÓN CUADRADO, P., *El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea*, en “Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra”, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 831; y PÉREZ ASENJO, A.I., *La valoración de la prueba en segunda instancia*, en “Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil”, coords. X. Abel y J. Picó, edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2008, p. 150.

<sup>400</sup> Y, en este sentido, también se pronuncia la SAP de Lugo –Sección 1<sup>a</sup>- 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 estuvo presente en el acto del juicio.

<sup>401</sup> Si bien es justo reconocer que dicha doctrina ya había sido formulada en el voto particular del magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo –al que se adhirió D. Manuel Jiménez de Parga- en la STC 172/1997, de 14 de octubre de 1997.

<sup>402</sup> Para el estudio de la aplicación de esta doctrina del Tribunal Constitucional al ámbito del recurso de apelación civil me remito al interesante trabajo de CALDERÓN CUADRADO, P., ob. cit., pp. 847 a 852.

<sup>403</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *El razonamiento de los tribunales de apelación*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 31.

<sup>404</sup> Sin ánimo de extendernos en este punto, porque excedería los límites del trabajo, somos conscientes de que la segunda instancia española tradicionalmente también ha permitido, si bien con carácter excepcional, la formulación de nuevos hechos y la práctica de nuevas pruebas, lo que le aparta, en cierta medida, del modelo de *revisio prioris instantiae* para acercarlo al del *novum iudicium*.

misma posición que el juez de primer grado en el momento de ir a fallar, correspondiéndole los mismos poderes y los mismos deberes<sup>405</sup>.

Esta configuración de la segunda instancia es la que inspira la regulación de la LEC: así, el punto segundo del párrafo XIII de su Exposición de Motivos indica que “La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada”. Y por ello, el art. 456.I LEC dispone: “En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”.

Y este modelo de apelación es plenamente constitucional: así, a modo de ejemplo, la STC 3/1996, de 15 de enero destaca: “En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una *revisio prioris instantiae* en la que el tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (*quaestio iuris*)”<sup>406</sup>.

III. CUESTIÓN PROBLEMÁTICA A DEBATIR: ¿PUEDE EL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA CIVIL CAMBIAR LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS PERSONALES PRACTICADAS CON INMEDIACIÓN POR EL JUEZ DE INSTANCIA?

### **1. Planteamiento de la cuestión**

En la aplicación judicial de la LEC se está detectando un problema de especial repercusión práctica: algunas Audiencias Provinciales niegan la posibilidad de controlar el correcto enjuiciamiento fáctico de la sentencia recurrida con base en una revisión de los resultados alcanzados con las pruebas personales, esto es, los interrogatorios de las partes y testigos, y las declaraciones orales de los peritos, en función de los argumentos que seguidamente pasamos a exponer de forma crítica.

### **2. Análisis crítico de los argumentos para negar dicho control en segunda instancia**

Los dos argumentos que con frecuencia se utilizan son los de proteger la debida intermediación judicial, y el carácter restrictivo de la regulación del recurso de apelación.

#### ***A) El debido respeto a la intermediación judicial***

En el ámbito estricto del proceso civil, encontramos numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que impiden en apelación el control de la valoración de las pruebas personales practicadas en la instancia por vulnerar la intermediación judicial. Así, suele afirmarse que permitir dicho control supondría un atentado a los arts. 137 y 194 LEC

---

<sup>405</sup> CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, traducción de E. Gómez Orbaneja, 1ª edición, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 382.

<sup>406</sup> De igual modo, vid, sus sentencias 272/1994, de 17 de octubre; o 194/1990, de 29 de noviembre, entre otras muchas.



reguladores, como hemos indicado, de la intermediación en sentido amplio y restrictivo, respectivamente<sup>407-408</sup>.

Lo cierto es que la actual configuración legal del recurso de apelación, como revisión plena del material –fáctico y jurídico– de la primera instancia, nos conduce a un panorama “confuso” o “contradictorio” entre la oralidad y segunda instancia<sup>409</sup>: por un lado, la amplitud de control del material probatorio practicado en primera instancia, y por otro, la necesidad de respetar la valoración probatoria realizada por el juez a quo.

Este debate ha venido a complicarse por la citada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance constitucional de la intermediación judicial en el proceso penal, inspirado también por el principio de oralidad. El primer interrogante que debemos resolver es el de su posible aplicación al proceso civil: si bien es cierto que todas las resoluciones del TC hacen referencia sólo al proceso penal<sup>410</sup>, en principio dicha doctrina

---

<sup>407</sup> Para ilustrar este razonamiento, y por su claridad y síntesis expositiva, puede destacarse la SAP de Toledo –sección 2ª- de 16 de octubre de 2006 (número de recurso 315/2006, Ponente: Rafael Cáncer Loma), en cuyo fundamento jurídico segundo afirma: “Dada la naturaleza del motivo de impugnación implícitamente formulado, debe comenzarse por recordar que la intermediación sitúa al juez de primera instancia en una posición privilegiada para valorar la prueba practicada en su presencia, lo que, unido al principio de libre valoración, motiva que sea frecuente entre las Audiencias entender que el control que puede hacerse en esta segunda instancia de la valoración efectuada por el Juez *a quo* debe ceñirse al respeto de las reglas relativas al *onus probandi*, a la legalidad de la prueba practicada y a la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad de las apreciaciones y conclusiones que se extraen de dichas pruebas (vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia de 4 de mayo de 2001, de Vizcaya de 11 de abril de 2002, de Salamanca de 9 de septiembre de 2002, de Asturias de 29 de octubre de 2002, de Palencia de 26 de diciembre de 2002, de Alicante de 2 de julio de 2002 ó 31 de enero de 2003, de Córdoba de 21 de febrero de 2003 ...), postura que ha adoptado esta Audiencia en sentencias precedentes (vid. por todas las sentencias de 17 de diciembre de 2003)”. Desde esta perspectiva, no puede hacerse reproche alguno a la valoración que hace el juzgador del resultado que arroja la prueba (conclusiones fácticas impugnadas) en función del cúmulo de impresiones directas que el principio de oralidad e intermediación le permite, pudiendo aquél apreciar personalmente su resultado así como la forma de expresarse y conducirse de los testigos y las partes en la narración de los hechos. Así no existe obstáculo legal o procesal que impida otorgar mayor credibilidad a la declaración de uno o de varios testigos frente a la versión ofrecida por otros o por las partes, no siendo revisable la prueba practicada en la instancia en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador al no intervenir esta Sala en la actividad probatoria, evitando con ello el riesgo de incurrir en interpretaciones subjetivas. En síntesis, existe el soporte probatorio que justifica los razonamientos esgrimidos por el Juzgador de instancia y el alcance que se le atribuye a las declaraciones oídas, y éstos en nada pugna con las reglas de la lógica y los principios de la experiencias”. Y, en esta misma línea, vid. la SAP de Salamanca -sección 1ª- de 18 de septiembre de 2006 (número de recurso 148/2006, Ponente: José Ramón González Clavijo).

<sup>408</sup> También en la doctrina se mantiene esta tesis: así, vid. por todos MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª edic., edit. Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 634 a 637.

<sup>409</sup> Adjetivos empleados respectivamente por CALDERÓN CUADRADO, P., ob. cit., p. 809; y PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil (Facultades de las partes y poderes del tribunal “ad quem”)*, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 360.

<sup>410</sup> Y respecto al mismo se han alzado fundadas reflexiones que someten a crítica dicha jurisprudencia en la medida en que la imposibilidad de controlar el resultado de la

podría aplicarse también al proceso civil pues su fundamento se sitúa no en la presunción de inocencia –lo que podría limitar el alcance de tal doctrina al proceso penal- sino al derecho a un proceso con todas las garantías, vigente en cualquier tipo de proceso.

Sin embargo, esta doctrina debe limitarse a sus justos términos:

a) No debe entrar en juego cuando existen otros medios de prueba no personales (documentos, dictámenes periciales, o instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen); cuando el resultado de la prueba de instancia se desvirtúe por nuevos elementos probatorios practicados en la apelación; cuando estemos ante cuestiones estrictamente jurídicas; cuando el enjuiciamiento fáctico se fundamente en presunciones o afecte a datos objetivos ajenos a la declaración del interrogado<sup>411</sup>.

b) Y no puede entrar en juego cuando se hayan grabado las actuaciones probatorias, por lo que la operatividad de la doctrina del TC será menor, pues en el proceso civil, a diferencia del penal, se graban todas aquellas actuaciones probatorias desarrolladas en el juicio o vista. Por ello, aún siendo cierto que la inmediación lograda en primera instancia no será la misma que la que pueda lograrse mediante un CD, un DVD o cualquier otro soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen (art. 187 LEC)<sup>412</sup>, no es menos cierto que los magistrados de la Audiencia Provincial pueden revisar las declaraciones de las partes, testigos y peritos<sup>413</sup>, y contrastarlas con la motivación fáctica de

---

inmediación puede convertirse “en un cheque en blanco para motivar menos” (IGARTUA SALAVERRIA, J., *El nombre de la “inmediación” en vano*, en “La Ley”, 2003, T.2, p. 1729); “en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar [...] (lo que conduce) a la consagración de un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo” (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, en “Jueces para la Democracia”, núm. 46, 2003, pp. 59 y 61); lo que fomenta “el arbitrio de los juzgados de lo penal” (GIMENO SENDRA, V., *La inmediación en la 2ª Instancia y las sentencias arbitrarias de la primera*, en “La Ley”, núm. 6876, 5 de febrero de 2008, p. 2).

<sup>411</sup> Como, por ejemplo, dar menor o mayor credibilidad a la declaración de un testifical al estimar o desestimar la tacha del testigo interrogado.

<sup>412</sup> Al faltar la percepción original inmediata es posible que algunos aspectos del lenguaje corporal se limiten en cierta medida, como también es cierto que al tribunal no le será posible formular aclaraciones al declarante. Sin embargo, otros aspectos de su lenguaje sí podrán controlarse: la inseguridad, titubeo o nerviosismo en las respuestas, el tono de voz, la firmeza y rapidez en las contestaciones, la mímica, los silencios, las rectificaciones o respuestas evasivas, la capacidad explicativa, etc). En este sentido, vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador*, en “Jueces para la Democracia”, núm. 48, 2003, p. 87; y JORGE BARREIRO, A., *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)*, en “Jueces para la Democracia”, núm. 48, 2003, p. 79.

<sup>413</sup> Cuestión distinta es determinar cuándo y cómo los magistrados de la sección civil de la Audiencia Provincial pueden efectuar el visionado del CD o DVD. En principio, no debe haber problema alguno para que el ponente pueda convocar al resto de magistrados integrantes de la sección para realizar dicho visionado en cualquier momento de la resolución del recurso de apelación. Al respecto, vid. GARCÍA PAREDES, A., *Un nuevo recurso de apelación*, en “La Ley”, núm. 6952, 23 de mayo de 2008, p. 2

la sentencia<sup>414</sup>. Con ello, se garantiza la plena virtualidad y eficacia del recurso de apelación, pues se asegura su plena naturaleza legal de revisión de todo lo practicado en la instancia (la revisio prioris instantiae), y no podemos olvidar que el derecho al recurso legalmente previsto forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>415</sup>. Precisamente, para facilitar el correcto cumplimiento de la función legalmente prevista a este recurso, se exige la citada grabación<sup>416</sup>, que de no existir y alegarse en apelación error en la valoración de la prueba personal deberá originar la nulidad de actuaciones, pues la Audiencia Provincial carecerá de toda posibilidad para juzgar acerca de la corrección de dicha valoración probatoria<sup>417</sup>.

En definitiva, entendemos que esta posición intermedia -que ni permite revisar indiscriminadamente en apelación las pruebas personales practicadas en la primera instancia, ni niega con rotundidad dicho control- es la que posibilita resolver correctamente el “estado de confusión” o contradicción entre oralidad y segunda instancia. Así, por un lado, permite a la segunda instancia cumplir con su función revisora, y por otro lado, está acorde con las exigencias legales de la inmediación: la LEC pretende garantizar la inmediación, y ésta se da tanto en primera instancia, asegurando que el juez que ha estado presente en la práctica de las pruebas personales es quien dictará sentencia (arts. 137 y 194 LEC), como en la segunda, donde también los magistrados de la Audiencia Provincial deben estar presentes en la práctica de la prueba en la vista (art. 464.1 LEC) que valorarán para dictar su sentencia, en la que también podrán someter a enjuiciamiento crítico la

---

<sup>414</sup> En la misma línea, PÉREZ ASEJO destaca que: “Resulta indudable que el contacto directo con las partes y las pruebas personales producen una serie de inconscientes sensaciones, pero entiendo que éstas, como las que se inducen de la valoración conjunta de la prueba, las reglas de la experiencia y todo aquello que nos permite crear nuestro convencimiento sobre como han sucedido unos hechos, deben quedar perfectamente reflejados en la valoración que de la prueba se haga en la sentencia. De esa forma se permite que en apelación se haga un juicio crítico sobre la misma que junto con el visionado de las pruebas permita discrepar o no de aquella valoración mediante unas explicaciones concretas al caso, fundamentadas y ajustadas perfectamente a una racionalidad que se entiende inherente tanto al juzgado de instancia como al de apelación” (ob. cit., p. 155).

<sup>415</sup> Este razonamiento lo encontramos en ANDRÉS IBÁÑEZ, P., ob. cit., p. 66; y GIMENO SENDRA, V., ob. cit., p. 2. Y, de igual modo, PÉREZ ASENJO destaca que “respecto de la revisión del material fáctico entiendo que se produce una desnaturalización del derecho al recurso, como segunda instancia de revisión íntegra del primer fallo, si negamos el control fáctico de lo discutido” (ob. cit., p. 158); y HERRERA ABIÁN considera que la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba en segunda instancia para proteger la inmediación “provoca(n) un comportamiento *contra legem* que desnaturaliza la segunda instancia civil [...] (esta tesis) es exagerada y poco acorde con los principios que informan la apelación y configuran su alcance” (*La inmediación como garantía procesal*, edit. Comares, Granada, 2006, pp. 67-68).

<sup>416</sup> Éste constituye el motivo básico de la introducción de los modernos medios de reproducción del sonido y la imagen (otra razón es la de asegurar un mecanismo de prueba para verificar la nulidad de actuaciones del art. 137.3 LEC, esto es, la que se deriva de la ausencia de la debida presencia judicial en tales actos, acabando así con la dinámica adquirida durante muchos decenios de “corruptela procesal” consistente en dar por inmediato actuaciones realizadas en ausencia del juez).

<sup>417</sup> Como destaca la SAP de Salamanca de 27 de junio de 2006, f.j. 3º (LA LEY 175146/2006).

prueba practicada en la primera instancia al tener acceso directo a la misma gracias a los modernos soportes de reproducción del sonido y la imagen<sup>418, 419</sup>.

En conclusión, sólo cuando no exista este CD o DVD, por haberse sustituido por un acta realizada por el Secretario Judicial, o bien estos instrumentos no tengan la calidad suficiente para verificar su propio contenido, podrá plantearse la aplicación de la jurisprudencia del TC pues, en este caso, ningún tipo de intermediación de la primera instancia será apreciable en la segunda<sup>420</sup>, pudiéndose incluso solicitar la nulidad de actuaciones por infracción de las normas de procedimiento causantes de indefensión material cuando se formula la apelación alegándose error en la valoración de la prueba, pues se impide al tribunal de apelación poder enjuiciar la indebida valoración probatoria del juez a quo<sup>421</sup>.

***B) La imposibilidad de controlar la valoración de la prueba salvo que el enjuiciamiento fáctico no responda a parámetros de lógica.***

En ocasiones las Audiencias Provinciales evitan valorar el resultado de la prueba practicada en primera instancia por entender que esa es una función que no les corresponda, salvo que el razonamiento judicial de instancia sea ilógico, irracional, arbitrario, incongruente, absurdo, etc. Como claro ejemplo de este tipo de argumentación puede destacarse la SAP de Granada –sección 4ª- de 7 de julio de 2006, que deniega el motivo de apelación basado en error en la valoración de la prueba con base a la siguiente argumentación (fundamento jurídico primero): “[...] la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que si pueden proponer las pruebas que la normativa legal autoriza, principio dispositivo y de rogación, pero en modo alguno tratar

---

<sup>418</sup> Por todo ello, entendemos que debe seguir vigente la clásica jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo según la cual “el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede según su libre y prudente arbitrio apreciar las pruebas como considere que en justicia procede, y en tal sentido puede desde luego apoyarse en una prueba que le merezca mayor credibilidad y desatender las demás, según las circunstancias del caso y de los autos que tenga ante sí” (STS de 29 de abril de 1991, fundamento jurídico segundo, RA 3105). De igual modo, vid. la jurisprudencia mencionada por CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, edit. Trivium, Madrid, 1992 (nota 436); BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 108; PÉREZ ASENJO, A.I., ob. cit., p. 147 (nota 17); y RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, T.II, edit. Atelier, Barcelona, 2008, p. 1460 (nota 5).

<sup>419</sup> De igual modo, cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Artículo 137. Presencia judicial en las declaraciones, pruebas y vistas*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, T. I, coords. M.A. Fernández; J.Mª. Rifá y J.F. Valls, edit. Iurgium-Atelier, Barcelona, 2001, p. 605; MUÑIZ CALAF, B., *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 365; HERRERA ABIÁN, R., ob. cit., pp. 69-70; PÉREZ ASENJO, A.I., ob. cit., pp. 151, 152 y 155. En contra, vid. MONTERO AROCA, J., ob. cit., pp. 636-637; y PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., p. 361

<sup>420</sup> Por esta razón, con referencia al proceso penal, se insta la rápida instalación de sistemas aptos de grabación de los juicios orales a efectos de evitar la aplicación de la doctrina del TC: en este sentido, vid. LÓPEZ COIG, *La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?*, en “La Ley”, 2006, T.4, p. 1774; o GIMENO SENDRA, V., ob. cit., p. 3

<sup>421</sup> En este sentido, por su carácter sumamente gráfico y didáctico me remito a la citada SAP de Salamanca de 27 de junio de 2006 (LA LEY 175146/2006).

de imponerlas a los Juzgadores (STS 23-9-96), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia hizo de toda la prueba practicada, por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al Juez a quo y no a las partes (STS 7-10-97), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los Órganos Judiciales por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1-3-94). Y es que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25-193), en valoración conjunta (STS 30-3-88), con el predominio de la libre valoración, que es potestad de los Tribunales de instancia a efectos de casación, pero cuyo criterio es también predicable en parte respecto del recurso de apelación, porque el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida a la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. Por ello, dado que los preceptos de la LEC relativos a las pruebas no contienen reglas valorativas sino admoniciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del juzgador debe demostrarse que ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo, no razonable, o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio, constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo, un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que hay que respetar en tanto no se acredite que es irrazonable<sup>422</sup>.

Este tipo de razonamiento adolece de un error conceptual básico: confundir el recurso de apelación –ordinario- con el de casación –extraordinario-, y de hecho, si nos fijados en su exposición, observamos la cita continua de sentencias del Tribunal Supremo, cuya doctrina tiene sentido en sede de casación pero nunca en apelación, ya que el recurso ante el Alto Tribunal en ningún caso da lugar a una tercera instancia en la que pueda enjuiciarse la errónea valoración de la prueba de los hechos. Sin embargo, el recurso ante la Audiencia Provincial sí es precisamente una segunda instancia, por lo que la anterior doctrina judicial pretende transformar el recurso de apelación en una suerte de recurso extraordinario. La diferencia es clara<sup>423</sup>. Por ello, en segunda instancia puede procederse libremente a “revalorar” los resultados de la prueba practicada, sin limitarse a corregir errores manifiestos o valoraciones ilógicas, absurdas o irracionales de los jueces de instancia.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

---

<sup>422</sup> De igual modo, vid. las SSAP de Pontevedra –sección 2ª- de 5 de julio de 2006 (EDJ 2006/256038); de Salamanca -sección 1ª- de 18 de septiembre de 2006 (RA 138/2006); o de Palencia –sección 1ª- de 13 de junio de 2006 (EDJ 2006/259245).

<sup>423</sup> Y en este sentido se ha pronunciado desde siempre nuestro Tribunal Supremo: así, ya en su sentencia de 29 de abril de 1991 (RA 3105), en su f.j. 2º, destaca que “el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado y puede según su libre y prudente arbitrio apreciar las pruebas como considere que en justicia procede, y en tal sentido puede desde luego apoyarse en una prueba que le merezca mayor credibilidad y desatender las demás, según las circunstancias del caso y de los autos que tenga ante sí”.

La configuración de la segunda instancia como una revisio prioris instantiae es compatible con la posibilidad de controlar la valoración judicial de las pruebas personales practicadas en la primera siempre que exista la oportuna grabación audio-visual de lo realizado en dicha instancia, no suponiendo ello una vulneración de la debida garantía procesal de la intermediación judicial.

Siendo conscientes de que ello no es una opinión pacífica -ni entre los autores ni en la doctrina de las Audiencias Provinciales-, pues ciertamente el grado de intermediación no será el mismo en ambas instancias, entendemos que nuestra tesis supera los inconvenientes de las diferentes propuestas que se han formulado para evitar la problemática aquí analizada:

- En primer lugar, se ha indicado la posibilidad de permitir a las partes que puedan volver a solicitar en apelación la práctica de las pruebas personales erróneamente valoradas por el juez de instancia<sup>424</sup>. Al margen de que ello exigiría modificar el art. 460.2 LEC, que en apelación limita la actividad probatoria a instancia de parte a aquella que no haya sido admitida o realizada ante el juez a quo, lo cierto es que la práctica generalizada de pruebas en segunda instancia atentaría contra la naturaleza revisora del recurso de apelación<sup>425</sup>, probablemente serviría de poco debido a que se perdería el necesario grado de sorpresa que hay en todo interrogatorio libre<sup>426</sup>; e iría en detrimento de la rápida resolución del recurso - que en la actualidad ya no se resuelve dentro de los plazos legalmente previstos-, penalizando así el derecho al proceso en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas<sup>427</sup>;

- En segundo lugar, también podría pensarse como solución permitir que la Audiencia Provincial pueda actuar su iniciativa probatoria con las diligencias finales y ordenar la repetición de aquella prueba personal cuya revisión pretenda realizar pues, como indica la STS de 16 de mayo de 2007 (LA LEY 1190/2007), si bien no están previstas en segunda instancia “tampoco están prohibidas” por lo “que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española frente a una imprevisión de la ley”. Sin embargo, entendemos que no se reúnen los requisitos del art. 435.2 LEC para las diligencias finales, pues en la instancia ha habido actividad probatoria plenamente conducente pero erróneamente valorada por el juez a quo.

- Y, finalmente, en tercer lugar, se ha propuesto modificar la regulación del recurso de apelación para excluir la errónea valoración de la prueba<sup>428</sup>, si bien ello supondría

---

<sup>424</sup> Cfr. PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., pp. 359 y 362; y HERRERA ABIÁN, R., ob. cit., p. 69.

<sup>425</sup> Así, PÉREZ ASENJO, A.I., ob. cit., pp. 152-153.

<sup>426</sup> Como apunta ANDRÉS IBÁÑEZ, “el examen de las fuentes de prueba personales en régimen de intermediación no puede reiterarse sino es al precio de una importante pérdida de autenticidad, y de fiabilidad, por tanto de los datos que pudieran obtenerse. Ello es debido a que el uso de los correspondientes medios probatorios y el conocimiento por los sometidos a ellos del resultado ya atribuido a sus aportaciones en una primera apreciación, condicionan – de forma no necesariamente consciente, aunque también- ulteriores comportamientos” (ob. cit., p. 66).

<sup>427</sup> En la misma línea, CALDERÓN CUADRADO indica que para aceptar esta solución “habríamos de ser conscientes del coste de tiempo y de las dificultades de una nueva comparecencia” (ob. cit., p. 852).

<sup>428</sup> Cfr. PASCUAL SERRATS, R., ob. cit., p. 361.

eliminar la tradicional configuración de este recurso como ordinario para convertirlo en extraordinario, prescindiéndose de la garantía de una verdadera y plena segunda instancia.

## LA QUIEBRA DE LA INMEDIACIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCESO CIVIL

MARTA DEL POZO PÉREZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca

### I. INTRODUCCIÓN: ORALIDAD E INMEDIACIÓN

“La trascendencia, o la gravitación, del principio de oralidad no puede compararse con la que tiene el principio de inmediación en la vida del proceso. Debo de decir una vez más soy inmediacionista antes o más que oralista...”. SENTÍS MELENDO.

Una de las características más sobresalientes de la reforma del proceso civil por mor de la LEC de 2000 es la, ya conocida, potenciación del principio de oralidad.

La doctrina procesalista aborda la oralidad extrayendo de su vigencia toda una serie de principios que se derivarían, por tanto, de ésta<sup>429</sup> además, y en esta línea de pensamiento, se acuña la expresión de “principios-consecuencia”<sup>430</sup> concepto que aparece ya esbozado, a nuestro juicio<sup>431</sup>, por CHIOVENDA<sup>432</sup>. En este sentido, y continuando con lo que acabamos de exponer, los principios de inmediación, concentración publicidad, serían, por tanto, resultado de la oralidad<sup>433</sup>.

Con lo cual, es evidente que la inmediación está íntimamente interrelacionada con la oralidad del proceso<sup>434</sup>; siguiendo este esquema se aseveran cuestiones como las

---

<sup>429</sup> MONTERO AROCA, J., “El principio de oralidad y su práctica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Justicia*, núm. II, 1983 pp. 269 y ss.

<sup>430</sup> BERZOSA FRANCO, M. V., “Principios del proceso”, *Justicia*, núm. III, 1992, p. 612 y VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “Los principios del proceso civil”, *Justicia*, núm. III-IV, 1993, p. 640.

<sup>431</sup> *Vid.*, en este mismo sentido, NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, *Diario La Ley*, núm. 6701, 2007.

<sup>432</sup> CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal*, Madrid, 1977, p. 139.

<sup>433</sup> En sentido contrario, DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., que indica que más bien sería al revés, es decir, no puede haber oralidad plena y genuina sin previa inmediación y ésta, a su vez, sólo puede conseguirse con el absoluto respeto al principio de concentración. *Vid.* “Algunas reflexiones acerca de la regulación de los procesos declarativos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Ica*, núm. 50, 2000, p. 84.

<sup>434</sup> En sentido contrario GIMENO SENDRA V. *Fundamentos del Derecho procesal (Jurisdicción. Acción y proceso)*, Madrid, 1981, p. 227, cuando indica, por ejemplo, que una prueba testifical practicada por juez comisionado es oral, pero mediata para el juez que debe dictar sentencia.

Otros ejemplos de esta situación pueden verse en NIEVA FENOLL, J., “Los problemas”, *cit.* cuando afirma lo siguiente: “Pero es que además, cuando el juez lee los escritos de las partes, también actúa con inmediación. No se los lee nadie, como ocurría en épocas pasadas con el escribano, que precisamente de ahí extraía la utilidad de su función: de que el juez acostumbraba a no saber leer ni escribir. Por ello, el contacto del juez con las actuaciones escritas de las partes es directo, no pasa filtro alguno, ni le llega la información a través de otras personas que no sean las partes que han redactado ese escrito. Lo mismo sucede cuando el juez lee un dictamen pericial. ¿Qué distancia existe entre los pensamientos



siguientes: “La intermediación es parte esencial de la oralidad, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad.<sup>435</sup>”; “El principio de intermediación se halla estrechamente vinculado con el de la oralidad, en cuanto sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicada.<sup>436</sup>”; “La cuestión de la inmediatividad se relaciona íntimamente con la de la oralidad.<sup>437</sup>”

En este mismo sentido es interesante la construcción realizada por ORTELLS RAMOS<sup>438</sup> cuando determina toda una serie de características cuya interconexión genera en su conjunto el modelo procedimental oral, indica que la oralidad implica el predominio de la palabra sobre la escritura como forma de los actos procesales, cuando hay que conectar oralidad y fase probatoria ésta se concreta como la intermediación entre los medios de prueba y el Juez que ha de dictar la Sentencia; además, destaca que para que la oralidad y la intermediación tengan verdadera eficacia se hace necesaria la vigencia del principio de concentración en la celebración de las diversas actividades procesales, así como en la emisión de la Sentencia que, en su caso, las culmina y, por último, la oralidad implica que se pueda llevar a efecto, en la práctica, el principio de publicidad general.

En conclusión y por lo expuesto, es evidente la vinculación oralidad-inmediación; cuando se examina el alcance de este último principio la doctrina determina una doble dimensión del mismo; existe por tanto un concepto amplio y uno estricto de intermediación<sup>439</sup>.

El primero exige que los actos de prueba estén presididos por el órgano jurisdiccional y el segundo, determina que sean, precisamente, los jueces o magistrados que contemplaron la actividad probatoria los destinados a dictar la sentencia en el caso controvertido.

En la LEC se pone especial cuidado y énfasis por parte del Legislador en proteger el principio de intermediación<sup>440</sup> durante el juicio declarativo; esto se hace patente ya desde la

---

del perito, reflejados en el escrito, y el juez? Realmente ninguna, y por ello su análisis de esta prueba también se realiza con intermediación, pese a ser escrita.”

<sup>435</sup> MONTERO AROCA, J., “La nueva Ley de Enjuiciamiento civil española, los poderes del juez y la oralidad.”, *Revista de Derecho Procesal*, 2001, p. 593.

<sup>436</sup> CHIOVENDA, G., *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, p. 254.

<sup>437</sup> CARNELLUTTI, F., *Sistemas de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1944, p. 278.

<sup>438</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, M., (con CÁMARA RUIZ, J., y JUAN SÁNCHEZ, R.), *Derecho Procesal: Introducción*, Valencia, 2000, pp. 279-281.

<sup>439</sup> Vid. HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal*, Granada, 2006, pp. 4 a 6 y SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Navarra, 2007, p. 233.

<sup>440</sup> El Consejo General del Poder Judicial ha mostrado especial interés en la necesidad de que los jueces estén presentes en la práctica de las pruebas. Por ello, en el Libro Blanco de la Justicia del CGPJ se recoge expresamente que: “No puede dejar pasar esta oportunidad para insistir en la necesidad y obligación inexcusable de los jueces de cumplir el ordenamiento procesal vigente. Resulta preocupante conocer en las muchas entrevistas realizadas que los jueces no cumplen con el principio de intermediación en general y en actos como éste en particular. Obviamente, la primera obligación del juez es cumplir la ley. Es cierto que hay que definir en forma más razonable los supuestos en los que la presencia del

Exposición de Motivos, que indica lo siguiente: “La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista, en el ordinario porque tras la demanda y contestación, los hitos procesales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador”.

Sin embargo, sucede todo lo contrario en la segunda instancia del proceso civil, en ella, a nuestro juicio, se produce una clara quiebra del principio de inmediación en sentido estricto, puesto que el órgano jurisdiccional *ad quem*, que dicta, por tanto, la Sentencia, puede apartarse, respetando la legalidad, de la valoración fáctica del juez *a quo* sin necesidad alguna de practicar nueva prueba sobre los hechos controvertidos; todo ello debido el restringido régimen probatorio en la segunda instancia.

### **1. Régimen probatorio de la segunda instancia<sup>441</sup>**

En la nueva regulación se mantiene la configuración limitada de la segunda instancia. Es decir, tal y como indica la Exposición de Motivos “la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso”, sino más bien, y por regla general, se trata de un segundo examen de lo previamente decidido en primera instancia que, normalmente, habrá de realizarse sobre la base de las actuaciones llevadas acabo en dicha anterior instancia procesal.

Sin embargo, en contadas ocasiones, la revisión sobre los aspectos fácticos o jurídicos de la resolución impugnada en apelación también podrá realizarse teniendo en cuenta las alegaciones fácticas y las pruebas practicadas en segunda instancia, si bien esta posibilidad resulta muy limitada y restringida únicamente a los casos que establece la Ley<sup>442</sup>.

A todo lo expuesto hay que añadir la amplitud de facultades de revisión del órgano *ad quem* al ser la apelación el recurso ordinario por excelencia en el proceso civil, en este sentido la jurisprudencia ha señalado que este recurso, por su carácter ordinario, sitúa al órgano *ad quem* en la misma posición jurídica que la del Juez *a quo*, al resolver la primera

---

juez es inexcusable y eliminar de entre éstos aquellos en los que su intervención personal es superflua. Pero mientras que la ley exija la presencia del juez, por más que sea criticable, en ésta y en todas las ocasiones en que así se ponga, deberá estar presente.”

<sup>441</sup> La validez constitucional de este régimen ha sido reconocida, entre otras, en la STC 233/1992 de 14 de diciembre que indica lo siguiente: “este Tribunal ha considerado ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación (...) el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso.” En este mismo sentido vid. SSTS 103/1995, de 3 de julio, y 149/1987, de 30 de septiembre.

<sup>442</sup> Vid. en este sentido MAGRO SERVET, V., “La grabación de las vistas orales y la corolaria modificación del recurso de apelación en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985 del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal”, *La Ley Penal*, núm. 27, Mayo 2006: “De todas maneras, la práctica diaria nos demuestra que es excepcional la celebración de vista en la apelación civil, lo que ha permitido, en realidad, huir del retraso histórico que han vivido muchas audiencias provinciales, en sus secciones civiles, por la obligatoriedad de la celebración de vista de la LEC anterior. Por ello, se consideró que si se introducía la exigencia de la práctica de prueba en segunda instancia de la practicada en primera supondría un caos de la jurisdicción penal en la segunda instancia. Con total seguridad.”

instancia, con las mismas facultades para aplicar el derecho, determinar los hechos y valorar de nuevo la prueba<sup>443</sup>; reiteramos, todo ello, sin que en la mayoría, por no decir en la totalidad de las ocasiones, pueda practicarse nueva prueba.

La regulación de la prueba de la segunda instancia es la siguiente:

Al escrito de interposición se podrán acompañar “los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 270 y que no hayan podido aportarse en la primera instancia” -460.1 LEC-, esto es, documentos que reúnan alguna de las siguientes características:

Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa, siempre que no se hubiesen podido hacer ni obtener con anterioridad.

Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación, en su caso, a la audiencia previa, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia

No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el art. 265.2 LEC o el anuncio del art. 265.1.4 LEC.

Al margen de la citada prueba documental, no podrán admitirse medios de prueba que, pudiendo haber sido utilizados en primera instancia, no lo fueron, es decir, pruebas que, por recaer sobre hechos alegados en la demanda y contestación, o en la vista oral del juicio verbal, debieron ser propuestos en la primera instancia. Por tanto, sólo será admisible -460.2 y 3 LEC-:

La prueba indebidamente denegada en el primer grado jurisdiccional o aquella, que aún propuesta y admitida no llegó a ser practicada total o parcialmente por causas ajenas no imputables al litigante que la solicitó.

La prueba que recaiga sobre algún género de “nova producta” o “nova reperta”, es decir, sobre hechos nuevos acaecidos con posterioridad al término de la preclusión en primera instancia o hechos que, no obstante ser de fecha anterior, hubieren llegado a conocimiento de la parte con posterioridad a ese momento, siempre que ésta justifique no haber tenido noticia de los mismos con anterioridad.

Por último, la prueba que estime oportuna aquel apelante que en la primera instancia hubiese sido declarado en rebeldía y que, por causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba; cuestión aplicable, por tanto, tan sólo al rebelde involuntario.

Exceptuando este último supuesto, es evidente, que no se pueden repetir, en modo alguno, aquellas pruebas ya practicadas en la primera instancia<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> Vid., entre otras, las SSTC 21/1993, 103/1995, 176/1995, 3/1996, 9/1998, 196/1998.

Es evidente que la afirmación que acabamos de realizar ha de ponderarse y matizarse a la luz de la regla *tantum appellatum quantum devolutum*, que, evidentemente va a impedir al órgano *ad quem* pronunciarse sobre aquellas cuestiones contenidas en la resolución recurrida que las partes no hayan discutido.

<sup>444</sup> Vid. en este mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., Y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Valencia, 2004, p. 175.

Existiría, por tanto, la posibilidad de celebrar una “vista oral”, para el caso de que se hayan propuesto y admitido medios de prueba, cuya práctica, evidentemente, debería tener lugar, bajo la inmediación del Tribunal, en el propio acto de la vista, y no de manera previa a la misma, práctica indeseable que venía desarrollándose en los antiguos procesos de mayor y menor cuantía<sup>445</sup>.

En definitiva, nos encontramos con que el órgano *ad quem* puede revisar cuestiones fácticas decididas por el juez a quo, que, evidentemente, las ha valorado con la vigencia del principio de inmediación en la práctica de la prueba en primera instancia, sin que en este caso pueda repetir prueba alguna; vemos, por tanto, que el Tribunal que dicta la Sentencia de apelación lo hace sin inmediación, valora, y puede hacerlo de manera idéntica o distinta, una diligencia de prueba que se ha producido ante otro órgano jurisdiccional; esto, sin duda, y a nuestro juicio es una quiebra patente<sup>446</sup> del citado principio de inmediación.

La sentencia de apelación ha de basarse, por tanto, en la misma actividad probatoria desarrollada en la primera instancia; ello significa que en la segunda instancia se produce una excepción al principio de inmediación: el tribunal no juzga por las pruebas practicadas ante él, sino por las que se practicaron ante el juzgado.

Esta situación, resulta particularmente gravosa cuando nos referimos a una prueba de carácter personal, por ejemplo, la prueba testifical o el interrogatorio de las partes, para cuya valoración, a nuestro juicio, es inexcusable la inmediación estricta del tribunal sentenciador. Sin embargo, en principio, si la discrepancia suscitada en apelación recae sobre la valoración de los hechos y afirmaciones consignadas en un documento o informe pericial, nada impide su nueva apreciación por el órgano *ad quem* en la segunda instancia.

Esta cuestión ha tratado de paliarse, en parte, a través de la grabación<sup>447</sup> de los juicios celebrados en primera instancia para que el órgano *ad quem* pueda examinar las cintas resultantes; la Ley introduce en el art. 147 la grabación de las vistas y comparecencias civiles mediante sistemas de grabación de imagen y sonido.

Es evidente que esta opción no resulta idéntica que si el órgano que conoce la apelación reproduce las pruebas de carácter personal cuya valoración se está impugnando

---

<sup>445</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., “La “segunda instancia” en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”, *Diario Jurídico La Ley*, 1997.

<sup>446</sup> *Vid.* en este mismo sentido CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Madrid, 1992, p. 198 y HERRERA ABIÁN, R., “*La inmediación*”, cit. pp. 63 y ss.

<sup>447</sup> Acertadísima la afirmación de NIEVA FENOLL, J.: “Y dependiendo de la calidad de la grabación, la inmediación también puede ser puesta en tela de juicio en este caso.”, en “Los problemas”, cit.

En este sentido, además MONTERO AROCA, J., en *La prueba en el proceso civil*, Navarra, 2007, pp. 636 y 637 que indica lo siguiente: “No han faltado resoluciones en las que se ha entendido, en nuestra opinión erróneamente, que el visionado de la grabación del juicio oral (ordinario) o de la vista (verbal) supone inmediación, colocando al tribunal de apelación en la misma situación que el de la instancia (SAP Cáceres de 7 de noviembre de 2002, reiterada en la SAP Cáceres de 1 de febrero de 2007). Mientras que otras veces se ha entendido que la verdadera inmediación no puede consistir en “ver una película”, pues la misma no llega a suplir lo que es el contacto directo con las pruebas personales, especialmente con los testigos, pero también con las propias partes y los peritos (SAP Toledo de 17 de diciembre de 2002).”

en la interposición del recurso; con la solución actual no puede realizar preguntas nuevas, ni apreciar de manera directa las reacciones, gestos, tonos o expresiones de las personas que intervengan en el desarrollo del pleito como partes, peritos o testigos.

**A) ¿Es aplicable la doctrina de la STC 167/2002 sobre la intermediación en la apelación penal al proceso civil?**

En relación con la intermediación y la práctica de la prueba en la segunda instancia hay que hacer referencia a la doctrina recientemente introducida por el TC<sup>448</sup> según la cual en los casos de apelación de sentencias absolutorias en el proceso penal, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la tramitación del recurso de apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la intermediación y la contradicción; dicho de otra forma, el TC ha seguido la interpretación que del art. 6.1 CEDH ha realizado el TEDH<sup>449</sup> y ha concluido que los principios de intermediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigen que si la acreditación de los hechos se sustenta en pruebas de carácter personal (básicamente la declaración testifical y la del propio acusado), dichas pruebas han de ser nuevamente practicadas en la segunda instancia ante el órgano *ad quem* si pretende corregirse la valoración que de las mismas hubiera realizado el órgano *a quo*. En definitiva, no es posible condenar en apelación a quien fue absuelto en la instancia, si a tal conclusión se llega valorando de forma diferente a como lo hizo el juzgador de instancia una prueba personal que no fue repetida en la segunda instancia.

La reflexión que desearíamos plantearnos es si esta doctrina es aplicable al orden jurisdiccional civil; evidentemente la respuesta no puede ser nada más que negativa, esta modificación de la doctrina del Alto Tribunal en relación a la intermediación y la segunda instancia se restringe, evidentemente, al orden jurisdiccional penal; teniendo en cuenta, además, que está íntimamente relacionada con la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que se vería violentada si se produce en la segunda instancia una condena, a quién resultó absuelto en primer término, sin una repetición de una prueba personal en la segunda instancia, es decir, sin la necesaria intermediación del órgano *ad quem*.

Por todo lo expuesto, consideramos, sin embargo, que sería necesario replantearse la actual fase probatoria de la segunda instancia del orden jurisdiccional civil para dar cabida al principio de intermediación, que, en nuestra opinión, resulta consustancial al

---

<sup>448</sup> SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 200/2002, de 28 de octubre, 230/2002, de 9 de diciembre, 68/2003, de 9 de abril.

<sup>449</sup> *Vid.* las siguientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De manera pionera la Sentencia de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia-, la doctrina iniciada en la citada resolución se consolidó posteriormente en pronunciamientos más recientes, concretamente en las SSTEDH de 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino-; de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania-; y de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino-. El TEDH indica que la protección del art. 6.1 del CEDH que no termina con el fallo en la primera instancia; recuerda, por tanto, que la fase de segunda instancia no puede desmerecer a la de primera en el cumplimiento de las previsiones establecidas en el mismo.

proceso mismo<sup>450</sup>, a nuestra propuesta, por tanto, dedicaremos la última parte de este trabajo.

a) *Propuesta de reforma de la fase probatoria de la segunda instancia civil:*

A lo largo de los párrafos precedentes ha quedado demostrada la patente infracción del principio de inmediación en el seno de la segunda instancia del proceso civil configurado por la LEC del año 2000.

Nuestra propuesta se dirige a conseguir paliar dicha lesión acudiendo, en cierta forma, a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional en lo referente a la aplicación del citado principio a la segunda instancia del proceso penal.

Consideramos que resultaría eficaz para garantizar la inmediación judicial en el proceso civil el considerar la repetición, en la segunda instancia, de las pruebas de carácter personal, siempre y cuando, el órgano *ad quem* vaya a modificar la valoración que de las mismas haya llevado acabo el juez *a quo*<sup>451</sup>.

Somos conscientes que determinados sectores de la doctrina entenderían nuestra propuesta inadecuada por los posibles retrasos y dilaciones que podría acarrear esta solución; sin embargo, a nuestro juicio no puede utilizarse dicho derecho fundamental para atacar las posibles reformas legislativas encaminadas a la consecución de un juicio justo o del derecho fundamental a proceso con todas las garantías, dentro del cual, en nuestra opinión, se incardina el principio de inmediación judicial aunque nos encontremos en el seno del orden jurisdiccional civil. Esta opinión no resulta compartida por nuestro Alto Tribunal puesto que en este concreto punto el Tribunal Constitucional sin precisar, sin embargo, el sentido exacto de la inmediación en el seno del proceso civil, se limita a decir, simplemente, que no tiene el mismo significado y alcance que en el proceso penal<sup>452</sup>.

El hecho de que nuestros juicios tengan que ser necesariamente rápidos y eficaces no debe implicar, al mismo tiempo, merma alguna del resto de principios y derechos fundamentales.

---

<sup>450</sup> En este mismo sentido, *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”, *Principios Constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 1993, pp. 139-140; que indica que si se vulnera la inmediación se ataca la esencia misma del proceso.

<sup>451</sup> La inexistencia de esta posibilidad genera, al margen de lo expuesto, una consecuencia indeseable que no es otra que la creación de Jurisprudencia discrepante en las diversas Audiencias Provinciales acerca del alcance de la revisión de los hechos probados y la valoración de la prueba en la resolución del recurso de apleación. Pueden verse los detalles concretos en MONTERO AROCA, J., “*La prueba*”, cit, pp. 634-637.

<sup>452</sup> En este sentido puede verse la, en nuestra opinión, desafortunada STC 189/1992, de 16 de noviembre, cuando indica lo siguiente “El llamado principio de inmediación (contacto personal del Juzgador con los litigantes y la documentación del proceso), no tiene las connotaciones y consecuencias tan rígidas como las prescritas para el orden penal, diferencias que no es preciso ahora explicitar.”

Además, puede verse la STC 64/1993, de 1 de marzo.

Una feroz crítica a esta Doctrina puede verse en MONTERO AROCA, J., “*La prueba*”, cit, p. 210, cuando indica respecto a la Jurisprudencia del TC: “...lo que es claramente absurdo, pues un principio es lo que es, sin perjuicio de que luego se aplique o no por el Legislador en uno u otro proceso.”

Es evidente que va a producirse una fricción entre ambas cuestiones que hace necesario que se consiga equilibrar la balanza para que no exista un excesivo retraso, que haga que el sistema sea más rápido y más eficaz, pero, que al mismo tiempo, no se produzca merma de garantías, que, resulta patente, que deben protegerse.

Además y en nuestra opinión, el retraso no sería tal, pocos minutos más puede tardarse en repetir el testimonio de un testigo o el interrogatorio de las partes, aunque se introduzcan preguntas nuevas por parte del órgano ad quem, de los que va a tardar el mismo en ver la grabación de la primera instancia en dicho punto.

Por tanto, consideramos que sería ésta la solución más adecuada respetando, al mismo tiempo, todos los derechos y principios que se encuentran en juego en el punto concreto que nos ocupa en este trabajo.

Del modo expuesto reforzaríamos la vigencia del principio de inmediación judicial de tal forma que el juez que dicta la sentencia de apelación ha presenciado la prueba y no valora la producida ante otro juez, sin que apenas se produzcan retrasos en la, por otra parte, ya retardada Administración de justicia española.

Para finalizar este trabajo me gustaría recoger unas, a nuestro juicio, acertadísimas palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>453</sup>:

“La inmediación es un valor en sí mismo y que cualquier valoración que se quiera hacer de este principio tiene que dejar fuera las apreciaciones más o menos sociológicas sobre si es más o menos eficaz, o sobre si es más o menos imprescindible que el órgano judicial reciba directamente los actos procesales... El enraizamiento claramente constitucional de la inmediación hace indiscutible la necesidad de la misma con independencia de si actuaciones procesales sin inmediación suponen o no un ataque o violación al derecho de defensa.”

---

<sup>453</sup> *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La Constitución española”, cit.

Este autor considera la inmediación una consecuencia constitucional de la oralidad.

# LIMITACIONES A LA ORALIDAD EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

MANUEL RICHARD GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Pública de Navarra

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

La presente comunicación tiene por objeto el análisis crítico de la aplicación de los principios técnicos de oralidad y escritura en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil<sup>454</sup>. De un modo singular ambos principios técnicos confluyen en la práctica del dictamen pericial determinando su especial naturaleza. El principio de escritura es preferente, en tanto que la regla general será que el informe pericial se incorpore al proceso por escrito en un documento que se adjuntará con la demanda (art. 265.1.4º LEC)<sup>455</sup>. Mientras que la exposición oral del dictamen pericial es contingente, y puede darse o no. Es ilustrativo a este respecto el título que encabeza el art. 347 LEC que reza del siguiente modo: «*Posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista*».

De modo que en el caso de que no se proceda a la ratificación y/o exposición por el perito del contenido de su informe, en el acto del juicio, el informe pericial por escrito tendrá valor de prueba como un documento más<sup>456</sup>. Cabe señalar que esta situación no será frecuente, ya que lo ordinario será que las partes soliciten la citación a juicio de los peritos a fin de que sean sometidos a las preguntas y requerimientos convenientes sobre la pericia realizada. No obstante, resulta inadecuada la restricción de la aplicación de los principios de intermediación y contradicción con relación a la práctica de la prueba pericial, al no prever la ley la necesaria comparecencia de las partes y supeditarla a la petición de las partes (arts.

---

454 Considero de especial interés en materia de prueba pericial las obras que se relacionan a continuación, que no pretenden tener un carácter exhaustivo. ABEL LLUCH X. Y PICO JUNOY J. (DIRECTORES), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Barcelona 2005. YAÑEZ VELASCO R., *El peritaje en el proceso civil*, Madrid, 2005. ARIZA COMENAREJO, MARÍA JESUS, *La presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios en el proceso civil*, Madrid, 2007. MAGRO SERVET, V. (COORDINADOR), *La prueba pericial en la LEC y en la Ley de ordenación de la edificación*, Madrid, 2007.

455 El contenido del Informe pericial no se halla específicamente regulado en la LEC, que únicamente exige que se formule por escrito: «*acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración*» art. 336 LEC.

456 Así lo ha declarado la jurisprudencia. Véase a este respecto la STSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1) de 17 mayo de 2006, núm. 10/2006 ( RJ 4500), que declara que: « El hecho de que el informe no haya sido sometido a contradicción en la vista del juicio verbal tampoco es impedimento legal a su apreciación: a) de un lado, porque la Ley procesal (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892) no contempla la actuación de los peritos en la vista como necesaria, sino como «posible», haciéndola depender de la solicitud de «las partes» (art. 347 LECiv) –de cualquiera de ellas y no sólo de la aportante del informe–»;



337, 338, 347 LEC); o bien al acuerdo del tribunal cuando se trate de un perito judicial (art. 346 LEC).

La posibilidad, sancionada legalmente, de que el informe pericial pueda ser valorado como prueba documental colisiona con el principio de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (art. 289 LEC), que deberá practicarse, sin ninguna distinción, contradictoriamente en vista pública con presencia del juez y del Secretario, así como de las partes debidamente personadas (arts, 289, 431 LEC). Además, se da un problema técnico, ya que el documento escrito en el que se contiene la pericia resulta insuficiente para dar cuenta, por sí sólo, del resultado de la prueba. A mi entender, la pericia es un acto complejo que precisa que la emisión del dictamen se practique con plena inmediación y contradicción, sin que la entrega por escrito del dictamen, pueda o deba suplir la necesaria ratificación y exposición del informe en el acto del juicio. Así resulta del examen de las características y finalidad de la prueba pericial en el proceso civil español.

## II. BREVES CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO CIVIL.

La prueba pericial, también denominada dictamen de peritos, es un medio de prueba que consiste en un informe o dictamen en el que se contiene un examen de hechos relevantes en el proceso, realizado por una o varias personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Por medio de esta clase de prueba se ponen a disposición del tribunal conocimientos científicos o técnicos especializados que los Jueces no poseen y que pueden servir para obtener certeza de los hechos objeto de enjuiciamiento. La fuente de la prueba pericial es el propio perito y, concretamente, su criterio técnico, que se contiene en el dictamen pericial y se introduce en el proceso como un hecho nuevo que sirve para valorar e interpretar debidamente los hechos en los que se fundamentan las pretensiones de las partes (arts. 299, 335 LEC)<sup>457</sup>. Desde este punto de vista puede decirse que el perito auxilia al Juez desde una posición objetiva, que trasciende a la interpretación parcial y/o interesada de los hechos alegada por las partes. Sin embargo, esta especial naturaleza no impide que la ley considere la prueba pericial como un medio de prueba ordinario que no puede acordarse de oficio, sino que requiere previa petición parte<sup>458</sup>.

La pericia técnica ha adquirido en la actualidad una gran importancia en el proceso civil. Especialmente, en todos aquellos casos en los que las cuestiones debatidas en el proceso se fundamentan o tienen relación con hechos o circunstancias con relevancia técnica. En estos supuestos, que son la gran mayoría de los asuntos civiles, el dictamen

---

<sup>457</sup> La finalidad usual de la pericia consistirá en el análisis o reconocimiento de hechos concretos referentes a objetos, lugares o personas. Aunque la pericia también puede tener por objeto la aportación al proceso de las reglas generales o máximas de la experiencia de la ciencia o la técnica respecto a un hecho concreto. Por ejemplo la exposición de las causas y efectos de una determinada enfermedad, la explicación de las medidas de seguridad exigidas para una determinada actividad, la exposición sobre resistencia de determinados materiales o sobre fenómenos o reacciones físicas o químicas. En cualquier caso, al margen de cual sea el objeto y contenido de la pericia, el dictamen pericial contendrá el examen de los hechos con las conclusiones a las que hubiere llegado el perito en su informe.

<sup>458</sup> Sin perjuicio, claro está, de los supuestos de procedimientos especiales afectados por principios de orden público en los que el Juez puede acordar de oficio la práctica de la prueba que considere conveniente.

pericial resultará determinante para la acreditación de los hechos objeto de debate. Máxime cuando el desarrollo de la ciencia y la técnica han posibilitado que la certeza o falsedad de una alegación o las características y consecuencias de un hecho concreto puedan determinarse con una gran exactitud científica. Tanto es así que, en ocasiones, la fiabilidad de las conclusiones de la pericia son prácticamente absolutas. Este es el caso paradigmático de los análisis de ADN que permiten determinar con certeza y precisión cual es la relación familiar existente entre distintos sujetos. O también el examen técnico o químico de máquinas, sustancias o productos, que permite obtener conclusiones prácticamente incontrovertibles sobre determinados hechos.

El dictamen pericial constituye un acto procesal de carácter complejo en el que pueden distinguirse básicamente dos actos: 1º El reconocimiento y examen del objeto, lugar o la persona objeto del informe y 2º La emisión del dictamen y sometimiento a contradicción y aclaración respecto a las premisas, fundamentos y conclusiones del dictamen.

En la primera fase del dictamen pericial no suelen participar las partes personadas. Aunque, la ley prevé esta posibilidad según la clase de la pericia y en el momento procesal en el que se produzca el reconocimiento o examen pericial. Pero, en cualquier caso, la intervención de las partes en esta fase de la pericia se limitará a su presencia y, a lo sumo, a formular al perito preguntas o alegaciones respecto al reconocimiento pericial efectuado<sup>459</sup>. El segundo acto, o fase de la pericia, consiste en la emisión del dictamen y en su ratificación, exposición y sometimiento a contradicción en juicio. La fase de emisión del dictamen es la principal en esta clase de prueba, puesto que es en el dictamen o informe pericial donde se contienen las conclusiones a las que ha llegado el perito con relación a las preguntas y cuestiones sometidas a su consideración.

### III. LA EMISIÓN Y VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

La emisión del dictamen se producirá en forma escrita y se aportará al proceso, por lo general, con la demanda (art. 265.1.4 LEC). Ello sin perjuicio de que la ley prevé otras posibilidades respecto a la aportación de los dictámenes periciales en momentos distintos del proceso<sup>460</sup>. La aplicación de la forma escrita al informe pericial, y su aportación con la

---

459 La Ley prevé la posibilidad de que la partes personadas participen en la práctica de examen del perito, cuando se requiera del reconocimiento de lugares, objetos o personas. Pero, únicamente, en el caso de que la presencia de las partes no perjudique o estorbe la labor del perito (art. 345 LEC). La Ley no se refiere a la participación que puedan tener las partes, pero nada impide que puedan formular preguntas o poner de manifiesto alguna consideración sobre el objeto de la pericia.

460 La Ley es en este punto algo imprecisa, ya que prevé distintas, probablemente excesivas, posibilidades en las que el dictamen pericial puede aportarse en un momento posterior al de los escritos iniciales de demanda y contestación. A saber: — Las partes podrán presentar los informes periciales, antes de la audiencia previa en el juicio ordinario o la vista en el juicio verbal, por imposibilidad de aportarlos con sus respectivos escritos iniciales de demanda y contestación (art. 336.3 y 4 LEC).— El actor podrá presentar en la audiencia previa los dictámenes referentes al fondo del asunto, cuyo interés traiga causa, exclusivamente, de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (arts. 265.3 y 338.2 LEC). — Las partes podrán solicitar la ampliación de los dictámenes periciales aportados hasta el momento de la audiencia previa (art. 427.2 LEC). — Podrán presentarse en la audiencia previa los dictámenes periciales fundados en las alegaciones de hechos nuevos, peticiones complementarias, aclaraciones o rectificaciones efectuadas por las partes (art. 426.1.2.3 y 4 LEC). — También podrán aportarse los

demanda, se justifica principalmente por la necesidad de que las partes personadas conozcan cuanto antes mejor las valoraciones y conclusiones técnicas en las que se fundamentan las pretensiones de contrario. Ahora bien, la incorporación del informe pericial documentado por escrito no impide la posibilidad de que el perito comparezca en el acto del juicio oral con la finalidad de ratificar sus conclusiones, exponerlas y someter su contenido a las preguntas tanto de las partes como del tribunal. Así está previsto en los arts. 346 y 347 LEC que prevén que el perito pueda comparecer en el acto del juicio a los efectos expuestos. Además en el caso del juicio verbal el dictamen pericial puede emitirse directamente en el acto del juicio conforme con el art. 265.1.4 LEC<sup>461</sup>. El problema consiste en el hecho de que la LEC establece esta intervención como una mera posibilidad que dependerá de la circunstancia de que las partes lo soliciten y el tribunal la admita (art. 347 LEC)<sup>462</sup>. Aunque, en el caso de haberse designado perito judicial, también podrá el tribunal de oficio acordar la citación y comparecencia del perito en el acto del juicio (art. 346 LEC).

La práctica de la prueba pericial en el acto del juicio consistirá en la exposición del dictamen y, especialmente, en la contradicción efectiva que se producirá mediante las preguntas y aclaraciones que las partes pueden dirigir al perito sobre cualquier aspecto de la pericia incluyendo, obviamente, las conclusiones. Así, la presencia del perito en el juicio no sirve como una mera ratificación, sino que se trata de informar sobre la pericia realizada y aún ampliarla respecto de aquellas cuestiones atinentes a puntos conexos a los examinados. Más aún, la LEC permite que el dictamen pericial sea presentado en el mismo acto de juicio. Ello podrá suceder en el supuesto de que hubiera sido imposible realizar antes la pericia, ya sea por el tiempo en que fue solicitada, o bien por su dificultad intrínseca. Esta posibilidad se acoge en la LEC de forma excepcional (art. 300.1.3.º LEC). En ese caso, el perito acudirá al acto del juicio oral donde presentará su dictamen, sometiéndose a continuación a las preguntas de las partes que se admitirán según los principios de pertinencia y utilidad, y conforme a la relación de cuestiones referidas en el

---

dictámenes periciales cuya utilidad venga determinada por las alegaciones complementarias, aclaraciones, peticiones accesorias (art. 338.2, 426, 427.3 LEC). — Finalmente, el informe pericial judicial se aportará en el plazo que el Juez señale, siempre antes del juicio oral (art. 346 LEC).

461 Así lo ha admitido expresamente el TC en la STC 60/2007 de 26 de marzo en la que estimó el amparo en un supuesto en el que el Juzgado de primera instancia había inadmitido la prueba pericial que pretendía practicar el demandado en el acto de la vista por considerar que debía haberla aportado por escrito antes de la vista.

462 El tribunal no podrá de oficio acordar la citación del perito de parte. Aunque, la redacción legal es confusa a este respecto, ya que el art. 338.2.2 LEC, con relación a los dictámenes periciales aportados después de la demanda y contestación, prevé que: «*El tribunal podrá acordar también en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista en los términos señalados en el apartado 2 del artículo anterior*». Y el artículo anterior, es decir el art. 337.2 LEC, prevé que sean las partes las que soliciten la comparecencia de los peritos. Sin embargo el inicio de la frase conjugada en imperativo (podrá acordar) puede dar a entender que en el caso previsto en el art. 338.2.2 LEC el tribunal si que puede acordar de oficio la comparecencia de los peritos. Así lo entiende FONT SERRA, E. *El dictamen de Peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil, La Ley Madrid 2000. p. 71.*

art. 347.1 LEC<sup>463</sup>. El Juez también podrá preguntar al perito y requerir las explicaciones sobre el objeto del dictamen, pero no su ampliación, salvo en el caso del perito judicial (art. 347.2 LEC)

La prueba pericial se valorará según las reglas de la sana crítica, sin que exista ninguna clase de prevalencia sobre el resto de pruebas practicadas. De modo que el tribunal no se halla especialmente vinculado por las conclusiones que se contengan en el dictamen pericial<sup>464</sup>. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque la valoración e interpretación técnica de unos determinados hechos suele constituir una base inicial sobre la que se despliegan otros hechos que vendrán acreditados por otros medios de prueba, que también deben ser valorados por el tribunal. Así, muchas veces para resolver un asunto no basta con la sola determinación técnica de los hechos controvertidos<sup>465</sup>, sino que lo ordinario será que el tribunal valore el conjunto de la prueba practicada<sup>466</sup>. Sobre este particular cabe destacar la importancia que suele adquirir en el proceso la conducta y motivación humana respecto de los hechos sobre los que se ha obtenido certeza previa, ya sea mediante la prueba pericial u otros medios de prueba. En segundo lugar, por la circunstancia común de la existencia de disparidad, por distintas razones, de las valoraciones y conclusiones científicas o técnicas que se contienen en los distintos dictámenes periciales que se aportan al proceso. Finalmente, en tercer lugar, no debe olvidarse que son los tribunales los que tienen encomendado el encargo público y la potestad de juzgar, que supone decir el derecho en el caso concreto. Ejercicio dialéctico que es algo más que comprobar automáticamente la veracidad y exactitud de los hechos aducidos por las partes.

---

463 Entre otras cuestiones, las partes podrán solicitar al perito que amplíe el dictamen a otros puntos conexos controvertidos sobre los que no se hubiera pronunciado ninguno de los peritos (art. 347.1.4º LEC). En el caso que la ampliación del dictamen no pueda llevarse a efecto en el mismo acto, el Juez decidirá sobre la posibilidad de suspender el juicio para su realización. Esta posibilidad procederá con carácter excepcional. En el caso que se admita la práctica de la ampliación y la consiguiente suspensión del juicio éste deberá reanudarse en el término de veinte días, en caso contrario procederá la celebración de nueva vista (art. 193 LEC). También cabe que se acuerde esta ampliación del dictamen como diligencia final conforme con el art. 435.2 LEC.

464 Así lo ha declarado la jurisprudencia constante de nuestras Audiencias Provinciales. Véase a este respecto la SAP MALAGA núm. 262/2007 de 2 mayo 2007, AC 2007\2159 que declara: *«de ahí que sea posible que dentro de las facultades que se concedan a Jueces y Tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos»*.

465 El único supuesto en el que así sucede sea, probablemente, la prueba de determinación genética de la filiación. En este proceso la prueba de determinación de ADN es tan esencial que incluso la LEC prevé una norma especial sobre carga de la prueba que dispone que: *«La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios»* (art. 767.4 LEC).

466 Lo que sin embargo no es lo mismo que lo que viene en llamarse la valoración conjunta de la prueba.

Por todo ello, el Juez, conforme con el art. 348 LEC, debe valorar el informe pericial según las reglas de la sana crítica junto con el resto de la prueba practicada<sup>467</sup>. En su virtud el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial y alcanzar la certeza de los hechos mediante la valoración de otras pruebas<sup>468</sup>. O si dictaminan varios peritos aceptar las conclusiones de uno de ellos y rechazar las de los demás peritos<sup>469</sup>. Y esto último con independencia de que el informe pericial que se estima para fundar el fallo sea o no el emitido, en su caso, por el perito judicial<sup>470</sup>.

---

467 Así se expresa unánimemente en la Jurisprudencia. Véase a este respecto la STS 10 de febrero de 1994 (RJ 1994\848), que declara que: « *la función del dictamen pericial es únicamente asesorar al juez ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le pueda negar al juez las facultades de valoración del informe que recibe, como así se declaró en Sentencia de 31 de marzo de 1967 (RJ 1967\1747) y en otras posteriores; de modo que el juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos, si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes (como así hizo el tribunal a quo)*».

468 Véase a este respecto la SAP SEVILLA núm. 238/2007 de 21 mayo de 2007, AC 2007\2379, que dispone que: « *el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede si dictaminan varios aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes (como así hizo el Tribunal "a quo") y puede, por último, el Juez sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por si según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso*»

469 La Jurisprudencia ha elaborado una serie de reglas de aplicación a la valoración de esta prueba. Véase a modo ejemplificativo las reglas contenidas en la SAP núm. 223/2004 Gipuzkoa (Sección 1), de 14 julio 2006, JUR 206130: «*Sobre la Aplicando estas reglas, el tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras, las siguientes cuestiones: 1º.- Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10-2-94 [RJ 1994\848]). 2º.- Deberá tener también en cuenta las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4-12-89 [RJ 1989\8793]). 3º.- Otro factor a ponderar por el tribunal será el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28-1-95 [RJ 1995\179]). 4º.- También deberá ponderar el tribunal, la competencia profesional de los peritos así como todas las circunstancias que hagan presumir objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva LECiv a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes (STS 31-3-97 [RJ 1997\2542])*».

470 Sobre este particular en algunas sentencias se hace referencia a una cierta preferencia por la pericia judicial basada en la teórica imparcialidad del perito. Entre otras en la STS 31 de marzo de 1997 (RJ 1997\2542) que declara que: «... *ante la disparidad de los criterios expuestos entre peritos de titulación semejante se debe dar preferencia a los emitidos por los designados por el juzgado por coincidir en ellos una presunción de mayor objetividad*». Véase también la SAP núm. 602/2006 Cantabria (Sección 4), de 18 septiembre 2006, AC 1765. Sin embargo, en otras resoluciones aún admitiendo la probable mayor

#### IV. CONCLUSIÓN. LA INSUFICIENCIA DE LA PERICIA DOCUMENTADA COMO MEDIO DE PRUEBA A EFECTOS DE SU DEBIDA VALORACIÓN.

Los criterios de valoración de la prueba pericial, a los que hacíamos referencia en el apartado anterior son independientes de la circunstancia de que el perito haya comparecido en el acto del juicio o no. De modo que en el caso que el perito no hubiese informado en el acto del juicio oral, el tribunal valorará el dictamen pericial como prueba documental. Sin que, en principio, ninguna diferencia deba existir entre la valoración de la pericia emitida, o no, en el acto del juicio oral y sometida a plena inmediación y con contradicción. Sin embargo, es a mi juicio evidente la insuficiencia de la prueba pericial emitida únicamente por escrito y patente la necesidad de que la prueba pericial se practique, ineludiblemente, en el acto del juicio con plena contradicción, conforme con su especial naturaleza compleja; que exige que en su emisión se practiquen, necesariamente, dos actos complementarios y sometidos a distintos principios técnicos: la documentación por escrito de las conclusiones y la emisión oral del dictamen en el acto del juicio. Resulta insuficiente, por tanto, la aportación documental de la pericia realizada que únicamente puede servir al fin de que la partes personadas tengan pleno conocimiento de los fundamentos de las pretensiones de contrario, pero sin que ello pueda suplir la necesaria práctica real de la prueba en el acto del juicio<sup>471</sup>.

La deficiente regulación de la prueba pericial con relación a la falta de inmediación y contradicción, probablemente tiene su origen en la mal planteada distinción existente en la LEC entre la pericia de parte y la pericia judicial. La distinción entre ambas clases de pericia remite a las distintas posturas sobre la naturaleza del perito y de la función pericial. Naturaleza especial de la pericia que se fundamenta en la circunstancia de que, a diferencia de lo que sucede con otros medios de prueba, el perito auxilia al Juez en su conocimiento de la naturaleza de las cosas. Desde ese punto de vista se justifica que el perito pueda ser designado por el Juez, e incluso que pueda ser un funcionario (médico forense, calígrafos de la policía, etc). En el sistema de la LEC de 1881 la pericia era siempre judicial y el perito debía ratificarse en su dictamen en presencia del tribunal y de las partes personadas (arts. 627 y 628 LEC de 1881). Mientras que la pericia de parte no se consideraba como tal

---

objetividad de la pericia judicial se considera que debe prevalecer es la objetividad del resultado y su capacidad para ofrecer las debidas explicaciones respecto a los hechos objeto de enjuiciamiento (véase a este respecto la SAP núm. 471/2006 Islas Baleares (Sección 3), de 31 octubre de 2006, AC 1907.

471 Curiosamente, la ley si prevé, especialmente, la intervención de las partes en la fase de elaboración del dictamen pericial judicial, con la finalidad de hacer efectivo el principio de contradicción, previa solicitud y autorización del Tribunal conforme a lo previsto en el art. 345 LEC. Pero, la presencia de las partes quedará condicionada por la clase del dictamen pericial y la naturaleza y clase de la pericia que se deba practicar. En este sentido, ciertas pericias permiten esa asistencia, como aquéllas que tengan por objeto informar sobre un lugar, un edificio, objetos concretos. Pero otras no la admitirán, v.g. cuando se solicite al perito un informe técnico sobre unas muestras químicas o se solicite que se pronuncie sobre un procedimiento técnico que requiera, únicamente, el empleo de documentación que ya conste en autos; o porque la asistencia de las partes podría afectar la intimidad de las personas. Nótese, que en estos casos no se requiere examen o reconocimiento alguno. Tampoco cabe la asistencia en el acto reconocimiento de personas, cuando tal presencia afectar a la intimidad del individuo. Finalmente, y con carácter general, la ley establece que el Juez admitirá la petición de intervención de la parte en el examen pericial cuando no se impida o estorbe la labor del perito, de tal modo que se pueda garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen (art. 345 LEC).

pericia, sino que se consideraba que se trataba de informes técnicos que se podían tener en cuenta en una valoración conjunta de la prueba. Precisamente, para otorgarles mayor fuerza probatoria se solía citar al perito para que compareciese ante el tribunal como testigo. La razón, importante, que se aducía en la jurisprudencia para negar valor de prueba pericial a los informes técnicos documentados era que no se habían realizado con: «*observancia de las normas procesales que regulan su práctica (art. 610 y ss. LEC de 1881), garantizando los principios rectores del proceso*» STS 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9047). Aunque, finalmente se reconocía, en la misma resolución, que: «*en todo caso, su apreciación según las reglas de la sana crítica ya que, en uno y otro supuesto, tienen el mismo contenido en auxilio para el juez, ilustrando la libre valoración y apreciación conforme a los arts. 1243 CC (LEG 1889\27) y 632 LECiv, sin estar obligados a sujetarse a dichos dictámenes*».

En la LEC 1/2000 el legislador optó, acertadamente, por dar carta de naturaleza a la prueba pericial de parte; puesto que resulta lógico que quien se plantea interponer una demanda solicite informes técnicos y también que los incorpore al proceso en calidad de lo que son: informes técnicos. Pero, al mismo tiempo, e inconvenientemente, la LEC reguló también la denominada pericia judicial, que queda sometida a los mismos principios que la pericia de parte, con la diferencia que el Juez podrá acordar de oficio la comparecencia del perito en el acto del juicio, así como solicitar la ampliación del dictamen<sup>472</sup>.

La regulación dual de la pericia (judicial y de parte) es probable que haya contribuido a la inadecuada regulación vigente en la LEC en la que a la pericia se le da tratamiento de informe técnico documentado prescindiendo o minusvalorando su naturaleza de prueba. Así ha sucedido ya en el proceso penal, donde rige si cabe con mas fuerza el principio de práctica de la prueba en el acto del juicio, respecto al que los acuerdos de Sala General del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999 y de 23 de febrero de 2001, establecieron la posibilidad de valorar los informes periciales emitidos por organismos oficiales, practicados en fase de instrucción, como prueba documental aún sin la presencia de los peritos en el acto del juicio. Estos acuerdos supusieron un punto de inflexión en el tratamiento procesal de lo que se considera prueba en el proceso penal a efectos de poder fundar una sentencia de condena, permitiendo que pudieran tener esa fuerza probatoria documentos técnicos realizados por funcionarios públicos.

Una decantación parecida se está produciendo en el proceso civil español en el que la atribución de prueba pericial a los informes técnicos aportados por las partes ha venido acompañada de una rebaja respecto a la exigencia de la plena vigencia de los principios de inmediación y contradicción en la práctica de esta clase de prueba<sup>473</sup>. Precisamente, lo que sucede es que se ha obviado la importancia de los principios que disciplinan la prueba en el proceso civil, que aplicados a los informes periciales determinan que para que un informe técnico pase a tener la consideración de prueba pericial resulta necesario que se den los requisitos formales respecto a la condición de perito y el juramento y promesa de actuar

---

472 No es esa la valoración que de su propio redactado se hace en la Exposición de motivos de la LEC en la que se pretende haber logrado una simplicidad muy distinta de la complicación procedimental a que conducía la regulación de la Ley de 1881 (Apartado XI Exp. De Motivos de la LEC).

473 Contrariamente a lo que se pretende haberse conseguido en la LEC, según se expone en el apartado XI de la Exp. De Motivos de la LEC, que señala que: « se contienen en la Ley disposiciones conducentes a someter sus dictámenes a explicación, aclaración y complemento con plena contradicción».

con objetividad y, además, la necesaria intermediación judicial (inmediación) y contradicción (sometimiento a las preguntas que formulen las partes en el acto del juicio). De otro modo, no puede hablarse de prueba pericial, sino de informes técnicos, que en cualquier caso, al igual que sucede con los informes de investigadores privados (art. 265.1.5 LEC), deberían ratificarse en el acto del juicio oral.

De no ser así la prueba quedará fatalmente cercenada al suprimirse el necesario acto complementario de exposición del dictamen y sometimiento a las preguntas de las partes y del Tribunal. Las razones que abonan esta conclusión se perciben, incluso, intuitivamente, ya que resulta de un evidente lógica que el profesional que realiza un informe deba comparecer ante el tribunal para ratificar su dictamen que emitió, no se olvide bajo juramento o promesa de actuar con objetividad, explicar su contenido y conclusiones y someterse a las preguntas que le puedan formular tanto las partes como el Tribunal. Máxime cuando suele ser frecuente la aportación de dictámenes periciales con conclusiones ambiguas u oscuras y, en ocasiones, absolutamente dispares. En estas situaciones resulta imprescindible el examen directo de los peritos en el acto del juicio, con la finalidad de que el tribunal pueda valorar correctamente los dictámenes periciales aportados al proceso; teniendo presente que la pericia, por definición, tiene por objeto sobre materias técnicas de las que el tribunal, en principio, nada conoce.

La debida garantía del principio de inmediación y contradicción debería por tanto conducir a la modificación legal de las normas sobre la asistencia de peritos en el acto del juicio, exigiendo su necesaria comparecencia, ratificación y exposición del dictamen en el acto del juicio, como el modo necesario de práctica de la prueba pericial. Tanto la de parte como la judicial, supeditándose en ambos casos la valoración del dictamen a la presencia efectiva de los peritos en el acto del juicio a fin de ratificar y explicar su dictamen. Así sucede, por ejemplo, con los testigos que deben comparecer en el proceso a fin de dar cuenta, en el momento procesalmente establecido que es el acto del juicio, de lo que supiere respecto de los hechos controvertidos. Piénsese lo extraño que nos resultaría que el tribunal pudiera dar por válida, a efectos de prueba, la declaración de un testigo contenida en un documento adjunto a los autos. Pues bien eso es lo que sucede cada vez que un tribunal valora un informe pericial simplemente documentado, sin la debida contradicción en el plenario. Se trata, en definitiva, de elevar a rango legal lo que constituye una exigencia derivada de los principios de inmediación y contradicción de aplicación al proceso civil<sup>474</sup>. Superando de ese modo la ficción de que basta con que se haya podido suscitar la contradicción en el juicio (es decir que la parte haya podido solicitar la comparecencia del perito en el juicio) para que se entienda satisfecho el principio de contradicción y de que basta con que el informe se halle documentado, para entender que el tribunal que dicta sentencia ha mediado una prueba, que a falta de la presencia de los peritos en el acto del juicio en realidad no se habrá practicado<sup>475</sup>.

---

474 Principios cuya plena aplicación y vigencia en el proceso civil son reiteradamente exigidos por el Tribunal Constitucional. Véanse entre otras la STC 70/2005 de 4 de abril que declara que: «*la defensa contradictoria resulta una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial*». En el mismo sentido la STC 228/2005 (Sala Segunda), de 12 septiembre.

475 Ya se ha pronunciado alguna sentencia declarando la nulidad por falta de contradicción cuando no se hubiere dado traslado del dictamen pericial a las partes. Véase sobre este particular la SAP VALENCIA núm. 180/2007 de 21 marzo de 2007, JUR 2007\272602, que acuerda la nulidad de actuaciones por no haberse dado traslado a las partes del dictamen pericial judicial que se incorporó a los autos una vez finalizado el juicio y



---

quedando el proceso visto para sentencia: « En la medida en que ese dictamen pericial constituye el fundamento del pronunciamiento impugnado y que su previa ausencia de traslado a las partes impidió su contradicción , se ha causado infracción de normas procesales causantes de indefensión que determinan la nulidad de pleno derecho de la sentencia de instancia y la retroacción de las actuaciones».

# LA ORALIDAD Y ESCRITURA EN EL MODERNO PROCESO CIVIL ESPAÑOL Y SU INFLUENCIA SOBRE LA PRUEBA

JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

A partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (en vigor desde el 8 de enero de 2001), el proceso civil español de primer grado ha experimentado una indudable transformación, que debe considerarse un salto cualitativo, debido a la introducción de la oralidad. Podemos afirmar que se ha hecho realidad en la práctica del proceso civil español aquél *desideratum* de “un proceso con rostro humano”, que fue lema de un recordado Congreso Internacional.

No parece dudoso que la introducción efectiva del proceso oral (con intermediación judicial y publicidad) ha sido un gran paso adelante en la configuración del proceso civil español, en la línea de lo que todos los procesalistas, siguiendo a Chiovenda, habían venido reclamando insistentemente en la segunda mitad del Siglo XX.<sup>476</sup>

El proceso civil tradicional, de base medieval romano-canónica, tipificado en el modelo del *solemnis ordo iudiciarius*, ha estado dominado por la escritura. Varios factores contribuyeron al predominio del proceso escrito, entre ellos el peso de la tradición jurídica; la superioridad de la escritura para ofrecer garantías de autenticidad de acuerdo con la advertencia *verba volant y scripta manent*, y sus indudables ventajas para la revisión de las resoluciones judiciales en un grado superior, sin olvidar otros factores. Cappelletti ha subrayado que en la disposiciones imponiendo el proceso escrito como superior al oral hay alusiones al peligro representado por los jueces “viles” si actuaban sin el control de la escritura<sup>477</sup>. En el último siglo, al menos en algunos países (entre ellos España) también ha sido muy decisiva la actitud de la judicatura y de la propia abogacía, más partidaria de la escritura que a la oralidad, por la mayor comodidad que supone la elaboración escrita de los trámites procesales (que es precisamente el argumento que hoy está detrás del retroceso sufrido por la oralidad en el segundo grado jurisdiccional y en los recursos extraordinarios,

---

<sup>476</sup> GIMENO SENDRA, “Justicia 2007”, “Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Revista de Derecho Procesal, (número especial), Barcelona, Bosch, 2008, pp. 21; VÁZQUEZ SOTELO, *Il nuovo codice di procedura civile spagnuolo*, “Annali del seminario giuridico”, Univ. Catania, VI. 6, Milano, 2006, pp. 311 y ss., esp. pág. 319.

<sup>477</sup> CAPPELLETTI, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 1973. En el relativo a la “Publicización, oralidad y socialización” del proceso civil sostiene el Autor (pág. 52) que la oralidad exige buenos jueces (“magnus iudex”) y trae a la cita como argumento que la famosa Decretal de Inocencio III (1216) imponiendo el triunfo de la escritura en el proceso romano-canónico hace referencia a la necesidad de garantizar que el juez solo pueda juzgar sobre la base de los escritos o “actas” del juicio, por la necesidad de proteger a los litigantes contra la iniquidad o la falsedad del juez deshonesto (“contra falsam assertionem iniqui iudicis”). Además de exigir buenos jueces el proceso oral exige mayor número de jueces, como se ha podido ver en España con la multiplicación del número de Juzgados de 1ª Instancia y de Salas en los Tribunales de Apelación.

como diremos más adelante: cfr. núms. 9 y 10), por cuanto la escritura facilita la reflexión, la consulta de obras y de jurisprudencia y el trabajo en equipo y no obliga a improvisar, como exige la oralidad. Que esa resistencia llegó hasta nuestros días lo demuestra que el “Borrador” de la futura Ley hubo de ser modificado en este punto en virtud del Informe del Consejo General del Poder Judicial que censuró que no se implantase el proceso civil oral, tal como indicaba el artr. 120, 2, de la Ley Fundamental.

En efecto, en España, la introducción de la oralidad en el proceso civil se consideraba una necesidad que algún día habría que plantear, para dar cumplimiento a la disposición del art. 120, 2, de la Constitución, que muestra su preferencia indicando que el “procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal” (una norma cuyo desarrollo en las leyes procesales se fue aplazando al no ser de aplicación directa). El proceso penal en España es oral desde la promulgación de la LECrim. de 1.882 y el gran Ministro Alonso Martínez explica en el preámbulo las razones por las que ya entonces consideraba superior un enjuiciamiento oral frente al procedimiento escrito que se venía arrastrando desde hacía siglos. Si se ha tardado más de veinte años en introducir la oralidad en el proceso civil ha sido por las dificultades que comporta. Como dijo el Prof. mexicano Fix-Zamudio, en un seminario realizado en la Universidad de Barcelona cuando se preparaba el Anteproyecto de la LEC, “la oralidad no se implanta por decreto ni por ley”. Es necesario disponer una serie de medidas que están más allá de la ley para que la oralidad pueda convertirse en realidad, como disponer de las nuevas tecnologías de registro de la palabra y la imagen, disponer de salas preparadas para ese fin, e incluso contar con la “cultura de la oralidad” para la que, como queda anticipado, no siempre la judicatura ni la abogacía se muestran favorables.

La oralidad se ha introducido en el nuevo proceso civil configurándolo como un “proceso por audiencias”, mediante el empleo de las modernas tecnologías de registro y reproducción de la palabra y de la imagen en las sesiones judiciales (audiencia previa o preliminar, audiencia de prueba o “juicio”, audiencia sobre medidas cautelares).

Se acabaron las “posiciones” o afirmaciones sometidas por escrito para ser “absueltas” por la contraparte, ahora sustituidas por preguntas dentro del “interrogatorio de partes”. Se acabaron las “preguntas escritas” a los testigos y las “repreguntas” también escritas, ahora también sustituidas por el “interrogatorio de testigos” realizado por los abogados de las partes ante la presencia del Juez. Se acabaron las providencias judiciales declarando previamente la pertinencia o impertinencia de las preguntas que se pretendían formular, sustituidas por acuerdos en el momento del interrogatorio, tomados verbalmente por el juez o magistrado que preside la sesión.

Se acabó el proceso civil en el que el ciudadano demandante o demandado asistía a los actos judiciales de prueba o a otros trámites sin ver el rostro del Juez que iba a dirimir su caso. Era una petición recurrente que muchos ciudadanos formulaban a sus abogados: “oiga, quien es el juez que juzga mi caso”. A cuya pregunta el abogado tenía que contestarle, por ejemplo: “es un señor de mediana edad, que lleva aquí cinco años; es muy estudioso; Vd. no lo ve porque está en su despacho estudiando otros asuntos”...

Esta ha sido la gran transformación del proceso civil español de primera instancia, operada a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000.

Es necesario explicar que la introducción real de la oralidad en el proceso civil no se debe propiamente a las disposiciones del nuevo código procesal, que habrían vuelto a quedar en triste letra muerta en la práctica procesal. De acuerdo con la advertencia de Fix-Zamudio de que “la oralidad no se implanta por ley”, si la oralidad se introducido realmente en el proceso civil español ha sido gracias a la implantación efectiva de las

modernas tecnologías del registro y reproducción de los trámites procesales realizados verbalmente.

Disposiciones legales imponiendo la celebración de las vistas o audiencias y singularmente de los actos de prueba, bajo la presidencia del Juez, con asistencia del Secretario Judicial como documentador y bajo pena de nulidad de lo actuado y de responsabilidad disciplinaria por la infracción, ya existían en las leyes procesales y orgánicas anteriores a la LEC 2000 y estaban sancionadas con la misma energía que en la actualidad, solo que en la práctica no se cumplían. Durante todo el siglo XX, todos los operadores del proceso (Abogados, Procuradores, Secretarios judiciales y Jueces) conspiraban por razones de utilidad en falsificar aquella exigencia legal, de modo que las pruebas personales de confesión, testigos y peritos, se realizaban en la Secretaría y en sesiones frecuentemente presididas por el Oficial que tenía a su cargo el procedimiento, el cual se ausentaba para pasar al despacho del Magistrado para que le declarase previamente la pertinencia de las posiciones o de las preguntas formuladas. De cada sesión o de cada acto de prueba se levantaba un acta en la que se fingía la presencia judicial, que se suscribía por todos los que aparecían participando en el trámite.

La vieja LEC de 1881 contenía, en efecto, numerosos preceptos imponiendo el cumplimiento de tales exigencias procesales (art. 249, 313, 318, 321, 322, 330, 331, 332 y 334); arts. 570 y 573, para la prueba en general, y 583, 584 y 586, para la prueba de confesión en juicio; arts. 613 para la prueba pericial, art. 642, 647, 649 y 651, para la prueba de testigos. En esas y en otras disposiciones de la LEC derogada se hacía constante referencia a la presencia e intervención del Juez y a su protagonismo en los medios de prueba. Por lo tanto, la norma legal imponiendo la inmediación del Juez no solo no faltaba sino que se reiteraba en el texto de la ley.

En 1984, al promulgarse la extensa reforma de la LEC. mediante la Ley 34/1984, de 6 de agosto de 1984, el legislador volvió a proclamar la exigencia legal de que las pruebas fuesen producidas ante la presencia judicial y, específicamente, de que el nuevo trámite de la “comparecencia previa” que introducía en el juicio de menor cuantía se celebrase ante el Juez, con la asistencia del Secretario Judicial.

La Ley 34/1984, de 6 de Agosto (de “Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil”), con el deseo de favorecer una respuesta judicial más rápida, dispuso la generalización del “juicio de menor cuantía” como cauce del proceso declarativo para la mayoría de los objetos procesales, huyendo del juicio más solemne, el declarativo de “mayor cuantía”. A la vez, dentro del nuevo juicio de menor cuantía, introdujo la nueva institución de la “comparecencia previa”, a cuya regulación destinó los arts. 691-693 de la antigua LEC, a los que dio nueva redacción. Con tan importante novedad el legislador deseaba sustituir el método tradicional de las excepciones dilatorias (propio del proceso civil escrito) por el nuevo de la audiencia preliminar, propio del proceso oral. La comparecencia tenía que celebrarse ante la presencia del Juez, para poder asumir las funciones que suelen atribuirse a la “audiencia preliminar” de otras legislaciones, que exigen la presencia judicial para adoptar las resoluciones correspondientes<sup>478</sup>.

---

<sup>478</sup> Al hacer referencia en España a la audiencia previa o preliminar (o a su inmediato antecedente, la “comparecencia” de los arts. 691-692 LEC 1881) es de estricta justicia recordar que se trata de una institución cuyo introductor en la doctrina procesal española ha sido FAIREN, ya desde el “I Congreso de Derecho Procesal”, Madrid, 1950, con su informe “*El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites. Sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar*”, incluido en los *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid,

La nueva regulación legal de la comparecencia establecía que habría que citar a las partes y a sus representantes procesales y abogados, cuya presencia se exigía con el rigor de acordarse el sobreseimiento del proceso por la incomparecencia de las partes o de oír solo a la que se hallase presente (art. 691). Comparecidas las partes el Juez declaraba abierto el acto, procediendo a proponerles soluciones transaccionales que evitasen tener que proseguir el juicio (art. 692) y “de no lograrse el acuerdo”, la comparecencia proseguiría para las demás funciones atribuidas a dicho trámite (art. 693).

A pesar de tratarse de una institución nueva en la legislación procesal española, en la que el legislador ponía muchas esperanzas de una renovación de nuestro modelo de proceso declarativo, es necesario reconocer que en cuanto a la oralidad y a la intermediación judicial, la innovación constituyó un absoluto fracaso. Con la excepción de algunos Jueces que celebraban formalmente la comparecencia tal como disponía la ley (en términos similares a como ordena la LEC vigente para la primera audiencia) y que a veces obtenían resultados espectaculares en cuanto a la avenencia de las partes, en la gran mayoría de los Juzgados, por pura comodidad o rutina, los Abogados y los Jueces volvieron a conspirar para que sus celebración fuese un puro simulacro desarrollado ante el oficial de la Secretaria, reducido a firmar un acta impresa en la que se hacía constar que la comparecencia se había celebrado, que no se había podido alcanzar acuerdo entre las partes y, cuando no había defectos procesales que subsanar, se concluía concediendo a las partes un plazo de diez días para proponer por escrito las pruebas de las que intentasen valerse.

Después de la reforma de 1.984, todo continuó igual en orden a la oralidad y a la intermediación judicial. “Nada nuevo bajo el sol” en el procedimiento civil español, que continuó siendo escrito.

Se dijo entonces que por ser la comparecencia un trámite propio del proceso oral que se injertaba en un proceso que seguía siendo escrito, el trasplante tendría que resultar estéril y la novedad estaba condenada al fracaso. Y se dijo también que el fracaso de la comparecencia venía favorecido por la deficiente regulación legal en orden a la obligatoriedad de la celebración de la comparecencia incluso cuando no hubiese que realizar precisiones sobre el objeto del proceso y no hubiese defectos que sanar. Pero la realidad demostraba que, en algunas ciudades había Jueces de Primera Instancia que celebraban formalmente la comparecencia, en cuyos casos se podía observar la utilidad del nuevo trámite. La verdadera explicación estaba en la comodidad (la celebración de la comparecencia exigía que el Juez hubiese estudiado la demanda y la contestación y los demás escritos de alegaciones) y en la inercia de siglos de práctica del proceso civil escrito, cuyas actas seguían siendo escritas y formularias después de la Ley 34/1984.

---

1955, pp. 232 y ss. y en multitud de trabajos posteriores (cfr. “La comparecencia en el juicio de menor cuantía”, en los nuevos *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, 1984, t. II, pp. 307 y ss.). Es fundada la queja reiterada de FAIREN de que al elaborar la nueva LEC 2000 se han ocultado sistemáticamente sus aportaciones sobre la audiencia preliminar o sobre los procesos sumarios, en medio del auge y proliferación de lo que él llama “comentaritis” y “manualitis”, en los que siempre se prescinde de reconocer sus aportaciones fundamentales. Cfr. su extensa y reciente obra (muy documentada como es habitual en el autor) sobre la utilidad de los procesos cualitativamente sumarios en relación con la eficacia (limitada) de la cosa juzgada que ahora le niega la LEC, *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006. La edición va precedida del proverbio árabe que dice “Los chacales aúllan; la caravana sigue su camino”.

Si la comodidad y la inercia del procedimiento escrito explicaban el fracaso de la nueva regulación, la experiencia de estos años ha demostrado que si la exigencia legal de la presencia directa del Juez se volvió a conculcar fue debido a que las actas del proceso seguían siendo escritas y no se disponía de los medios electrónicos de registro de la palabra y de la imagen que han acompañado a la LEC 2000 desde su entrada en vigor.

El Ministerio de Justicia, durante la “vacatio legis”, dispuso lo necesario para que las Salas de audiencia de los Juzgados contasen con los medios electrónicos modernos de registro, conservación y reproducción de la imagen y del sonido, para documentación de las actuaciones procesales.

Cuando se elaboraba la LEC y aún después de promulgada, entre los abogados, jueces y procesalistas españoles se expresó el temor de que las nuevas disposiciones sobre la oralidad y la inmediación judicial volverían a quedar en “papel mojado”. La realidad acumulada durante todo un siglo en la aplicación de la anterior LEC y la fallida experiencia de la Ley 34 de 1984 avalaban ese temor. Pero no ha sido así. En el Dvd que registra las sesiones tiene que verse al Magistrado que preside la sesión, al Secretario Judicial que le asiste y a los Representantes y Abogados de las partes. Si el Dvd acreditase que el Juez o el Secretario Judicial no están presente (su sillón no está ocupado), todo lo actuado en la sesión sería radicalmente nulo, con las correspondientes sanciones disciplinarias. Tal hipótesis no se produce en la realidad porque la inmediación judicial y la oralidad se observan y guardan con todo rigor<sup>479</sup>.

El Secretario Judicial ahora se limita a certificar que se ha realizado el trámite correspondiente, el cual ha sido registrado en el soporte que documenta el acto bajo la fe judicial, como fiel reflejo de lo sucedido. El Dvd o el vídeo certificado por el Secretario Judicial es la verdadera “acta” que documenta la audiencia celebrada. El original (certificado) queda incorporado al proceso y una copia se facilita a cada parte a través de su representación procesal, en sustitución de la “copia” o de la “fotocopia” que se venía utilizando en las últimas décadas.

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 minuto y segundos de la grabación (vg. se alega que “en el minuto 34” el testigo respondiendo a tal pregunta contestó....).

### **1. Oralidad, inmediación y publicidad.**

Al introducirse en el actual proceso civil español de primera instancia la oralidad, se ha implantado también la exigencia de inmediación judicial (que según el clásico estudio de Calamandrei es su corolario<sup>480</sup>), con la necesaria presencia del Juez, del Secretario Judicial y de los defensores de las partes y de éstas mismas. Todos los

---

<sup>479</sup> También cuando hace años, cuando se experimentó en la Sala 20 de la Audiencia Territorial de Stuttgart el modelo de proceso oral antes de promulgarlo como reforma de la ZPO (el llamado “modelo de Stuttgart”), se resaltó la importancia que había tenido para su éxito la aplicación de las modernas tecnologías.

<sup>480</sup> Entre las muchas páginas que CALAMANDREI dedicó a la oralidad, siguiendo las enseñanzas del gran CHIOVENDA, pueden recordarse ahora las escritas en *Proceso y democracia*, conferencias en México, traducidas por el joven H. FIX ZAMUDIO y editado por EJEA, Buenos Aires, 1960. Son de especial utilidad las explicaciones de las causas por las que fracasó la oralidad en Italia. (pp. 167-169).

personajes están hoy presentes en las audiencias del proceso civil español de primer grado, en su caso con los testigos y los peritos.

Con la oralidad y la inmediación se practica la concentración en un solo acto, frente a la dispersión propia de la escritura.

Y con la oralidad, la inmediación y la concentración, se observa la publicidad de las audiencias del procedimiento, garantizada por preceptos de la LEC y de la LOPJ, que se cumple en la práctica bien como publicidad *coram populo* (“audiencia pública”) o cuando menos como publicidad restringida para los representantes y letrados de las partes

#### ***A) Oralidad y escritura en el nuevo proceso civil español***

Al afirmar que el nuevo proceso civil español es un proceso oral desarrollado por audiencias no se quiere decir que en el nuevo modelo procesal se haya prescindido por completo de la escritura.

Por el contrario, la LEC no prescinde de la escritura sino que combina los dos principios para obtener los mejores resultados. Ya lo aconsejó así siempre la mejor doctrina y el buen sentido.

La demanda es escrita para todos los juicios (art. 399 para el “juicio ordinario” y art. 437 para el “juicio verbal”). Es también escrita la contestación y la reconvencción (art. 405 y 406). La demanda de medidas cautelares es igualmente escrita (a no ser que se incorpore como petición accesorias en la demanda principal: art. 721, 1; 730, 1 y 732). Es también escrita la petición de “diligencias preliminares” (art. 256). Incluso los recursos de reposición (art. 452), de apelación (art. 457, 2 y 458, 1 y 2) y de casación (art. 479, 1 y 481, 1) se formalizan y fundamentan por escrito.

Pero los trámites fundamentales para el enjuiciamiento se desenvuelven verbalmente. En el juicio ordinario se celebra oralmente en una sesión concentrada la audiencia previa (art. 414-427), a la que sigue, de no truncarse el procedimiento mediante resolución de sobreseimiento, la audiencia de prueba (que la ley llama caprichosamente “juicio”: arts. 429, 431-433). En el juicio verbal a esos trámites corresponde la “vista”, en la que, después de la demanda escrita, las partes realizan alegaciones y proponen y se practica la prueba (art. 440, 443 y 444). Lo mismo procede decir, en general, respecto de los procesos especiales (vg. art. 770 y ss. para los procesos matrimoniales).

Para la segunda instancia y los recursos cfr. núms. 9 y 10.

La combinación entre la escritura y la oralidad es fructífera y siempre ha sido defendida en la doctrina y en la práctica.

#### ***B) Oralidad y celeridad de los juicios: el coste de la oralidad.***

La introducción del proceso oral ha podido producir, especialmente en la práctica, la frustración de que el nuevo proceso civil sigue siendo tan lento como era el anterior, dominado por la escritura. La duración del actual juicio ordinario no suele ser mucho menor que la del viejo juicio declarativo de mayor o el de menor cuantía. La frustración proviene de la creencia errónea de que un proceso oral es más rápido que un proceso escrito.

Cuando se defiende que el procedimiento debe estar guiado por la oralidad no es (al menos prioritariamente) para obtener una resolución más rápida sino para lograr un proceso de más calidad, que responda a aquella exigencia de “justicia de rostro humano”. Aunque, evidentemente, el ideal es que se logren las dos finalidades de una justicia rápida y de calidad.

Las dilaciones en el procedimiento pueden producirse igual en un proceso oral que en un proceso escrito. Y con frecuencia, como se demostró ya hace muchos años en nuestra doctrina, en un estudio que puede considerarse clásico<sup>481</sup>, las dilaciones obedecen frecuentemente a causas ajenas a los principios que puedan inspirar el procedimiento (vg. causas relativas a la organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales).

Es más: un proceso escrito puede ser incluso más expeditivo que un proceso oral. Precisamente es ese el principal argumento que está detrás de lo que se viene practicando en la segunda instancia y en los recursos extraordinarios a partir de la LEC 2000 (infra, núms. 9-10)<sup>482</sup>.

Un proceso oral por audiencias puede ser más lento que el proceso desarrollado mediante intercambio de escritos. La redacción de escritos supone un trabajo de despacho, que puede haber exigido muchas horas, pero su intercambio con los escritos de la contraparte es sumamente sencillo. En cambio, una audiencia o comparecencia exige la presencia simultánea de muchos profesionales: Juez, Secretario, Procuradores y Abogados y sus respectivos patrocinados, a veces testigos y peritos. La verbalidad u oralidad supone mayor dificultad para el trabajo de los abogados y de los jueces<sup>483</sup>. Si pese a ello se defiende el proceso oral es porque se espera alcanzar un resultado superior, de más calidad, que el que se obtendría mediante el procedimiento escrito.

### ***C) Efectos colaterales de la oralidad.***

La aplicación de la oralidad y de la intermediación en el proceso de primer grado (con la publicidad de las sesiones), ha producido otros efectos colaterales que conviene destacar.

a) El método procesal de las audiencias orales obliga a los profesionales a trabajar de otro modo. Es ese uno de los principales desafíos de la oralidad.

La actuación en las audiencias exige conocer a fondo el proceso e ir convenientemente preparado para contestar a cualquier alegación que la contraparte pueda realizar, sin poder pedir aplazamientos o esperas para estudiar el problema.

La diferencia en la preparación técnica de los defensores de las partes puede ser patente. Aunque oralidad no es lo mismo que oratoria y no exige grandilocuencia, no siempre los profesionales disponen de buenas condiciones expositivas. Y como toda la actuación se desenvuelve a presencia de las partes (por lo tanto del propio cliente y de la

---

<sup>481</sup> Aludo al trabajo de GUASP sobre “*Dilaciones irregulares en el juicio de mayor cuantía*”, en el que comparó la duración de ese tipo de juicio según su diseño legal y las dilaciones que en la práctica se producían, que tenían muy poco que ver con el diseño legal y obedecían a causas distintas (con frecuencia orgánicas, vg. Juzgados que no contaban con Juez titular o que carecían de personal de la Secretaría).

<sup>482</sup> Hace tres años, con ocasión de un magnífico Congreso desarrollado en México DF, varios profesores fuimos requeridos para intervenir en un programa de Televisión organizado por “Canal Judicial”, en el que se involucraban dos cuestiones en sí distintas: un proceso más rápido y un proceso oral, que son también objetivos de las reformas de las leyes procesales en México. Insistimos allí en que el proceso oral se defiende por ser un modelo de debido proceso de calidad superior, pero no necesariamente porque sea más rápido que el proceso escrito. Esa realidad ha podido contrastarse en los años de aplicación de la LEC 2000: el actual proceso oral dura igual que el anterior proceso escrito.

<sup>483</sup> Desde que se practica la oralidad en España diversas academias o centros de formación vienen ofreciendo cursos de expresión oral y de elocuencia forense.



contraparte), es inevitable que los litigantes puedan realizar valoraciones sobre la actuación de su propio abogado y lo comparen con el de la parte adversa, con las consecuencias profesionales, favorables o adversas, que se puedan derivar.

b) La presencia del Juez o Magistrado en la primera audiencia (“audiencia previa” en la terminología de la LEC....) ha propiciado un incremento en las soluciones transaccionales mediante convenios procesales alcanzados en ese trámite, del cual constituye la primera de las finalidades.

c) El intercambio de fotocopias de documentos entre las partes, favorece la concesión de valor probatorio a las reproducciones de los documentos mediante fotocopias cuando no son impugnadas de contrario.

## II. RETROCESO EN LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL DE SEGUNDO GRADO. CONSECUENCIAS

Sorprendentemente, la introducción efectiva de la oralidad en el proceso civil de primer grado contrasta con el retroceso producido en el juicio de segunda instancia que sigue al recurso de apelación. Y la sorpresa y el contraste es mayor si se tiene en cuenta que en España cuando el proceso de primer grado ha sido escrito el de segunda instancia era oral.

Tradicionalmente, el recurso de apelación, que abre la segunda instancia, se fundaba en el “gravámen” de la sentencia y se interponía mediante un sencillo escrito, limitado a anunciar el recurso y a solicitar que se remitiesen los autos del proceso al Tribunal de segundo grado, ante el cual, llegado el momento, en la correspondiente “vista”, se exponían los argumentos que fundaban el recurso. Y tan era así que los jueces que integraban el Tribunal de segunda instancia (las tradicionales Audiencias Territoriales o Cancillerías) recibían el nombre bien gráfico de “oidores”, porque su función consistía en oír las quejas o agravios que exponía contra la sentencia el que se alzaba contra ella (una función equivalente a la de los Jueces “desembargadores” de Portugal y de Brasil). En esos momentos de los informes en las vistas era, especialmente, donde los grandes Abogados adquirían fama y prestigio, sobre todo en una época en la que se valoraba la elocuencia (puede recordarse como no solo jóvenes abogados sino jóvenes periodistas iban a las salas de las Audiencias a oír a los grandes abogados).

La LEC 2000 (arts. 457 y 458) ha modificado el sistema que venía funcionando pacíficamente durante más de un siglo y ha llevado a la apelación la distinción entre “preparación” (anuncio del recurso) e “interposición” (formalización del recurso, articulando y fundando los motivos por los que se ataque la sentencia o resolución impugnada), una distinción que solo era propia del recurso de casación (al tener que fundarse el recurso en “motivos” legales, la formalización del recurso requiere tiempo, mientras que el anuncio o preparación puede hacerse en un plazo más breve, para que no quede pendiente largo tiempo la firmeza de la resolución). Además, la LEC 2000 establece ahora que la interposición del recurso se realice ante el propio Juzgado que pronunció la resolución impugnada (art. 458), el cual confiere traslado a la contraparte para que pueda impugnar el recurso (art. 461), procediendo después a elevar los autos del proceso al Tribunal de segundo grado (hoy, Audiencia Provincial) para que sustancie y resuelva la apelación. El nuevo sistema acumula más trabajo en los Juzgados después de la sentencia y descarga a las Audiencias y tiene el inconveniente de que no se argumenta con la misma libertad si los reproches a la resolución tienen que formularse en un escrito dirigido al propio Juez autor de la resolución que si las alegaciones pueden realizarse ante un órgano distinto y superior al que resolvió en la instancia anterior.

En cuanto a la celebración de la tradicional “vista” para oír a las partes sobre los fundamentos del recurso, a partir de la Reforma de 10 de abril de 1992 (Ley 30/1992), se fue iniciando una tendencia a suprimir o cuando menos a restringir la celebración de las vistas, vg. exigiendo que fuese solicitada por las partes recurrentes y recurridas o la opinión del Tribunal favorable a la utilidad de la celebración.

La regulación de la LEC 2000 ha mantenido el criterio restrictivo disponiendo en su art. 464, 2, “Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario”. La regulación legal solo considera inexcusable la celebración de vista cuando en segunda instancia se haya practicado prueba (a fin de someter sus resultados al necesario debate entre las partes). En los demás casos, que son la inmensa mayoría, la celebración de la vista se condiciona a la concurrencia de alguno de los dos supuestos que el precepto indica: que lo haya solicitado alguna de las partes o que el Tribunal la considere necesaria. Pero en el primer caso la celebración de la vista es potestativa para el Tribunal, el cual “podrá” celebrarla o no, según lo considere o no “necesario” (el precepto no dice “conveniente”).

La LEC 2000 no impide que se celebren vistas. Pero la redacción del art. 464, 2, ha dejado al criterio de las Secciones de las Audiencias conveniencia, la utilidad y aún la necesidad de proceder a su celebración. Y por los argumentos ya referidos los Tribunales responden a la petición de que se celebre vista (realizada por el recurrente y/o por el recurrido) negando su celebración “por no considerarla necesaria”. En los años de aplicación de la LEC este acuerdo ya es una fórmula de estilo en las resoluciones de las Audiencias al mandar formar el “rollo” del recurso, por lo que es sumamente infrecuente que se celebren vistas que el Tribunal no está obligado a conceder. Las partes, incluso actuando de consuno en este punto, no tienen un derecho procesal a que la vista se celebre. Por lo tanto, no pueden exigirla. La celebración de vista es una pura concesión que puede hacer la Sala de Segunda Instancia si así lo considera para mejor juzgar (vg. por la complejidad de los temas planteados en el recurso).

Por obra de esta disposición, se ha producido un flagrante retroceso en cuanto a la oralidad en la segunda instancia del proceso civil. Las Salas o Secciones de las Audiencias, en lugar de señalar una fecha para la celebración de la vista realizan un señalamiento distinto, “para votación y fallo” o “para deliberación y fallo” del recurso.

El hecho de que la fundamentación del recurso ya la reciba el Tribunal en el escrito de interposición formulado ante el Juzgado, junto con la contestación de la otra parte, contribuye a explicar que las Audiencias sean muy poco propicias para acordar la celebración de las tradicionales “vistas” o audiencias orales, que antes constituían el momento culminante del procedimiento de segundo grado. Como, por otra parte, muchos abogados lo que harían, si se celebrase vista, es volver a repetir lo que ya han expuesto por escrito, cabe argumentar que para los Magistrados la celebración de la vista carece de utilidad y es un trámite dilatorio y entorpecedor porque a su escasa utilidad entorpece el trabajo de los Magistrados, que podrían dedicar esas horas a estudiar y redactar sus sentencias. Incluso se añade que con el nuevo criterio ya no podrá suceder que los abogados muy competentes sorprendan en las vistas al adversario con una alegación jurídica a la que éste no estaba en condiciones de contestar.

En realidad, de todos los argumentos expuestos el verdaderamente importante es el del tiempo que la oralidad obliga a dedicar a los Magistrados del Tribunal de apelación, obligados a tener que dedicar muchas mañanas a oír los recursos y contrarrecursos de los litigantes expuestos en informes acaso mediocres con excesiva frecuencia. Un tiempo que

es especialmente valioso en un momento en el que el mayor problema de los Tribunales es la sobrecarga de asuntos y el retraso con el que los despachan. En las pasadas décadas, en el Tribunal Supremo mientras en la Sala de lo Civil y en la de lo Penal se celebraban vistas de los recursos de casación, las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo (hoy refundidas en una sola pero con mayor número de Magistrados que las restantes) resolvían sin celebración de vistas, por lo que los Magistrados disponían de más tiempo para estudiar y resolver los asuntos (pese a ello ha sido siempre la Sala que arrastraba mayor retraso y sigue siendo la Administración del Estado la que más contribuye al colapso jurisdiccional).

Los argumentos indicados son solo una cara del problema que tiene también su cruz. Porque el precio que se paga por prescindir de la oralidad es muy alto.

De una parte, si los abogados dejan de “informar” se convierten en lo que he llamado en anterior ocasión una “Abogacía muda”. Intervenir en una comparecencia o “audiencia” ante el Juzgado de 1ª Instancia no equivale a informar. Si los abogados no se ejercitan en el arte de informar (aunque la oratoria forense haya cambiado en la segunda mitad del pasado siglo, haciéndose más técnica) parece evidente que la Abogacía pierde una de sus cualidades más preciadas<sup>484</sup>.

De otra parte –y esto es lo más preocupante-, cabe recordar aquélla advertencia del gran Abogado Ossorio y Gallardo cuando en su celebrada obra defendía la oralidad alegando que “del Juez que no me oye no puedo tener la confianza de que me lea”. Argumento que refuerza el temor de que al prescindirse de la oralidad se rompa la colegialidad del órgano de segunda instancia o de recurso. Con frecuencia se oye la queja sobre la decisiva función que en los órganos colegiados tiene el Magistrado ponente, único que conoce de verdad los autos del proceso y a través de cuya opinión se informan los demás integrantes del colegio judicial. Es cierto que los “votos discrepantes” que, siguiendo las “opiniones discordantes” de la jurisprudencia anglo-norteamericana, se formulan, con alguna frecuencia, en los Tribunales españoles vendrían a desmentir aquél temor. Pero el peligro cierto de que se produzca la “ruptura de la colegialidad” del Tribunal es evidente y existen muchas anécdotas forenses que así lo acreditan (hay incluso confidencias de los propios Magistrados, admitiendo que, gracias a la celebración de vista, la exposición del Abogado le hizo pensar en un argumento que en otro caso habría pasado inadvertido).

### **1. Retroceso de la oralidad en los recursos extraordinarios**

Un retroceso equivalente se ha producido en el recurso extraordinario de casación. Uno de los planteamientos más erróneos de la LEC 2000 es el realizado en sede del recurso extraordinario de casación. Después de la Ley 34/1984 España ha contado con el recurso de casación más eficiente del mundo, que permitía incluso el control de la prueba documental en ciertos casos. El retraso de la Sala debido a la acumulación de recursos obligó al legislador, a partir de 1.992 (Ley 10/1992, de 30 de abril) a limitar las vías del recurso. Con la LEC 2000 se socavaron los cimientos mismos de la casación utilizando criterios arbitrarios, sin precedente alguno ni posible homologación en la legislación comparada. El recurso de casación que (como explicó Calamandrei fue producto de la fusión de la impugnación de la sentencia por vicios de forma (la *querella nullitatis*) con la

---

<sup>484</sup> En el Tribunal Supremo de España y en las antiguas y gloriosas Audiencias Territoriales, hace décadas, era habitual que cuando en un recurso informaban grandes Abogados entre el público asistente estaban jóvenes abogados que deseaban aprender y también jóvenes que se preparaban para ser periodistas o escritores.

impugnación por su injusticia, fue disociado artificialmente en dos recursos: uno, denominado “extraordinario por infracción procesal” y otro propiamente “de casación” (arts. 469 y 477). Y no contentos con tal disociación del recurso atribuyeron el primero al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y el segundo al Tribunal Supremo (arts. 468 y 478), creando graves dificultades sobre la preferencia de uno u otro recurso cuando se deseaban interponer los dos, que suele ser lo más frecuente (art. 478).

Esta innovación de la LEC fue muy mal recibida por la doctrina (salvo la de los autores que participaron en la elaboración del Anteproyecto). Finalmente, esta innovación de la LEC no pudo entrar en vigor, porque el Proyecto de la LEC no contó en el Parlamento con la mayoría necesaria para que pudiese ser aprobada como “Ley Orgánica” (incluso grupos políticos que sostenían al Gobierno del Partido que preparó la ley se abstuvieron en la votación), por lo que no podían tomarse en consideración aquéllas regulaciones de la nueva LEC que alterasen las competencias del Tribunal Supremo y las de los demás órganos jurisdiccionales (establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial LO 6/1985). La falta de “quórum” en el Congreso para promulgar la LEC como Ley Orgánica obligó en el trámite ante el Senado a añadir una farragosa y confusa (calificativos de una Sentencia de la Sala 1ª del TS) “Disposición Final Decimosexta”, sobre “régimen transitorio de los recursos extraordinarios” en tanto en cuanto no pudiesen entrar en vigor las previsiones de la LEC. Las cuales ya nunca van a entrar en vigor porque en estos momentos está muy adelantado un nuevo Proyecto regulando una nueva casación.

En lo que ahora interesa, en punto a la oralidad la LEC sigue los pasos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de modo que prácticamente ya no se celebran vistas de los recursos ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sala Primera). La Sala señala un día para deliberación, votación y fallo y lo notifica a las partes.

Para el recurso extraordinario por infracción procesal el art. 475, 2, reproduce el mismo criterio ya afirmado para la segunda instancia: admite la celebración de vista si en el recurso se ha practicado alguna prueba o si la Sala considera oportuna su celebración.

Para el recurso de casación, el artículo 486 contempla una “eventual vista”, permitiendo a la Sala que decida, según lo que considere más conveniente, la celebración de “vista” o el señalamiento directo para “votación y fallo” del recurso.

En la práctica, es inusual que se celebren vistas de los recursos ante la Sala Primera (de Derecho Civil) del Tribunal Supremo, fallándose directamente los recursos previa deliberación y votación por los Magistrados.

En el Tribunal Constitucional, su Ley Orgánica no prohíbe que se celebren vistas de las demandas de amparo. Pero por las razones a las cuales se ha hecho referencia, su celebración resulta impensable.

#### ***A) La prueba entre la escritura y la oralidad en el anterior proceso escrito y en el nuevo proceso oral de la legislación española***

a) El procedimiento de la prueba se integra por los siguientes momentos, etapas o “tiempos”: 1) petición de prueba; 2) recibimiento del proceso a prueba; 3) proposición de prueba; 4) admisión de la prueba; 5) práctica de la prueba; 6) valoración de la prueba.

La petición genérica de prueba se limita a solicitar que en un determinado proceso exista prueba. Cada una de las partes tiene el deber jurídico (carga) de formular la petición genérica de que haya prueba, porque, con frecuencia, las legislaciones no establecen que el Juez reciba a prueba el juicio cuando lo considere necesario aún cuando no medie petición de parte.

El recibimiento a prueba, corresponde al Juez del proceso y es un acuerdo o resolución disponiendo que en un determinado juicio se practique prueba.

La proposición de prueba corresponde a cada una de las partes y es una petición formal en la que, partiendo de que el proceso ha sido recibido al trámite de prueba, se concretan los medios de prueba que se desean utilizar.

La admisión de la prueba (en su caso, su inadmisión) corresponde al Juez del proceso y es una resolución por la cual el Juez resuelve si admite o rechaza los concretos medios de prueba que cada parte desea utilizar. En caso de admisión el Juez debe ordenar o realizar las citaciones, requerimientos y comparecencias necesarias para que las partes puedan producir la prueba que han propuesto.

La práctica de la prueba consiste en recibir las pruebas, documentando sus resultados. Es también un momento que corresponde al Juez, porque es él el destinatario de la prueba. Pero es respecto a este momento donde se muestra la gran diferencia entre un proceso acoplado al principio de la escritura o al de la oralidad, sobre todo por lo que afecta a la percepción directa e inmediata del Juez del proceso, algo que es fundamental para que pueda después realizarse una correcta valoración de los resultados probatorios.

La valoración de la prueba, que es siempre una función intransferible del Juez, es el último de los momentos o etapas de la prueba, que se realiza en el momento de decidir y que se explica o motiva en la fundamentación jurídica o motivación de la sentencia.

b) En el tradicional proceso escrito la petición de prueba se realizaba en los escritos de alegaciones iniciales (demanda, contestación, reconvenición, contestación), generalmente en la Súplica del escrito de demanda o por medio de una petición accesoria (Otroí) añadido a la petición principal de la Súplica.

El recibimiento a prueba lo acordaba el Juez con excesiva sujeción a que las partes lo hubiesen solicitado (extremo que fue censurado por la mejor doctrina, que defendió siempre la conveniencia de que el Juez pudiese disponer de iniciativas por su propio oficio).

La proposición concreta de los medios de prueba se realizaba dentro del plazo legal concedido por la providencia judicial, común para las dos partes.

Se formaban ramos o piezas separadas de prueba para cada una de las partes, actuando la pieza correspondiente a cada parte en la pieza respectiva.

La admisión de la prueba era realizada por el Juez siguiendo criterios de estricta legalidad, adoptando los acuerdos o disposiciones necesarias para proceder a su práctica (vg. realizando los señalamientos correspondientes).

En sucesivas diligencias, documentadas por medio de las correspondientes actas, se iba ejecutando la prueba admitida propuesta por cada una de las partes.

Cuando se concluía con la práctica de la prueba se disponía que se uniesen a los autos y se pusieran de manifiesto a las partes para preparar el trámite de alegaciones finales con el “resumen de pruebas”.

c) En el nuevo proceso por audiencias, la oralidad ha afectado a todas las pruebas, porque frente a la anterior dispersión en múltiples actos de prueba, propia del procedimiento escrito, ahora las pruebas se practican en audiencias o sesiones públicas y concentradas, bajo la dirección del Juez, la presencia del Secretario Judicial, la de los representantes de las partes y la intervención de sus Abogados. Y todo cuanto ocurra lo

registra con toda fidelidad el soporte Dvd o vídeo, acreditando el Secretario el día y hora de la celebración y su correspondencia al proceso de que se trata.

d) En la recepción de la prueba (práctica de prueba) es donde se producen profundas diferencias entre un proceso escrito y un proceso oral (especialmente en cuanto a las pruebas personales). Las diferencias se han podido observar en la práctica forense española que siguió a la aplicación de la LEC 2000, en su comparación con la que se observaba hasta entonces.

La oralidad ha afectado de modo especial a dos pruebas personales, la de interrogatorio de las partes y la de testigos, porque es respecto de estas pruebas donde se muestra la superioridad del método oral.

1. Las diferencias son mínimas en cuanto a la prueba documental. En el multiseccular proceso escrito, los documentos se acompañaban con los escritos de alegaciones iniciales, salvo que se tratase de documentos de fecha posterior, o anteriores pero descubiertos después de la demanda o retenidos en poder de la otra parte, que hubiese impedido su presentación en el momento oportuno. Igual sigue sucediendo con el proceso oral, si bien el intercambio de las fotocopias de los documentos al finalizar la audiencia previa ha hecho que se reconozca autenticidad a las fotocopias cuando no son impugnadas.

2. Existen grandes diferencias en cuanto a la prueba pericial. Pero no proceden de la oralidad o de la escritura sino de las innovaciones introducidas por la LEC 2000 respecto de la regulación anterior de esa prueba (novedades que generalmente hay sido muy censuradas).

3. Apenas existen diferencias en cuanto a la prueba de reconocimiento judicial.

4. Las diferencias son, en cambio, muy considerables respecto de las pruebas personales. Tanto la antigua confesión judicial de los litigantes como el interrogatorio de testigos han sufrido grandes cambios, como se expone a continuación:

e) En el *proceso escrito* anterior a la LEC 2000:

1) La “confesión en juicio” de cada parte podía ser solicitada por la parte contraria (art. 579), bajo juramento indecisorio (art. 580: el juramento decisorio había caído en total desuso) y consistía en contestar (“absolver”) las “posiciones” formuladas por escrito, con claridad y precisión, en sentido afirmativo (estableciendo o dando algo por sentado un determinado hecho: “pono”) y concretadas a lo que fuese objeto del debate, repeliendo el Juez las preguntas si no reunían tales requisitos (art. 581). El interrogatorio se realizaba mediante cuestiones formuladas como afirmaciones de la parte que solicitaba la prueba (“posiciones”) para que pudiesen ser aceptadas o negadas por el litigante que rendía la confesión y se formulaba sin entregar copia a la otra parte (sin perjuicio de que para garantizar el secreto de las posiciones podía presentarse en pliego cerrado, que conservaría el Juez en su poder sin abrirlo hasta el momento de dar comienzo la prueba y de declarar la pertinencia de las posiciones (art. 582). El litigante o “confesante” tenía la carga de comparecer el día y hora señalado y de responder por sí mismo las posiciones, de palabra, a presencia de la otra parte y de su Letrado, sin poder valerse de borrador de respuestas, aunque permitiéndole contestar en el acto simples notas o apuntes para poder precisar la respuesta (art. 585). Las contestaciones deberían ser afirmativas (“es cierto”) o negativas (“no es cierto”), pudiendo agregar (brevemente) las explicaciones pertinentes para justificar su respuesta (art. 586). La negativa a declarar o las respuestas evasivas producían la advertencia del Juez de que podría acudir a la *ficta confesio* en la sentencia que pronunciase, teniendo a la parte por confesa en cuanto al hecho objeto de la posición que se había negado o eludido contestar (art. 586). Las posiciones deberían referirse a hechos

propios del confesante. Si alguna posición versaba sobre hechos que no sean personales del confesante, éste podría lícitamente negarse a contestar (art. 587), si bien en este caso podría admitirse que la posición fuese contestada por un tercero que conociera personalmente los hechos por haber intervenido en ellos, siempre que el litigante aceptase la responsabilidad de tal declaración (art. 587).

La habilidad de los Abogados (cumpliendo siempre las exigencias legales) consistía en someter cuestiones (“posiciones”) que pudiesen confundir al confesante, de modo que pudiese reconocer hechos que le perjudicaban (vg. con afirmaciones que solo fuesen en parte verdad).

La prueba, mayoritariamente, tenía escasa utilidad, porque era casi rutinario que los confesantes negaban, desconocían o no recordaban los hechos afirmados por la contraria.

2) La prueba de testigos se proponía por cada una de las partes. Exigía presentar un “pliego” o documento con la “lista de testigos” y otro con el “interrogatorio de preguntas” que se deseaban formular, acotando las preguntas que se deseaban formular a cada testigo de la lista. Esos interrogatorios (a diferencia de los de la prueba de confesión) se presentaban en pliego abierto, con copia para la otra parte, la cual al recibir las preguntas completaba el interrogatorio formulando a su vez un “pliego de repreguntas”, (contrainterrogatorio) para completar la exploración del testigo.

Las preguntas tenían que formularse por escrito, con claridad y precisión, numeradas correlativamente, y concretándose a los hechos objeto del debate (art. 638), pero, a diferencia de las “posiciones”, no tenían que ser formuladas como cuestiones afirmadas por la parte solicitante de la prueba. No obstante, las preguntas solían empezar con la expresión “Diga ser cierto” o “Diga como es cierto”. Las repreguntas de la contraparte (art. 641) solían comenzar con la expresión “Diga como es también cierto” o “Diga como es más cierto” a la que seguía la cuestión que se deseaba fuese reconocida por el testigo y con la cual se esperaba neutralizar lo que hubiese reconocido al contestar la pregunta. Lógicamente, las repreguntas tenían que referirse a los hechos que previamente habían sido objeto de la pregunta. El pliego de preguntas se presentaba con copia para la contraparte. En cambio, el pliego de repreguntas solo se presentaba en el momento en que se iba a practicar el interrogatorio, para que los testigos de la contraparte no conociesen de antemano el contenido de las repreguntas. Previamente a la prueba el Juez debía declarar la pertinencia de las preguntas y en el momento del interrogatorio tenía que acordar la pertinencia de las repreguntas (art. 649). El testigo debía responder por sí mismo, de palabra, sin valerse de borrador de respuestas, pudiendo pedir al Juez permiso para consultar libros o papeles para constatar un dato que necesite para contestar (art. 650). En cada una de las contestaciones el testigo debía expresar la “razón de ciencia” de su saber (art. 649).

Los testigos declaraban separada y sucesivamente entre si y el resultado de su interrogatorio se documentaba en la correspondiente acta, que era leída y después firmada por el testigo con el Juez, el Secretario y los representantes y defensores de las partes (arts. 651 y 652).

El “acta” que documentaba en el proceso el resultado de la confesión o de cada interrogatorio de testigos no podía ilustrar sobre las circunstancias subjetivas de cada declarante vg. la firmeza, la claridad y la precisión de sus respuestas o las dudas o vacilaciones. Tales circunstancias podían ser recordadas por el Juez que hubiese presidido la prueba y podían contribuir a su valoración. Pero los defensores de las partes, al preparar sus escritos de conclusiones con los resultados probatorios alcanzados (arts. 667 y 670) no podían hacer referencia a esos importantes aspectos subjetivos y a veces pretendían salvar

las deficiencias del sistema recordando en su escrito vg. que la parte o el testigo había respondido con firmeza y precisión o que se había mostrado vacilante al responder y que había acabado diciendo lo que reflejaba el acta después de expresar dudas (“no sé”, “no me acuerdo”, “tengo dudas”, para concluir optando por la respuesta que se había hecho constar en el acta). Y si el Juez que dictase la sentencia no era la misma persona del Juez que había presidido los actos de prueba (lo que podía suceder) tampoco podía tener de los resultados probatorios otra visión que la facilitada por la correspondiente acta, “vox mortua” de lo sucedido. Otro tanto los Jueces de los Tribunales superiores que conocían del proceso en vía de recurso.

f) En el *proceso por audiencias orales*, a partir de la aplicación de la LEC 2000, se han producido cambios sustanciales en cuanto a la prueba. La práctica de la prueba es ahora mucho más ágil. Gracias a la utilización de las modernas técnicas de grabación y reproducción del sonido y de la imagen los resultados de las pruebas cuentan con una documentación que permite “revivir” todos los aspectos que quedaban ocultos en las tradicionales actas escritas.

La proposición de prueba se realiza al final de la audiencia previa, cuando el proceso deba proseguir por no haberse alcanzado la avenencia entre las partes y después de agotadas las demás finalidades que la ley atribuye a dicho trámite (art. 429, 1)<sup>485486</sup>.

Los diversos medios de prueba se articulan en el escrito correspondiente, en el que se harán constar “con separación”, haciéndose constar los domicilios o residencia de las personas que deban ser citadas (art. 284). Pero ya no hay que adelantar los interrogatorios que se formularán a los testigos y tampoco las preguntas que se desean hacer a los litigantes.

Las pruebas se practican en vista pública y contradictoria entre las partes (art. 289, 1) y “será inexcusable la presencia judicial” en los interrogatorios de partes y testigos, en el reconocimiento judicial de personas, lugares o cosas, en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes, así como en la explicación de los dictámenes periciales (art. 289, 2). Si las pruebas no se practican en la sede del Juzgado (vg. interrogatorios domiciliarios, reconocimientos de cosas o personas) se observará una “publicidad y documentación” similares (art. 289).

La LEC 2000 admite como medios de prueba típicos los clásicos: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos (art. 299, 1). Pero también admite

---

<sup>485</sup> Esta disposición, para la aceleración del procedimiento, obliga a los Abogados a llevar bien preparada la audiencia previa para todas las salidas que eventualmente se puedan producir dentro de las diversas funciones que corresponden a dicho trámite. Si se alcanza una solución por avenencia el trabajo de proposición de prueba habrá sido en vano, pero es inevitable. El sistema de la LEC anterior a partir de la Reforma de 1984 era más cómodo para los Abogados: solo si no se alcanzaba la avenencia y el proceso debía continuar se concluía la comparecencia y se concedían ocho días a las partes para que sus defensores pudieran presentar sus escritos proponiendo los medios de prueba (art.

<sup>486</sup> Esta “audiencia de prueba” (la segunda de las audiencias típicas del juicio declarativo ordinario) recibe en la LEC el nombre inadecuado de “juicio”, término que en el vocabulario procesal español siempre se ha utilizado como equivalente a proceso, para designar todo el fenómeno del litigio en primer grado y no la concreta fase de prueba (la LEC, equivalente al Código del proceso civil, se llama Ley de “enjuiciamiento” o ley de los juicios civiles). No es el único ejemplo de terminología caprichosa de la LEC 2000.



expresamente como prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos que permitan archivar y reproducir datos, cifras u operaciones matemáticas o contables (art. 299, 2) así como “cualquier otro medio no expresamente previsto” que permita obtener certeza sobre hechos relevantes en el proceso (art. 299, 3).

En el “juicio ordinario” (el juicio tipo de la nueva LEC) la segunda sesión o audiencia se destina precisamente a practicar las pruebas propuestas por las partes y a que las partes formulen las conclusiones sobre las pruebas practicadas (art. 431). Esta audiencia o “juicio” comienza practicando las pruebas admitidas (art. 433, 1) y concluye con la formulación por los defensores de las partes de sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre las pruebas practicadas (art. 433, 2), quedando a partir de entonces los autos del proceso conclusos para pronunciar sentencia (art. 434).

1) La “confesión” de las partes ha sido sustituida por el “interrogatorio de partes” (art. 301-316).

Las antiguas posiciones actualmente son “preguntas” que se formularán oralmente, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, que se tendrán por no realizadas. El Juez decide sobre la procedencia de las preguntas en el mismo momento del interrogatorio (art. 302). La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de borrador de respuestas, aunque se le permitirá consultar en el acto documentos, notas o apuntes cuando sean convenientes para auxiliar la memoria (art. 305, 1). Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas o, al menos, precisas y concretas, pudiendo agregarse las explicaciones convenientes (art. 305, 2). Los Abogados de las demás partes y el de la propia parte interrogada podrán formular a su vez nuevas preguntas y el Juez podrá también interrogar para pedir al declarante aclaraciones o adiciones a sus respuestas (art. 306, 1).

La incomparecencia de la parte puede permitir al Juez considerar como reconocidos los hechos en los que la parte haya intervenido personalmente (art. 304) y la negativa a responder (salvo si concurre un deber legal de guardar secreto) o las respuestas evasivas, después del correspondiente apercibimiento, permiten al Juez considerar reconocidos los hechos a los que se refiere la respuesta negada o evasiva (art. 307).

2) El “interrogatorio de testigos” ha recibido una nueva regulación para adaptarlo al proceso oral (arts. 360-381).

La prueba se propone junto con las demás, indicando la identidad de los testigos (nombre, apellidos, profesión, domicilio o residencia): arts. 360 y 362.

Los testigos declararán separada y sucesivamente, sin que se comuniquen entre sí, no pudiendo asistir a las declaraciones de otros testigos: art. 366. Su declaración es se hacen bajo juramento o promesa de decir verdad y con la advertencia del posible delito de falso testimonio (art. 365).

Después de ser interrogados por las llamadas “circunstancias generales de la ley”, relativas a su imparcialidad (si es familiar, socio, dependiente, amigo íntimo o enemigo manifiesto de la parte que lo presenta, etc.: art. 367).

Las preguntas al testigo se formularán oralmente, deberán ser en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones que no deben ser autorizadas por el Juez pero que en todo caso se tendrán por no puestas (art. 368).

En el mismo momento del interrogatorio el Juez admite las preguntas formuladas correctamente y prohíbe las que no se ajusten a las exigencias legales (art. 368, 2). En ese mismo acto del interrogatorio, los defensores de las partes que no hayan propuesto al

testigo podrán impugnar las preguntas indebidamente admitidas y señalar las valoraciones y calificaciones improcedentes. Además la parte podrá pedir que conste en el acta su protesta a los efectos del ulterior recurso (art. 369).

La LEC da entrada a la figura híbrida del “testigo-perito” (art. 370), regula los supuestos en que el declarante tenga un deber de guardar secreto sobre los hechos por los que se le pregunte (art. 371), regula la intervención del Juez y de las partes en el interrogatorio (art. 372) y la posible confrontación o careo entre los testigos entre sí o con las partes (art. 373), así como la indemnización que los testigos deben percibir (art. 375), las “tachas” que pueden hacerse a los testigos en los que concurra alguna causa legal (art. 377-380), el interrogatorio sobre hechos que consten en “informes escritos” (art. 380) y el de las personas jurídicas o entidades públicas (art. 381).

g) Oralidad y valoración de las pruebas.

1. La oralidad se demuestra superior a la escritura en el momento de la valoración de las pruebas personales.

En un estudio clásico subrayó Chiovenda como el proceso oral tiene que ir unido a la libre convicción judicial y como la oralidad pierde su significación y su utilidad en un sistema de prueba legal en el que el Juez es solo un computador aritmético de las pruebas practicadas, para saber si se ha llegado a establecer la “verdad legal” (tres testigos coincidentes hacen prueba plena; el testimonio de una persona adulta cuenta más que el de un joven o el de un aristócrata valía por el de tres personas vulgares o el del hombre más que el de la mujer, etc.)<sup>487</sup>.

El Juez va ponderando el resultado de los distintos medios de prueba a medida que se procede a su práctica y en el momento culminante de la sentencia realiza el juicio de conjunto. Pero puede suceder que debido a cualquier incidencia el momento en que las pruebas se han practicado quede a distancia del momento en que se ha de pronunciar la sentencia, en cuyo caso, si el Juez tiene que recordar los resultados probatorios no es igual disponer de un grabación exacta de la imagen y del sonido que le permitirá “revivir” aquélla sesión de prueba que tener que “leer” en las actas escritas lo que allí se dice que dijo el testigo o lo que declaró la parte. El Dvd permite reproducir la *viva vox* del testigo o de la parte mientras que el documento es solo la *vox mortua* que acredita lo que respondieron los declarantes pero sin poder reflejar los matices a veces tan importantes para dar o negar crédito a lo que se dijo (vg. la seguridad o las dudas con las que se hicieron las manifestaciones).<sup>488</sup>

2) La oralidad se muestra muy superior a la escritura cuando es necesario someter la valoración de la prueba al control de una *prioris instantiae*. La reproducción del Dvd

---

<sup>487</sup> CHIOVENDA, G., “Romanismo y germanismo en el proceso civil”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires t. I, 1949, pp. 301-346 y CHIOVENDA, G., “La idea romana en el proceso civil moderno”, *Ensayos*, cit., pp. 363-366.

<sup>488</sup> En la bibliografía moderna sobre la oralidad en general, en la doctrina y en la jurisprudencia, no puede olvidarse el importante volumen de la Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoli, núm. 2005-1, titulado *Prueba*, con contribuciones de MORELLO, ARAZI, BERIZONCE, PEYRANO, KAMINKER, KIELMANOVICH, LEDESMA, ACOSTA, entre otros

permite a los Magistrados de apelación revivir la sesión probatoria, apreciando las declaraciones con todos sus matices, como si hubiesen presenciado los interrogatorios.<sup>489</sup>

---

<sup>489</sup> Al limitarse la exposición que antecede a confrontar la escritura con la oralidad en el proceso civil español prescindimos de la reciente jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre que, solo para el proceso penal y en razón al derecho al recurso que se reconoce al acusado en el Convenio Europeo de 1950, si el Tribunal de primer grado absolvió fundándose en las pruebas personales recibidas en el juicio ante su presencia, el Tribunal de Apelación no puede revocar la sentencia valorando de otro modo esas pruebas, a no ser que acuerde reproducirlas y practicarlas de nuevo en el juicio de segundo grado (lo que ya ha sido motivo de comprensible polémica al vaciar en buena parte de contenido la segunda instancia en el proceso penal).



## **CUARTA PONENCIA**





## **COMUNICACIONES A LA CUARTA PONENCIA**





## EL PROCESO CIVIL Y LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

CARMEN BLASCO SOTO

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

### I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la oficina judicial, es un tema de plena actualidad por la repercusión que va a tener en la tramitación de los procesos civiles, la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/2003, de 23 de diciembre, pretende incorporar un nuevo modelo organizativo de la actividad jurisdiccional. Aunque el mismo está pendiente de desarrollo, principalmente debido a la estructura compleja de la Oficina, es evidente que va a exigir un profundo cambio tanto en la concepción de la gestión, como en la tramitación de los procesos. Ahora bien, por diversos motivos, principalmente de carácter político, parece que la reforma no evaluó los elementos que definen y configuran esta institución y se han visto desbordados por la cantidad y complejidad de realidades que es preciso acometer para su puesta en funcionamiento. El Proyecto de reforma orgánica, por el que se adapta la LOPJ, tiene prevista en esta materia la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en un total de 391 apartados (art. decimonoveno). Su finalidad es adaptar el nuevo diseño de Oficina Judicial al proceso, constituyendo la reforma más importante, no sólo por su extensión, sino por la trascendencia que tiene esta Ley como derecho común supletorio aplicable a los procedimientos seguidos en los restantes órdenes jurisdiccionales<sup>490</sup>.

---

<sup>490</sup> La adaptación de la nueva forma de gestión de la Administración de justicia, a los procedimientos es un elemento fundamental para que la administración de justicia sea realmente, ágil eficaz y eficiente. La exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, en número II destaca que la adecuación de las leyes procesales a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativas a las Oficinas judiciales y a los Secretarios judiciales, va a facilitar la puesta en marcha de la nueva Oficina judicial, cuyos principios inspiradores se encuentran recogidos en el artículo 435 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio: "agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones". De este modo, "los ciudadanos obtendrán un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia". Es indispensable que se lleve a efecto la reforma de las leyes procesales de modo que a los Secretarios judiciales les sean atribuidas no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma. Sin embargo, debido a que las leyes que se reforman regulan el procedimiento y no la organización, a lo largo del articulado de las mismas se ha tratado de no hacer mención, salvo en supuestos excepcionales, a los servicios comunes procesales. En la mayoría de los casos el criterio adoptado es el de atribución al secretario judicial de una determinada competencia, ya que es el responsable último de la realización de todas las actividades que sirven de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados (artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aunque la ejecución material corresponda a los funcionarios de los Cuerpos regulados en el Libro VI de la Ley orgánica, de conformidad con el catálogo de funciones que en el mismo se establecen y siempre bajo la dirección técnico procesal del secretario judicial (artículo 457 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). De otro lado, las leyes de procedimiento no se refieren a cuestiones organizativas, sino meramente competenciales,

Otro aspecto que incrementa la dificultad es el relativo a la actividad que se quiere gestionar, ya que la oficina judicial (a partir de ahora OJ) no es únicamente administración y organización, lo que se denominó la administración de la Administración de Justicia, es y pertenece al ámbito jurisdiccional, en concreto a la jurisdicción y al proceso, de ahí que no sea fácil diseñar la gestión de la nueva OJ, es una institución que tiene muchos matices difíciles de delimitar, pues se fusionan los elementos administrativos con los jurisdiccionales y procesales<sup>491</sup>. La naturaleza jurídica de esta actividad debe tenerse presente de cara a la importante reforma planteada. Se puede adelantar, no obstante que el nuevo diseño, ha alterado elementos básicos e inmodificables de la actividad que gestiona. De un lado parece que es la actividad jurisdiccional la que presta apoyo a la OJ, cuando debe ser al contrario; de otro, se piensa que a los jueces y magistrados se les ha adjudicado el papel de simples espectadores del actual modelo, sin control sobre la gestión, creando una nueva estructura, también jerárquica, pero que ha desplazando de la misma a los titulares del órgano jurisdiccional. La configuración piramidal establecida convierte a la OJ más en administración estatal que de justicia<sup>492</sup>.

El primer paso para que comenzase la andadura de la OJ era la reforma en profundidad del cuerpo de Secretarios Judiciales y del personal auxiliar y colaborador de la administración de justicia, ya que la infraestructura personal de la OJ es un elemento clave para su buen funcionamiento, son los auténticos protagonistas de este proyecto, ahora bien, hay que preguntarse si las reformas han tenido en cuenta la Administración a la que sirven. La estructura orgánica, tal y como se ha configurado, no parece que esté regida por criterios organizativos racionales, principalmente porque no existe una sola institución jerárquica piramidal en cuya cúspide esté una autoridad sino varias<sup>493</sup>.

La parte orgánica de la reforma de la OJ es la más importante en la medida en que se apuesta por la modernización de la oficina judicial, a fin de lograr una administración de

---

habida cuenta, además de lo ya dicho, que han de ser igualmente aplicables en aquellos órganos en los que pueda implantarse la nueva Oficina judicial con mayor facilidad, pero también en aquellos otros que tarden algún tiempo más en incorporarse al proceso, visto que la organización de la nueva Oficina ha de llevarse a cabo de forma gradual y en función de las posibilidades organizativas, técnicas y presupuestarias de cada Administración competente. El objetivo primordial compartido en la reforma de todas las leyes procesales es, por tanto, regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro. Existen además otros objetivos complementarios, entre los que pueden destacarse el fomento de las buenas prácticas procesales o la potenciación de las garantías del justiciable.

<sup>491</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., ha señalado, muy acertadamente, que de esta indefinición suelen aprovecharse los distintos Poderes Ejecutivos para hacerse con el mayor número de competencias posibles, en detrimento de las que deberían corresponder a los órganos del Poder Judicial. “Consideraciones sobre la proyectada reforma de la OJ (con particular referencia a los espacios físicos)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 584, 2003.

<sup>492</sup> Vid. mi trabajo “La nueva Oficina judicial ¿crónica de un desaliento?”, en *Revista de Jurisprudencia* Año III, núm. 4, febrero 2007.

<sup>493</sup> Vid VIEIRA MORANTE, F.J., “La nueva Oficina Judicial: luces y sombras”, *Jueces para la democracia*, nº 52 2005, p. 18.

justicia flexible, eficiente, racional, ágil, responsable y con los recursos tecnológicos adecuados para el cumplimiento de estos fines<sup>494</sup>.

## II. LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA OFICINA JUDICIAL

La nueva estructura de la OJ requiere una profunda reforma de la organización de los Órganos Jurisdiccionales, ya que la actual secretaría que sirve a un órgano jurisdiccional como un todo cerrado y aislado, que se auto gestiona y auto satisface<sup>495</sup>, se transforma en la OJ cuya estructura básica son la unidades, pilar y fundamento de la nueva forma de administrar justicia que, como veremos, obliga a un cambio y modificación de los órganos jurisdiccionales<sup>496</sup>. Conforme a la previsión legal es necesario crear, las Unidades Procesales de Apoyo Directo (art. 437 LOPJ), y los Servicios Comunes Procesales (art. 438 LOPJ), que serán las que configuran la oficina judicial.

### 1. Las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD)<sup>497</sup>

#### A) Integración.

Estas unidades están integradas en un órgano jurisdiccional concreto, son lo más parecido a las antiguas secretarías judiciales. Deben de existir tantas como juzgados, o en su caso salas o secciones en funcionamiento. La UPAD la dirige y gestiona un secretario, el órgano jurisdiccional, conforme al nuevo esqueleto, lo compone esta unidad junto con el titular del mismo.

Ahora bien, como apunta MEDINA GARCÍA<sup>498</sup>, las UPAD aunque se integran junto a sus titulares en el órgano judicial, es necesario contemplarlas además desde otra

---

<sup>494</sup> Objetivos enunciados a modo de declaración de principios en el art. 435.2 LOPJ. Lo llamativo y positivo es que se diseña la OJ para los ciudadanos, destinatarios últimos de estos servicios, y no sólo para la organización de la actividad jurisdiccional como venía siendo tradicional.

<sup>495</sup> Vid. BALERDI MÚGICA, J.M y otros. *Claves para la gestión de la nueva oficina judicial*. Madrid 2005. p. 24.

<sup>496</sup> Este concepto de UNIDAD, no es enteramente nuevo, está avalado por los Servicios Comunes de Notificaciones, comunes para la práctica de los actos de comunicación a varios juzgados y tribunales de una misma población, el ámbito de actuación de estos servicios ha sido muy reducido, pero han funcionado muy bien proporcionando agilidad y eficacia a uno de los actos procesales en los que más tiempo se invertía en el proceso; la comunicación a particulares. No ha ocurrido lo mismo con las Oficinas de Señalamiento Inmediato, Disposición Adicional 5ª de la LEC, con funciones de registro, reparto y señalamiento de vistas, comparecencias y citaciones, para determinados tipos de juicios, que no parece que haya proporcionado mayor eficacia y agilidad procesal, al contrario lo único que se ha garantizado es una acumulación de señalamientos y un correlativo número de suspensiones. Vid, MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Las Oficinas de Señalamiento Inmediato: ¿Crónica del fracaso de una reforma?” *Diario La Ley*, nº 6495, 1 de junio de 2006.

<sup>497</sup> Vid. ORDEN JUS/3244/2005, de 18 de octubre, por la que se determina la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos jurisdiccionales.

<sup>498</sup> MEDINA GARCÍA, D., “Las unidades procesales de apoyo directo. Funciones de los secretario judiciales”. *Estudios Jurídico*, 2004 p.5583. Es muy interesante el estudio que realiza sobre la movilidad y redistribución en las UPAD, destacando que es muy importante determinar a quién afecta esta normativa, pues es fácil hablar de los “Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia” sin realizar distinciones.

perspectiva pues conforman la OJ y se regulan y gestionan con los principios definidos en el art. 435 de la LOPJ. Esta contradictoria configuración obliga a desentrañar la naturaleza de las UPAD, ya que forman parte del órgano jurisdiccional pero son oficina judicial. Su delimitación es fundamental, para poder ubicar al secretario judicial, pero también los principios de actuación, ya que los que regulan la OJ son unos (art 435.3 LOPJ), los que rigen la actividad del secretario son otros (art. 452 y 463 LOPJ), distintos a su vez de los constitucionales que regulan la función jurisdiccional.

### ***B) Composición***

Respecto a su composición básica, cada unidad debe tener un secretario (aunque el mismo puede prestar servicio en más de una de estas unidades), un gestor procesal y administrativo y un tramitador procesal y administrativo. Los puestos de trabajo de estas unidades sólo pueden ser cubiertos por personal de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de justicia.

### ***C) Creación***

Corresponde su implantación al Ministerio de Justicia, previo informe del CGPJ y de las CCAA con competencias en materia de justicia. Se establece también, que la estructura básica de esta unidad debe sea homogénea en todo el territorio nacional, ya que junto al juez conforman el órgano jurisdiccional,

### ***D) Competencias.***

Es en esta materia donde mayores dificultades existen ya que no están delimitadas y concretadas las competencias de estas unidades respecto a los Servicios Comunes Procesales. Técnicamente tienen atribuidas las mismas funciones que la actual secretaria, pero la realidad no es así. La ley se limita a expresar que su actividad es la de asistir de modo cercano a los jueces y tribunales en las funciones que le son propias, que no es decir mucho en el ámbito en que nos movemos. Como línea de actuación propia se puede decir que les corresponde, tomando como tipo un juicio ordinario civil: la admisión o inadmisión de la demanda, confeccionando las cédulas de emplazamiento, exhortos etc, la admisión de la reconvencción, preparación de la audiencia previa, celebración de la audiencia previa y del juicio en su caso

## **2. Servicio Común Procesal. (SCP)**

### ***A) Integración.***

Estas unidades no están integradas en un órgano jurisdiccional, pese a lo que establece el art. 438.2 LOPJ, dan cobertura a varios incluso de diferentes órdenes jurisdiccionales.

### ***B) Composición.***

En principio habrá un secretario judicial encargado de dirigir el SCP, más el personal necesario para atender el mismo. La ley prevé que el SCP se estructure en secciones y dentro de cada una de ellas en equipos. Lo determinante es que el personal destinado al servicio de que se trate, depende funcionalmente del secretario principal del SCP, la misma dependencia existe por parte del resto de secretarios, en el caso de que el servicio se estructure en secciones.

Este aspecto es fundamental por varios motivos; el primero, porque se establece una organización paralela al servicio de la función jurisdiccional, le presta servicio pero

sólo tangencialmente<sup>499</sup>, se desvincula totalmente o se olvida erróneamente que la dirección e impulso procesal van referidos a un juicio concreto. En otras palabras, la OJ pierde el carácter instrumental que tiene atribuido por la ley (art. 435.1 LOPJ), cuyo fin es servir a la actividad jurisdiccional.

El segundo aspecto, se refiere a los principios informadores de estas unidades que son los de jerarquía, división de funciones y coordinación. Estas reglas que informan la actividad, de al menos alguna parte de la OJ, confirman que la reforma ha obviado la singularidad de los servicios que se quieren gestionar, ya que contradice los principios que regulan la actividad a la que prestan soporte y apoyo con carácter exclusivo que es la jurisdiccional, cuyo criterio diferenciador del resto de Administraciones es que su actuación se regula mayoritariamente por normas procesales (art. 436.2 LOPJ).

La pregunta que surge es qué posición ocupa el juez en la gestión de este modelo, que regula la actividad jurisdiccional pero que se rige por principios totalmente ajenos a la misma (independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento exclusivo al imperio de la ley).

### ***C) Creación.***

Es otro de los aspectos más controvertidos ya que es el Ministerio de justicia y las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios, los que tienen competencia para diseñar, crear, organizar y responsabilizarse de estos servicios. Al Consejo General del Poder Judicial le corresponde el establecimiento de criterios, con el fin de homogeneizar estos servicios. Es obvio que estas unidades, a diferencia de las UPAD, conforman la OJ pero no son poder judicial, ya que dependen de distintas administraciones, en función de la atribución de competencias autonómicas.

Estos criterios dispares unidos a los anteriores generan contradicciones, no existe ninguna administración, ni pública ni privada, formada por unidades dependientes de distintos órganos (en función de la atribución de las competencias), existen dentro de la misma estructura distintas organizaciones, jerarquías, autoridades y responsabilidades. Son aspectos importantes que crearán muchos problemas a la hora de iniciar el programa piloto.

### ***D) Competencias.***

Por mucho que queramos ocultarlo las funciones que realizan estos servicios son principalmente de naturaleza procesal, ya que acaparan un cúmulo de competencias procesales que les corresponden conjuntamente con las que tienen atribuidas las UPAD, como es la de impulso del proceso, la ordenación del mismo, la fe pública etc. La naturaleza procesal de estos servicios se desprende también de las distintas unidades que se pueden crear: el servicio común procesal de registro y reparto, el servicio común procesal de ordenación del procedimiento (examina los requisitos formales de los escritos de parte, pudiendo dictarse por el secretario la resolución oportuna –decreto- para subsanar dichos defectos etc), servicio común de actos de comunicación, servicio común de auxilio judicial, servicio común de ejecución, servicio común de caja etc.

## **3. Unidades Administrativas.**

Como ya hemos apuntados, estas unidades no forman parte de la Oficina Judicial pero tienen un papel determinante en la gestión de la administración de justicia. Se regulan en el art. 439 de la LOPJ. Se pueden identificar con las actuales gerencias y su ámbito de

---

<sup>499</sup> VIEIRA MORANTE, op. cit. Pag 18

actuación lo determinan las Comunidades Autónomas, son creadas, gestionadas y dirigidas por ellas.

Las funciones que realizan son de jefatura, de ordenación y gestión de los recursos humanos de la OJ, así como de los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales. La ley prevé que se creen, oficinas comunes de apoyo a una o varias oficinas Judiciales, siempre que no asuman funciones encomendadas a los funcionarios de los cuerpos al servicio de la administración de Justicia. Son los Servicios Comunes no procesales. Así se adivinan servicios como el de asistencia a víctimas del delito, atención al ciudadano, de traducción, peritaje, estadísticas, videoconferencia etc.

#### **4. Problemas sobre la estructura de la Oficina Judicial.**

En primer lugar destaca la absoluta indefinición del modelo de gestión que se quiere implantar, lo que va a dificultar la consecución del fin medular de la reforma proyectada cual es la utilización de métodos de organización modernos, a fin de obtener una adecuada racionalización de los medios y máximo rendimiento de los recursos disponibles.

La existencia de distintas unidades adscritas a distintos órganos, tiene el peligro de que en la tramitación de un proceso van a surgir un elevado número de itinerarios procesales, con el agravante de que no están bien delimitadas las competencias entre las UPAD y los SCP, en definitiva, un sistema excesivamente fragmentado, ya que existe una total disociación entre el órgano decisor y la OJ. Hay una pregunta que surgió desde la reforma de la LOPJ y no parece que haya obtenido todavía una respuesta adecuada y unánime y es la de a quién corresponde la ordenación del procedimiento. Según GARBERÍ<sup>500</sup>, debería pertenecer a las UPAD, ya que son las que conocen directa y personalmente de los asuntos que correspondan al juzgado o tribunal, por el contrario GONZALEZ ALONSO<sup>501</sup>, entiende que esta función la tiene atribuida el servicio común de ordenación del procedimiento, como su nombre indica y como parece atribuirle el Ministerios de Justicia, estos servicios, para el autor, son fundamentales ya que son la herramienta básica de todo el modelo del cambio pues permiten residenciar el proceso en los servicio comunes, es decir en un ámbito organizativo donde no intervienen los jueces .

La superposición de competencias entra las UPAD y los SCP y uno de las cuestiones que más preocupan a los operadores jurídicos y a la doctrina.

Por último, destacar que si ya es difícil alumbrar lo que son las UPAD los SCP, parece inasequible conceptuar lo que es la OJ, pese a la importancia de este empeño, ya que a partir de él se determinarán los principios que la informan, a fin de ubicar al secretario judicial en este complejo pero apasionante proyecto; ¿pertenece el secretario a la oficina judicial?, ¿Pertenece al órgano jurisdiccional?<sup>502</sup>, como ya anotamos, los criterios

---

<sup>500</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J, op. cit

<sup>501</sup> GONZALEZ ALONSO, A., “La estrategia del cambio en la Administración de justicia: la nueva oficina judicial”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 3/2006,

<sup>502</sup> MEDINA GARCÍA, D., op. cit. Es interesante advertir en el trabajo cómo el autor lo inicia realizando esta pregunta y concluye en la p. 5603: el secretario judicial, tal y como ha quedado diseñada su figura tras la reforma de la LOPJ, ni pertenece al tribunal ni pertenece a la Oficina judicial, sino que forma parte de uno u otra según el tipo de función que desarrolla en cada momento.

que informan a la OJ, la actividad del secretario y la jurisdiccional, son de naturaleza diferente.

### III. LA TRAMITACIÓN DE JUICIO VERBAL CONFORME A LA ESTRUCTURA DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL.

Hay que recordar que esta reforma no es sólo orgánica sino que tiene gran relevancia y trascendencia procesal modificando la tramitación de los procedimientos. Cabe recordar que el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, prevé que se modifiquen 391 apartados de la LEC de 2000, constituyendo la reforma más importante, no sólo por su extensión, sino por la trascendencia que tiene esta ley, como derecho común supletorio aplicable a los procedimientos seguidos en los restantes órdenes jurisdiccionales.

Los SCP: está formado por un Secretario Judicial más el personal necesario para atender la unidad. Se establecerán los servicios comunes que se necesiten en función del volumen de trabajo, pero la LOPJ prevé la creación de los siguientes: Servicio común de registro y reparto (SCRR) Servicio común de ordenación del procedimiento (SCPOP) Servicio común de actos de comunicación (SCAC) Servicio común de Auxilio judicial (SCAJ) Servicio común de vistas y señalamientos (SCVS) Servicio Común de ejecución (SCE). Dependiendo de La carga de Trabajo, se pueden agrupar o dividir servicios.

Si el volumen de asuntos lo requiere se pueden crear secciones dentro de cada unidad. y equipos dentro de cada sección. Por ejemplo el SCP de registro y reparto, puede tener la Sección de registro y la Sección de reparto y a su vez equipos en función de los órdenes jurisdiccionales a los que asisten.

El Servicio común de ordenación del procedimiento (SCOP), puede estar compuesto por distintas secciones estructuradas de la siguiente forma:

Sección 1 de Señalamientos y vistas que a su vez puede tener distintos equipos: Equipo 1 agenda programada de señalamientos, Equipo 2 Atención avistas.

Sección 2 Apoyo a Las UPADs y Equipos auxiliares, pudiendo estar compuesta por Equipo 1 Apoyo a las UPADS Equipo 2 Equipo de auxiliares.

Sección 3 Atención Al ciudadano Litigante y profesionales.

Conforme a este esquema básico se puede realizar una simulación de la tramitación de un juicio verbal civil y las distintas unidades que intervienen en las distintas fases.

#### ALEGACIONES

La presentación de la demanda y su reparto correspondería al Servicio Común procesal de registro y reparto.

El examen de los requisitos formales correspondería al Servicio común de ordenación del procedimiento.

La admisión de la demanda debería corresponder a las Unidades procesales de Apoyo directo y la convocatoria de las partes a la vista correspondería al servicio común procesal de atos de comunicación y/o servicio común de auxilio judicial.

#### ACTUACIONES PREVIAS A LA VISTA:

Señalamiento de la vista: Servicio común de ordenación del procedimiento.



Presentación de escritos por las partes solicitando la citación por el secretario judicial de testigos o la práctica de otras pruebas: Servicio Común procesal de registro y reparto.

La recepción de los escritos de parte, solicitando la citación de los testigos o la práctica de otras pruebas pasa del Servicio Común procesal de registro y reparto al Servicio Común de ordenación del Procedimiento y a la Unidad procesal de Apoyo Directo.

La preparación de las pruebas admitidas, citaciones y oficios es función de Servicio Común de Ordenación del procedimiento.

#### VISTA

Celebración corresponde a la Unidad Procesal de Apoyo Directo.

La interrupción de la vista para la práctica de las pruebas (en su caso), es misión de la Unidad Procesal de Apoyo Directo. La realización de los actos de comunicación para la práctica de la prueba: corresponde al Servicio Común de ordenación del procedimiento y al Servicio Común de Actos de comunicación y/o servicio Común de Auxilio judicial.

Señalamiento de la Vista Servicio Común de Ordenación procesal.

#### SENTENCIA

La sentencia corresponde a la UPAD.

Notificación y remisión de los autos al SCOP, SCAC y/o SCAJ.

#### IV. LA COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS UNIDADES.

Delimitado brevemente y entendiendo que sin complicaciones la tramitación de un juicio verbal y las unidades y servicio que intervienen es necesario abordar el problema de la coordinación entre las distintas unidades, debido a la disgregación del proceso entre las mismas. Hemos apuntado que los criterios organizativos y jerárquicos no están en la ley racionalmente determinados, si a ello le unimos que la OJ es paralela a la actividad jurisdiccional, el resultado es que no es posible garantizar la realización de los principios que intentan imponerse: flexibilidad, agilidad, eficacia, racionalidad del trabajo, coordinación y cooperación, pues se separan trámites procesales que pueden provocar frustraciones, por ejemplo en los casos en los que determinadas diligencias queden suspendidas o anuladas, mientras que otras del mismo proceso siguen su curso; lo mismo puede ocurrir a la hora de aplicar correctamente el principio de impulso oficial cuando en la mismo OJ las distintas unidades tengan diferentes cargas de trabajo. La segmentación de unidades, en atención a distintos trámites procesales, distorsiona el sistema y puede conducir al caos en las OJ. lo que no se compadece con una gestión moderna, al contrario es anacrónica y complicada lo que se aleja de los criterios de racionalización y coordinación.

La función de ordenación del procedimiento que antes llevaba a cabo el secretario y el juez, se atribuye ahora con carácter exclusivo a las unidades (ni siquiera al secretario) y eso puede crear muchas disfuncionalidades ya que no es posible separar radicalmente la ordenación procesal de un juicio concreto, de la resolución y decisión; la primera se entiende como actividad de gestión, la de resolver y decidir como jurisdiccional. Esto en la UPAD es mucho más grave, ya que se dirigen con los criterios que impone el secretario, convirtiendo al juez en mero espectador alejado de sus colaboradores inmediatos. Existen

dos cabezas o líneas de actuación, una la referida a la actividad jurisdiccional y otra a la OJ que no se sabe muy bien a quién prestan servicios.

La dificultad estriba en que el juez no puede dar directrices a sus colaboradores inmediatos, con lo que el principio de coordinación va a ser difícil de alcanzar, parece que se han olvidado aspectos esenciales en el desarrollo de la unción jurisdiccional.

Esta estructura tiene repercusiones en la independencia, como ha dicho VIEIRA MORANTE “la independencia que requiere el ejercicio de la función jurisdiccional no tiene su análogo reflejo en la tramitación de los procedimientos, en la que influye considerablemente la organización de la OJ. Se ha establecido una organización paralela al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, teóricamente puesta a su servicio, pero sólo tangencialmente, sin puntos realmente concluyentes”<sup>503</sup>. Quizá sea conveniente recordar como queda la estructura del cuerpo de secretarios.

Secretario General de la Administración de justicia, que pertenece a la estructura del Ministerio de Justicia, su principal función es de dirigir y coordinar a los Secretarios de Gobierno y del resto de secretarios judiciales<sup>504</sup>.

Un Secretario de Gobierno, dependiente, nombrado y movido por el Ministerio de justicia, les atribuye competencias, art. 452.1, 454.2, 465,469 LOPJ<sup>505</sup>, actuando con dependencia jerárquica en cuestiones tan trascendentales como la potestad disciplinaria, establecer instrucciones y emitir circulares etc, la ubicación institucional del secretario y su dependencia del ejecutivo produce la politización de esta institución alejándole del Poder Judicial

Un Secretario Coordinador Provincial, uno por provincia (arts 466 y 467 LOPJ), todos ellos nombrados por el Ministerio de Justicia, bajo su superior dependencia.

La figura del Secretario como gestor y director de la OJ es clave en la reforma, pero quizá se olvida que la dirección procesal y su impulso se ha atribuido con carácter exclusivo a este órgano, actividad que está referida a un proceso concreto, y aunque el secretario no es elemento decisor definitivo sí toma decisiones mediante diligencias y decretos, decretos que se asemejan a los autos y tienen que estar motivados, esta nueva resolución por sus características ha supuesto una auténtica novedad<sup>506</sup>. Así pues, la reforma ha potenciado considerablemente las funciones de decisión que tiene el secretario judicial, por tanto, en su actuación en el proceso la independencia de este funcionario debe ser real y verdadera<sup>507</sup>, independencia entendida como la ausencia de vínculos orgánicos y funcionales entre los secretarios y el resto de Poderes del Estado.

Ahora bien, del art. 452 LOPJ parece que la independencia sólo se atribuye al Secretario cuando actúa como fedatario público, la inevitable y trascendente pregunta es si cuando actúa como impulsor del procedimiento lo hace también

---

<sup>503</sup> VIEIRA MORANTE, op. Cit.

<sup>504</sup> Disposición adicional novena de la ley 19/2003 y arts. 13.3, 20 y 21 del Reglamento orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

<sup>505</sup> ROCSJ, especialmente respecto a lo que se refiere a su dependencia jerárquica el Título II de dicho reglamento.

<sup>506</sup> Art. 7, ROCSJ

<sup>507</sup> Art. 452 LOPJ

presidido y tutelado por este fundamental principio, entendemos que la respuesta sólo puede ser afirmativa, ya que la LOPJ ha atribuido al secretario importantes funciones procesales, que están afiliadas a lo jurisdiccional (art. 456 LOPJ).

No es aconsejable reducir la labor del secretario a lo administrativo, de igual modo no se puede limitar la potestad jurisdiccional a la resolución de pleitos. Esta potestad integra un conjunto de facultades entre las que se incluyen algunas propias y exclusivas del secretario judicial como es la fe pública y la dirección y ordenación formal y material del proceso<sup>508</sup>.

Para que esta trascendental reforma de la OJ, se convierta en un modelo eficaz de gestión, acorde con los tiempos modernos y con los principios que la inspiran, es imprescindible atender a la singularidad de los servicios que se quieren gestionar, sin olvidar que la OJ presta soporte y apoyo exclusivamente a la actividad jurisdiccional, por lo que no es posible aplicar un modelo de gestión única. Ahora bien, este objetivo es inalcanzable si las proyectadas reformas procesales no recogen de forma fehaciente las distintas funciones que tiene asignadas el secretario, aclarando en calidad de qué actúa.

Hay que definir las de forma clara para que se tenga conciencia de los cambios que se requieren. Estas definiciones no pueden en ningún caso cuestionar uno de los principios básicos del Estado de Derecho; la independencia judicial, que tiene manifestaciones en el momento procesal como garantía de la función jurisdiccional, para que la jurisdicción se mantenga en esencia, orgánica y funcionalmente, en los términos constitucionalmente plasmados. Aunque el diseño esté bien planeado, se deben eliminar las contradicciones y definir las competencias.

---

<sup>508</sup> Sólo por poner un ejemplo de estas funciones de ordenación, el proyecto de reforma Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. En la reforma de la LEC se atribuyen al secretario funciones jurisdiccionales, como la del art. 14.2 “El secretario judicial ordenará la interrupción del plazo para contestar a la demanda o la suspensión del acto de juicio caso de que fuera verbal y acordará oír al demandante en el plazo de diez días, resolviendo el tribunal mediante auto lo que proceda.” El más decisivo 15.3 “Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados”.

## PRINCIPALES FACTORES DE EFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL MÁS ALLÁ DE LA ORALIDAD\*

JOSÉ BONET NAVARRO

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General)

### I. ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL ADECUADA Y NECESIDAD DE FACTORES COADYUVANTES DE EFICIENCIA

Uno de los principales factores de eficiencia en el proceso civil radica en la oralidad. Las ventajas de ésta no son fruto solamente de la posibilidad de expresión principalmente oral sino, sobre todo, de cómo la inmediación, concentración y hasta incluso la publicidad real que implica influyen en un diseño procedimental técnicamente más eficiente.

En efecto, razones de operatividad técnica, informadas por los condicionantes que derivan de la oralidad, permiten diseñar un *iter* procedimental en el que, a grandes rasgos, sea posible manifestarse a través de la palabra, sin perjuicio de algunas excepciones como entre otras la demanda; se desarrolle igualmente el procedimiento en un acto o en el menor número de actos posibles; y, por último, transcurra poco tiempo entre el momento de la fijación de los hechos controvertidos a través sobre todo de la convicción judicial y el de la manifestación externa y formal de la resolución judicial.

En el caso del derecho español, la LEC regula básicamente dos procedimientos “comunes”: el juicio verbal y el ordinario, que responden ambos a estas directrices. Ejemplo paradigmático de eficiencia procedimental es el juicio verbal porque tras una demanda escrita, a la que sigue si es admitida la citación a una vista en la que se contestará oralmente a la misma y, en su caso, se practicará prueba, se dictará sentencia. Y también a esta eficacia responde adecuadamente el juicio ordinario aunque, por razones cualitativas, de mayor complejidad material, o cuantitativas, de mayor importe económico (art. 249 LEC), en el mismo se introduce cierto componente de escritura (la contestación a la demanda) y alguna menor concentración (subdivisión de la vista del verbal en una audiencia previa y en un acto de juicio). Asimismo, puede encontrarse en la LEC una especie de simbiosis entre ambos juicios en el caso de los procesos no dispositivos, esto es, sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 748 LEC), en los que, entre otras especialidades, no obstante sustanciarse mediante los trámites del juicio verbal, “de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días” (art. 753 LEC) conforme a lo establecido para el juicio ordinario en el artículo 405 LEC.

Esta diversidad procedimental permite al legislador, mediante las normas de adecuación (art. 249 y 250 LEC), que una parte de las pretensiones, cuya materia en principio es más sencilla o para cuantías poco elevadas (art. 250 LEC) pero muy numerosas en la práctica, puedan ventilarse a través del mecanismo en principio más abreviado y, desde esa perspectiva, más eficiente con el que cuenta nuestro ordenamiento jurídico.

---

\* Esta comunicación se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, referencia: SEJ2005-08384-C02-01, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos.

De otro lado y como relativa excepción, un ejemplo importante de eficiencia lo encontraremos en el procedimiento de estructura “monitoria”. En el mismo, con independencia de la oralidad o escritura, la efectividad viene de la mano de la que puede denominarse como “técnica de la eventualidad”. Así, en función de la actitud que adopte el requerido, el procedimiento seguirá por unos cauces determinados, haciendo innecesarios e improcedentes el resto. De ese modo, si el requerido cumple, no se hace nada; si formula oposición, se transforma o abren vías ordinarias (ahora sí, informadas claramente por la oralidad); y si no hace nada, que estadísticamente es lo habitual, no se pierde el tiempo en la declaración del derecho y se abre directamente el proceso de ejecución.

Desde luego, si los plazos del procedimiento, y en especial los llamados impropios, se cumplieran, no sería necesario introducir otros elementos para favorecer la eficiencia más allá de la que deriva de la estructura procedimental propia de la oralidad. El problema es que el calificativo de impropio se recibe porque no son preclusivos y, sobre todo, porque su cumplimiento no es la norma general, lo que viene favorecido porque las sanciones en caso de su infracción son tan remotas como poco o nada impuestas.

Con todo, la eficiencia procedimental que se pretendía no redundará en utilidad si, como ocurre demasiadas veces en la práctica, los tiempos transcurren por las dificultades de notificación y, significativamente, por circunstancias tan habituales como el hecho de que, a pesar de las previsiones legales (entre otras, arts. 414, 429.2, 440.1 LEC) se demore excesivamente el periodo para decidir la admisión y, sobre todo, el de los correspondientes señalamientos.

Aunque estos interminables lapsos de tiempo puedan justificarse en el tantas veces afirmado excesivo volumen de trabajo y en las carencias en dotaciones materiales y humanas de los juzgados, lo bien cierto es que en cualquier caso frustrarán la vocación de eficiencia procedimental que podría derivar de la oralidad o de la técnica de la eventualidad, de modo que se hace necesario introducir factores coadyuvantes de la eficiencia.

En esta comunicación pretendo ofrecer una visión panorámica de los principales factores de eficiencia que podemos encontrar en el proceso civil español. No es el lugar ni el contexto adecuado, ni las lógicas limitaciones de una comunicación lo permiten, para entrar pormenorizadamente en el régimen y en la problemática de cada uno de los puntos a los que voy a referirme. Me limitaré por tanto a dar un apunte sobre los mismos puesto que, en su conjunto, representan los principales factores de eficiencia en el proceso civil coadyuvantes de la oralidad.

Así y todo, con carácter previo, he de señalar que no todos estos factores son específicos del procedimiento oral, aunque sí principalmente, porque también podemos encontrarlos en los procedimientos escritos (por ejemplo, sumariedad). Tampoco son todos factores que permiten la eficiencia del proceso en general, sino solamente la de ciertas materias o partes de procedimiento (sería el caso de la adecuación a procedimientos más sencillos, o determinadas declaraciones de preferencia). En cualquier caso, los factores a los que me voy a referir tienen todos ellos el objetivo de favorecer la eficiencia de todo o una parte del proceso configurado por la oralidad en la vigente LEC 1/2000.

## II. LA SUMARIEDAD COMO FACTOR DE EFICIENCIA CON EXCESIVAS CONTRAPARTIDAS

La eliminación de ciertos actos integrantes en el procedimiento, de ámbitos materiales o la reducción de plazos para ciertas materias (art. 444 LEC) favorecen que el procedimiento se desarrolle más sencillamente y, por tanto, que el objeto se resuelva con menores obstáculos. Ejemplo paradigmático de sumariedad en el proceso civil español es

el del juicio por desahucio por falta de pago, en el que sólo se autoriza alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 444.1 LEC)<sup>509</sup>.

En el intento de dotar mayor eficiencia a los procesos sumarios llega al punto de establecerse la posibilidad de una tutela inmediata, incluso antes de la vista (art. 441 LEC). Así ocurre, entre otros, en el proceso de suspensión de obra nueva, donde, antes de la citación para la vista ordenará el juez la suspensión, sin perjuicio de caución y obras indispensables.

Todas estas manifestaciones de eficiencia, útiles en cuanto ofrecen la máxima celeridad procedimental (otra cosa es la rapidez real), sin embargo tiene una importante contrapartida en la exclusión del efecto de cosa juzgada (arts. 447, 34, 35, 787.5.II LEC). Siendo así, lo que se obtiene en el proceso sumario puede ser, como gráficamente describe el refranero popular “pan para hoy y hambre para mañana”, porque si es posible abrir ulteriormente la discusión ulterior, no finalizará verdaderamente el conflicto, al menos con dotes de seguridad, pues quedan abiertas las puertas para la ulterior discusión.

### III. EVITAR TRÁMITES CUANDO LA OCASIÓN LO MERECE

#### **1. Ampliación de los requisitos de admisión de la demanda**

La aceleración procedimental puede obtenerse a través de la vía de imponer mayores exigencias en los condicionantes de admisión. De ese modo, en cualquier caso, se evitará que se formulen pretensiones cuando, en función de la finalidad perseguida con cada requisito, la pretensión tenga en principio un menor índice de viabilidad. Cuando esta exigencia asimismo implique aportar documentos con mayores cotas de fehaciencia, cabe suponer una mayor expectativa de estimación de la pretensión y, por esa vía, además de impedir que se interpongan pretensiones insuficientemente fundadas, permitirá reducir las oposiciones ante tales pretensiones.

Ejemplos de estos requisitos adicionales de admisión los encontramos en el artículo 439 LEC. En ocasiones son exigencias temporales (un año en demandas que pretendan retener la posesión); en otras son de contenido y documentales, como es el caso de los juicios de desahucio de finca urbana por falta de pago (donde se exige al arrendador indicar las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio), o como es el caso de las demandas en las que los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación, en los que, entre otras cosas<sup>510</sup>, se exige que a la demanda se acompañe certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante; incluso se llega a exigir que se acompañen a la demanda documentos como la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de

---

<sup>509</sup> Estos procesos sumarios en ocasiones vienen acompañados de la exigencia de hacer constar en la demanda determinados pronunciamientos o de adjuntar documentos, como ocurre en el juicio para la efectividad de derechos reales inscritos, cuya oposición se autoriza solamente previa caución (439.2 LEC).

<sup>510</sup> Igualmente se exige que en la demanda se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere, así como una referencia a la caución que ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio.

la no entrega, en los supuestos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, en los términos del artículo 250.1.10º y 11º LEC.

Como indicaba, en todos estos casos, esta mayor exigencia favorece en primer lugar reducir el inicio de procesos con menores expectativas de viabilidad así como permite presuponer que el objeto de discusión será en principio más sencillo (lo que justifica su adecuación al juicio verbal ex art. 250.1 LEC), con menor dosis de incertidumbre y con reducción de las oposiciones.

## **2. Control en fases iniciales de los presupuestos y óbices procesales. Posibilidades de subsanación cuando sea posible**

### ***A) Control en fases iniciales***

Uno de los principales aspectos de eficiencia en el proceso civil viene de la mano del control de los presupuestos y óbices procesales en las fases iniciales del proceso, sin esperar a su control y observancia en el momento de intentar dictar la sentencia sobre el fondo. Sin duda resulta a todas luces frustrante que al final de la total tramitación procedimental y transcurrido un lapso siempre excesivo de tiempo por último la resolución sea la de no dictar sentencia sobre el fondo por la falta de presupuestos o la concurrencia de óbices procesales.

Parece claro que todo lo que esa resolución pueda ser adelantada, y máxime si se acompaña de posibilidades de subsanación cuando sea posible, será tiempo que no se perderá inútilmente. Para ello sólo se precisa que el juzgador tenga una posición activa durante todas las fases del procedimiento como le impone la inmediación para controlar los presupuestos y óbices procesales que concurren y se planteen.

La LEC 1/2000 introduce la exigencia de este control en las fases iniciales. Para el juicio verbal, el artículo 443.2 y 3 LEC impone que una vez oído el demandante<sup>511</sup>, “el tribunal resolverá lo que proceda y si manda proseguir el juicio”, sin perjuicio de que el demandado pueda pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga. Y para el juicio ordinario, se contempla el control en la audiencia previa cuando el artículo 416 LEC dispone que “el tribunal resolverá... sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”<sup>512</sup>.

---

<sup>511</sup> Sobre, entre otras cosas, las cuestiones relativas a la acumulación de “acciones” que considerase inadmisibles, así como a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, así como las que considerare necesario proponer acerca de la personalidad y representación del demandado.

<sup>512</sup> Y, en especial, sobre la falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases; la cosa juzgada o litispendencia; la falta del debido litisconsorcio; la inadecuación del procedimiento; y el defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca. No cabrá en cambio impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, pues solamente es a través de la declinatoria como defensa especial y previa (arts. 63 y ss LEC), sin perjuicio del control de oficio cuando proceda.

### ***B) Posibilidades de subsanación***

En la misma línea de evitar trámites innecesarios, en este caso no se trata solamente de poder controlar en las fases iniciales del procedimiento la falta de presupuestos o la concurrencia de óbices procesales sino de evitar tener que iniciar de nuevo el procedimiento.

La Ley Orgánica del Poder General dispone en su artículo 11.3 que “los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado, en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”. Previsión general que se contempla en otras normas en la del artículo 240.2 LOPJ, por la que cualquier declaración de nulidad de actuaciones se producirá, entre otras cosas, siempre que no proceda la subsanación; o en el artículo 243.3 y 4 LOPJ según el cual “el juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley. 4. Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las Leyes procesales”.

Por su parte, la LEC igualmente contiene diversos supuestos de subsanación, como es el caso de su artículo 73.4, por el que, “si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, se requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días”. También si concurren defectos en la determinación de la cuantía, no se dará curso a la misma, salvo subsanación en el plazo de diez días (art. 254.4 LEC). Y lo mismo respecto de defectos en la capacidad o representación, que podrán ser subsanados en el acto o en el plazo que se determine no superior a diez días, con suspensión de la audiencia (art. 418.1 LEC). Entre estos ejemplos, el más significativo es el relativo a la integración voluntaria de la litis, y hasta incluso su resolución en los casos controvertidos, cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio (art. 420 LEC).

La posibilidad de subsanación llega a su cumbre cuando se autoriza determinadas correcciones de oficio, como la contemplada en el artículo 254.3 LEC sobre errores aritméticos del actor en la determinación de la cuantía.

### **3. Finalización del proceso si falta interés por las partes**

También permita evitar trámites cuando falta interés por las parte.

#### ***A) La técnica monitoria***

La técnica monitoria es paradigma de este factor de eficiencia. Como indiqué anteriormente, en función de la actitud que adopte el requerido, procederán unos trámites procedimentales concretos, obviando la necesidad de articular otros. De ese modo, si el deudor adopta una actitud pasiva, que es lo que habitualmente venía haciendo, se abre la fase de ejecución de forma inmediata y sin otras actuaciones declarativas.

#### ***B) La inasistencia de las partes al procedimiento***

En caso de inasistencia del demandante, además de la condena en costas y hasta incluso la posibilidad de indemnizar por daños y perjuicios, se pondrá fin al procedimiento, sin perjuicio de que, el demandado alegare interés legítimo en la continuación para que se dicte sentencia sobre el fondo (art. 442.1 LEC).



Incluso será posible obviar trámites en el caso de que sea el demandado quien no asista puesto que, aunque la consecuencia inmediata sea solamente la declaración de rebeldía de modo que el juicio seguirá su curso, se evitarán tener que citarle (art. 442.2 LEC).

Es más, incluso podrá obtenerse la tutela definitiva ya concedida sumariamente, poniendo fin al proceso en sentido favorable. Así, por ejemplo, en materia de bienes hereditarios, tras la concesión sumaria de la tutela, la incomparecencia supondrá confirmar la suspensión (art. 441 LEC). Y hasta incluso el art. 440.3 LEC contempla la directa estimación de la sentencia si el demandado no comparece en el juicio de desahucio por falta de pago.

#### **4. Consecuencias de la inasistencia de la parte llamada a declarar**

Otra vía de obtener eficiencia a base de obviar trámites y actuaciones, en este caso esfuerzos probatorios, deriva de atribuir consecuencias a la inasistencia de la parte llamada a declarar. El artículo 304 LEC prevé el posible reconocimiento de hechos aunque sea con condiciones (haber intervenido personalmente, la fijación de hechos le es enteramente perjudicial, y se le haya apercibido de esta posibilidad en la citación). Incluso en estos casos llega a preverse la posibilidad de imposición de multa en los términos del artículo 292 LEC.

#### **IV. FAVORECIMIENTO DE SOLUCIONES AUTOCOMPOSITIVAS**

Otro elemento de eficiencia del proceso, en la medida que evita el inicio o la solución adelantada del conflicto, es la apuesta favorable por la iniciativa y adopción de soluciones autocompositivas del proceso.

No solamente se trata de que, en el ámbito del proceso civil en el que rige la autonomía de la voluntad, las partes pueden lógicamente disponer, sino que en ese contexto el legislador fomenta este tipo de soluciones. Así, por ejemplo, a la conciliación extra procesal se le dota de claros y expeditivos efectos. En primer lugar, el art. 469 LEC 1881, todavía vigente mientras no se regule una Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, impone el deber de comparecer, so pena de ser condenado en costas y, en todo caso, conforme al artículo 476 LEC 1881, lo convenido tendrá eficacia ejecutiva si se celebró ante juez competente para la ejecución; o, en caso contrario, al menos tendrá eficacia y valor de un convenio consignado en documento público y solemne. Es más, incluso en el caso de que no haya convenio, el solo intento de conciliación permitirá estimar que existe mala fe a efectos de condena en costas cuando el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla (art. 395.1 LEC)

De igual modo, la LEC prevé periodos intra procesales para que pueda producirse esta solución autocompositiva. Concretamente el art. 415. 1 y 2 LEC señala como primera actividad del tribunal, una vez comparecidas las partes a la audiencia previa, la de comprobar si subsiste el litigio, otorgándole en caso de acuerdo la eficacia propia de la transacción judicial. En este caso, lo convenido podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias. Y también se contempla esta posibilidad de solución en las últimas fases de la audiencia previa, en tanto que el art. 428.2 LEC igualmente contempla que el tribunal pueda exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio, con idénticas consecuencias.

Este intento de favorecer soluciones autocompositivas llega al punto de regular unos trámites para llegar a esta transacción. Concretamente en el juicio de desahucio de finca urbana por falta de pago se prevé la posibilidad de que el demandante haga un

ofrecimiento de condonación de las cantidades debidas por renta condicionada al desalojo de la finca en unos plazos determinados (art. 437.3 LEC).

#### V. ADMISIÓN CON CONDICIONES Y LÍMITES DE DETERMINADAS ACUMULACIONES DE PRETENSIONES Y DE PROCESOS

La posibilidad de aprovechar un solo pronunciamiento para resolver varios procesos es otro factor de eficiencia del proceso. Parece claro que si en una misma vista es posible formular alegaciones que permitan resolver varios objetos, se estarán exprimiendo las posibilidades que el mismo procedimiento permite. Hasta tal punto ofrece ventajas que incluso se contempla en alguna ocasión puntual la posibilidad de acumulación de oficio (en el caso de impugnación de acuerdos sociales ex art. 73.2 LEC).

Asimismo, resulta claro que tal posibilidad ha de encontrar razonables límites puesto que, a base de acumulaciones, el procedimiento podrá verse sobrepasado y por tanto devenga en inoperante. Es lo que ocurriría cuando, metafóricamente hablando, un vehículo se cargue tanto que termine por quemarse el motor o, cuanto menos, revetando sus ruedas. Y precisamente por ello el legislador introduce unas exigencias que, en ocasiones, obedecen a razones de estricta operatividad, como la identidad procedimental; y, en otras, que el debate tenga una cierta coherencia lógica, como es el caso del nexo por razón del título o causa de pedir (art. 73 LEC). Requisitos que todavía se tornan más exigentes cuando se trata de juicio verbal o sumario atendido el tenor del artículo 438 LEC, en cuanto se busca la máxima sencillez procedimental y evitar posibles lastres salvo que los nexos objetivos sean cualificados. Vinculación y exigencias que todavía son mayores, si cabe, cuando se trata de acumular procesos, puesto que solamente se autoriza, entre otros requisitos de estado procedimental de los asuntos a acumular, cuando la sentencia pueda producir efectos prejudiciales en el otro o cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pide exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes (art. 76 LEC).

#### VI. LA DECLARACIÓN DE PREFERENCIA DE DETERMINADOS PROCESOS O ACTUACIONES

Se trata de un factor de eficiencia cualificado sobre el concreto proceso o actuación que recibe la declaración de preferencia, y solamente cuando ésta opera, puesto que implica a su vez que otros procesos o actuaciones quedarán relegados. Visto con perspectiva, por tanto, no supone ningún factor de eficiencia del proceso en su conjunto, si bien permite que, por las razones de urgencia que el legislador haya estimado oportuno, los procesos o actuaciones beneficiarios logren mayor eficiencia aunque sea a costa de la de otros.

Los procesos declarados preferentes son más bien escasos, se limitan a la tutela de los derechos fundamentales, salvo rectificación (art. 249.1.2º LEC) incluida su ejecución provisional (art. 524.5 LEC). Más numerosos son, en cambio, los actos concretos que se declaran preferentes. En particular se consideran preferentes recursos de apelación frente a inadmisión de demanda cuando se pidan requisitos específicos (art. 455.3 LEC); recurso de queja (art. 494); o el recurso frente al auto que deniegue medida cautelar (art. 736 LEC).

#### VII. FACTORES DE EFICIENCIA QUE CONSISTEN EN EVITAR QUE SE INSTRUMENTE EL PROCESO PARA DILATAR INFUNDADAMENTE SUS RESULTADOS

Junto a la condena en costas que, entre otras funciones, también sirve de algún modo para evitar que el proceso se instrumente exclusivamente para dilatar infundadamente sus resultados, cumplen más específicamente con esta idéntica función la

potenciación de la ejecución provisional (art. 526 y ss LEC) y la admisión condicionada de determinados recursos (art. 449 LEC).

### **1. La potenciación de la ejecución provisional**

Sin duda la potenciación de la ejecución se encuadra entre lo que podría denominarse como “política de litigación”. Con la misma se pretende evitar la interposición de recursos meramente dilatorios de la ejecución, en cuanto que ésta, aunque sea provisionalmente, va a producirse a pesar del recurso. El propio legislador en la Exposición de Motivos de la LEC reconoce que con ella espera “la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio”. Y hasta incluso va más allá, pues a continuación reconoce aspirar igualmente “a un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos. En los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; en los pleitos, para afrontarlos con la perspectiva de asumir seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que es hoy habitual”.

El legislador sabía muy bien que la exigencia de caución o fianza para la admisión de la ejecución provisional era uno de los principales escollos para su articulación práctica. Por eso una de las principales novedades introducidas en la LEC en orden a su potenciación fue precisamente su eliminación (art. 526 LEC). Prestación de caución que en algunos casos, al formular oposición a medidas ejecutivas concretas en ejecución provisional de condenas dinerarias (art. 528.3.II LEC), se traslada al propio ejecutado para responder de la demora en la ejecución.

Asimismo, se puede visualizar igualmente el intento legal de potenciar la ejecución provisional cuando establece la irrecurribilidad del auto que la decreta así como, a la inversa, la recurribilidad del auto que la deniegue, con tramitación preferente (art. 527.4 LEC).

### **2. Condiciones para la admisibilidad de determinados recursos**

Otro de los factores de eficiencia interesante, sin duda fruto de la experiencia de actuaciones torticeras de demandados condenados recurrentes con escaso o nulo fundamento, es el de establecer condiciones para la admisibilidad de determinados recursos. Precisamente se establecen para evitar que los recursos se utilicen con el exclusivo fin de favorecer indebida e injustamente al demandado. En unos casos para impedir que el recurrente mantenga la posesión del bien sin abonar renta (en juicios de desahucio, donde se impone acreditar tener satisfechas las rentas vencidas y las que vayan venciendo durante su tramitación); en otras, para evitar demora injustificada del pago y hasta incluso impedir que se utilice el recurso como incentivo a acuerdos indemnizatorios a la baja (en daños y perjuicios por vehículos a motor, al exigirse acreditar haber constituido un depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles); y en todo caso, para impedir que el recurso se convierta en un instrumento para incumplir (en reclamaciones de gastos de comunidad se exige acreditar tener satisfecha o consignada la cantidad líquida por la que se condena).

## **VIII. EFICIENCIA A TRAVÉS DE LA DIRECCIÓN JUDICIAL Y DE LA SANCIÓN**

Otro importante factor de eficiencia viene de la mano de las posibilidades con las que cuenta el proceso para mediante las mismas impedir actuaciones que puedan provocar dilaciones injustificadas: las más leves, a través de los poderes de dirección de las vistas; las más graves, mediante la imposición de las sanciones por mala fe procesal.

### **1. Los poderes de dirección de las vistas por el juez o el presidente del tribunal**

Además del buen orden en las vistas, el respeto y consideración debidos a los tribunales y a quienes se hallen actuando ante ellos y la corrección en el acto las faltas que se cometan, uno de los objetivos principales de los poderes de dirección por el juez o el presidente del tribunal es precisamente la agilización. Ésta se alcanzará, siempre con respeto y salvaguarda del derecho de defensa de las partes, llamando la atención del abogado o de la parte que en sus intervenciones se separen notoriamente de las cuestiones que se debatan, instándoles a evitar divagaciones innecesarias. Mediante dos advertencias para reconducir el tema, hasta el punto que tras la primera, incluso podría retirar el uso de la palabra (art. 186.2º LEC), se impedirá que eventualmente las vistas se eternicen con alegatos reiterativos, intrascendentes o improcedentes.

## **2. La imposición de sanciones por mala fe procesal.**

Aunque resulta ciertamente complejo determinar con cierta exactitud a qué nos referimos al hablar de abuso de derecho o fraude de ley o procesal, lo bien cierto es que la tendencia de las partes es la de aprovechar las posibilidades hasta límites que en ocasiones pueden exceder los parámetros de los estándares de la buena fe, restando eficiencia al procedimiento a través de la articulación sin ningún sustento de incidentes o recursos. Esta circunstancia ha permitido introducir un precepto como el artículo 247.2 LEC por el que se permite al “tribunal” rechazar fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Incluso va más allá autorizando la imposición de sanciones pecuniarias por cuantías relativamente elevadas (de ciento ochenta a seis mil euros) ante el incumplimiento de las reglas de la buena fe procesal no sólo a las partes sino incluso también a los profesionales (art. 247.3 LEC), pues son estos últimos los que, tras el otorgamiento de los poderes, dirigen realmente la estrategia procesal. En este último caso se contempla también la posibilidad de remisión al colegio profesional correspondiente para la imposición de las sanciones disciplinarias que correspondan (art. 247.4 LEC).

## **IX. CONCLUSIÓN**

Repasado este variado elenco de factores de eficiencia del proceso civil español, puede observarse como su eficacia es variable y hasta incluso en algunos casos puede llegar a ser contraproducente. Con todo, aunque nunca sobran esfuerzos creativos, no parecen inmediatamente previsibles nuevas posibilidades de mejoras en la eficiencia de los procedimientos en su conjunto. Quizá más factibles puedan serlo para materias o aspectos puntuales. En mi opinión, tal y como está configurado actualmente, no falla tanto el procedimiento en sí mismo considerado sino más bien eventualmente otros aspectos condicionantes de su eficiencia.

Cuestiones como la gestión merecen sin duda una debida atención. Un buen ejemplo de medida en este sentido ha sido la regulación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato, cuyas posibilidades podrían ser muchas, a pesar de su insuficiencia material y territorial y de los problemas que plantea.

Por su parte, ineludible resulta referirse a las clásicas deficiencias materiales y humanas. Entre otras cosas, la eficiencia podría venir de la mano de la introducción decidida y efectiva de las nuevas tecnologías, que permitan agilizar trámites tan relevantes como la presentación de documentaciones y la notificación, y de paso evitar en buena medida las montañas de papel que se acumulan en mesas y archivos judiciales. En cuanto a las mejoras en capital humano, entre otras muchas cosas, no solamente cabría aumentar plantillas y formación profesional, sino, a través en una dirección adecuada de recursos

humanos, incentivar realmente el trabajo de calidad y en cantidad así como, en su caso, sancionar y corregir de verdad las desviaciones que puedan producirse.

Para todos estos aspectos influyentes y relacionados pero autónomos al procedimiento, quizá haya llegado el momento de confiar en que otros profesionales distintos a los estrictamente jurídicos empiecen a colaborar en la introducción de factores de eficiencia procesal.

**SIMPLIFICACIÓN Y ORALIDAD EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS. EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 861/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO**

LORENZO M. BUJOSA BADELL

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

Entre los avances que, en el ámbito procesal civil, han afianzado la construcción paulatina del llamado “Espacio judicial europeo” se encuentra la reciente regulación, desde instancias comunitarias, del llamado proceso europeo de escasa cuantía por el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 (en adelante, RPEEC)<sup>513</sup>, el cual entrará en vigor en todos los países que integran la Unión Europea el próximo 1 de enero de 2009 (art. 29 RPEEC).

Como es sabido los Reglamentos comunitarios son fuentes normativas de Derecho comunitario derivado, que tienen la particularidad de su aplicación directa. Como afirma el párrafo segundo del artículo 249 del vigente Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE): “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”<sup>514</sup>. Ello significa, por consiguiente, que se va a introducir en nuestro sistema procesal un nuevo procedimiento para la tramitación de ciertos procesos civiles, no contenido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil y aplicable a determinados casos en los que aparezcan elementos transfronterizos<sup>515</sup>, como alternativa a los procesos existentes, justamente con la finalidad principal de simplificar y acelerar esos litigios y de reducir costes (art. 1.I RPEEC).

Justamente las circunstancias específicas en las que se desarrollan la relaciones de consumo transfronterizas o, más ampliamente, la actividad comercial de escasa cuantía entre los Estados miembros de la Unión Europea, hacen que algunos de los principios procedimentales recientemente incorporados a la legislación procesal civil española ordinaria como una de sus más llamativas novedades puedan ceder. Como veremos, la oralidad y los principios que de ordinario la acompañan<sup>516</sup>, pueden implicar en estos casos verdaderas ba-

---

<sup>513</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L 199, de 31 de julio de 2007, pp.1-22.

<sup>514</sup> El mencionado artículo empieza proclamando en el párrafo primero que “Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado”.

<sup>515</sup> El artículo 3.1 de este mismo texto normativo define los “asuntos transfronterizos” como “aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto”, teniendo en cuenta que el domicilio se determinará de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 y el momento pertinente para fijar si existe un asunto transfronterizo será la fecha en que el órgano jurisdiccional competente reciba la demanda.

<sup>516</sup> Como afirma GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 225: “Las ventajas de la oralidad pueden resumirse en facilitar los principios de investigación, intermediación, concentración y publicidad”. Desde una

rreras materiales a la efectividad de la tutela judicial y por ello se defiende su derogación, o por lo menos, su eventual excepción. Conviene, por tanto, tras exponer el contexto general en el que se ha desarrollado esta regulación y sus principales características, valorar si las mencionadas modificaciones son admisibles en la configuración de un proceso civil con todas las garantías.

## II. LA SIMPLIFICACIÓN Y LA ACELERACIÓN EN LOS LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS EN LA UNIÓN EUROPEA

No es de extrañar que en un espacio europeo de integración en el que existe un gran intercambio transfronterizo, no sólo económico, sino también social y cultural, con la aplicación de libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, se hayan planteado también medidas globales tendentes a facilitar el acceso a la justicia de manera eficaz. Es más, el artículo 65 TCE se refiere al objetivo de asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior y, para ello, apunta varios objetivos, entre los que nos interesa especialmente el previsto en el apartado c): “eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuere necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

La construcción paulatina de un Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia como uno de los principales objetivos de la Unión Europea, a partir sobre todo del Tratado de Amsterdam de 1997, tuvo un destacado impulso político en la Cumbre europea extraordinaria celebrada en la ciudad finlandesa de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, en la que se acordaron una serie de orientaciones y prioridades de gran interés, a sabiendas de que “el ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio”<sup>517</sup>.

La creación de un Espacio judicial europeo se quiso fundamentar en el principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión, para lo cual era –y sigue siendo- imprescindible favorecer la confianza recíproca en las normas procesales de los distintos Estados miembros, a través de una verdadera aproximación de legislaciones<sup>518</sup>. Entre las orientaciones que en Tampere se formularon se encontraba ya la instauración de normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación de reclamaciones sin oposición, la elaboración de formularios multilingües aceptados como documentos válidos para el inicio de procesos a lo largo y ancho de todo el territorio de la Unión, así como el establecimiento de formas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios

---

perspectiva crítica, *vid.* NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, *Diario La Ley*, núm. 6701, 26 de abril de 2007, pp. 1 y ss.

<sup>517</sup> *Vid.* las Conclusiones de la Presidencia en: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

<sup>518</sup> Como dice DE KERCHOVE, G., “L’espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere”, en *Vers un espace judiciaire pénal européen. Toward a European Judicial Criminal Area* (Ed. G. DE KERCHOVE y A. WEYEMBERG), Bruxelles, p. 13: “Elles partent du constat que les États membres ont atteint un tel degré d’intégration économique et de solidarité politique, qu’il n’est pas insensé de partir du postulat qu’ils doivent se faire mutuellement confiance dans le domaine judiciaire”.

transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo de índole mercantil<sup>519</sup>.

En desarrollo de estos criterios generales el Consejo aprobó un Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>520</sup>, en el que se constataba la exigencia de “simplificación y aceleración de la solución de los litigios transfronterizos de menor cuantía”. Efectivamente, la necesidad de simplificación de los procedimientos ha sido especialmente sentida en los ámbitos en que las pretensiones tienen un valor más limitado, pues en esos procesos la inversión de dinero y de tiempo probablemente no compense lo que eventualmente pueda obtenerse en caso de sentencia estimatoria<sup>521</sup>, todo lo cual se hace más dramático cuando se trata de litigios con algún elemento transfronterizo<sup>522</sup>.

Un ejemplo característico es el de las habituales reclamaciones de consumidores y usuarios, objeto de atención específica desde hace ya tiempo por las propias instituciones comunitarias. Con el propósito declarado de procurar la mejora del acceso de los consumidores a la justicia, en los años 70 ya se propusieron medidas tendentes a la simplificación procedimental<sup>523</sup> y este objetivo se recogió en numerosos textos posteriores como el Segundo Programa para una política de protección e información a los consumidores<sup>524</sup> o, especialmente, la Comunicación complementaria de la Comisión Europea sobre el acceso de los consumidores a la justicia en los Estados miembros<sup>525</sup>, o el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado único<sup>526</sup> o el Plan de acción de la Comisión sobre la misma materia<sup>527</sup>.

---

<sup>519</sup> Se trata de parte de las conclusiones 30.<sup>a</sup> y 31.<sup>a</sup> de las ya antes mencionadas Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere.

<sup>520</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) C 12, de 12 de enero de 2001, p. 1.

<sup>521</sup> El Libro Verde..., cit., p. 49, se refiere precisamente a que “debido a la falta de un proceso que sea ‘proporcional’ al valor del pleito, los obstáculos a los que probablemente ha de enfrentarse el acreedor pueden determinar que al entablar una acción judicial resulte poco rentable económicamente”.

<sup>522</sup> Se destaca, por ello, en el Libro Verde..., cit., p. 49, que “con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, y tras las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, la Unión Europea se enfrenta al reto de garantizar que, en un auténtico espacio europeo de justicia, no se impida ni disuada a particulares y empresas de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros”.

<sup>523</sup> En 1977 el Informe presentado en el Parlamento Europeo por M. Brégère, solicitaba medidas para la protección de los consumidores y, entre ellas, el acceso a procedimientos judiciales simplificados, y en 1979 el Comité Económico y Social presentó, en sentido similar, el llamado “Informe Hilken’s”.

<sup>524</sup> Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores (DOCE C 133, de 3 de junio de 1981). Edición especial en español: Capítulo 15 Tomo 3 p. 6.

<sup>525</sup> COM (1987) 210 final, de 7 de febrero de 1987.

<sup>526</sup> COM (1993) 576 final., de 16 de noviembre de 1993.

<sup>527</sup> COM (1996) 13 final, de 14 de febrero de 1996.



La defensa de un criterio simplificador para los procesos en que se ventilen reclamaciones transfronterizas ha continuado hasta la actualidad<sup>528</sup>. Pero la concreción de estos loables propósitos se enmarca en la actualidad en el ámbito más amplio del “Espacio de libertad, seguridad y justicia” que se está poco a poco construyendo en la Unión Europea y en el que resulta básico establecer algunas normas procesales comunes respecto a pretensiones de cuantía no muy elevada, como se ha constatado en numerosos textos preparatorios por los que se ha ido abriendo camino el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Este es el contexto en el que la Comisión aprobó el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía<sup>529</sup>. La finalidad concreta era consultar a los Estados miembros y a las personas interesadas acerca de los objetivos y características de un procedimiento europeo uniforme o armonizado específicamente dirigido a la tramitación de las demandas que presumiblemente no suscitaran oposición<sup>530</sup>, pero también para adoptar medidas concretas destinadas a facilitar la de aquellas pretensiones respecto de las que sí es esperable la oposición, pero cuyas características específicas exigen una mayor brevedad y agilidad<sup>531</sup>.

---

<sup>528</sup> La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores para el período 2007-2013: Capacitar al consumidor, mejorar su bienestar y protegerlo eficazmente” [COM (2007 99 final, de 13 de marzo de 2007]

<sup>529</sup> COM (2002) 746 final, de 20 de diciembre de 2002.

<sup>530</sup> En este sentido, en el *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo...*, cit., p. 16, la propia Comisión confiesa seguir una estrategia a dos niveles, que tiende, en primer lugar, a “la supresión del *exequatur* con la condición de observar ciertas normas mínimas comunes a todos los títulos ejecutivos para demandas sin oposición independientemente de la naturaleza de los procedimientos que han dado lugar a la resolución o al documento ejecutivo”, que culminó en el Reglamento (CE) núm. 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre el llamado “título ejecutivo europeo” [DOUE L 143, de 30 de abril de 2004]; en segundo lugar, se pretendió “la creación de un proceso armonizado específico para el cobro de las deudas que presumiblemente seguirán sin impugnarse, a saber el proceso monitorio europeo, aunque no simultáneamente en el mismo instrumento legislativo”, o cual desembocó en la promulgación del Reglamento (CE) núm. 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo [DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006]. *Vid.* en relación con el primero: GASCÓN INCHAUSTI, F., *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos no Impugnados*, Cizur Menor, 2005; RAMOS ROMEU, F., *El Título Ejecutivo Europeo*, Cizur Menor, 2006 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El Título Ejecutivo Europeo*, Cizur Menor, 2006, y respecto al el segundo: GONZÁLEZ CANO, M.I., *Proceso monitorio europeo*, Valencia, 2008 y GÓMEZ AMIGO, L., *El proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, 2008.

<sup>531</sup> Precisamente, el repetido Libro Verde de 2002 (p.4) confirma la diversidad de regulaciones en Europa: “Mientras que en algunos Estados miembros existen procesos específicamente aplicables a los litigios de escasa cuantía, en otros Estados miembros se ha optado por simplificaciones procesales. También hay diferencias por lo que se refiere al grado de aplicación de estas simplificaciones específicas”.

Finalmente, el 15 de marzo de 2005 la Comisión propuso una regulación articulada uniforme para todos los Estados miembros<sup>532</sup>, aunque alternativa a los procesos previstos en la legislación procesal civil de cada Estado miembros, los cuales directamente no sufren modificación alguna. La Propuesta, tras su tramitación ante las instancias europeas competentes y tras algunas modificaciones, fue aprobada el 11 de julio de 2007 y, como recordaba al principio, entrará en vigor en los próximos meses.

### III. EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA

La primera de las cuestiones que plantea el diseño de un procedimiento simplificado de escasa cuantía es la definición de qué entender por “escasa cuantía” y, de manera más amplia, si debe limitarse esta vía específica a las pretensiones dinerarias o si, en cambio, está justificada también para otro tipo de pretensiones civiles y mercantiles, en las que se haga especialmente necesario evitar los procesos largos y costosos. Se plantea que respecto a numerosas pretensiones los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores entre los Estados miembros provoca una distorsión de la competencia en el mercado interior. Se tratan de preocupaciones predominantemente económicas las que llevan a la creación de este nuevo procedimiento, pero eso no implica necesariamente que deba limitarse a pretensiones dinerarias.

El nuevo Reglamento limita únicamente la cuantía máxima, que no podrá rebasar los 2.000 euros en el momento en que el órgano jurisdiccional competente reciba la demanda, excluidos los intereses, gastos y costas<sup>533</sup> (art. 2.1 RPEEC) y en lugar de ofrecer un elenco de asuntos civiles y mercantiles adecuados para su tramitación simplificada, opta por la solución contraria de la delimitación negativa<sup>534</sup>.

---

<sup>532</sup> COM (2005) 87 final, de 15 de marzo, denominada oficialmente: “Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de menor cuantía”.

<sup>533</sup> Se parte de la gran variedad existente en los ejemplos europeos y la Propuesta tuvo en cuenta estudios de costes en la litigación transfronteriza que sitúan en 2.000 euros el límite adecuado para que un consumidor racional se anime a defender sus derechos a través de los procedimientos ordinarios. Así las vías simplificadas estarían justificadas cuando los gastos procesales fueran desproporcionados respecto al valor de la pretensión, a lo que hay que añadir los inconvenientes derivados de la duración habitual de los procedimientos ordinarios. Por otro lado, se era consciente de que las pretensiones debían tener una suficiente entidad económica para que el procedimiento simplificado pueda tener relevancia práctica.

<sup>534</sup> Además de excluir las materias fiscales, aduaneras o administrativas o casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad, expresamente establece que no se aplicará al estado y la capacidad jurídica de las personas físicas; a los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales, obligaciones de alimentos, testamentos y sucesiones; a las quiebras, procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos; la seguridad social; el arbitraje; el derecho laboral; los arrendamientos de bienes inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios; o las violaciones del derecho a la intimidad y de otros derechos de la personalidad, incluida la difamación (art. 2.1 y 2 RPEEC).

La reducción de formalidades y la flexibilización se propone para los principales trámites procedimentales: iniciación, desarrollo del procedimiento, sentencia, impugnación e incluso en la fase de ejecución<sup>535</sup>.

Como sucedió con el proceso monitorio europeo, también en los procesos de escasa cuantía se habla de la fijación de modelos de formularios estándar que puedan obtenerse a través de Internet, puedan rellenarse con facilidad y se limiten a los datos esenciales como la identificación de las partes y del órgano jurisdiccional, una breve descripción de los hechos, una descripción breve de los elementos probatorios, la petición concreta, así como la fecha y la firma. Se permite la remisión electrónica de estos formularios o por otros medios, como puede ser el correo postal, fax, etc. dependiendo en todo caso de la opción prevista por el Estado miembro, que debe haberse comunicado a la Comisión. Frecuentemente será necesario acompañar el formulario por los documentos relevantes para justificar la pretensión.

La ausencia facultativa de letrado se pretende compensar con una posición activa del órgano jurisdiccional, que debe informar al demandante de los defectos, oscuridades o errores contenidos en su formulario de demanda, dándole la posibilidad de completar o rectificar el formulario o de suministrar información o documentos complementarios. No se exige que las partes realicen una valoración jurídica en la demanda, que corresponderá directamente al órgano jurisdiccional, el cual además debe informar a las partes sobre las cuestiones procesales que se planteen, pudiendo el propio Juez encaminar de oficio la pretensión al procedimiento interno adecuado, en caso de que no entre en el ámbito de aplicación de este procedimiento europeo. Es característica general de estos procesos la configuración del modelo de juez director, con bastante discrecionalidad para flexibilizar la tramitación.

Sin perjuicio de lo que exponga en el apartado siguiente sobre la celebración o no de vista oral en estos procedimientos, se produce en ellos una cierta flexibilización de las normas relativas a la actividad probatoria, con posibilidad de limitación de los medios de prueba admisibles<sup>536</sup>. No sólo porque se establezca que el órgano jurisdiccional podrá aceptar pruebas periciales o testimonios orales “únicamente en la medida en que los

---

<sup>535</sup> El Libro Verde..., cit., p. 67, resumía la idea general del modo siguiente: “El propósito de las siguientes propuestas de simplificación de las normas procesales es mantener los trámites procesales en un nivel de complejidad bajo en relación con el pequeño valor de la demanda, y facilitar el máximo acceso de los particulares al proceso, aunque sin dejar de garantizar la tutela jurídica del ciudadano que participa en un proceso basado en el principio de legalidad”.

<sup>536</sup> Es positiva, sin embargo, la restricción de lo previsto en el artículo 7.1 de la Propuesta de Reglamento, que permitía una desmesurada discrecionalidad judicial en materia probatoria, por cuanto se establecía que “El órgano jurisdiccional podrá determinar con total libertad los medios de prueba y el alcance de la obtención de pruebas”, que ahora se limita por la remisión a las normas aplicables en materia de admisibilidad de las pruebas y, por tanto, al Derecho procesal de cada Estado miembro, lo cual obviamente dará lugar a diferencias en la aplicación práctica de estos procedimientos según el lugar en que se desarrolle el proceso. El artículo 19 RPEEC establece, en general, la aplicación subsidiaria de la “legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso”. Esto último es, ciertamente, un motivo de complicación, y por tanto, de alejamiento de los objetivos de simplificación y aceleración, como señala ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Breves notas críticas sobre el proceso europeo de escasa cuantía regulado en el Reglamento (CE) 861/07”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, 2007, p. 14.

considere necesarios para dictar sentencia”, lo cual no es más que una especificación del criterio de la necesidad de la prueba que suele acompañar al de la pertinencia.<sup>537</sup>; la limitación se produce sobre todo porque se introducen expresamente los condicionamientos económicos, que pueden ser importantes en los procesos transfronterizos: “El órgano jurisdiccional tendrá en cuenta el coste a la hora de tomar esa decisión”. En todo caso, debe optarse por la práctica de la prueba del modo más sencillo y menos gravoso (art. 9.3 RPEEC)<sup>538</sup>.

En un principio, el Libro Verde planteó la posibilidad de flexibilizar también la aplicación de las normas relativas al contenido de la sentencia restringiendo de manera drástica la motivación, directamente relacionada con la asimismo muy discutible posibilidad de limitar, o incluso eliminar, los recursos contra esa resolución<sup>539</sup>. La simplificación y la aceleración son finalidades muy legítimas, pero que no justifican la pérdida de garantías esenciales. Quien resulta vencido en un proceso, incluidos los procesos de escasa cuantía, deben poder acceder a las explicaciones y argumentos de los que se ha valido el órgano jurisdiccional para desestimar su pretensión o su resistencia, sin lo cual quedaría muy mal parada la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos y la exigencia, también del más alto nivel, de motivar las sentencias. Por las mismas razones no podían acogerse tampoco las propuestas de eliminación o limitación de los recursos, a pesar de la conocida –y criticable– doctrina del Tribunal constitucional que no le concede relevancia para la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por el legislador que configure un proceso civil. La propuesta europea fue ya más moderada y simplemente se remitía a la regulación procesal de cada Estado miembro en el que se ha desarrollado el proceso de escasa cuantía y así ha quedado finalmente en el texto final<sup>540</sup>.

Es destacable la previsión del artículo 18 RPEEC, que proclama el derecho del demandado a solicitar la “revisión” de la sentencia dictada en estos proceso siempre y cuando el formulario que inició el proceso o la citación a la eventual vista hayan sido noti-

---

<sup>537</sup> Desde luego no serían razonables las exclusiones generalizadas en estos casos de medios de prueba como los informes periciales, que pueden ser esenciales para llegar a la convicción judicial en muchos procesos de escasa cuantía, como ha demostrado la experiencia española en materia de arbitraje de consumo. *Vid.* <http://www.consumo-inc.es/Arbitraje/memoria.htm>

<sup>538</sup> Como dice LOREDO COLUNGA, M., “¿Hacia un Derecho procesal europeo? Reflexiones en torno al procedimiento europeo de escasa cuantía”, *InDret*, 1/2006, p.18: “se impone un criterio muy flexible y antiformalista”.

<sup>539</sup> Decía el Libro Verde..., cit., pp. 71-72: “Se podría pensar, en concreto, (*sic*) la flexibilización de las normas referentes a los fundamentos de la sentencia. Se podría contemplar esta opción con posibles restricciones a la posibilidad de recurrir (véase 6.8). En los casos en que no sea posible ejercitar ningún recurso, la sentencia podría limitarse a las cuestiones de hecho y de Derecho básicas. En caso de que los posibles motivos de recurso se limiten a las cuestiones de Derecho, por lo menos podrían flexibilizarse las normas relativas a la apreciación de la prueba”.

<sup>540</sup> El artículo 15.1 RPEEC dispone que “La sentencia será ejecutiva sin perjuicio de un posible recurso. No será necesaria la constitución de una garantía” y en el artículo 17.1 RPEEC establece que los Estados miembros informarán a la Comisión sobre la posibilidad de recurso, en su Derecho procesal, contra una sentencia dictada el proceso europeo de escasa cuantía y sobre el plazo en el que debe interponerse el recurso. La Comisión hará pública esta información”.

ficados por una vía que no garantice la recepción personal por el propio demandado, siguiendo el artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 805/2004 y, concurrentemente, la notificación no se hubiera producido con la suficiente antelación para permitirle la adecuada preparación de su defensa; también podrá instarse esta vía cuando el demandado no haya tenido la posibilidad de oponerse a la demanda por causa de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad. Todo ello siempre que el demandado haya actuado con prontitud<sup>541</sup>. No se establecen sin embargo plazos ni trámites más específicos, por lo que atendiendo al artículo 19 RPEEC habría que estar a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en que se desarrolle el procedimiento respecto a la constatación judicial de nulidades procesales, lo cual es otro factor de complicación.

Por último, debe apuntarse que la sentencia, ejecutiva sin perjuicio de la posibilidad de recurso (art. 15 RPEEC) deberá reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro sin que se precise una declaración de ejecutabilidad y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento; para ello, a instancia de parte, el órgano jurisdiccional competente para el proceso de escasa cuantía extenderá un certificado siguiendo el modelo previsto en el propio Reglamento (art. 20 RPEEC). Así podrá iniciarse en el mismo u otro Estado un proceso de ejecución que seguirá la regulación interna para la ejecución de sentencias, con las particularidades de los artículos 21, 22 y 23 RPEEC, que permiten en ciertos casos la denegación de la ejecución o su suspensión o limitación.

#### IV. ESCRITURA Y ORALIDAD EN LOS PROCESOS SOBRE ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS DE ESCASA CUANTÍA

Desde la perspectiva de un ordenamiento como el español, en el que la instauración de los procesos civiles orales ha sido una de las novedades más destacables, sorprende que el primer inciso del artículo 5.1 RPEEC establezca para el proceso que estamos analizando brevemente la regla general contraria: “El proceso europeo de escasa cuantía será un procedimiento escrito”. Sobre todo llama la atención la justificación de esta decisión, que a primera vista pudiera parecer paradójica: la celeridad en los casos sencillos y la reducción de gastos<sup>542</sup>.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, el específico contexto en el que nos movemos: se trata de un proceso sobre asuntos transfronterizos, por tanto con algún elemento externo respecto a la jurisdicción que está conociendo y, más en concreto -conforme al artículo 3 RPEEC ya mencionado-, una de las partes tiene su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro distinto a aquel en el que se está enjuiciando el asunto. Por tanto, la oralidad implicaría la carga de la comparecencia para la parte que muy probablemente está situada fuera del territorio de ese Estado. Ello conllevará, sin duda, gastos procesales añadidos y, eventuales dilaciones, lo cual incide materialmente como es

---

<sup>541</sup> Se trata de una medida similar a la prevista para el proceso monitorio europeo, que pretende garantizar el derecho de defensa y el reforzamiento, en definitiva, de las exigencias del principio de contradicción, con lo que aquí sí se armoniza en principio la aceleración de trámites con el respeto a las garantías elementales del proceso justo. Todo ello, claro está, siempre que sea muy excepcional la declaración de “nula y sin efecto” de la sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía.

<sup>542</sup> No hay que olvidar, como afirma VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “Los principios del proceso civil”, *Justicia*, 1993, III-IV, p. 640, que “El problema de la oralidad es su funcionamiento”.

evidente en la efectividad de la tutela judicial que se proporciona a ese sujeto<sup>543</sup>. Desde este punto de vista sería, pues, razonable la solución acogida en el Reglamento, que concuerda además con numerosos ejemplos de procedimientos de escasa cuantía puramente escritos en distintos países europeos<sup>544</sup>.

Pero tampoco pueden desecharse sin más en estos casos las ventajas de la oralidad, la intermediación, la concentración y la publicidad, que objetivamente suponen en general un avance en la configuración de las garantías del proceso civil. Por ello, no se excluye radicalmente la oralidad en el procedimiento europeo de escasa cuantía, sólo que se deja en manos de la discrecionalidad judicial la decisión última sobre la forma del procedimiento: cuando el propio órgano jurisdiccional lo considere necesario o si una de las partes así lo solicita, se celebrará la vista oral. No hay, sin embargo, vinculación, pues el propio artículo 5.1 RPEEC permite al juez desestimar la solicitud, una vez consideradas las circunstancias concretas del caso, si determina que “resulta a todas luces innecesaria para el correcto desarrollo del procedimiento”.

Se trata de realizar una ponderación de las circunstancias concurrentes para obtener una decisión lo más justa posible, teniendo en cuenta para ello los escasos parámetros legales que el propio Reglamento ofrece: inicialmente la preferencia por la escritura, que aparece en la afirmación inicial del artículo 5.1 RPEEC y también al regularse la práctica de la prueba en el artículo 9 RPEEC. Sin embargo, el carácter taxativo de la regla de la escritura inmediatamente se desvirtúa, simplemente permitiendo que el órgano jurisdiccional, “si lo considera necesario”, decida lo contrario, sin tener que motivar su decisión, pues la motivación por escrito sólo se exige respecto a la denegación de la solicitud de la parte, y por tanto se dirigirá a justificar por qué en el caso concreto la oralidad “resulta a todas luces innecesaria para el correcto desarrollo del procedimiento”. Esta decisión, como indica el último inciso del primer apartado del artículo 5 RPEEC, no se podrá impugnar por separado, sino en su caso al impugnar la sentencia definitiva, siguiendo la regulación interna del Estado donde se desarrolle el procedimiento<sup>545</sup>.

De este modo, por tanto, se está alterando lo que en un principio habíamos considerado como la regla general: aunque formalmente se proclame el principio de la escritura,

---

<sup>543</sup> Como recuerda ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Breves notas críticas ...”, cit., p. 11: “El Reglamento atiende y se hace eco de una realidad incontrovertible, cual es que los obstáculos para la obtención de una sentencia rápida y poco costosa aumentan desproporcionadamente en los asuntos transfronterizos, ya que hay costes adicionales de traducción, contratación de servicios profesionales de dos abogados, gastos de viaje de litigantes, testigos, peritos, con lo que los costes, retrasos e inconvenientes no disminuyen proporcionalmente a la cuantía del litigio”.

<sup>544</sup> Como informa el Libro Verde..., cit., p. 58, aunque con información algo anticuada: “La posibilidad de un procedimiento puramente escrito (en vez de vistas orales) existe actualmente en Suecia, Irlanda del Norte, Escocia, Alemania, Inglaterra/País de Gales y España”.

<sup>545</sup> A pesar de algunas críticas (*Vid.* ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Breves notas...”, pp. 22-23), entiendo que se trata de una solución adecuada, para evitar impugnaciones paralizantes del procedimiento contra resoluciones interlocutorias. Es verdad que, en este caso, se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad o no de impugnar, pues el Reglamento no exige la previsión de recursos contra la sentencia en el procedimiento europeo de escasa cuantía y se remite a la regulación interna. Esta última sí que me parece una opción normativa criticable, que afecta según mi criterio a garantías fundamentales del proceso civil y que podría haberse evitado fácilmente en el propio texto del Reglamento.

simplemente cuando se constate la necesidad de una vista oral, deberán aceptarse la práctica de pruebas periciales o testimonios orales (art. 9.3 RPEEC). Como acabamos de ver, a pesar del inicio del artículo 5.1 RPEEC y de las desventajas e inconvenientes que en los litigios transfronterizos acompañan a la estricta aplicación de las exigencias de la oralidad, lo que en el proceso europeo de escasa cuantía debe justificarse expresamente es la opción a favor de la escritura, cuando una de las partes ha solicitado la vista oral. Únicamente cuando se razone que es innecesaria (“a todas luces”) la comparecencia física de las partes ante el órgano jurisdiccional podrá procederse al desarrollo por escrito del procedimiento.

Es elemental, pues, determinar cuándo el órgano jurisdiccional debe considerar, de oficio o a instancia de parte<sup>546</sup>, innecesaria la vista oral. Desde luego, el criterio del artículo 9.3 RPEEC de la opción a favor del “medio de práctica de la prueba más sencillo y menos gravoso” podría ser un dato genérico a tener en cuenta: este precepto persigue propósitos legítimos, ya apuntados cuando me refería a las dificultades intrínsecas en la tramitación de los litigios transfronterizos<sup>547</sup>, sin embargo una interpretación literal llevaría a restringir indebidamente el derecho fundamental a la prueba (artículo 24.2 CE) por razones probablemente de rango inferior, aunque relacionadas con la efectividad material de la tutela judicial. A mi juicio la forma más adecuada de concordar ambos intereses legítimos contrapuestos nos llevaría de nuevo a una cuidadosa valoración de la proposición del medio probatorio, y por tanto, a una atenta consideración de los criterios tradicionales para la admisibilidad probatoria. En definitiva, a una consideración sobre la necesidad o la utilidad de dicho medio probatorio, con lo que nos meteríamos en un razonamiento circular y, por ello, estéril.

Para dar un paso más, convendría tener en cuenta la naturaleza de los medios de prueba cuya práctica se propone. Lógicamente cuando se trate de mera prueba documental - como es obvio muy frecuente en los procesos civiles, también cuando hay elementos transfronterizos-, ninguna dificultad se presentaría para considerar innecesaria la vista oral. Pero más discutible sería esta conclusión en el caso de que se admitieran pruebas personales, a pesar del tenor literal del segundo inciso del apartado primero del artículo 9 RPEEC, que permite al órgano jurisdiccional la práctica de la prueba mediante declaraciones por escrito de los testigos, los expertos o las partes. La eliminación en estos casos de la oralidad, la intermediación, la concentración y la publicidad afectarían sin duda a la calidad del procedimiento probatorio y a su resultado, y en último término podrían llevar a un menoscabo grave en la administración de la justicia. Por tanto la determinación de la necesidad de la vista oral en estos casos se presenta muy delicada: el derecho de defensa podría verse muy fácilmente restringido al no poder participar las partes directamente en un debate contradictorio con los declarantes por escrito, y podría ponerse asimismo en duda en algunos casos la imparcialidad del juzgador<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> Hay un grado de diferenciación en el artículo 5.1 RPEEC entre un caso y otro, pues para la iniciativa de oficio se habla meramente de necesidad y no se exige motivación por escrito, mientras que ante la solicitud de la parte para aplicar la regla de la escritura debe justificarse expresamente que la vista oral sea a todas luces innecesaria.

<sup>547</sup> Además, el último inciso del apartado segundo del artículo 9 RPEEC obliga al órgano jurisdiccional a tener en cuenta el coste a la hora de tomar su decisión.

<sup>548</sup> Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 303-304.

Por ello, en estos casos, lo más prudente debería ser la constatación ordinaria de la necesidad de una vista oral y procurar que se cumplieran de la mejor forma posible las exigencias de contradicción, intermediación y publicidad, siempre dentro del contexto de lo real. Los factores económicos no son desdeñables, pero deberían poder articularse con el mayor respeto posible a las garantías probatorias<sup>549</sup>.

No debemos olvidar, sin embargo, que estamos ante supuestos en los que, conforme al Derecho tradicional se haría necesaria la asistencia judicial internacional, recabando pruebas de otros Estados a través de comisiones rogatorias, que en el mejor de los casos, supondría la obtención de material probatorio por escrito<sup>550</sup>. Por otro lado, podría argumentarse que al configurarse el proceso europeo de menor cuantía como un cauce alternativo a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros (art.1.I RPEEC) y no por tanto como una vía obligatoria para los litigios de su ámbito de aplicación, la opción por esta vía podría entenderse como una opción a favor de un procedimiento ordinariamente escrito y, al tiempo, como una renuncia a las garantías derivadas de la oralidad. Pero no creo que sean directamente aceptables estos razonamientos.

En la práctica, el órgano jurisdiccional competente para este tipo de procedimientos debe considerar necesaria la práctica oral de los medios probatorios personales, y sólo en la medida en que se justifiquen dificultades materiales derivadas sobre todo del coste que ello conlleva –no sólo estrictamente económico-, deberían intentarse otras modalidades. En primer lugar, la prevista en el artículo 8 RPEEC, cuyo encabezamiento precisamente reza: “Vista Oral”. Me refiero a la celebración de una vista por videoconferencia y, con muchas más dudas y dificultades, la utilización de otros sistemas de comunicación como la telefónica o a través de Internet. Pese a que estas vías suponen una cierta restricción de muchos de los principios y garantías probatorias, respetan el principio de proporcionalidad si se adoptan con las suficientes salvaguardias y suponen un avance indudable respecto a la mera prueba personal escrita.

No se prevé en el texto del Reglamento ninguna regulación específica del modo de desarrollar la vista oral por medio de estas vías, pero cabría aplicar aquí la remisión a la legislación procesal del Estado miembro en que se desarrolle el proceso. En nuestro caso, como sabemos existen ya preceptos específicos en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero creo que en este supuesto, lo más adecuado sería aplicar analógicamente las previsiones del artículo 10 y 11 del Convenio de asistencia judicial entre los Estados miembros<sup>551</sup>, previsto ciertamente para el ámbito procesal penal,

---

<sup>549</sup> No en vano el apartado noveno del Preámbulo del RPEEC, en su segundo inciso, dispone que “El órgano jurisdiccional debe respetar el derecho a un juicio justo y el principio contradictorio del proceso, especialmente cuando se pronuncie sobre la necesidad de una vista oral, sobre los medios de práctica de la prueba y sobre el alcance de la práctica de la prueba”.

<sup>550</sup> Sobre los avances en esta materia en el Derecho europeo, *vid* ADAM MUÑOZ, M.D., *El proceso civil con elemento extranjero y la Cooperación Judicial Internacional*, Cizur Menor, 1997, pp. 177 y ss.; DIAGO DIAGO, M.P., *La Obtención de Pruebas en la Unión Europea*, Cizur Menor, 2003; HERRERA PETRUS, C., *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Bolonia, 2005; VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, 28 de mayo*, Madrid, 2005.

<sup>551</sup> DOUE C 197, de 12 de julio de 2000.



pero que pretende resolver problemas de cooperación procesal internacional muy similares a los que aquí nos hemos planteado y que forma parte sin duda del ordenamiento español.

Y sólo de manera auténticamente subsidiaria, debería optarse por la aplicación del segundo inciso del artículo 9.1 por el cual se admiten las declaraciones por escrito de los testigos, los expertos o las partes, lo cual en todo caso supondría todavía un avance sobre la vía, indirecta, y lenta de las tradicionales comisiones rogatorias.

#### V. CONCLUSIÓN

El Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, en vigor próximamente, pretende introducir directamente en los ordenamientos de los Estados miembros un cauce simplificado y acelerado para la tramitación de litigios con elementos transfronterizos cuando se la pretensión no supere los 2.000 euros de cuantía.

Una de las formas de obtener la simplificación en materia probatoria y facilitar asimismo el acceso a la justicia del litigante transfronterizo es primar el principio de escritura en el momento de la práctica de la prueba. Lo que es lógico en el caso de las pruebas documentales, ofrece dificultades importantes para la pruebas de naturaleza personal. En estos últimos casos, debería seguirse la regla opuesta: entender en principio necesaria la celebración de vista oral y, sólo en caso de alegarse la concurrencia de dificultades para la presencia de alguna de las partes en la sede del proceso, acudir a la práctica de la prueba a través de la aplicación de las nuevas tecnologías, siempre con aplicación de garantías suficientes, o en último término, admitir las declaraciones de las partes, testigos o peritos por escrito.

**APROXIMACIÓN A LA TEORÍA GENERAL SOBRE EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN  
PROCESAL DE LA COMPRENSIÓN DE SU TRASCENDENCIA A LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO**

NICOLÁS CABEZUDO RODRÍGUEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

I. CONCEPTO DE INMEDIACIÓN.

El vocablo inmediatez expresa convencionalmente proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate.

Desde una perspectiva procesal, la inmediatez se ubica dentro de la categoría de principios atinentes a la forma de los actos procesales o principios de procedimiento, particularmente vinculado a los principios de oralidad y concentración, siendo asimismo apreciable un intento generalizado entre la literatura especializada de ampliar su alcance más allá del momento procesal en que tradicionalmente se viene imponiendo su preceptiva vigencia, esto es, en la fase probatoria<sup>552</sup>.

Esa tendencia se pone de manifiesto en las diversas versiones del principio de inmediatez que se proponen según se tome como punto de referencia el objeto de la causa, los sujetos o los actos procesales, de modo individual o combinado. En este doble sentido, se le considera un principio atinente a las relaciones entre el juez o tribunal sentenciador y el objeto del proceso<sup>553</sup>, o como una imposición al juzgador de hallarse en contacto inmediato con los demás sujetos que intervienen en el proceso<sup>554</sup>, o con los actos de parte<sup>555</sup>; o, integrando algunas de las anteriores configuraciones, como regla que pone en

---

<sup>552</sup> No así para ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 2007, pp. 169 y 170; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pamplona, 2004, p. 349, ni para autores más clásicos como CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, V. III, Madrid, 1940, pp. 162 y 163; GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 90; ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS et al., *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2007, pp. 362-366; y en *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2006, p. 309, quienes sólo atiende a la percepción directa de la prueba por el órgano jurisdiccional.

<sup>553</sup> GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Valencia 1993, p. 86. Esta postura sin embargo la atempera en *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1996, p. 39, donde establece que la inmediatez “significa que el juicio y la práctica de la prueba ha de transcurrir ante la presencia directa del órgano jurisdiccional competente”.

<sup>554</sup> MONTERO AROCA, *Proceso (civil y penal) y garantía*, Valencia, 2006, p. 62; FAIRÉN GUILLÉN, V. “Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 265.

<sup>555</sup> Con HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1969, pp. 196 y 197; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 2004, p. 259;

conexión al órgano decisor con el objeto de la causa y los sujetos procesales<sup>556</sup>, o con las partes y las pruebas<sup>557</sup>; o, comprendiendo todas esas perspectivas, como el contacto permanente del juez con todos los elementos del proceso aptos para formar su convicción, ya fueran subjetivos, ya objetivos

Tal interés académico, la calidad y cantidad de los procesalistas que han fijado su atención en la inmediación<sup>558</sup>, denota la atracción que ejerce este principio sobre la doctrina, más patente aún si tenemos en cuenta la falta de correspondencia entre esa predisposición tradicional y el régimen legal vigente en España cuando aquellas opiniones se difundieron mayoritariamente, en particular en el orden civil al abrigo de la derogada Ley de Enjuiciamiento de 1881, marco donde la inmediación se transfiguraba en mera “presencia judicial”<sup>559</sup> sin otros atributos.

Común denominador a todas aquellas concepciones es el sujeto directamente afectado, el órgano jurisdiccional que conoce de la causa, y, en particular, su posición en el proceso, propiciando que el juez sentenciador se encuentre en contacto directo, libre de interferencias y en unidad espacio-temporal con todos los actos procesalmente relevantes en orden a la configuración del objeto litigioso<sup>560</sup>, comprendidos tanto los actos alegatorios como los probatorios<sup>561</sup>. De las dos vertientes que GOLDSCHMIDT asigna al principio de inmediación: la subjetiva o formal (obligación del juez de relacionarse lo más directamente posible con los medios de prueba) y la objetiva o material (obligación de utilizar los medios de prueba que se encuentran en más directa relación con el hecho a probar),

---

<sup>556</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, marzo, 2003, p. 57, quien a esta relación entre los sujetos procesales entre ellos une la de éstos con el objeto de la causa.

<sup>557</sup> CARNELUTTI, F., “Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1952, p. 114.

<sup>558</sup> Desde luego, la enumeración contenida en las notas precedentes es meramente ejemplificativa, sin ánimo alguno de exhaustividad.

<sup>559</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Pamplona, 2005, pp. 187 a 189. HERRERA ALBIÁN, C., *La inmediación como garantía procesal (En el proceso civil y en el proceso penal)*, Granada, 2006, p. 4, denomina a esta modalidad, la mera presencia judicial en las actuaciones sin atender al carácter decisor del órgano jurisdiccional, inmediación en sentido amplio.

<sup>560</sup> La relación jurídico material que se discute. Somos conscientes pues de la diferencia conceptual entre “objeto del proceso”, «*la actuación jurisdiccional de la ley que se pretende en el caso concreto*» y “objeto litigioso” en la línea apuntada por PEDRAZ PENALVA, E. “El objeto del proceso civil”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. año, pp. 15 a 48.

<sup>561</sup> Aunque los tribunales civiles no comparten plenamente nuestra opinión habida cuenta de que consideran acorde con el principio de inmediación que sea un juez distinto quien conozca de la audiencia previa y del juicio con el argumento de que se trata de dos fases distintas del procedimiento con objetos diversos. Por todas véase la SAP Murcia de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007\15136), FJ. 2º, y toda la jurisprudencia en ella citada. Desde nuestra perspectiva es evidente la interrelación de ambas partes sobre todo en la atinente a la fijación de los términos del debate.

ponemos acento, pues, en la primera vertiente, aunque desbordando los límites meramente probatorios marcados por el autor<sup>562</sup>.

Las razones que subyacen en esa postura tendente a garantizar la eficacia del principio de inmediación tienen mucho que ver con la valoración de los diferentes métodos de conocimiento posibles. Si como sostiene CARNELUTTI «el problema de la estructura del proceso está dominado por el fin de poner lo mejor que sea posible al juez en condiciones de conocer la litis»<sup>563</sup>, la inmediación se nos aparece como una clase de disposición espacial y personal que facilita la formación del juicio de valor distintivo de toda decisión jurisdiccional, consistente en la asunción del método científico de conocimiento en el desempeño de esa función<sup>564</sup>. Desde luego, al margen de nuestra argumentación quedan otras valoraciones extra-jurídicas, como las relativas a su efectividad real en orden a la adquisición de esos conocimientos<sup>565</sup>, condicionada por la actitud judicial y la atención o el desinterés que se brinda a esos trámites orales; o la eventual incidencia en la convicción del juez de otros factores ajenos a la causa, como la vestimenta de los litigantes o su nivel cultural, que la inmediación permite considerar<sup>566</sup>, cuya incuestionable y nefasta influencia sobre el órgano decisor en modo alguno desmerece los valores consustanciales a la aplicación de este principio.

Y es que el contacto directo con las que, de manera genérica, podemos considerar fuentes de conocimiento judicial reúne ventajas de las que carece cualquier transcripción escrita o, en su caso, reproducción mecánica o electrónica, ya que elimina intermediarios que pudieran de algún modo viciar la transmisión, posibilitando además, como es común destacar, la percepción de elementos paralingüísticos, ligados al lenguaje corporal, cuya plasmación en las actas manuscritas sería inviable<sup>567</sup>. Tomando prestada una muy gráfica sentencia de GÓMEZ ORBANEJA: «lo fundamental es comprender que el juez o tribunal no se basa en el acta para dictar la resolución, sino en el acto»<sup>568</sup>, esto es, en la fuente de conocimiento originaria.

La convicción judicial fundada en datos percibidos directamente gozará de una fiabilidad comparativamente mayor que la obtenida por cualquier otra vía de adquisición de esas informaciones, simplemente porque será la más próxima a los hechos cuya realidad se pretende comprobar. En ello radica la trascendencia de este principio.

---

<sup>562</sup> Mientras la primera estaría presente en la LECrim., la segunda, tan sólo parcialmente. *Problemas jurídicos...*, op.cit., pp. 90 y 95.

<sup>563</sup> “Líneas generales...”, op.cit., p. 113.

<sup>564</sup> Permítaseme acomodar esta idea de CAPPELLETTI que el autor vincula a la oralidad, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, pp. 93 a 95, al objeto de nuestro estudio.

<sup>565</sup> CARNELUTTI, F., “Líneas generales...”, op.cit., pp. 121 y 122.

<sup>566</sup> GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 231 y 232.

<sup>567</sup> Sin perjuicio de que a veces se haya exacerbado la importancia de este aspecto. Evidentemente tampoco en relación con este aspecto descubrimos nada nuevo, habiendo sido destacado tiempo ha por autores clásicos como PAGANO, F.M., *Consideración sul processo criminale*, Milano, 1801, pp. 101 y ss; y más tarde por CAPPELLETTI, *La oralidad...*, op.cit., pp. 92 y 93, entre otros.

<sup>568</sup> *Derecho procesal civil*, op.cit., p. 196.

## II. TRATAMIENTO LEGAL

El grado de reconocimiento legal de la intermediación como uno de los principios rectores del enjuiciamiento tanto en sede penal como en civil, sobre todo en este último orden jurisdiccional, ha evolucionado desde la exigencia de que la actividad procesal, esencialmente probatoria, se desenvuelva en presencia judicial a concretar e individualizar esa presencia en el órgano jurisdiccional competente para resolver la controversia. A modo de inciso, convenimos en que esa postura legal permite poner en conexión el principio de intermediación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), pues juez cognoscente tan sólo puede ser el prevenido por la ley para decidir el litigio<sup>569</sup>.

Puede parecer sorprendente que el principio de intermediación no se haya incorporado al proceso de constitucionalización de las garantías que han de regir preceptivamente la forma de los actos procesales<sup>570</sup>, cuando, por el contrario, tanto el principio de oralidad (art. 120.2 CE) como el de publicidad (art. 120.1 CE) se encuentran enunciados por nuestra Ley Suprema. Desde luego, ese aparente desvalor comparativo se vio superado prontamente a través de la actuación exegética del Tribunal Constitucional que en su doctrina incorpora el principio de intermediación al elenco de garantías integrantes del debido proceso, gozando pues de la protección que le depara el amparo constitucional<sup>571</sup>. Este olvido del Constituyente sin ser definitivo sí que nos parece revelador, debiéndose poner en relación con el cambio que ha experimentado el tratamiento normativo de este principio.

Retornando al análisis legal, aquel proceso de concreción se aprecia si sometemos a examen la aún vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 donde se exige que «las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal» (art. 229.2), mas no se identifica al propio juzgador como sujeto obligado, al igual que tampoco se hacía en otros preceptos de la parcialmente derogada Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas procesales<sup>572</sup>. Las enormes posibilidades de acudir al auxilio judicial para la práctica de diligencias probatorias (art. 254.2 LEC de 1881) y la permisividad en orden a la sustitución de los jueces durante el proceso (art. 115 LEC de 1881)<sup>573</sup> no contribuían demasiado al

---

<sup>569</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, en *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continuada de la Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 523 y 524.

<sup>570</sup> Como tampoco se recoge en los textos constitucionales históricos.

<sup>571</sup> Entre otras las SSTC 31/1981, 64/1993, 167/2002,...163/2005.

<sup>572</sup> Arts. 115, 254.I y III LEC, 57 de Decreto de 1952, entre otros preceptos.

<sup>573</sup> Con el beneplácito del Tribunal Constitucional [vid. la STC 55/1991, de 12 de marzo (RTC 1991\55) FJ. 4º]. Por el contrario, la eventual sustitución de alguno de los magistrados integrantes de los órganos colegiados, en perfecta correspondencia con lo regulado en los arts. 257 y 258 de la LOPJ, era plenamente respetuosa con el principio de intermediación prescribiéndose la celebración de una nueva vista una vez completada la sala cuando «empezado a ver un pleito, enfermarse o de otro modo se inhabilitare alguno o algunos de los magistrados y no hubiera probabilidad de que el impedido o impedidos puedan concurrir dentro de pocos días», salvo que quedaran los suficientes para dictar sentencia (art. 329 LEC de 1881); o cuando se imposibilitara algún magistrado y no pudiera emitir su voto de ningún modo y los restantes no fueran suficientes para formar mayoría (art. 347 LEC de 1881).

desarrollo de una doctrina jurisprudencial expansiva en la interpretación de preceptos tales como el art. 318 de aquel Cuerpo Legal<sup>574</sup>, propicio a la vigencia de la inmediación más estricta<sup>575</sup>. Antes al contrario, los tribunales consideraban una mera incidencia sin efecto alguno el que la prueba se ventilara ante un juez distinto del que finalmente resolviera la causa<sup>576</sup>, postura que alimentaba el propio Tribunal Constitucional que en relación con el proceso civil mantenía:

«La inmediación no es un requisito esencial en los procesos civiles y su falta no tiene dimensión constitucional, salvo que se acredite en el supuesto concreto, lo que no sucede en esta demanda de amparo. En el proceso civil las pruebas pueden ser realizadas ante otro órgano judicial, en este caso la confesión y testifical se han practicado por exhorto, sin protesta alguna de las partes, y el recurso de apelación, por su propia naturaleza, revisa el proceso y las pruebas practicadas sin la nota de inmediación»<sup>577</sup>.

Esa falta de identidad entre juez presente y juez sentenciador es la que realmente ha calado, como lo demuestra el que la propia Real Academia de la Lengua Española defina la inmediación como «presencia de un juez o magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas»<sup>578</sup>. La falta de concreción que denota el uso del artículo indeterminado “un” no requiere mayores comentarios. Llevando a sus últimas consecuencias ese régimen legal, la intervención judicial en la actividad probatoria en sede civil tendría más trazas de configurarse como una garantía de los derechos de los sujetos que como una vía de conocimiento válida en orden a la resolución del conflicto por el juzgador; lectura esta última que, no obstante, sería la adecuada al análisis doctrinal expuesto en el apartado precedente.

Supuestamente, la situación varía con la entrada en vigor de la LEC de 2000, texto en que con carácter general se prescribe que las declaraciones de las partes y la práctica del resto de los medios de prueba, así como las vistas y las comparecencias se desarrollen ante el juez o tribunal «que esté conociendo del asunto», bajo pena de nulidad de pleno derecho (art. 137 LEC). Reiterándose la misma norma al regular la forma de practicar las pruebas (art. 289 LEC) e incluso para hechos nuevos o de nueva noticia, si fuera posible (arts. 286 y 433.1.II LEC), o encontrándose el procedimiento ya en segunda instancia (art. 181

---

<sup>574</sup> Textualmente: «Los jueces y magistrados verán por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias.»

<sup>575</sup> Véase MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1998, p. 10; y HERRERA ALBIÁN, *La inmediación como garantía procesal*, op.cit., p. 17.

<sup>576</sup> En este sentido las SSAAPP de Cádiz de 18 de mayo de 1994 (AC 1994\1652), FJ. 2º; Asturias de 10 de marzo de 1995 (AC 1995\463), FJ. 2º; Soria de 3 de abril de 1995 (AC 1995\78), FJ. 3º; Madrid de 26 de junio de 1998 (AC 1998\5881), FJ. 1º; Pontevedra de 9 de marzo de 2000 (AC 2000\731), FJ. 1º; Barcelona de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001\131471), FJ. 3º; Málaga de 18 de junio de 2000 (JUR 2001\15418), FJ. 3º; y, de nuevo, Madrid, de 27 de noviembre de 2000 (JUR 2001\71949), 3º. Sorprendentemente en contra la SAP Teruel de 31 de diciembre de 1993 (AC 1993\2536), FJ. 2º.

<sup>577</sup> STC 189/1992, de 16 de noviembre (RTC 1992\189), FJ. 7. En el mismo sentido las SSTC 97/1987, de 10 de junio (RTC 1987\97); y 55/1991, cit.

<sup>578</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Avance de la XXIIIª Edición ([http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=inmediación](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inmediación)), noviembre de 2007.

LEC)<sup>579</sup>. Las dudas suscitadas al inicio del párrafo tienen que ver con la remisión al integrante o a los integrantes del órgano «que esté conociendo del asunto» como sujetos ante los que habrá de desarrollarse la actividad alegatoria y probatoria y, en particular, si hemos de identificar aquéllos como el o los llamados a resolver la causa. Esto es, si tales previsiones exigen algo más que la mera presencia judicial, obligada de acuerdo con la anterior LEC.

El interrogante viene respaldado por la literalidad de la Exposición de Motivos de la LEC, donde se diferencia entre inmediación en sentido amplio, la presencia judicial; e inmediación en sentido estricto, la obligación de dictar sentencia de «los Jueces y Magistrados que presenciaron la práctica de las pruebas en el juicio o vista»<sup>580</sup>. Esta última norma tendría su correlativa plasmación legal en preceptos diferentes a los mencionados, donde se dispone que sólo podrán fallar las causas los integrantes del órgano jurisdiccional que hayan asistido a la vista o juicio, «incluso aunque después hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal» (art. 194.1 LEC)<sup>581</sup>, hasta el punto que la sustitución del juzgador o de alguno de los miembros del tribunal determinaría la necesidad de repetir la vista (art. 200 LEC).

A decir de algún autor, esa diversidad de tratamiento conllevaría también que la eventual infracción del principio tendría consecuencias desiguales según se tratara de inmediación en sentido amplio, que acarrearía la nulidad de pleno derecho de las actuaciones viciadas siendo, por lo tanto, apreciable de oficio o denunciabile por las partes en cualquier momento y por cualquier vía procesal (arts. 137.3, 227.2, 228, 459 y 469.1.3 LEC); o inmediación en sentido estricto, cuya consecuencia sería la anulabilidad por infracción procesal y a través de los recursos procedentes (arts. 459 y 469.1.2 LEC)<sup>582</sup>. No compartimos, sin embargo, esa opinión que consideramos excesivamente apegada a la letra de la Ley siendo, como es, posible valorar las hipótesis legales de inmediación en sentido estricto a modo de concreciones de la norma general. El propio sentido común nos lleva a entender que el “conocimiento de la causa” comprende su resolución y otro tanto de lo mismo se sigue desde una perspectiva sistemática y finalística, a riesgo de vaciar de contenido propio de este principio en caso contrario.

En el orden penal, la posición jurisprudencial ha sido tradicionalmente sensible al reconocimiento del principio de inmediación como elemento nuclear, en cumplida correspondencia con la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La dirección y por lo tanto la presencia del presidente del tribunal en los debates (art. 683), la exigencia de que la prueba se desarrolle en el plenario ante el juez o tribunal que conoce de la causa (arts. 446, 702, 724 y 741 LECrim.), con las excepciones legales (art. 730); la suspensión del juicio oral por la enfermedad repentina de alguno de los miembros del Tribunal (art. 746.4), declarándose sin efecto la parte del juicio celebrada si la paralización se torna indefinida o demasiado larga (art. 749.I); o el que tan sólo puedan dictar sentencia

---

<sup>579</sup> El tratamiento del principio de inmediación es segunda instancia, también en el orden jurisdiccional civil, ha experimentado un cambio sustancial tras la STC 167/2002 y todas las ulteriores sentencias que han seguido por esta vía.

<sup>580</sup> § IX de la Exposición de Motivos relativa al Título V del Libro Primero de la LEC.

<sup>581</sup> Con las excepciones previstas en número 2 del mismo precepto.

<sup>582</sup> HERRERA ALBIÁN, *La intermediación como garantía procesal*, op.cit., pp. 27 a 36.

los jueces que presenciaron el juicio (art. 154 y 155), sin posibilidad de sustitución (arts. 163 y 164), son manifestaciones paradigmáticas del principio que nos ocupa.

Las consecuencias legales de la infracción de este principio en sede civil son extremadamente graves: «la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones» (art. 137.3 LEC), manifestación de una firme voluntad de terminar con la corruptela procesal que daba lugar a que rara vez la actividad probatoria se practicara ante el órgano sentenciador. Y ello, hasta el punto de que este supuesto se separa del régimen general previsto en el art. 225 LEC, que viene a exigir que la vulneración de las formas esenciales del procedimiento (apartado 3º), donde se encuadraría por su propia naturaleza la intermediación, produzca una efectiva indefensión para la parte.

La falta de mención de esa exigencia en la reglamentación específica del principio de intermediación determinaría la reconducción de estas hipótesis a la cláusula de cierre del último inciso de ese precepto (apartado 5º), evitando históricos debates acerca de si la vulneración de este principio es susceptible o no de producir indefensión<sup>583</sup>. Sin perjuicio de su eventual apreciación de oficio, las partes podrán interesar la nulidad de las actuaciones «antes de que hubiere recaído resolución que pone fin al proceso (art. 227.2 LEC) y, con posterioridad, a través del incidente excepcional de nulidad (art. 228 LEC) o por la vía de los recursos, aunque en este último caso vendrá condicionado a que se hubiera denunciado oportunamente la vulneración en las instancias precedentes (arts. 459 in fine y 469.2 LEC).

En sede penal, la ausencia de una reglamentación específica nos obligaría a optar entre una solución que calificamos de tradicional con base en las previsiones generales de la LOPJ (arts. 238.3, 240 y 241), hipótesis que abriría de nuevo el debate acerca de la necesidad de acreditar la indefensión en quien denuncia la infracción; o, por el contrario, trasladar a este marco el régimen procesal civil ex artículo 4 LEC. La supletoriedad de este Cuerpo Legal respecto del resto de los órdenes jurisdiccionales en todo aquello que no resulte contradictorio con los postulados vigentes en cada orden respectivo brindaría una solución más acorde con la reseñable trascendencia de la intermediación en el proceso penal, resultando además conceptualmente adecuado desde la perspectiva de la elaboración de una teoría general del proceso.

### III. OTRAS PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Es factible ir más allá de las manifestaciones precedentes reconociendo al principio de intermediación no sólo esa inequívoca vertiente meramente contemplativa, sino también otra vertiente activa o, más bien, interactiva, ya que la asistencia física al juicio o vista oral permitirá al juez o tribunal sentenciador el ejercicio de sus facultades directivas de los debates<sup>584</sup> y de los actos de prueba y, más trascendente, posibilitará su eventual

---

<sup>583</sup> Valorado favorablemente por HERRERA ALBIÁN, *La intermediación como garantía procesal*, op.cit., p. 29.

<sup>584</sup> Que no deben confundirse con “facultades materiales de dirección” que sólo corresponden a las partes, utilizando la nomenclatura de MONTERO AROCA, *Proceso (civil y penal)...*, op.cit., pp. 74 a 78; también en “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en AA.VV., *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, 2008, pp. 56 a 58.



intervención en esos últimos actos, especialmente en el orden penal<sup>585</sup>, aunque también de modo limitado y excepcional en el civil<sup>586</sup>. Ciertamente es que asistimos a un retroceso del principio de investigación oficial en pro del principio de aportación de parte de forma clara en la fase plenaria tanto del proceso civil como del penal<sup>587</sup>, y aún en la práctica, aunque por motivos diversos, durante la instrucción de las causas<sup>588</sup>. Pero esta hegemonía del dogma “secundum probata partium iudex dicere debet” no es óbice para reconocer la vigencia en ambos órdenes del denominado “deber de aclaración y veracidad”<sup>589</sup>, que se manifiesta a través del interrogatorio “ad clarificandum”<sup>590</sup>, previsto legalmente en el enjuiciamiento civil<sup>591</sup> y en el penal<sup>592</sup>, y en el reconocimiento de iniciativa probatoria al propio juzgador, igualmente verificable en ambos órdenes jurisdiccionales.

Este último aserto puede requerir una aclaración habida cuenta de que no tendrá el mismo alcance esa iniciativa probatoria oficial en cada una de las sedes jurisdiccionales. Según esto, para el orden penal esa posibilidad se encuentra expresamente prevista en el art. 729 LECrim.<sup>593</sup>, y de igual forma para los procesos civiles no dispositivos, como los de capacidad, filiación, matrimonio y menores, en el art. 752 LEC, en consonancia con la preeminencia de los intereses públicos que se ventilan en este tipo de procesos. Incluso es factible englobar las facultades de “intimación probatoria” dispuestas en el art. 429.1.II y III LEC entre las manifestaciones de esa facultad judicial en materia de prueba, aunque por su naturaleza tuviera un carácter indirecto<sup>594</sup>. En el vértice opuesto, las conocidas como

---

<sup>585</sup> Arts. 708, 729.1º y 2º LECrim. y 46.1 LOTJ.

<sup>586</sup> Arts. 339.5, 347.2., 367.2.II, 372.2, 429.1.II y 435.2 LEC. Este vínculo entre intermediación e intervención judicial en la práctica de la prueba ya fue puesto de relieve por DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1976, pp. 128 y 129.

<sup>587</sup> Precisamente de manera inversa a la situación de que se hacía eco hace ya 60 años FAIREN GILLÉN, V. "Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", op.cit., pp. 262 y ss. En ambos casos comporta la transposición del principio iusprivatista del consenso, también el orden penal dadas las oportunidades que brinda la LECrim. para la conformidad del acusado. Acerca de este punto véase mi trabajo...

<sup>588</sup> Es obvio que los instructores la mayor parte de las veces actuarán a iniciativa de la partes personadas, acaso por la tan manida sobrecarga de trabajo que soportan.

<sup>589</sup> Cfr. FAIREN GILLÉN, "Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", op.cit., pp. 262 y 263, citando a VON HIPPEL.

<sup>590</sup> Al que tan favorablemente se refería CAPPELLETTI, *La oralidad...*, op.cit., pp. 126 y 127.

<sup>591</sup> Tanto en el interrogatorio de las partes (art. 306.1.II y 2 LEC), como durante el examen de los peritos (art. 347.2) o de los testigos (art. 372.2 LEC).

<sup>592</sup> En el examen de los testigos (art. 708.II LECrim.), aplicable por uso forense al interrogatorio del imputado y de los peritos. Al respecto véase la STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2006\4655) y la jurisprudencia en ella citada. Práctica común en los ordenamientos de nuestro entorno, tales como el Italiano (art. 506.2 CPPi).

<sup>593</sup> En consonancia con los ordenamientos procesales de los países encuadrados en el sistema continental, tales como Alemania (§ 244.2 StPO), Italia (art. 507 CPPi) o Portugal (art. 349.1 CPPp).

<sup>594</sup> Más allá de la literalidad de la norma y en franca oposición al espíritu de la ley, para PICÓ i JUNOY, J., *El Juez y la prueba*, Barcelona, 2007, pp. 125 a 128, este precepto debería leerse en el sentido de atribuir plena iniciativa probatoria al Juez, «pues el art.

diligencias finales del art. 435 LEC han clausurado la relación de homogeneidad que existía entre las precedentes “diligencias para mejor proveer” y las reguladas en el art. 729 LECrim., desplazando la mentada iniciativa hacia las partes personadas<sup>595</sup>. El temor hacia una involución inquisitiva del proceso ha dado pie a la aparición de una línea jurisprudencial suficientemente uniforme y comprometida en la salvaguarda de la imparcialidad judicial por la vía de acotar el objeto de prueba en los supuestos de la iniciativa probatoria judicial como la reconocida en mentado Código Procesal Penal<sup>596</sup>. Pues bien, el ejercicio de cualquiera de las facultades descritas por el juez tiene como presupuesto inexcusable el contacto directo y la interacción con los sujetos intervinientes y las fuentes de prueba, escenario que propicia, justamente, el principio de intermediación.

Expandiendo el ámbito de aplicación de este principio, CALAMANDREI descubre otras proyecciones de la intermediación, entendiendo que ella competiría no sólo al órgano decisor sino también a los sujetos que con él colaboran en la impartición de la Justicia, fundamentalmente al ministerio fiscal, y a los abogados y procuradores de las partes; o, incluso, sumando un tercer polo, considerando a la opinión pública entre los sujetos afectados por este principio<sup>597</sup>. Sin negar ese hilo conductor, resulta adecuado evitar interpretaciones desorbitadas que podrían vaciar de contenido este principio, sobre todo si esas proyecciones extra-judiciales tienen su oportuna traducción en el marco de otros principios y derechos, como así sucede. De esta forma, por lo que a las partes personadas se refiere la percepción directa de las actuaciones estaría relacionada con el derecho de defensa, para actuar como un presupuesto de su efectividad; mientras que en relación con el público en general, la clase de conocimiento que comporta la intermediación no sería otra cosa sino uno de los componentes esenciales del principio de publicidad<sup>598</sup>.

---

429.1.II LEC no se limita sólo a permitir al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que...se le permite “señalar”, esto es, determinar o designar, la prueba cuya práctica considere conveniente, por lo que si estima que es necesaria es lógico pensar que pudiera practicarla».

<sup>595</sup> Tanto DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002, pp. 107 a 114, como PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba*, op.cit., pp. 117 a 128, se manifiestan señaladamente críticos con la minusvaloración de la iniciativa probatoria de oficio en la LEC/2000.

<sup>596</sup> Acerca de este punto véase, por todas, la STC 229/2003, de 8 de diciembre (RTC 2003/229), así como 123/2005, de 12 de mayo (RTC 2005\123). De este modo no podrán utilizarse las facultades del art. 729 LECrim. para probar la existencia de los hechos objeto del proceso, sino para comprobar si la prueba sobre ellos es o no fiable. Por todas la SSTS de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8045) y de 3 de julio de 2006 (RJ 2006/4655). PICO i JUNOY, *El Juez y la prueba*, op.cit., entiende que para que la imparcialidad judicial no se vea comprometida será exigible que las fuentes de prueba utilizadas por el Juez en el ejercicio de las facultades que le reconoce el art. 729.1.II. estén en la causa.

<sup>597</sup> En este sentido, CALAMANDREI, P., “Immediatezza (Principio di)”. En *Digesto delle discipline penali*, VI, Turín, 1992, pp. 149 y 150.

<sup>598</sup> De este modo, suscribimos la definición de PEDRAZ PENALVA, E., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Managua, 2002, entendiendo que «la publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo. Se extiende a las pruebas, vistas y sentencias, con la común salvedad de las deliberaciones del Tribunal, sin olvidar el acceso de los interesados a las actuaciones y a los libros, archivos y registros judiciales que

Mas convincente resulta la eventual vigencia de este principio no sólo en el plenario sino también durante la fase preliminar o preparatoria, cuando menos del proceso penal y aunque fuera con una intensidad menor<sup>599</sup>. Discrepa de este punto MORENO CATENA<sup>600</sup> para quien la presencia del instructor en la realización de las diligencias de investigación tiene una explicación en clave de garantía, a fin de asegurar el pleno respeto de los derechos de las partes, pues argumenta «obviamente con la diligencia no se pretende formar la convicción del juez para resolver el proceso». Ciertamente es, porque el órgano juzgador ni puede ni debe estar presente durante esta fase procesal. Pero no podemos desconocer que el instructor, como director de esta fase, conduce por sí mismo las investigaciones y además debe acordar un sin número de decisiones que exigen, cuando menos, un grado de convicción indiciario: los «motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito» del art. 503.1.2º LECrim. en orden a la adopción de cautelas personales y los «indicios de criminalidad contra una persona» de los arts. 384 y 589 LECrim. que condicionan el procesamiento o las medidas cautelares reales, respectivamente; los presupuestos del auto de imputación del art. 779 LECrim. o, alternativamente, del sobreseimiento de la causa, previstos en los arts. 637 y 641 LECrim. Y a ese fin la inmediación se convierte razonablemente en un instrumento, más que de reseñable utilidad, indispensable. No por otra causa la Ley prescribe que los instructores “formen los sumarios” personalmente ante sus secretarios (arts. 306.I y 321 LECrim), siendo excepcionales las delegaciones: siempre que se trate de diligencias que la Ley «no (les) reserve exclusivamente y cuando alguna causa justificada les impida practicarlos por sí», recomendándoles que hagan «un uso moderado» de esta facultad (art. 310 LECrim.). En definitiva, la tesis de MORENO CATENA se acomoda más bien a las diligencias preliminares civiles, en correspondencia con la tarea de sustitución del demandado futuro en caso de negativa que efectúa el juez o tribunal en algunas de estas hipótesis (en particular, art. 261.2ª, 3ª y 5ª LEC), no así a la actuación del instructor como hemos expuesto.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Del análisis precedente se desprenden una serie de conclusiones elementales que a continuación se exponen:

- La inmediación debe exigirse no sólo respecto a la actividad probatoria sino también en relación con la actividad alegatoria oral de los contendientes por cuanto la decisión judicial se nutre de ambas, e independientemente de que la última de las mencionadas tiene habitualmente su versión escrita.

- Esa inmediación obliga al juez o, en su caso, al tribunal en su conjunto que ha de decidir la controversia, ya que de otra manera se frustrarían los fines que tiene asignados,

---

no tengan carácter reservado. Implica otrosí la subsiguiente obligación de habilitar locales con las condiciones precisas para su plena vigencia» (pp. 361-362).

<sup>599</sup> En esta línea se manifiesta URBANO CASTRILLO, E. (de), “Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad”, en *Revista del Poder Judicial. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, número especial XIX, 2006, pp. 169-170.

<sup>600</sup> Con CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2005, pp. 376-377.

particularmente, contribuir decisivamente a la decisión de la causa, sin perder de vista su conveniencia también respecto del instructor de la causa.

- El principio de inmediación se proyecta en dos direcciones: una pasiva o contemplativa, que comporta el contacto directo con las fuentes de conocimiento judicial, y otra activa o intervencionista, que posibilita las funciones directivas y su eventual iniciativa probatoria.

Como síntesis de lo anterior, que al predeterminar la posición del órgano jurisdiccional en el proceso, este principio cobra así una trascendencia mayor, ya que informa su tarea. La vinculación de la inmediación con la función jurisdiccional de juzgar se nos antoja, de esta manera, una conclusión ineludible.

El Legislador y los tribunales de justicia han venido contemplando y admitiendo, respectivamente, excepciones al principio de inmediación (prueba preconstituida, práctica de prueba fuera de la sede del tribunal, auxilio judicial,...) en mayor o medida justificadas, aunque casi siempre teñidas de utilitarismo jurídico, al mismo tiempo que se hace hincapié en el uso de las nuevas posibilidades tecnológicas (grabación audiovisual de las vistas y de diligencias, videoconferencia,...) como mecanismos de perpetuación/recuperación de este principio, cuya eficacia queremos relativizar.



## SOBRE EL “PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA”

LUZ CASTILLO RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Córdoba

### I. PLANTEAMIENTO

El denominado oficialmente “proceso europeo de escasa cuantía” (en adelante PEEC) (art. 1 del Reglamento) que será aplicable a partir del día 1º de enero de 2009 (art. 29) en los Estados miembros del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, regulado por el Reglamento C.E. nº 681/2007 del Parlamento europeo y del Consejo (11 de julio de 2007), ha nacido al abrigo de la invitación del Consejo Europeo, reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, cursada al Consejo y a la Comisión, para establecer unas normas de procedimiento comunes “para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil”.

Sin duda, que iniciativas de esta naturaleza, junto con otras ya adoptadas, como la del “proceso monitorio europeo”, son plausibles desde la deseable perspectiva, extendida en ámbitos científicos, que aspira a conseguir más pronto que tarde, un Derecho procesal común europeo, como medio importante de contribuir a la igualdad en la aplicación de la ley y a la consolidación de la seguridad jurídica, en el seno de la Unión europea. Pero la prudencia de los pasos que se dan en este sentido, resulta, a veces, un tanto desesperante, no obstante, se tenga presente la necesidad de compaginar los variados intereses en juego y la dificultad del método para obtener acuerdos generales.

En esta línea, me planteo algunas reflexiones sobre el nuevo instrumento procesal, de acuerdo, con preocupaciones semejantes, puestas de relieve por la doctrina<sup>601</sup>, destinadas a la observación de su impacto sobre la efectividad del proceso en cuestión, ya que “a más tardar el 1º de enero de 2014”, la Comisión habrá de presentar a determinadas instituciones europeas, un informe detallado sobre el funcionamiento del mismo (que ponderará también, el límite del valor de la demanda). El informe incluirá datos sobre las costas, la rapidez del proceso, la facilidad de uso y los procesos de escasa cuantía de los Estados miembros; en suma, versará acerca de su eficacia o eficiencia (art. 28).

### II. ORALIDAD Y ESCRITURA

Tomando en consideración que la Ponencia cuarta del Congreso trata de “Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil” cabe que como ensayo, a partir de la realidad actual, críticas habidas ya sobre el proceso de escasa cuantía y naturaleza escrita del mismo, se intente aún contando con que todavía ni siquiera ha entrado en vigor su aplicación, la formulación de algunas proyecciones de lo conocido hacia el futuro, con los riesgos que ello conlleva, pero también, con el aliciente de ser preventivo.

El binomio oralidad-escritura tan decantado como par de principios orientadores del proceso, más allá de las formas “externas”, muestran la constitución “interna” de aquél,

---

<sup>601</sup> LOREDO COLUNGA, M. *¿Hacia un Derecho Procesal europeo?* In Dret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona. Enero de 2006. p.3-6.

esto es, una dimensión más profunda” que la mera apariencia, que afecta a la ordenación y organización del proceso<sup>602</sup>.

En España, la oralidad, casi convertida en mito, por su vinculación en cuanto a eficacia, con los principios de inmediación y concentración, se erigió en la meta a conseguir en la nueva LEC que habría de sustituir a la venerable LEC de 1881, inspirada en el proceso común y, por ello en su carácter escriturario. Hoy los modelos de procesos ordinarios que recoge la LEC 1/2000 se rigen por el predominio de la oralidad. Con ello, el ordenamiento procesal civil español se incorporó, en condiciones de mayor homogeneidad al conjunto legislativo europeo<sup>603</sup> y la doctrina mayoritaria se ufana al satisfacerse con ello la reivindicación ya histórica que el logro representaba.

Paradójicamente, en la primera década del siglo XXI, la Unión Europea introduce, como proceso europeo un modelo que aún referido a un objeto limitado, “será un procedimiento escrito (art. 5 del Regl.). La presunta aporía se esfuma al ponderar el pragmatismo que inspira la solución, pues el carácter necesariamente transfronterizo del litigio y la posible ubicación de las partes en Estados diversos de la comunidad, dispersión que puede afectar también, a los medios de prueba, aconseja en aras de la economía y rapidez del proceso, que la tramitación se simplifique y se reduzca a ser posible al intercambio de documentos y de pruebas documentadas.

La posible “oralidad”, no está, sin embargo, desterrada del procedimiento, ya que, cuando el órgano jurisdiccional lo considere necesario, “si una de las partes lo solicita, se celebrará una vista oral, ordenada a partir de la recepción de la respuesta del demandado o de la contestación del demandante, mediante citación para concurrir a su celebración, en un plazo de treinta días, desde la fecha de recepción de la citación (art. 7 de Regl.). La solicitud de la parte no determina, por sí sola, que se acuerde la celebración de vista, pues el órgano jurisdiccional, “habida cuenta de las circunstancias del caso” puede estimarla “a todas luces innecesaria” en cuyo caso denegará la solicitud por auto (art. 5 Regl.). Cabe, además, que la vista se celebre por videoconferencia u otros sistemas de comunicación, en la medida en que se disponga de las nuevas técnicas correspondientes (art. 8 Regl.).

Creo que, en principio estas normas contribuirán a la eficiencia de este modelo procesal, no obstante, ello vaya en detrimento de la oralidad y conduzca a un sano relativismo sobre el valor absoluto de estos principios que nunca deben suplantar, modelos mixtos, como son la mayoría de los existentes, pese a matices de mayor o menor predominio. No quiere esto decir que apueste por un éxito a corto plazo del PEEC, ya que son otras muchas circunstancias las que pueden actuar con efectos disuasorios a su utilización.

### III. SUPERPOSICIÓN DE MODELOS

La superposición de dos modelos, uno, oral y otro, escrito, abiertos a una mezcolanza, dependiente en gran parte, del criterio judicial, sí puede transformarse en una causa que influya negativamente en la eficacia del PEEC.

Se configura éste como opcional al que correspondiere, según la legislación propia del Estado del órgano jurisdiccional competente, puesto que “los litigantes podrán

---

<sup>602</sup> ALMAGRO NOSETE, J. *Instituciones de Derecho Procesal I*, con TOME PAULE, Madrid 1993. p. 172.

<sup>603</sup> TARUFFO, M. *Sobre la frontera. Escrito sobre la justicia civil*. Madrid 2006. p. 11-14.

recurrir al proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros” (art. 1 Regl.).

En España, concretamente, el otro proceso alternativo propio de la legislación nacional es el “juicio verbal” (modelo de oralidad incluso más acentuada que la del proceso ordinario, dado que la contestación de la demanda es oral). La competencia objetiva del juicio verbal según la cuantía, alcanza a las demandas que no excedan de 3,000€ (art. 250.2 LEC), en tanto, que el valor de la demanda en el PEEC no puede rebasar los 2,000€ en el momento en que el juez competente reciba el formulario de aquélla (art. 2 Regl.), lo cual arguye que estarían comprendidas en el ámbito del juicio verbal.

A partir de esta constatación ha de tenerse en cuenta, supuesta la observancia de las disposiciones del PEEC, por ser el elegido, en su caso, que en cuanto estas normas sean insuficientes, o presenten lagunas, que la legislación procesal aplicable es la del Estado miembro en que se desarrolle el proceso, lo que puede plantear problemas de compatibilidad entre unas y otras, que debieran haberse obviado, implantando un modelo de proceso europeo completo y cerrado que, además, tuviera carácter obligatorio, al menos en todos los litigios transfronterizos, en beneficio de la máxima claridad, como condición de eficacia. Con razón Arias Rodríguez<sup>604</sup> establece que “el angosto delineamiento del proceso europeo de escasa cuantía al no venir acompañado por lo demás de una regulación más rigurosamente técnica, hace dudar de la eficacia que en la práctica pueda ofrecer para los acreedores y del uso que del mismo han de efectuar cuando se trate de procesos enderezados a reclamar derechos por importe inferior a los 2,000€ que delimitan objetivamente el proceso europeo”.

#### IV. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Una cuestión, asimismo problemática es la referente a *la demanda manifiestamente infundada* y a la *demanda inadmisibile* que han de rechazarse por el órgano jurisdiccional en el PEEC, conceptos procesales no perfilados en el Reglamento y sujetos, por tanto, supletoriamente a la legislación procesal interna. Más ocurre, en España, que el legislador procesal civil se muestra muy desconfiado y renuente frente a la posibilidad de inadmisión de la demanda, de manera que enfáticamente, proclama que “las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta ley”.

En general, estas causas se refieren a cuestiones formales, tales como la falta de presentación de algún documento relacionado con la pretensión o no haber cumplimentado algún trámite previo de carácter legalmente necesario (conciliación, requerimientos, o consignaciones). En cambio, no existen preceptos para rechazar la demanda por razones de “fondo” o sustanciales. La posibilidad de integrar esta laguna se halla, no obstante, con una interpretación avanzada, en la Ley Orgánica del Poder Judicial cuyo artículo 11.2 proclama “que los jueces y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de Derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

El párrafo 2º del apartado 4 del artículo 4 de Reglamento previene la “desestimación” de la demanda si ésta es “inadmisibile” o si el demandante no rectifica o completa a requerimiento del órgano jurisdiccional, el formulario de demanda en el plazo que se le fije o en el supuesto de que la demanda resulte ser “manifiestamente infundada”.

---

<sup>604</sup> ARIAS RODRIGUEZ, J.M. *Breves notas críticas sobre el proceso europeo de escasa cuantía regulado en el Reglamento C.E. 861/07* en Revista Poder Judicial nº 85, 2007.



No se explica el concepto de solicitud “inadmisible” que es distinto de la “inadmisibilidad sobrevenida” por razón de no haber completado o rectificado el formulario de demanda, tal como se desprende del párrafo 1º del apartado 4º del artículo 4 del Reglamento que diferencia entre la solicitud que “ab initio” sea inadmisibile y la falta de cumplimiento del requerimiento de completar o rectificar el formulario de demanda, petición judicial que, puede consistir, también, en proporcionar información o documentos complementarios que precise, o de retirar la demanda, en el plazo que se fije para ello. Tampoco se explica el concepto de demanda “manifiestamente infundada”.

Plantean pues, estos conceptos jurídicamente indeterminados, la necesidad de buscar su acomodo, que será difícil, dentro de un sistema poco propicio como el nuestro, para distinguir, con carácter general, entre demandas infundadas y demandas inadmisibles, con un efecto de rechazo inicial.

#### V. CUESTIONES DE PRUEBA

Serán, a mi juicio, los problemas de pruebas y los relativos a la “vista” o juicio oral, los que más dificultades susciten en el momento de ensamblar o armonizar las disposiciones de aplicación entre un proceso que se quiere escrito y otro, de naturaleza oral, especialmente en materia de pruebas. En principio, los contenidos de ambas demandas –la europea y la nacional- permiten establecer paralelismos con referencia a lo que pudiéramos llamar “oferta” probatoria del actor<sup>605</sup>.

En efecto, el formulario de demanda del PEEC incluya “una descripción de los elementos probatorios en que se fundamente la demanda e irá acompañada cuando proceda de todo documento justificativo pertinente”. Y la demanda española a juicio ordinario que en su contenido figuren con orden y claridad “la expresión de los documentos, medios o instrumentos que se aportan en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones” (art. 399 LEC), requisito que sin embargo, no se dan dentro de la regulación de la “demanda sucinta” prevenida para el “juicio verbal” (que, como se indicó, es el que habría de seguirse para asuntos en los que no se hiciera uso de la facultad de opción que establece el proceso europeo), ya que el tema probatorio se reserva íntegramente para la “vista”.

Si respecto a los documentos, su transportabilidad (como cosas muebles que son según su materialidad) y su cualidad de reproducción por medio de copias (dada su naturaleza representativa), favorecen su utilización procesal, siempre que sean reconocidos y no se ponga en duda su autenticidad, otros medios probatorios como las pruebas personales, especialmente, testifical y declaraciones de las partes, revelan mayores obstáculos.

En un sistema penal donde prime la oralidad, el interrogatorio de las partes y el examen de los testigos se efectúan en audiencia contradictoria, con intervención de las partes, bajo un régimen de libertad de preguntas, controlados en su pertinencia por la autoridad judicial que preside el acto. En un proceso escrito, los testigos son examinados, con un interrogatorio escrito, presentado con anterioridad y asimismo, con otro contrainterrogatorio escrito (llamado de “repreguntas”) que presenta la parte contraria. Los litigantes declararan, también, bajo interrogatorio escrito (pliego de posiciones).

---

<sup>605</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. *Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía*, en Anuario español de Derecho internacional privado. Madrid 2006. p. 79.

La permisión, que el art. 9 del Reglamento otorga al órgano jurisdiccional para que pueda admitir la práctica de la prueba mediante declaraciones por escrito de los testigos, los expertos (peritos), o las partes, o bien se entiende que limita el control de la contraparte, de manera que vg. la declaración del testigo, equivaldría a lo que en nuestro derecho se denomina una “información testifical” o bien, requiere de una prueba adversa a aquélla para formular, también, contrainterrogatorios escritos a evacuar por escrito. El legislador europeo se muestra reacio a admitir los testimonios orales y pruebas periciales y justifica las restricciones que impone, pues su utilización elevaría el coste económico que pueda suponer una decisión semejante respecto de un proceso que pretende ser un instrumento barato para sus usuarios (art. 9 del Rgto). Estas prescripciones –más bien admoniciones- han suscitado críticas, entendiendo que pueden dañar la consecución de un proceso justo. No creo, que sea este el sentido ni la interpretación que deba darse a la norma, pues ésta llama, no a menoscabar el derecho a un proceso justo, sino a estimar la ponderación de los intereses en juego, para evitar en aras de un empíreo derecho a la justicia, un coste que sobrepase el interés económico de la pretensión inicial.

## VI. VISTA ORAL

La naturaleza y el contenido de la “vista oral” que autoriza el Reglamento, peca, también de indeterminación. Puede parecer, dado el título “vista oral” del artículo 8, que la vista sólo podrá celebrarse “por videoconferencia u otros sistemas de comunicación en la medida que se disponga de los medios técnicos correspondientes”. En otros pasajes del Reglamento, no obstante, se vislumbra una mayor apertura a posibles “vistas” en la sede del órgano jurisdiccional, con presencia física de las partes, dado el silencio que guarda sobre forma de celebración de la vista (art. 5 Regl.), aunque las dudas no se despejan totalmente, en función de la regulación específica del artículo 8.

El contenido de la “vista oral” no se determina. En los procesos de Derecho interno, las “vistas orales” sirven, básicamente, para fines acumulados de carácter previo al juicio, como en la audiencia preliminar (intento de acuerdo o transacción, examen de las cuestiones procesales que pueden obstar a la prosecución de éste, fijación del objeto del proceso y, en su caso, proponer y admitir pruebas: art. 414 LEC) o bien, como ocurre, con la vista oral principal o “juicio” para la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial, en su caso, y reproducción de palabras, imágenes y sonidos; asimismo, practicadas las pruebas para formular las conclusiones sobre ésta (art. 431 LEC).

En el juicio verbal, homólogo del PEEC, la “vista” constituye el centro del juicio, pues, en él se concentran funciones de ratificación, de alegación de cuestiones procesales, razones de oposición en el fondo, fijación de los hechos controvertidos y proposición y práctica de la prueba (art. 443 LEC).

Como se observa, media una notable diferencia entre los que viene concebido como un proceso escrito en el que excepcionalmente cabe una vista oral, de contenido difuso e incierto y unos procesos predominantemente orales que concentran en las vistas, aparte de otras materias, las cuestiones probatorias, sin duda que pueden producirse fricciones con los acomodos entre ambos tipos de procesos.

## VII. REVISIÓN

“Deben existir –dice la numerada consideración 31 del texto reglamentario- normas mínimas para la revisión de una sentencia en aquellos casos en que el demandado no haya podido oponerse a la demanda”. La eventualidad contemplada se regula en el artículo 18 del Reglamento que incluye tres motivos para la revisión: la notificación de la demanda o

de la citación a “vista oral” por un método que no garantice el acuse de recibo por el propio demandado en relación con el artículo 14 del Reglamento C.E.; notificación efectuada con antelación insuficiente para preparar la defensa; o concurrencia de circunstancias extraordinarias o de fuerza mayor que le hayan impedido formular oposición.

Más otra vez la indefinición culmina en la indeterminación del plazo para invocar el remedio de la revisión, al exigirse que el demandado que la intente, para conseguir la nulidad de la sentencia, “haya actuado con prontitud”, concepto tan elástico que invita a caer en el subjetivismo judicial.

El acomodo o la implementación con normas de Derecho interno exigiría el examen, según la duración del plazo, sobre si lo procedente fuera seguir las reglas del recurso de apelación, las de la audiencia al rebelde o las relativas al incidente de nulidad de actuaciones en la medida en que pudieran reconducirse sus causas a alguno de los casos que habilitan estos recursos.

#### VIII. CONCLUSIÓN

Son muchas las cuestiones que plantea la armonización del PEEC con el régimen general interno del Estado español; se han planteado solo algunas dentro de las posibilidades limitadas de una comunicación, que tiene como norte poner de relieve la conveniencia de establecer a nivel europeo normas que en conjunto tengan en lo procedimental al menos, carácter cerrado para impedir dificultades que, por problemas de sintonía, conduzcan a la ineficacia de unos instrumentos como son los procesos europeo (hasta ahora, proceso monitorio europeo y el proceso que examinamos) que están llamados a garantizar junto, con otros instrumentos, en el futuro la igualdad en la aplicación judicial de la ley para todos los ciudadanos de la Unión Europea.

## EL TRÁMITE DE CONCLUSIONES EN EL JUICIO ORDINARIO\*

LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y Valencia. Profesor Titular de Universidad. Universidad de Valencia

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 431 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al regular la finalidad del juicio, indica que éste “tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas”. Como puede apreciarse, el juicio es el momento en el que deben realizarse las conclusiones, tras la práctica de la prueba<sup>606</sup>. Esta regulación se completa con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 433. En concreto, el párrafo primero del apartado 2 señala que “practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos”. El párrafo segundo añade que “a tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos”. El párrafo tercero señala que “en relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria”. El apartado 3 concluye señalando que “expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en este momento”.

---

\* Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, referencia: SEJ2005-08384-C02-01, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos.

<sup>606</sup> Sobre las mismas, HOYA COROMINA, J., *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinadores FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.). Tomo II. Barcelona 2000, pp. 1928-1929; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN MORENO, F.; ARMENTA DEU, T.; MUERZA ESPARZA, J. J.; TAPIA FERNÁNDEZ, I. coordinadores). Volumen I, Cizur Menor 2001, pp. 1475-1478; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez, I.) Madrid, 3ª edición, 2004, pp. 431-434; LÓPEZ FRAGOSO, T.; REVERÓN PALENZUELA, B., *Proceso Civil Práctico* (GIMENO SENDRA, V., director; ASECIO MELLADO, J. M.; LÓPEZ-FRAGOSO, T.; ORTELLS RAMOS, M.; PEDRAZ PENALVA, E.). Tomo V. Madrid 2005, pp. 489-490; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid, 2ª edición, 2007, pp. 499-501; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.). Cizur Menor, 7ª edición, 2007, pp. 424-425.

Como habrá podido apreciarse, estas conclusiones se articulan en dos partes principalmente. La primera de ellas, es la relativa a los hechos. En concreto, es necesario que las partes pongan de manifiesto qué hechos relevantes han sido admitidos y cuáles no. En relación con los hechos inciertos, las partes deben hacer un breve resumen de las pruebas practicadas con el objeto de señalar cuáles han quedado probados de manera directa o indirecta. La segunda parte de las conclusiones, es la relativa a los argumentos jurídicos. En concreto, cada parte debe informar sobre los argumentos en los que desde un punto de vista jurídico, apoyen sus pretensiones<sup>607</sup>. En todo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 433.4 LEC, el tribunal, si no se considera suficientemente ilustrado, puede solicitar a las partes que le informen sobre las cuestiones que les indique<sup>608</sup>.

## II. LAS CONCLUSIONES SOBRE LOS HECHOS Y LA PROHIBICIÓN DE ALTERACIÓN DEL OBJETO PROCESAL

En la primera parte de las alegaciones conclusivas, las partes deben poner de manifiesto sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre el resultado de la actividad probatoria desarrollada.

### **1. Hechos controvertidos y alegaciones conclusivas**

El párrafo primero del apartado 2 del artículo 433 LEC, comienza señalando que las partes deben formular sus conclusiones “sobre los hechos controvertidos”. La razón es evidente, pues es en relación con esos hechos sobre los que se ha practicado prueba. No creemos que en el trámite de conclusiones las partes puedan entrar a discutir sobre el carácter admitido o no de un hecho cuando su admisión tuvo lugar en los iniciales actos de alegación y se constató ese carácter en la audiencia previa, al amparo de lo previsto en el artículo 428.1 LEC, pues no debe perderse de vista que una de las finalidades de la audiencia previa es que “las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes”. En este momento se trata de que se entre a realizar una apreciación crítica sobre el resultado de la actividad probatoria. Esa valoración debe hacerse en primer lugar, respecto de los hechos que haya alegado la parte que concluye. Posteriormente, debe referirse a los hechos aducidos por la parte contraria (art. 433.2 párr. 3 LEC).

### **2. Imposibilidad de modificar el objeto procesal en el trámite de conclusiones**

El trámite de conclusiones no puede ser utilizado por las partes para modificar el objeto procesal, aunque la prohibición de modificación nace del artículo 412.1 LEC en el que se señala que “establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente”. Es cierto que ese mismo artículo prevé a continuación una excepción a

---

<sup>607</sup> Como indica ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. p. 424, “las alegaciones conclusivas son actos procesales de parte que tienen por objeto la crítica del resultado de las pruebas practicadas en el proceso y la reconsideración de las tesis jurídicas mantenidas”.

<sup>608</sup> Para una visión crítica de la actual regulación, puede verse, MUÑOZ SABATÉ, L., “¿Estamos satisfechos los abogados con la fase de conclusiones en el proceso civil?”. *Revista Jurídica de Cataluña* 2007, núm. 2, págs. 553-554.

esa norma general, pues señala que “lo dispuesto en el apartado anterior debe entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley” (art. 412.2 LEC). Pero en todo caso, la norma general es que fijado el objeto del proceso, las partes no pueden llevar a cabo modificaciones en el mismo, y las alegaciones conclusivas no son una excepción a la regla general prevista en el artículo 412.1 LEC<sup>609</sup>.

Como indica la doctrina “tanto por la determinación positiva de lo que puede ser contenido de las conclusiones, como por las preclusiones que se establecen por otras normas, resulta que en las conclusiones no es admisible introducir modificación alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (y eventualmente modificadas, si ello es admisible) precedentemente por las partes<sup>610</sup>”. Estas mismas palabras han sido recogidas después en diferentes sentencias que se han dictado a propósito de las alegaciones conclusivas<sup>611</sup>.

Como también se indica, “las conclusiones suponen una nueva alegación de los hechos. Pero nótese bien que una nueva (y última) alegación de los hechos no es una alegación de hechos nuevos<sup>612</sup>”.

---

<sup>609</sup> Utilizamos la expresión “alegaciones conclusivas”, en un sentido amplio e impropio, tal y como sostiene ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. p. 425.

<sup>610</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. pp. 424-425.

<sup>611</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Baleares 585/2002 (Sección 5ª), 24 octubre, Base datos El Derecho (BDED) 2002/97880, fundamento de Derecho (FD) 3º; SAP Castellón 226/2004, 1 septiembre, ponente Solaz Solaz, Esteban (BDED 2004/193105), FD 11º; SAP Zamora 40/2005 (Sección 1ª), 22 febrero, ponente Encinas Bernardo, Andrés Manuel (BDED 2005/36317), FD 3º; SAP León 272/2005 (Sección 3ª), 12 diciembre, ponente Mallo Mallo, Luis Adolfo (BDED 2005/233753), FD 3º; SAP Valencia 263/2005 (Sección 11ª), 27 abril, ponente Jiménez Murria, Alejandro (BDED 2005/88965), FD 2º; SAP Valencia 384/2006 (Sección 8ª), 6 julio, ponente Casas Herraiz, Olga (BDED 2006/286430), FD 2º.

Subrayando la imposibilidad de modificar el objeto procesal, pueden verse también, SAP Navarra 30/2005 (Sección 2ª), 15 febrero, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/21289), FD 3º; SAP Navarra 30/2005 (Sección 2ª), 15 febrero, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/21289), FD 3º; SAP Navarra 39/2005 (Sección 2ª), 18 febrero, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/21292), FD 3º; SAP Navarra 71/2005 (Sección 2ª), 18 abril, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/124483), FD 3º; SAP Navarra 116/2005 (Sección 2ª) 28 junio, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/124509), FD 3º.

<sup>612</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil...*, cit. (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), p. 432. También puede verse, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit. p. 500, en la que sostiene que “las conclusiones no son, pues, <strictu sensu>, actos de alegación, por cuanto, a través de ellas, no pueden las partes introducir hechos nuevos al proceso”.

Extrayendo diferentes ejemplos de la jurisprudencia estudiada, podemos señalar una serie alegaciones que no pueden hacerse en el trámite de conclusiones.

Así, desde el punto de vista del demandante, éste no puede aprovechar el momento de las conclusiones para “la introducción de nuevas pretensiones a la luz de lo que la prueba le hubiere reportado, dado que dicha posibilidad precluye en la demanda y en su caso con la posibilidad de alegaciones complementarias (...)”<sup>613</sup>. Más en concreto, por ejemplo, el demandante no puede aprovechar el trámite de conclusiones para modificar el *quantum* de la indemnización solicitada<sup>614</sup>.

De igual modo, en un proceso por competencia desleal, el actor no puede introducir en el trámite de conclusiones la alegación relativa a su titularidad de un derecho de exclusiva, cambiar la acción relevante de acto de imitación con aprovechamiento del esfuerzo y reputación ajena, por acto de imitación de prestación amparada por derecho de exclusiva, o introducir *ex novo*, la referencia a un nuevo acto de desleal al que no se refirió en su demanda<sup>615</sup>.

Tampoco es posible que en un proceso por daños ocasionados por la utilización de un vehículo de motor, el demandante concrete en sus conclusiones la descripción del modo concreto en que tuvo lugar la colisión entre los vehículos implicados en el accidente de circulación. Como señala la jurisprudencia “este proceder de la parte actora, reservando al trámite de conclusiones la expresión de la forma concreta en que, según su versión, se produjo el accidente, resulta inadmisibles en un sistema procesal sujeto al principio dispositivo o de justicia rogada, conforme al cual el objeto del proceso debe ser delimitado por los escritos de alegaciones oportunamente presentados por las partes en litigio”<sup>616</sup>.

De igual modo, tampoco es admisible que en un proceso por reclamación de cantidad por unos trabajos realizados, que en el trámite de conclusiones, el actor proceda a indicar que a la cantidad que constaba en las facturas aportadas, debía añadirse el 16% de IVA<sup>617</sup>.

Tampoco es posible que el demandante modifique en las conclusiones la calidad en concepto de la cual demanda al demandado<sup>618</sup>.

Desde el punto de vista del demandado, éste no puede aprovechar el trámite de conclusiones para pretender discutir sobre cuestiones procesales ya alegadas y resueltas previamente en ese proceso. Sobre esta cuestión se pronuncia la SAP Albacete 79/2004

---

<sup>613</sup> SAP Madrid 163/2007 (Sección 10ª), 16 marzo, ponente Olalla Camarero, Ana Mª (BDED 2007/63166), FD 4º.

<sup>614</sup> Así puede verse en la SAP Baleares 585/2002 (Sección 5ª), ponente Oliver Barceló, Santiago (BDED 2002/97880), FD 3º. Un supuesto también de modificación en el trámite de conclusiones de la cantidad reclamada puede verse en SAP Zamora 40/2005 (Sección 1ª), 22 febrero, ponente Encinas Bernardo, Andrés Manuel (BDED 2005/36317), FD 4º.

<sup>615</sup> Así puede verse en la SAP Castellón 226/2004, 1 septiembre, ponente Solaz Solaz, Esteban (BDED 2004/193105), FD 11º.

<sup>616</sup> SAP Navarra 30/2005 (Sección 2ª), 15 febrero, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/21289), FD 3º. Véase en el mismo sentido, SAP Navarra 166/2005 (Sección 2ª), 28 junio, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/124509), FD 3º.

<sup>617</sup> Así puede apreciarse en la SAP Navarra 39/2005 (Sección 2ª), 18 febrero, ponente González González, Ricardo Javier (BDED 2005/21292), FD 3º.

<sup>618</sup> Véase al respecto, la SAP Madrid 628/2006 (Sección 12ª), 4 octubre, ponente Anta Díaz, Mónica (BDED 2006/439468), FD 8º.

(Sección 1ª), 3 mayo<sup>619</sup>. En concreto, no considera correcto que el demandado reconvenicional pretendiera discutir en trámite de conclusiones, sobre la preclusión del plazo que tenía para contestar a la demanda reconvenicional, cuando esa cuestión ya fue discutida y resuelta en el auto que resolvió el recurso contra la resolución en la que se tenía por precluido el plazo para contestar a la demanda<sup>620</sup>.

De igual modo, el demandado tampoco puede pretender en el trámite de conclusiones, alegar las defensas procesales que no alegó en el momento procesal oportuno. Esa falta de alegación puede ser debida a que no contestó a la demanda, o a que contestándola, no las incluyera en su contestación. Contemplando el primer supuesto, es decir, demandado personado en juicio pero sin haber contestado la demanda, puede tenerse presente la SAP Álava 171/2004 (Sección 1ª), 11 junio<sup>621</sup> en la que se estima el recurso de apelación contra la sentencia de la instancia que había apreciado la defensa de falta de legitimación activa, alegada por el demandado en fase de conclusiones. Como se sostiene en el FD 3º, no podía plantearse esa cuestión en el trámite de conclusiones, estimando el recurso de apelación, por entender que al acogerse esa defensa en la instancia, la sentencia había sido incongruente. Respecto al segundo supuesto, es decir, el relativo a la ampliación de las defensas que inicialmente se alegaron en la contestación a la demanda, puede verse la SAP A Coruña (Sección 4ª) 398/2006, 4 octubre, FD 1º<sup>622</sup>.

### III. EL INFORME SOBRE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS

Tal y como hemos puesto de relieve, una vez que las partes han expuesto “sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones” (art. 433.3 LEC).

#### 1. El artículo 412.1 LEC en relación con el art. 433.3 *in fine* LEC

Podría pensarse que el artículo 433.3 *in fine* LEC, al señalar que el momento de las alegaciones conclusivas no puede ser utilizado por las partes para alterar sus pretensiones, viene a ser una reiteración de la prohibición que se deriva del artículo 412.1 LEC a la que ya nos hemos referido. Sin embargo, nosotros creemos que la prohibición de alteración de las pretensiones se extiende a algo más que a lo que se refiere el artículo 412.1 LEC. Si se presta atención, éste último artículo señala que no es posible modificar el objeto procesal una vez que el mismo ha quedado fijado. Por su parte, el artículo 433.3 *in fine* LEC, al regular el informe final sobre los argumentos jurídicos de las partes, señala que en ese momento no es posible llevar a cabo una modificación de la pretensión en relación con esos argumentos. Es decir, el artículo 433.3 *in fine* LEC, da por sentado que las partes no pueden modificar el objeto procesal en el trámite de conclusiones, pero añade, además, que en este momento, la prohibición afecta también a los argumentos jurídicos de las partes. Se trata, en definitiva, de una medida con la que se pretenden garantizar las exigencias derivadas de la vigencia del principio de contradicción, evitando que al formular sus conclusiones, una parte pueda sorprender a la contraria alterando la fundamentación jurídica de su pretensión<sup>623</sup>.

---

<sup>619</sup> Ponente Mateos Rodríguez, Manuel (BDED 2004/116424).

<sup>620</sup> Véase en este sentido, FD 7º de la SAP indicada.

<sup>621</sup> Ponente Tapia Parreño, José Jaime (BDED 2004/148007).

<sup>622</sup> Ponente Villariño López, Mª del Carmen (BDED 2006/313113).

<sup>623</sup> En la doctrina podemos encontrar posiciones distintas. Así, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (con REVERÓN PALENZUELA, B., *Proceso Civil Práctico* (GIMENO SENDRA, V., director; ASENSIO MELLADO, J. M.; LÓPEZ-FRAGOSO, T.; ORTELLS RAMOS, M.; PEDRAZ PENALVA, E.). Tomo V, cit. p. 490, afirma que “no podrán



Creemos que, de esta manera, debe distinguirse entre la prohibición de modificación del “objeto del proceso”, y la prohibición de modificación el “objeto del debate”. El artículo 412.1 LEC es el que sirve de fundamento a la prohibición de modificación del objeto procesal. Por su parte, el artículo 433.2 *in fine* LEC es el que vendría a fijar la prohibición del alteración del objeto de debate. Esta apreciación puede observarse en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SAP Álava 171/2004 (Sección 1ª), 11 junio<sup>624</sup>, en su FD 2º, afirma que “el art. 433.2 LEC contempla un trámite final de conclusiones orales sobre los hechos controvertidos, ofreciendo alegaciones sobre las pruebas practicadas, y en relación a los argumentos jurídicos, sin que en ningún caso quepa la ampliación del objeto del debate procesal o como dice el apartado tercero de aquella norma, sin que puedan ser alteradas las pretensiones, se entiende de ambas partes”. En el mismo sentido puede verse la SAP A Coruña (Sección 4ª) 398/2006, 4 octubre<sup>625</sup>, en la que se afirma que “el trámite final de conclusiones que contempla el artículo 433.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a los hechos controvertidos, sin que en ningún caso quepa la ampliación del objeto del debate procesal”.

## 2. El trámite de conclusiones y la tesis de desvinculación en el proceso civil

El artículo 433.4 LEC prevé que “si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique”. Esta previsión pone de manifiesto que el papel del juez en el desarrollo de las conclusiones no queda limitado a ser un mero espectador u oyente de las mismas, pues la LEC le permite que pueda indicar las partes cuestiones sobre las que aquellas le deban de ilustrar, siempre y cuando no se considere suficientemente ilustrado. Desde nuestro punto de vista, esta facultad podría estar dando cobertura a la posibilidad de que el juez, en este momento, planteara a las partes la tesis de desvinculación<sup>626</sup>. Es decir, nos referimos al supuesto en que el juez considere que las partes pueden haber incurrido en un error al calificar los hechos y mediante la tesis, el juez provoque el debate sobre una posible calificación alternativa.

Nadie pone en duda de que en el proceso civil rige plenamente el principio de *iura novit curia*, en virtud del cual, el juez puede llevar a cabo la modificación en la calificación jurídica de los hechos sobre los que juzga, sin que ello implique incongruencia<sup>627</sup>. La razón

---

alegarse en los informes de las partes nuevos títulos jurídicos para fundamentar las pretensiones, pero cabrá la alegación de nuevos fundamentos jurídicos, o sea, de normas jurídicas distintas de las hasta ese momento citadas por las partes”. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil...*, cit. (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), p. 432. sostiene que no procede en este momento la alegación de “fundamentos jurídicos nuevos”, justificándolo en la posible vulneración del principio de igualdad.

<sup>624</sup> Ponente Tapia Parreño, José (BDED 2004/148007).

<sup>625</sup> Ponente Villariño López, Mª del Carmen (BDED 2006/313113), FD 1º.

<sup>626</sup> Compartimos la postura de GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit. pp. 500-501. Mantiene postura en sentido contrario, TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN MORENO, F.; ARMENTA DEU, T.; MUERZA ESPARZA, J. J.; TAPIA FERNÁNDEZ, I. coordinadores), cit. pp. 1477-1478.

<sup>627</sup> Sobre la irrelevancia de la calificación jurídica como elemento identificador de la causa de pedir, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.;

es evidente. Las normas jurídicas invocadas no forman parte de los elementos que permiten la identificación del objeto procesal, y por lo tanto, si el juez modifica la calificación jurídica invocada, respetando los hechos invocados y las peticiones formuladas, la sentencia no puede ser tachada de incongruente. Al respecto, no debe pasarse por el alto el contenido del artículo 218.1, párr. 2 LEC en el que se indica que “el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir accediendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Sin embargo, nosotros creemos que si bien el cambio en la calificación jurídica no implica que el juez dicte sentencia desconociendo el objeto procesal, creemos que debe hacerlo respetando el objeto del debate. Es decir, en el proceso, las partes han invocado unas normas jurídicas como las que deben tenerse en cuenta para dictar sentencia, y en relación con esas normas, ha versado el debate en el proceso. Desde nuestro punto de vista, si el juez procede en la sentencia a modificar la calificación jurídica invocada –sin haber sometido a debate de las partes ese cambio- si bien no estaría alterando el objeto procesal, no estaría respetando las exigencias derivadas de la vigencia del principio de contradicción en el proceso civil. En este sentido, si bien dictaría sentencia respetando el objeto procesal, no estaría respetando lo que ha sido objeto de debate en el proceso. La proclamación que se hace en el artículo 24.1 de la Constitución Española acerca de las garantías en el proceso, también son exigibles en el proceso civil. El juez puede cambiar la calificación jurídica, pero debe hacerlo con garantías, y precisamente, la tesis de desvinculación propicia el debate sobre una calificación alternativa y sobre la que hasta ese momento no ha habido discusión en el proceso. No vemos ningún obstáculo para que el artículo 433.4 LEC, cuando permite que el juez pueda solicitar a las partes que le informen acerca de cuestiones sobre las que no está suficientemente ilustrado, dé cobertura legal a la formulación de la tesis de desvinculación. Por otro lado, es cierto que el artículo el artículo 433.4 LEC utiliza la expresión *podrá* al regular la posibilidad de pedir aclaraciones a las partes. Por nuestra parte, creemos conveniente que el juez haga uso de la tesis siempre que pretenda el cambio en la calificación jurídica<sup>628</sup>.

Somos conscientes de que con nuestra postura nos estamos alejando de la que mayoritariamente se sostiene acerca de que la formulación de la tesis de desvinculación no es necesaria en el proceso civil<sup>629</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) es clara al respecto. En la STC 20/1982 (Sala 2ª), 5 mayo<sup>630</sup>, FD 2º, se afirma que “los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo <iura novit curia> les autoriza para ello”.

---

BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. pp. 260-261.

<sup>628</sup> Subraya el carácter potestativo, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit. p. 501.

<sup>629</sup> Al respecto, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con JUAN SÁNCHEZ, R.; CÁMARA RUIZ, J.). Madrid 2006, p. 257.

<sup>630</sup> BDED EDJ 1982/20.

Presenta también interés, la STC 12/1987 (Sala 2ª), 4 febrero<sup>631</sup>, FD 4º, en el que se afirma que “que no constituye indefensión que el Juzgador base sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes, siempre que se atenga al contenido de la pretensión y de la "causa petendi" y, naturalmente, siempre que se atenga el examen de los hechos que se consideren probados”.

Posteriormente, recoge esta misma línea, la STC 112/1994 (sala 2ª), 11 abril<sup>632</sup>, FD 6º en el que se afirma que “la congruencia de las Sentencias, integrada por la adecuación entre la parte dispositiva de aquéllas y los términos de las pretensiones formuladas por las partes en el proceso, es perfectamente compatible con el principio "iura novit curia". Por tanto, no existe obligación por parte de los órganos judiciales -para respetar aquel derecho fundamental- de ajustar los razonamientos jurídicos que sirven de fundamento a sus decisiones a las alegaciones sobre las normas jurídicas aducidas por las partes en el desarrollo del proceso, pues el precepto citado les faculta para desvincularse de las mismas.

Así pues, la congruencia o incongruencia de la resolución judicial ha de reconducirse necesariamente, desde una perspectiva constitucional, a la adecuación o inadecuación apreciable entre el "petitum" de la demanda o del recurso en su caso, y el fallo de la Sentencia, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el correspondiente órgano Judicial”.

También puede verse, la STC 45/2003 (Sala 2ª), 3 marzo<sup>633</sup>, FD 3º, y más recientemente, la STC 42/2006 (Sala 2ª), 13 febrero 2006<sup>634</sup>, FD 4º, en el que se sostiene que “el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes”.

#### IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Para completar el estudio de las conclusiones en el juicio ordinario, nos falta referirnos a algunos aspectos procedimentales sobre las mismas que han generado controversia ante los tribunales.

##### **1. Momento de realización**

El artículo 431 LEC señala que “el juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas”. Por su parte, el artículo 433.2 párr. 1 LEC, pone de manifiesto que el informe oral sobre las conclusiones de las partes debe tener lugar “practicadas las pruebas” en el juicio. Por este motivo, no cabe ninguna duda de que el momento para la realización de las conclusiones es al término del juicio y una vez que se han practicado las pruebas a las que se refiere el artículo 431 LEC. Como indica la doctrina, “las conclusiones solamente son

---

<sup>631</sup> BDED EDJ 1987/12.

<sup>632</sup> BDED EDJ 1994/3101.

<sup>633</sup> BDED EDJ 2003/3862.

<sup>634</sup> BDED EDJ 2006/7774.

admisibles dentro del juicio<sup>635</sup>”. Por esta razón, no compartimos las posiciones jurisprudenciales que han admitido la realización de las conclusiones al final de la audiencia previa en un proceso en el que no hubo convocatoria para la celebración del juicio, pues las únicas fuentes de prueba aportadas eran de carácter documental<sup>636</sup>.

Tampoco compartimos la actuación que en ocasiones se ha dado ante los tribunales de concentrar las conclusiones orales del artículo 433.2 párr. 1 LEC, con las conclusiones escritas del 436.1 *in fine* LEC, a presentar tras la práctica de las diligencias finales. Tanto por el momento en que ambas conclusiones deben realizarse, así como por la forma, evidencian que el legislador no ha previsto esa posible concentración<sup>637</sup>.

## 2. Desarrollo de las mismas

El artículo 433.2 párr. 1 LEC pone de manifiesto que las partes deben formular sus conclusiones de manera concisa<sup>638</sup>. El párrafo siguiente, hace referencia a que las partes hagan “un breve resumen” de las pruebas practicadas. No se indica nada más en torno al tiempo del que disponen las partes para realizar las conclusiones. No obstante, es evidente que dicho tiempo debe ser breve. De este modo, podemos encontrar pronunciamientos jurisprudenciales en los que se admite que el juez fije a las partes una duración exacta del tiempo que disponen para realizar sus conclusiones<sup>639</sup>, transcurrido el cual, el juez puede retirar la palabra a la parte aunque no haya terminado<sup>640</sup>.

Por otro lado, hay que tener presente que la intervención del juez en el desarrollo de las conclusiones está contemplada en el artículo 433.4 LEC al señalar que “si el tribunal no se considerarse suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique”. Esta intervención no creemos que deba entenderse como que el juez solamente pueda pedir esas aclaraciones cuando las partes hayan terminado sus conclusiones, sino a lo largo de las mismas si no se considera suficientemente ilustrado<sup>641</sup>. Por último, obviamente, el

---

<sup>635</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. p. 425.

<sup>636</sup> En este sentido la SAP Huesca 142/2004 (Sección 1ª), 20 julio, ponente García Castillo, José Tomás, (BDED 2004/798441) FD 2º.

<sup>637</sup> Esa concentración se acordó en el asunto sobre el que se pronuncia la SAP Asturias 99/2005 (Sección 6ª), 14 marzo, ponente Barral Díaz, José Manuel (BDED 2005/88201), en cuyo FD 3º se reconoce que esa concentración es una infracción procesal, pero que no constituye causa de nulidad tal y como sostenía el recurrente.

<sup>638</sup> A este carácter se refiere la SAP Madrid 516/2005 (Sección 21ª), 18 octubre, ponente Carrasco López, Rosa María (BDED 2005/186894), FD 3º.

<sup>639</sup> Sobre esta cuestión, SAP Madrid 19/2004 (Sección 19ª), 19 enero, ponente Ruiz Jiménez, Ramón (BDED 2004/123903), FD 1º.

<sup>640</sup> Sobre esta cuestión, SAP Álava 276/2007 (Sección 1ª), 10 octubre, ponente Mandaria Azkoitia, Iñigo (BDED 2007/260453), FD 3º.

<sup>641</sup> Compartimos de este modo el contenido de la SAP Pontevedra 261/2005 (Sección 1ª), 30 mayo, ponente Rodríguez González, Mª Begoña (BDED 2005/228629), FD 2º. El recurrente sostenía que las interrupciones del juez pidiendo aclaraciones a las conclusiones le habían hecho perder la concentración al haber sido distraído. La AP sostiene que en su

desarrollo de las conclusiones debe registrarse de manera obligatoria, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, en los términos previstos en los artículos 147 párr. 1 LEC y 187.1 LEC, completado con lo previsto en el artículo 146.2 LEC<sup>642</sup>.

---

función de dirección del debate, el juez puede llevar a cabo dichas interrupciones cuando lo considere oportuno.

<sup>642</sup> Sobre estas cuestiones, SAP Baleares 109/2004 (Sección 5ª), 22 marzo, ponente Soto Abeledo, Javier (BDED 2004/23123), FFDD 3º y 4º.

## EL TRÁMITE DE CONCLUSIONES EN EL JUICIO VERBAL (II)\*

LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y Valencia. Profesor Titular de Universidad. Universidad de Valencia

### I. INTRODUCCIÓN

El trámite de conclusiones está previsto en los artículos 431 y 433 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), a propósito de la regulación del juicio ordinario. En concreto, el artículo citado en primer lugar dispone que “el juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas”.

La regulación viene completada por lo dispuesto en los apartados 2 a 4 del artículo 433 LEC, que ponen de manifiesto que “las conclusiones o alegaciones conclusivas son actos procesales de parte que tienen por objeto la crítica del resultado de las pruebas practicadas en el proceso y la reconsideración de las tesis jurídicas mantenidas<sup>643</sup>”. Efectivamente, el artículo 433.1 párr. 1 LEC señala que “practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos<sup>644</sup>”.

Por su parte, el apartado 3 señala que “expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en este momento”.

La posibilidad de realizar conclusiones se reitera en la regulación del juicio ordinario, una vez practicadas las diligencias finales que se regulan en los artículos 435-436 LEC. En concreto, el artículo 436.1 LEC indica que una vez practicadas las diligencias

---

\* Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, referencia: SEJ2005-08384-C02-01, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos.

<sup>643</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.). Cizur Menor, 7ª edición, 2007, p. 424.

<sup>644</sup> El párrafo 2 del apartado citado continúa añadiendo que “a tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos”.

El párrafo 3 concluye indicando que “en relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria”.

finales “las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado<sup>645</sup>”.

Esta regulación a la que acabamos de referirnos prevista para el juicio ordinario, contrasta con la regulación del juicio verbal. Cuando se regula este procedimiento en los artículos 437-447 LEC, la Ley guarda silencio sobre el trámite de conclusiones. No hay ningún artículo en el que expresamente se prevea la posibilidad de que las partes, tras la práctica de la prueba, lleven a cabo sus alegaciones conclusivas. Más en concreto, el artículo 447.1 LEC, señala 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 diez días siguientes”.

Para completar el referente normativo en el que debemos movernos, debemos añadir que si bien es cierto que para el juicio verbal no hay una previsión específica de este tipo de alegaciones, la situación cambia si se acude a la regulación general de las vistas en la LEC (arts. 182-193 LEC). En concreto, el artículo 185 LEC, al regular la celebración de las vistas, en su apartado 4 indica que “concluida la práctica de la prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas”.

Esta situación normativa, ha generado la controversia acerca de si las alegaciones conclusivas son o no posibles en el juicio verbal. Si acudimos tanto a la jurisprudencia como a la doctrina científica, podemos detectar que hay diferentes posturas al respecto. Pues bien, la sistemática que vamos a adoptar en las páginas siguientes, es la de prestar atención a la solución que a este problema se le está dando en la jurisprudencia. Posteriormente, intentaremos, desde nuestro punto de vista, aportar los argumentos necesarios para dar solución al problema interpretativo, en cuyo caso, obviamente, nos referiremos también a las posturas de la doctrina.

## II. LA SITUACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Si nos acercamos a la jurisprudencia, podemos encontrar diferentes corrientes dentro de la misma, que pasamos a exponer a continuación.

### **1. Corriente jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de que en el juicio verbal pueda haber conclusiones**

El primer argumento que se utiliza para excluir el trámite de conclusiones en este procedimiento, se apoya en el hecho de que la regulación de este procedimiento no las prevé expresamente. En concreto, el silencio en los artículos 443 y 447 LEC, se entiende como una exclusión del trámite de conclusiones. Este planteamiento lleva a entender que es inaplicable lo previsto en el artículo 185 LEC. Es decir, la regulación específica del

---

<sup>645</sup> Debe tenerse presente que estas conclusiones, tanto por la forma y el momento en que se realizan, no son las mismas que con carácter general se prevén en el artículo 433 LEC. Por este motivo, no compartimos las decisiones jurisprudenciales en las que, en ocasiones, se ha admitido la concentración de ambas conclusiones. Esa concentración se acordó en el asunto sobre el que se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Asturias 99/2005 (Sección 6ª), 14 marzo, ponente Barral Díaz, José Manuel (Base de Datos El derecho -BDED- 2005/88201), en cuyo fundamento de Derecho (FD) 3º se reconoce que esa concentración es una infracción procesal, pero que no constituye causa de nulidad tal y como sostenía el recurrente.

juicio verbal, al no prever expresamente el trámite de conclusiones, haría inaplicable lo previsto con carácter general para las vistas en el artículo 185.4 LEC.

Este modo de razonar puede apreciarse en la SAP Badajoz 311/2004 (Sección 2ª), 12 noviembre<sup>646</sup>, FD 5º en el que se afirma que “el art. 185 de la L.E.C. tiene carácter general y resulta de aplicación solo si no existe una norma que en particular contemple el supuesto ante el que nos encontramos. En el juicio verbal rigen, como es sabido, los arts. 443 y 447 de la L.E.C. y en tales preceptos no se contempla en modo alguno el que las partes tomen la palabra después de practicadas las pruebas”.

Idéntico planteamiento puede apreciarse en la SAP Barcelona 248/2005 (Sección 16ª), 28 abril<sup>647</sup>, FD 2º, en el que se afirma que “es notorio que, a diferencia de la regulación del acto plenario fundamental (el juicio) del proceso ordinario, que sí prevé un específico trámite de conclusiones orales (art. 433.2 ), en la vista propia del juicio verbal un trámite parejo no es contemplado por la ley, sin perjuicio de que el uso forense venga reconociéndolo o admitiendo sucedáneos del mismo. De lo que cabe inferir que en aquellos supuestos -como el presente- en que la vista se celebra con remisión específica a los preceptos de la del juicio verbal, tipo de proceso declarativo (Título III, Libro 2º de la LEC), éstos prevalecen sobre los más genéricos reguladores de las vistas en tanto que vía genérica para la sustanciación de los asuntos (Título V, Libro 1º de la LEC)”.

Hay un segundo argumento utilizado para entender que *lege data*, no son posibles las conclusiones, y es el de que el legislador ha pretendido promover en el juicio verbal, que la sentencia se dicte inmediatamente después de la práctica de la prueba. Así puede verse en la SAP Segovia 178/2006 (Sección 1ª), 31 julio<sup>648</sup>, FD 2º, en el que se afirma:

“(…) por más deseable que pudiera ser de *lege ferenda* la incorporación de un trámite de conclusiones a la vista del juicio verbal, de modo preceptivo, la opción del legislador de 2000 ha sido, por el contrario, promover que la sentencia se dicte inmediatamente después de la práctica de la prueba, a fin de aproximar las pretensiones de las partes a la actividad jurisdiccional decisoria del litigio. El artículo 443 LEC es la norma especial que regula la vista en el juicio verbal y no contempla, al contrario que el artículo 433.2 para el juicio ordinario, dicho trámite de conclusiones. La doctrina se ha planteado la cuestión de si es aplicable el artículo 185.4 al juicio verbal, llegando a soluciones opuestas; en la práctica forense tampoco hay una respuesta unánime sobre la aplicación de dicha norma general al juicio verbal. Esta disparidad de criterios pone de relieve que el trámite omitido no puede considerarse como norma esencial del juicio verbal, pues ya la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1992 declaró que no se causa indefensión cuando el pleito está perfectamente definido en su proyección de postulación y oposición. En definitiva, de *lege data* no existe un precepto procesal que exija un trámite de conclusiones en el juicio verbal cuya infracción pueda motivar un recurso por infracción procesal ante el órgano de alzada, al amparo de lo establecido en el art. 459 LEC, amén de que la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones no se reitera expresamente por el recurrente en el suplico del recurso, sino tan sólo la revocación de la sentencia”.

Este argumento también se utiliza en pronunciamientos relativos a juicios verbales de desahucio. En concreto, se argumenta que el carácter sumario de este procedimiento justifica la imposibilidad de que en el juicio verbal puedan realizarse alegaciones conclusivas. Así puede apreciarse en la SAP Valencia 781/2004 (Sección 9ª), 15

---

<sup>646</sup> Ponente Sánchez Ugena, Isidoro (BDED 2004/185762).

<sup>647</sup> Ponente Seguí Puntas, Jordi (BDED 2005/58517).

<sup>648</sup> Ponente Álvarez Olalla, Mª del Pilar (BDED 2006/317462).



diciembre<sup>649</sup>, FD 2º, en el que se afirma que “el artículo 447.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es determinante al señalar que tras la práctica de la prueba, se dará por terminada la vista, por lo que nada se dice en el señalado precepto sobre la apertura de un trámite de conclusiones. Así mismo, a pesar de que el artículo 185.4 del mismo cuerpo legal hace referencia a dicha posibilidad, el juicio verbal tiene un carácter sumario, razón por la cual tiene una regulación específica, pues en caso contrario no habría diferencia alguna con los demás procedimientos”.

Pueden tenerse en cuenta otras sentencias en las que se sostiene que las conclusiones no son posibles en el juicio verbal, aunque sin entrar a exponer las razones de dicha exclusión<sup>650</sup>.

## **2. Corriente jurisprudencial que sostiene que el trámite de conclusiones es posible en el juicio verbal**

Dentro de esta corriente jurisprudencial podemos encontrar diferentes posturas. Ahora bien, todas ellas parten de la consideración de que el silencio normativo en la regulación del juicio verbal, no impide acudir, por vía supletoria, a la regulación general del artículo 185.4 LEC.

### ***A) Sobre el carácter preceptivo de las conclusiones, sin que las partes ni el juez puedan decidir su exclusión***

Existe una primera corriente jurisprudencial que entiende que el contenido del artículo 185.4 LEC, en su aplicación a la vista del juicio verbal, tiene carácter preceptivo. De esta manera, se concluye que ni el juez ni las partes pueden decidir la exclusión de las alegaciones conclusivas. Se fundamenta el carácter preceptivo en el hecho de que el artículo 185.4 LEC señala que el juez *concederá* la palabra a las partes, sin que indique que *podrá* concederla.

Así puede apreciarse en la SAP Málaga 303/2003 (Sección 6ª), 15 mayo<sup>651</sup>, FD 2º, en el que se afirma:

“(…) se presenta como imprescindible que se pueda realizar ese resumen sobre los extremos fácticos que han sido objeto de controversia y los medios probatorios que lo acrediten, solución ésta que, a juicio del tribunal, se impone a tenor del contenido literal del artículo 185.4 de la referida Ley 1/2000 cuando señala que Juez, concluida la práctica de prueba o, si ésta se hubiese producido, finalizado el primer turno de intervenciones, concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que estimen oportunas sobre las pruebas practicadas, norma que, en manera alguno, como considera algún sector de la jurisprudencia menor, pasa por ser facultativa y discrecional del tribunal que esté conociendo de las actuaciones sino, por el contrario, de carácter imperativo, a tenor de los términos en que se expresa el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dispone que “en los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo

---

<sup>649</sup> Ponente Mollá Nebot, Asunción Sonia (BDED 2004/253475).

<sup>650</sup> Así, puede verse, la SAP Lleida 257/2003 (Sección 2ª), 30 mayo, ponente Guillanya Foix, Albert (BDED 2003/37715), FD 2º; SAP Asturias 16/2005 (Sección 5ª), 19 enero, ponente Muriel Fernández-Pacheco, Mª del Pilar (BDED 2005/1727), FD 2º; SAP Madrid 536/2006 (Sección 22ª), 5 septiembre, ponente Chamorro Valdés, José Ángel (BDED 2006/356376), FD 2º; SAP Madrid 587/2007 (Sección 25ª), 20 diciembre, ponente Sobrino Blanco, Ángel Luis (BDED 2007/302479), FD 8º.

<sup>651</sup> Ponente Díaz Núñez, José Javier (BDED 2003/67322).

dispuesto en esta ley", normas de orden público de preceptiva e imperativa que constituyen una garantía para los litigantes, salvo, que no es el caso, de supuestos excepcionales en los que las propias de la ley o del sentido y finalidad de las normas se colija que las partes o el órgano judicial queden autorizadas para alterar convenientemente un acto procesal concreto".

También presenta interés la SAP Castellón 309/2003 (Sección 3ª), 19 noviembre<sup>652</sup>, FD 2º, en el que se afirma:

“En efecto, las normas sobre la vista en el juicio verbal (arts. 443 a 447) deben valorarse o integrarse junto con las previstas con carácter general en la LEC (arts. 182 a 193). En ellas concretamente el art. 185.4 LEC prevé: "Concluida la práctica de la prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas". Es decir, el art. 185.4 LEC regula con carácter preceptivo que el Juez o Tribunal, después de practicada la prueba, conceda de nuevo la palabra a las partes para el anteriormente llamado trámite de conclusiones y ahora de alegaciones. Ello es consustancial al principio de contradicción o audiencia que preside todos los procesos y que desde una perspectiva constitucional viene contemplado en el art. 24.1 CE, cuyo contenido esencial está integrado por la necesidad de ser oído y que no puede vulnerarse por un procedimiento en la actualidad predominantemente oral, en el que el juez se pone en contacto directo e inmediato con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes.

(...) A esta conclusión también conduce una acertada interpretación sistemática de la LEC (MARIMON DURA), quien tras su análisis concluye que de todos los preceptos que regulan la vista en los distintos procedimientos (arts. 443, 464, 514, 560, 734, 753, 809.2 y 811.5, 818, 826) el único que no se remite al trámite del juicio verbal es el art. 734, que regula la vista para la audiencia de las partes en los procedimientos para la adopción de medidas cautelares, por lo que los arts. 182 a 193 LEC (De las vistas) no deben estar pensados o no pueden quedar reducidos únicamente para este supuesto, sino para todos aquellos en los que se prevé el trámite de vista".

También presenta interés la SAP Burgos 352/2007 (Sección 2ª), 25 septiembre<sup>653</sup>, FD 2º.

### ***B) Sobre el carácter preceptivo del trámite, salvo renuncia de las partes***

Esta postura tiene su máxima expresión en el Acuerdo no jurisdiccional alcanzado en la Sala 1ª de la AP de Madrid, en su reunión celebrada el 23 de septiembre de 2004. En concreto, al Acuerdo aprobado por 15 votos a favor y 7 en contra, entiende que “en el juicio verbal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 185.4 LEC, es preceptivo, salvo renuncia de las partes, el trámite de conclusiones tras la práctica de las pruebas”.

### ***C) Corriente que sostiene que las conclusiones son posibles, sin que tengan carácter preceptivo, pudiendo no acordar su práctica el tribunal***

Este razonamiento puede apreciarse en la SAP Granada 373/2006 (Sección 4ª), 4 julio<sup>654</sup>, en cuyo FD 2º se afirma que “aunque ciertamente el art. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla expresamente el citado trámite, y no existiera inconveniente en concederlo, al amparo de lo dispuesto con carácter general en el art.

---

<sup>652</sup> Ponente Petit Lavall, Mª Victoria (BDED 2003/207712).

<sup>653</sup> Ponente Muñoz Fernández, Mauricio (BDED 2007/260453).

<sup>654</sup> Ponente Lazuén Alcón, Moisés (BDED 2006/366718).

185.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso tal trámite tendría carácter preceptivo”.

En el mismo sentido, puede verse la SAP Málaga 300/2006 (Sección 6ª), 1 junio<sup>655</sup>, FD 2º, en el que se entiende que si bien sería posible el trámite de conclusiones al amparo del artículo 185.4 LEC, ese trámite en el juicio verbal no se considera “esencial”. De este modo, la falta de realización del mismo no supondría una infracción procesal.

### III. EL PROBLEMA INTERPERATIVO Y LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Es evidente que la situación de silencio normativo a la que nos estamos refiriendo, no es la deseable, en la medida en que genera dudas e inseguridades<sup>656</sup>. Desde nuestro punto de vista, a pesar del silencio, debe realizarse un esfuerzo interpretativo con el objeto de dar una solución respetuosa con el derecho de defensa de las partes y con la regulación procesal general. Compartimos las posiciones de la doctrina que entiende que las conclusiones son “una garantía y no un trámite superfluo<sup>657</sup>”.

Ese esfuerzo interpretativo del que hablamos, es el que nos va a llevar a sostener que el trámite de conclusiones es el posible en el juicio verbal. Somos conscientes de que con la postura que sostenemos, nos apartamos de la defendida por otros autores que sostienen que el hecho de que la falta de regulación expresa, unida al hecho de que el artículo 447.1 LEC prevea que la sentencia se dicte inmediatamente después de la actividad probatoria de la vista, es la que lleva concluir que las alegaciones conclusivas no sean posibles<sup>658</sup>.

---

<sup>655</sup> Ponente Fíez Núñez, José Javier (BDED 2006/361898).

<sup>656</sup> Véase, PICÓ I JUNOY, J., “La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona 2002, pág. 30; SANAHUJA BUENAVENTURA, M., “El problemático juicio verbal”, *La aplicación judicial...*, cit. pp. 94-95; MÉNDEZ TOMÁS, R. M., “¿Es posible formular conclusiones y practicar diligencias finales en juicio verbal?”. *Juris: Actualidad y práctica del Derecho*, 2003, núm. 73, pp. 51-52; SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., “Sobre el trámite de conclusiones en el juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* 2005, núm. 689, parte opinión, pp. 1-2 (formato electrónico); MUÑOZ SABATÉ, L., “¿Estamos satisfechos los abogados con la fase de conclusiones en el proceso civil?”. *RJC (Revista Jurídica de Cataluña)* 2007, núm. 2, pág. 553.

<sup>657</sup> ILLESCAS RUS, A. V., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinados por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.). Barcelona, 2000, tomo II, pág. 2055.

<sup>658</sup> En concreto, se afirma que estas alegaciones no son posibles “en el juicio verbal, en el que la actividad probatoria en la vista es inmediatamente seguida por la sentencia (art. 447 LEC)” (ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), cit. p. 425).

Dentro de esta corriente jurisprudencial también podemos encontrar la de los que entienden que el trámite de conclusiones no es posible, pero que consideran como “incomprensible” que el legislador lo haya excluido. Al respecto, puede verse, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.). Madrid 2001, pág. 339, en la que afirma que “el legislador, de forma incomprensible, ha suprimido los actos de conclusión en el juicio verbal (...),

Frente a esta corriente doctrinal existe otra que reconoce la existencia del silencio normativo en la regulación del juicio verbal. Sin embargo, se entiende que ese silencio responde a la simplicidad con la que el legislador ha querido regular este procedimiento judicial, pero sin que ello implique una prohibición del trámite de conclusiones. Se apoya esta argumentación, en que así se garantiza de manera más adecuada la efectividad de la tutela<sup>659</sup>.

Las aportaciones doctrinales a las que nos estamos refiriendo, intentan dar las razones por las que el silencio normativo no supone la exclusión del trámite de conclusiones del verbal. De este modo, por un lado, se sostiene que el silencio no debe interpretarse como una voluntad tácita de excluir las conclusiones<sup>660</sup>, o por otro lado, ese silencio se justifica en la “reminiscencia quizá de la extrema simplicidad con la que siempre ha sido regulado el juicio verbal<sup>661</sup>”.

Por esta vía, se llega a la conclusión de que por aplicación supletoria de la regulación general sobre las vistas, serían posibles las conclusiones. De este modo, se afirma que “a pesar de que en el art. 443 no se hace referencia alguna a que tras la prueba deba darse la palabra a las partes para que puedan realizar las conclusiones que estimen oportunas, esa posibilidad se deriva de lo establecido en el art. 185.4 LEC. En el art. 185 se establecen normas sobre la celebración de las vistas, que son de aplicación general a todas las vistas, y por consiguiente también a las del juicio verbal<sup>662</sup>”. Así, se concluye, que al

---

equivocando el carácter necesariamente abreviado del juicio verbal con la supresión de actos procesales que tienen una extraordinaria importancia”.

<sup>659</sup> ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*. Barcelona 2007, 3ª edición, p. 208.

<sup>660</sup> Así, ILLESCAS RUS, A. V., *Comentarios a la Nueva...* (coordinados por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), cit. pág. 2056, en la que afirma que “el silencio de la norma no puede reputarse sintomático de la voluntad tácita de impedirlo (el trámite de conclusiones), estamos persuadidos de que ha de permitirse a las partes pronunciarse sobre la significación y virtualidad del resultado de las pruebas practicadas, acto continuo de la última celebrada y sin que sea preciso convocar a las partes a una nueva audiencia con tal objeto, evitándose de este modo la dilación de la sentencia”.

<sup>661</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.). Madrid 3ª edición, 2004, p. 433, añadiéndose que ello no debe “interpretarse en un sentido prohibitivo de unas actuaciones que pueden resultar de suma utilidad. A nuestro entender, los tribunales debieran permitir no pocas veces las conclusiones e incluso los informes, siquiera sea con la brevedad que los casos permitan y exija la impartición de justicia a todos. Por lo demás, cabe considerar aplicables los arts. 182-193, sobre vistas”.

<sup>662</sup> GARNICA MARTÍN, J. F., “El juicio verbal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: principales problemas que plantea”. *Tribunales de Justicia* 2001, núm. 3, pág. 33.

Puede verse también, DAMIÁN MORENO, J., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V., coordinadores). Tomo II. Madrid 2000, p. 144; HUGUET TOUS, P. L., “El juicio verbal: cuestiones que ha suscitado en su primer año de aplicación”, *La aplicación judicial...*, cit. p. 103; MARIMÓN DURÁ, M. C., *El proceso civil* (con BARONA VILAR, S.; ESCRIBANO MORA, F.; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.; FLORS MATIES, J.; GUZMÁN FLUJA, V.; MORENO CATENA, V.; OLIVER LÓPEZ, L.; SABINA MOLINA, F.). Volumen IV, Valencia 2001, p. BANACLOCHE PALAO, J.; CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho*

final de la vista del verbal, las partes pueden “formular concisamente las alegaciones que a su derecho convenga sobre el resultado de las pruebas practicadas<sup>663</sup>”.

Nosotros nos acogemos a esta interpretación, pero realizando una concreción adicional. Es cierto que el artículo 185.4 LEC viene a establecer una regla general aplicable en el desarrollo de las vistas. Pues bien, cualquier excepción que quiera introducirse a una regla general, entendemos que siempre debe hacerse de manera expresa. Y en este sentido, es evidente que en ningún artículo de los que regulan el desarrollo de la vista del juicio verbal, el legislador ha excluido expresamente la posibilidad de concluir. En este sentido, entendemos que un silencio normativo no tiene la entidad necesaria para enervar una norma general. Las excepciones requieren siempre de previsión expresa.

Siendo honestos en el planteamiento legislativo, doctrinal y jurisprudencial del problema que analizamos, no podemos pasar por alto la existencia de un contra argumento que puede oscurecer la tesis que sostenemos.

En concreto, nos referimos al argumento que puede utilizarse a la luz de la regulación del incidente concursal en materia laboral del artículo 195 de la Ley 22/2003, 8 julio, Concursal (LC)<sup>664</sup>. El apartado 2 del citado artículo, al remitirse a la regulación del juicio verbal de la LEC indica que “tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones”. Esta remisión a la regulación del verbal, refiriéndose expresamente al hecho de que en este incidente concursal sí que debe darse la palabra a las partes para que concluyan, podría ser utilizado como argumento para reforzar la tesis de que en el juicio verbal no son posibles las conclusiones, pues en caso contrario, carecería de sentido que el legislador las hubiera mencionado expresamente en el artículo 195.2 *in fine* LC.

Siendo conscientes del peso de este argumento, nosotros creemos que tras la entrada en vigor de la LC puede seguir hablándose del trámite de conclusiones en el juicio verbal. La regla general es la que se deriva del artículo 185.4 LEC, y la excepción, como ya hemos indicado, debería estar prevista expresamente. No creemos que el artículo 195.2 *in fine* LEC, pueda entenderse como esa excepción. De manera implícita podría sostenerse que reconoce que en el juicio verbal no son posibles las conclusiones, pues la prevé para el

---

*Procesal Civil*. Madrid 2004, p. 197; MONTERO AROCA, J.; FLORS MATIES, J., *Tratado de juicio verbal*. Cizur Menor 2004, 2ª edición, pág. 935; SOLANO MARTÍN, M., “Incidencia de la oralidad en la formulación de las conclusiones: de la inducta a las conclusiones orales”, *Aspectos prácticos de la prueba civil* (ABEL LLUCH, X.; PICÓ I JUNOY, J. –directores-; RÍOS LÓPEZ, Y. –coordinadora-). Barcelona 2006, p.566, si bien sostiene que “parece razonable, combinando los artículos 447.1 y 185.4, que el juez puede decidir, atendiendo al caso concreto, sobre su realización; de esta forma se evitaría también tergiversar los fines de la LEC alargando innecesariamente un proceso que, generalmente, es sencillo y de poca complejidad”.

<sup>663</sup> GARNICA MARTÍN, J. F., “El juicio verbal: aspectos prácticos”. *RJC* 2001, núm. 4, p. 1129.

Puede verse también, PEDRAZ PENALVA, E.; BLASCO SOTO, C., *Proceso Civil Práctico* (GIMENO SENDRA, V., director; ASECIO MELLADO, J. M.; LÓPEZ-FRAGOSO, T.; ORTELLS RAMOS, M.; PEDRAZ PENALVA, E.). Tomo V. Madrid 2005, pp. 741-742.

<sup>664</sup> Véase sobre estas consideraciones, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “En defensa del trámite de conclusiones en el juicio verbal”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2007, núm. 1, parte comentario, p. 3 (formato electrónico).

incidente concursal en materia laboral. Sin embargo, el artículo citado no está excluyendo expresamente las conclusiones en el juicio verbal, por lo que no creemos que tenga la entidad normativa suficiente para impedir las.



## LA ORALIDAD: DE PRINCIPIO DEL PROCEDIMIENTO A INSTRUMENTO VIABILIZADOR DEL (DEBIDO) PROCESO

MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ

Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid. Campus de Segovia

### I. INTRODUCCIÓN

A modo de introducción, y con carácter general, puede afirmarse que las opciones de política legislativa, en lo que a la forma externa del proceso se refiere, se han traducido en la imposición, bien de la oralidad<sup>665</sup>, o bien de la escritura. No obstante, es necesario precisar que la operatividad de una u otra no se ha producido habitualmente en régimen de absoluta exclusividad, cuanto que en el de relativa preponderancia<sup>666</sup>.

De este modo, nuestro proceso civil presenta, procedimentalmente hablando, una forma mixta predominantemente escrita en la LEC 1881, y con importantes concesiones a la oralidad en la vigente LEC de 2000.

### II. FORMA ORAL VS. FORMA ESCRITA

Sin perjuicio de su evidente conformación como principios que informan el procedimiento, es preciso tomar en consideración que la opción por la oralidad o la escritura conlleva o incorpora la operatividad de otros principios -procedimentales o no-vinculados a una u otra posibilidad.

Así, la forma escrita o gráfica, resulta vinculada a un proceso más burocratizado y ralentizado con la finalidad, se dice, de propiciar una mayor amplitud de las facultades de las partes para pretender y defenderse; y ello sin desconocer su conformación como elemento aportador de seguridad jurídica claramente maximizado en el brocardo que dispone *quod non est in actis non est in mundo*<sup>667</sup>.

La oralidad, sin embargo, se conecta con la mayor celeridad, rapidez y agilidad en la tramitación del proceso derivada de la concentración que permite practicar varias

---

<sup>665</sup> Para un profundo estudio del principio de oralidad, vid. FAIREN-GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, 2ª ed. corregida y aumentada, Valencia, 1988, p. 479 y ss.

<sup>666</sup> En cuanto al concepto de procedimiento oral y escrito, y a la inexistencia de un sistema absolutamente oral o absolutamente escrito, vid. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2006. pp. 304-305.

Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y AAVV., *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004, p. 81, se refiere el autor al proceso oral como aquél en el que la actividad se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada, si bien es difícil hallar un proceso completamente oral. En cuanto a la forma escrita vid. de la misma obra las p. 78 y ss.

<sup>667</sup> Vid. CAPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, p. 35 y ss. recuerda este autor como la escritura -sacralizada en el aforismo *quod nos est in actis non est in mundo*- conllevaba la falta de intermediación y la ausencia de publicidad.

Vid. MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, pp.18-20.



actuaciones procesales en unidad de acto<sup>668</sup>; todo ello en estrecha vinculación con la exigencia de inmediación<sup>669</sup> y con el respeto al principio de publicidad<sup>670</sup>.

### III. ORALIDAD Y ESCRITURA, PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO CON REPERCUSIONES EN LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

De lo expuesto se infiere que la opción por una u otra forma de procedimiento tiene importantes repercusiones en la operatividad y materialización del debido proceso<sup>671</sup>.

A este respecto, y como acaba de afirmarse, la apuesta por la escritura encontraba históricamente su razón de ser, amén de otros aspectos, en que la extensión temporal del proceso inherente a la forma escrita se entendía que aportaba mayores garantías procesales para las partes al resultar potencialmente incrementadas sus posibilidades de argumentación y defensa; todo ello sin desprestigiar los beneficios que para la seguridad jurídica tiene la plasmación gráfica de lo procesalmente actuado.

Como aspecto negativo, sin embargo, ha de destacarse que la manifestación gráfica dificulta o complica la realización del principio de publicidad<sup>672</sup>, encontrándose más

---

<sup>668</sup> Por lo que se refiere a la concentración, vid. FAIREN-GUILLÉN, “El Tribunal de las Aguas”, cit., p. 511 y ss.

<sup>669</sup> En cuanto a la conexión entre oralidad y concentración vid. DE LA OLIVA, “Derecho Procesal”, cit., pp. 81-82. Por lo que se refiere a la inmediación, vid. DE LA OLIVA, “Derecho Procesal”, cit., pp. 82-83. esp. p. 82, donde afirma que: “al ser orales y concentradas las actuaciones procesales, la inmediación resulta prácticamente insoslayable”. Vid. también ORTELLS, “Derecho Procesal” cit., pp. 304-305.

De igual modo, y en lo referido a la inmediación puede consultarse FAIREN-GUILLÉN, “El Tribunal de las Aguas”, cit., p. 503 y ss.

<sup>670</sup> En relación con el principio de publicidad, vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. T. I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000, p. 265 y ss. Del mismo autor vid. También “Notas sobre publicidad y proceso”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, págs. 203 y ss.

Para MONTERO “cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados de la escritura”, vid. MONTERO, “Los principios”, cit., pp.18-20. Vid. también FAIREN-GUILLÉN, “El Tribunal de las Aguas”, cit., p. 523 y ss.

<sup>671</sup> La transformación de la oralidad de principio procedimental en principio con repercusión procesal se encuentra ya presente en FAIREN-GUILLÉN, “El Tribunal de las Aguas”, cit., pp. 481-482, quien en relación con la ZPO austriaca afirma, que si bien el principio de la oralidad aislado de otros tendría tan sólo un simple carácter técnico, “ligado con los demás y al servicio de alguna categoría más importante del proceso –política- se puede elevar a pilar fundamental del mismo”. En nuestra opinión tal revalorización puede vincularse, no solo con la idea de proceso, sino con la de proceso constitucionalmente debido, siempre que con su previsión- ya legislativa- y su operatividad en la práctica forense se viabilice el derecho a la resolución del proceso en un plano razonable, tomando esta categoría como standard jurídico.

En relación con la oralidad, publicidad, concentración e inmediación, notas que informaron la ZPO, y su operatividad como alternativa a los modelos francés e italiano que apostaron por un proceso escrito y no concentrado, vid. TARUFFO M., “El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales”, *Ius et Praxis*, 12 (1): 69-94, 2006.

<sup>672</sup> Vid. ORTELLS, “Derecho Procesal”, cit., pp. 304-305.

próxima al secreto<sup>673</sup>. Además, la dispersión que la caracteriza entorpece la operatividad de la intermediación (siendo más frecuente la mediación).

Por otro lado, esta forma de expresarse los actos procesales, impone cierta ralentización en el desarrollo del proceso, de modo que, si bien respeta el componente de seguridad jurídica<sup>674</sup> inherente al valor justicia, no ocurre lo mismo con la necesidad de una pronta y tempestiva resolución del conflicto; componente éste que también conforma el aludido valor (justicia).

Por otro lado, y por lo que a la oralidad se refiere, entre sus bondades se citan la mayor agilidad en el desarrollo del proceso -derivada de la concentración y de la práctica o realización de varios actos procesales con y en unidad de acto- y la publicidad procesalmente vinculada, en general, a lo verbal, respetándose, además, la intermediación en su sentido amplio y restringido<sup>675</sup>.

En el lado negativo de este balance de situación, sin embargo, se encuentra la inseguridad jurídica que puede ocasionar la falta de recepción o plasmación gráfica de lo verbalmente actuado.

#### IV. CONCLUSIÓN

Así planteada la problemática, parece razonable abandonar planteamientos maximalistas –por otra parte, nunca secundados por el legislador, que habitualmente ha optado por fórmulas mixtas- y abogar por la oralidad como principio predominante – que no exclusivo- del procedimiento; y ello con fundamento en los siguientes aspectos:

En primer lugar porque, efectivamente, su elección como modo de manifestación externa del proceso entraña e impone la efectividad de otros principios, entre los que se incluyen la concentración, la intermediación y la publicidad, cuya ventaja operativa es la de contribuir al desarrollo de un proceso que, siendo más dinámico, no sea menos tuitivo.

De este modo, y en segundo lugar, porque las bondades de la oralidad derivan de su empleo como instrumento para lograr, en definitiva, la materialización del debido proceso.

Lo afirmado se defiende desde la constatación de que la forma verbal hace más factible materializar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

En este sentido, la apuesta del legislador por la oralidad supone, ya desde una perspectiva estática, posibilitar que el proceso tenga prevista una tramitación más ágil, coadyuvando así a su conformación como proceso constitucionalmente debido (art. 24.2) en el que cobra pleno sentido la efectividad de la tutela de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE).

Además, y retomando anteriores argumentos, lo relevante de la manifestación oral es que:

---

<sup>673</sup> Esta afirmación cobra especial sentido en el proceso penal.

<sup>674</sup> Por lo que se refiere a la LEC de 1855 y a los principios de escritura, secreto y seguridad jurídica, vid. MONTERO, “Los principios”. Cit., pp. 36-37.

<sup>675</sup> En cuanto al origen liberal de la actual concepción de la oralidad y su finalidad de aportar mayor rapidez al procedimiento y garantizar la publicidad, entre otros objetivos, vid. ORTELLS, “Derecho Procesal”, cit., pp. 304-305, por lo que específicamente se refiere a la publicidad vid. ORTELLS, “Derecho Procesal”, cit., pp. 310-311.

En primer lugar, permite la concentración y, por tanto, la posibilidad de un desarrollo más dinámico y economicista unificador de los distintos actos en los que progresivamente se dosifica un procedimiento informado por la escritura.

En segundo lugar, encuentra especial relevancia desde el punto de vista de la inmediación en sus aspectos restringido (percepción sensorial directa e inmediata por parte del juez del material probatorio que ha de valorar) y amplio (necesaria presencia de juez en determinadas actuaciones).

No obstante, a pesar de lo afirmado, hemos de mostrar nuestro escepticismo en cuanto a la vinculación entre la forma oral y el principio de publicidad. Ello es debido a que el concepto de ley actualmente existente no se identifica con el propio de la ideología liberal defensor de una norma generalmente conocida e inteligible por todos<sup>676</sup>.

De este modo puede decirse que la oralidad no posee la aptitud necesaria para realizar plenamente la publicidad, si bien tal afirmación no es consecuencia del fracaso de aquella como forma del procedimiento, sino de la propia intelección de ésta proyectada sobre contenidos y actuaciones desarrolladas en un lenguaje críptico para el “público” profano<sup>677</sup>.

La situación descrita pone de manifiesto la degradación de la publicidad en simple propaganda<sup>678</sup>, en el sentido de que la publicidad se erige como instrumento posibilitador de la divulgación formal de lo actuado, pero incapacitado o gravemente dificultado para cumplir con su función material de formación de criterio y, por ende, de mecanismo de control externo y democrático de las actuaciones judiciales<sup>679</sup>.

Amén de lo apuntado, la realización del debido proceso como fin alcanzado a través de la oralidad como medio, encuentra su justificación, no sólo en que la propia opción del legislador por la expresión oral consagre legalmente uno de los contenidos del proceso con todas las garantías, cual es la (ya legislativa) evitación de un proceso sin dilaciones

---

<sup>676</sup> Vid. PEDRAZ, “Derecho Procesal”, cit., p. 281. También vid. de PEDRAZ, “notas sobre publicidad”, cit., p. 220.

<sup>677</sup> Vid. PEDRAZ, “Derecho Procesal”, cit., pp. 281, afirma el autor que “La publicidad... no se satisface con la mera presencia de terceros, sino que requiere, desde su innata teleología, la posibilidad de que se comprenda lo que está teniendo lugar, de aquí la pertinente crítica al críptico lenguaje procesal y a la difícil comprensión del transcurso procesal que impiden o anulan el propósito de esta garantía al convertir el enjuiciamiento en inescrutable”.

<sup>678</sup> Vid. PEDRAZ, “Derecho Procesal”, cit., p. 284 y ss.

<sup>679</sup> vid. PEDRAZ, “Derecho Procesal”, cit., p. 266, cita el autor las palabras de Bentham, quien concebía la publicidad como una garantía imprescindible para educar al pueblo, y como un óptimo instrumento de control ciudadano de los jueces, asegurando su probidad y una recta aplicación de la ley, facilitadora de la desacralización de la justicia cimentando la confianza del pueblo en ella.

Si en el antiguo régimen el pueblo “quería ver” la actuación de la justicia para dejar de desconfiar de ella, vid. FAIREN-GUILLÉN, “El Tribunal de las Aguas”, cit., p. 532, en la actualidad la publicidad no guarda relación con su finalidad de percibir la justicia o injusticia de las actuaciones judiciales y, por fin, de las resoluciones que ponen fin a los procesos porque el empleo de un lenguaje inaccesible para el público espectador impide valorar la corrección de lo actuado. Si se desconocen los términos en los que se desarrolla y debate el conflicto, no es honestamente posible valorar la corrección o justicia del fallo.

indebidas, sino que también se proyecta en la posibilidad de perfilar un proceso en el que, además de evitar demoras superfluas, se permita afirmar, incluso, lo innecesario de la continuación del proceso. Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que la oralidad resulta conectada y deviene potenciadora de las facultades de disposición sobre el proceso o sobre su objeto<sup>680</sup>. Así sucede, a modo de ejemplo, con la conciliación intraprosesal prevista en la audiencia previa al juicio ordinario (precisamente con simultánea presencia de los otros aspectos vistos: concentración, publicidad e intermediación en sentido amplio), que permite la conclusión anticipada del proceso alcanzándose, desde una perspectiva positiva, la satisfactoria y consensuada resolución del litigio y la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos, y evitándose, desde una perspectiva negativa, una prolongada tramitación eludible y contraria a criterios de economía procesal (y de otro tipo).

Defendida, con carácter general, la oralidad como mejor opción, y admitida su inadecuación como instrumento de realización de la publicidad –y de los fines perseguidos por esta última– se evidencia que la forma verbal plantea cierta problemática desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Tradicionalmente, estos aspectos indeseables han procurado subsanarse mediante la intervención del escribano y la oportuna constancia gráfica en actas de lo actuado oralmente.

En el momento presente la situación descrita resulta evolutivamente superada con la imposición genérica en la LEC (art. 147) del registro en soporte apto para la grabación de la imagen y sonido de todas las vistas y comparecencias, y ello sin perjuicio de la consignación, por el secretario (quien, además, asume la custodia de tal material (art. 147 p.2º LEC.), de los datos relativos al tiempo y lugar, a las pretensiones y propuestas de las partes, así como a las resoluciones que adopte el tribunal y las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquél soporte (art. 146.2 LEC).

Por fin, y en atención a lo afirmado, se concluye abogando por un procedimiento mixto<sup>681</sup>, que admitiendo la necesidad de la escritura vinculada con la indiscutible relevancia del documento, se decante por la oralidad como preponderante forma externa del proceso<sup>682</sup>, precisamente por lo que de posibilidad, si no realización, tiene del derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que se incluye la previsión legislativa de un procedimiento que, siendo plenamente generoso con las posibilidades de ataque y con el derecho de defensa, permita una resolución tempestiva y cuya duración o extensión temporal esté únicamente vinculada con la complejidad del asunto y no con la forma procedimental escogida para su tramitación, que, además, faculte la anticipada conclusión consensuada del proceso cuando la disponibilidad de su objeto así lo permita y

---

<sup>680</sup> Siempre y cuando la naturaleza del objeto procesal no excluya dichas facultades de disposición.

<sup>681</sup> Vid. CAPELLETTI, “La oralidad”, cit., pp. 10-11, afirma el autor que los sistemas procesales más perfeccionados tratan de coordinar y de combinar elementos orales y elementos escritos, tomando en consideración las ventajas y desventajas de uno y otro; de este modo, se exige la escritura para aquellos actos en los que prevalecen exigencias de precisión y conservación, y la forma oral, en cambio, para aquellos en los que se consideran predominantes los valores de espontaneidad, de intermediación y de simplicidad.

<sup>682</sup> Ello es, además, coherente con las previsiones constitucionales del art. 120.2 CE.

que, por fin, y en todo caso, sea respetuoso con la inmediación y con la seguridad jurídica (al imponerse la protocolización de las actuaciones orales).

Como aspecto negativo se recuerda que la oralidad no se revela idónea a efectos de cumplir con el fin inherente al principio de publicidad, si bien este extremo es debido, no tanto al fracaso de la expresión oral o a la inadecuación para cumplir con sus fines, cuanto a los términos en que se verbaliza lo que ha de ser publicitado.

# LA EFICIENCIA DEL JUICIO VERBAL SUMARIO RELATIVO AL CUMPLIMIENTO O LA RESOLUCIÓN DE VENTAS A PLAZOS O ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS

GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia. España

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (LEC) contempla en los números 10º y 11º del art. 250.1 un proceso sumario para el ejercicio de dos acciones derivadas del impago en las compraventas a plazos y en los contratos de arrendamiento financiero: la tendente al cumplimiento de la obligación y la dirigida a la resolución del contrato. La regulación relativa al desarrollo de dicho proceso se encuentra en diversos preceptos de la LEC y de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998 (LVPBM). En la medida en que el proceso, ya se conciba como especial, ya como ordinario con especialidades, presenta unas características muy peculiares, es claro que por sus cauces sólo pueden ser sustanciadas las acciones expuestas, y con las condiciones que seguidamente relatamos, quedando cualesquiera otras que pudieran asistir a las partes del contrato reservadas para un proceso plenario. De igual modo, la oposición del demandado ha de circunscribirse a lo expresamente autorizado por la LEC.

El objetivo de la presente comunicación es reflexionar acerca de si, desde una perspectiva de eficiencia procesal, es acertada la decisión legislativa de atribuir a estas acciones los cauces del juicio verbal, cuyas actuaciones son predominantemente orales, y de privar a la sentencia del efecto de cosa juzgada material. A tal fin resulta imprescindible, en primer lugar, proporcionar una visión general del iter procesal y de los presupuestos específicos para su viabilidad, pues sólo de ese modo podrán ser aislados a continuación los diversos puntos de discusión y construido con debido fundamento el juicio de valor sobre el conjunto.

## II. PRESUPUESTOS DEL PROCESO REGULADO EN EL ART. 250.1. 10º Y 11º

Junto a los presupuestos procesales comunes y a los específicos de este proceso, la normativa impone otros, distintos en función del tipo de acción que se ejercite, que, aunque atañen en buena medida a la cuestión de fondo, deben ser objeto de control a priori, en el momento de decidir sobre la admisión de la demanda a trámite.

De entre los presupuestos procesales específicos destacan los que se relacionan en el apartado 4 del art. 439 de la LEC<sup>683</sup> y que consisten en la realización de actuaciones notariales de reclamación previa (reguladas en el art. 16 de la LVPBM), en la aportación de los documentos que acreditan tales actuaciones y en la presentación del certificado de

---

<sup>683</sup>Merece al menos mención la especialidad del fuero improrrogable del domicilio del demandado, según se deriva de los arts. 52.2, 54.1 y 50 de la LEC. Sobre este tema vid. DOIG DÍAZ, "La protección procesal del crédito en los contratos de venta a plazos y arrendamiento financiero", *Práctica de Tribunales*, 2005, nº 18, pp. 17-28.

inscripción del contrato en el Registro de Bienes Muebles<sup>684</sup>. Aunque, conforme al tenor del mencionado precepto, tal certificación sólo se requiere para las reclamaciones derivadas de contratos de compraventa, la lectura del nº 11 del art. 250 de la LEC parece poner de relieve que también se ha de aportar en las pretensiones derivadas del incumplimiento de pago en los arrendamientos financieros<sup>685</sup>.

Por lo que atañe a los presupuestos materiales, cuando lo que se pretenda sea el ejercicio de la acción de cumplimiento contractual, el órgano jurisdiccional habrá de comprobar, en primer lugar, que el contrato con base en el que se reclama es de compraventa a plazos o de financiación a plazos de una compraventa. No cabe esta acción, por tanto, en hipótesis de arrendamientos financieros. En cambio, parece que puede ejercitarse aunque en el contrato de compraventa se haya incluido la cláusula de reserva de dominio. Entiende la doctrina civilista que, cuando así se haga, el vendedor renuncia tácitamente a las “ventajas”<sup>686</sup> que derivan de dicha reserva en las relaciones entre vendedor y comprador<sup>687</sup>, no así a las que alcancen a terceros<sup>688</sup>.

Por otra parte, debe comprobar igualmente que la demanda o la documentación aneja contiene la afirmación de que se ha producido el impago de al menos dos plazos – suele entenderse que consecutivos<sup>689</sup> – o del último de ellos, pues cualquier otra situación de impago distinta de la descrita podrá ser esgrimida ante los tribunales por otras vías, algunas rápidas y efectivas, como es la del monitorio, pero no por la del proceso sumario.

---

<sup>684</sup> Debe concebirse como error del legislador al redactar el art. 439.4, y ser ignorada, la condición de que se trate de bienes susceptibles de inscripción. Tanto el art. 250 de la LEC como el art. 16 de la LVPBM prescriben con claridad que este proceso sólo puede utilizarse en relación con contratos que estén inscritos. En igual sentido, QUICIOS MOLINA, S., “Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores”, *Cuadernos Aranzadi Civil*, nº 24, 2005, p. 9 de la edición digital (referencia Westlaw Encuentra BIB 2005/2582).

<sup>685</sup> La cuestión, con todo, no está clara, pues es verdad que la Disposición Adicional Primera de la LVPBM, concretamente su apartado 3, permite llegar a otra conclusión (defendida por GARCÍA SOLÉ, “Venta a plazos y leasing tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, 2000, nº 3, p. 1760; y DOIG DÍAZ, “La protección procesal...”, cit., pp. 17-28). Pero, a nuestro juicio, en la regulación de las cuestiones estrictamente procesales ha de primar la normativa procesal y, dentro de ésta, si la cuestión a determinar se refiere a la clase de procedimiento, los concretos preceptos referidos al ámbito de aplicación de cada uno de los procesos jurisdiccionales legalmente concebidos.

<sup>686</sup> Resulta impropio en un trabajo de las características del presente, entre las que se encuentra ser de contenido eminentemente procesal, abordar el problema de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Al respecto, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971, *passim*; MARTÍNEZ ROSADO, *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 2/2005, Madrid, 2005, pp. 3-164. Para los aspectos sustantivos nos ha servido de guía el trabajo, por el momento inédito, de ANDREU MARTÍNEZ, B., *La reserva del dominio en el concurso*, Murcia, 2004, *passim*.

<sup>687</sup> Vid. al respecto ANDREU MARTÍNEZ, B., *La reserva...* cit., p. 25.

<sup>688</sup> QUICIOS MOLINA, S., “Efectos de las garantías...”, cit., pp. 11-12.

<sup>689</sup> OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing conforme a la nueva LEC*, Madrid, 2001, p. 151. En parte en contra QUICIOS MOLINA, S., “Efectos de las garantías...”, cit., p. 5 y p. 13.

En tercer lugar, ha de verificarse que quien reclama figura en la documentación aportada como vendedor o prestamista, ya fuera a vendedor, ya a comprador.

Las condiciones previas que han de ser verificadas ante el ejercicio de la acción resolutoria difieren de las expuestas en lo relativo a la modalidad contractual y, consecuentemente, la legitimación activa. La redacción legal del apartado 11 del art. 250.1 da a entender que, por los cauces del proceso sumario, sólo pueden pretender la resolución contractual los arrendadores financieros, los vendedores con reserva de dominio y los financiadores beneficiados por tal cláusula.

### III. EL DESARROLLO DEL PROCESO, SU OBJETO, LA PRUEBA Y LA SENTENCIA

El juicio verbal sumario que nos ocupa presenta ciertas especialidades en su sustanciación y en los efectos de la sentencia.

Conforme a un orden cronológico, la primera especialidad (art. 441.4, primer párrafo) concierne a las medidas cautelares. Se prevé la adopción de oficio<sup>690</sup>, sin contradicción y sin caución, de aquellas tendentes a asegurar que la ejecución, sea dineraria o específica, va a dirigirse frente al bien objeto de venta o arrendamiento. Tales medidas, que se han de acordar nada más ser admitida la demanda a trámite<sup>691</sup>, son la exhibición y depósito en todo caso, y el embargo si el demandante carece de derecho real sobre el bien en cuestión (dominio o pacto de reserva de dominio)<sup>692</sup>.

La segunda especialidad es la creación de un acto procesal anterior a la vista para que el demandado anuncie su oposición especificando todos o alguno de los motivos tasadamente relacionados en el art. 444.3, y una asimilación de la falta de anuncio –o de la ausencia de efectiva oposición posteriormente en la vista– con el allanamiento, tal y como se infiere del segundo y ulteriores párrafos del art. 441.4.

La tercera y cuarta consisten en un tratamiento peculiar de la excepción procesal de falta de jurisdicción y competencia –no se aduce por medio de la declinatoria, sino en el acto de la vista<sup>693</sup>– y una limitación de las causas de oposición en cuanto al fondo del demandado: nulidad radical por vicio de consentimiento, falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato y pago acreditado documentalmente. La Ley no ha precisado la cantidad que debe haber sido pagada para que prospere la excepción, suscitando así ciertos interrogantes en un proceso cuya viabilidad depende del impago de dos plazos o del último de los pactados y en el que el “petitum” está formado por todas las cantidades que resten hasta la satisfacción íntegra más eventuales indemnizaciones previstas en el art. 10 de la LVPBM. Según nuestro criterio, la acreditación documental de

---

<sup>690</sup> Es de otro parecer DOIG DÍAZ, “La protección procesal...” cit., pp. 17-28.

<sup>691</sup> Si la perentoriedad del caso lo requiriese, parece que podrían aplicarse las normas relativas a la adopción de medidas cautelares antes de la demanda, contenidas en la regulación general sobre medidas cautelares

<sup>692</sup> En la línea de DOIG DÍAZ (“La protección procesal...” cit., pp. 17-28), consideramos conveniente reforzar la eficacia del depósito con la práctica de medidas cautelares de anotación en el Registro de Bienes Muebles. No obstante, como no están expresamente previstas en el precepto, tales inscripciones sólo se acordarán a instancia de parte.

<sup>693</sup> Es dable deducir que se trata de evitar trámites incidentales que puedan ser utilizados con exclusivos ánimos dilatorios. Aunque puede que el resultado sea, sin embargo, el contrario. Al respecto, DOIG DÍAZ, “La protección procesal del crédito...” cit., pp. 17-28.



que han sido abonados todos los plazos vencidos menos uno –no siendo éste el último–, conduciría a un archivo de las actuaciones por inadecuación de procedimiento<sup>694</sup>. La del pago de todos los vencidos, a una sentencia desestimatoria de la demanda, y la del pago íntegro, la solución del proceso según lo previsto en el art. 22 de la LEC.

La limitación de los medios de defensa del demandado no se ciñe únicamente al aspecto alegatorio. También alcanza en parte a los medios de prueba, pues el pago sólo es susceptible de acreditación documental. Los hechos en que se basan las restantes excepciones, en cambio, pueden ser demostrados mediante cualquier medio de prueba, aunque la prueba documental y la pericial sin duda han de ser claves en la mayoría de los supuestos.

En relación con la prueba pericial, es sabido que la presentación de dictámenes por parte del demandado en el acto de contestar, en la vista, supone un obstáculo para que el demandante aporte dictámenes debidamente centrados en la cuestión litigiosa, obstáculo que el art. 338 no resuelve con fortuna para la generalidad de los juicios verbales. No obstante, en el juicio verbal que nos ocupa, el trámite previo de anuncio de la oposición puede remediar en gran parte el problema del desconocimiento del actor y le permite complementar con suficiente antelación su prueba. Discutible es si ambas partes han de aportar los dictámenes relativos a las excepciones anunciadas por el demandado con al menos cinco días de antelación a la vista, según prescribe el art. 338, o si pueden hacerlo en la propia vista. En la medida en que éste es uno de los pocos juicios verbales al que le puede ser de aplicación el art. 338, nos inclinamos por exigir –eso sí, tanto al demandante como al demandado– la presentación previa de este medio de prueba.

Por lo demás, siguiendo con la prueba pericial, conviene recordar que procede la designación judicial de perito para el cotejo en todos los supuestos de denuncia de falsedad, por prescripción de los arts. 326 y 349.

La sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada material por disposición expresa en tal sentido de los arts. 447.2 y 250.1. 10º y 11º. No se trata, por tanto, de que pueda ser objeto de ulterior proceso lo no discutido en el proceso previo por estar vedada legalmente la discusión en él<sup>695</sup>, sino de completa desvinculación entre lo decidido en el proceso sumario y lo que se discuta y decida en un ulterior proceso en el que se aborde idéntica

---

<sup>694</sup> En la medida en que se asuma la interpretación del art. 10 según la cual los dos plazos impagados han de ser consecutivos, procederá también el archivo si se demuestra que el impago no reúne esa característica. Con todo, el transcurso del tiempo que media desde la reclamación notarial hasta la celebración de la vista del juicio verbal hace difícil concebir el impago de sólo dos plazos y, además, no consecutivos.

<sup>695</sup> Son varias las cuestiones derivadas de contratos de ventas a plazos y arrendamientos financieros no susceptibles de ser planteadas a través de este proceso sumario. Así, petición de indemnización por omisión o expresión inexacta de cláusulas obligatorias (art. 8 de la LVPBM), impedimentos en el ejercicio de la facultad de desistimiento prevista en el art. 9 de la LVPBM, la petición de ejercicio de la facultad moderadora contemplada en el art. 11 de idéntico texto legal, el pago de un único plazo (siempre que no sea el último)... Por lo que a la facultad moderadora se refiere, la imposibilidad de planteamiento por parte del demandado, pues los términos del 444.3 son categóricos, constituye a nuestro juicio un defecto de la LEC que requiere pronto remedio. En la misma línea, OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Garantía de la venta a plazos...* cit., p. 161; DOIG DÍAZ, “La protección procesal...”, cit., pp. 17-28.

cuestión litigiosa<sup>696</sup>, ya ostenten los litigantes exacta posición procesal, ya inviertan las posiciones de ataque y de defensa en el proceso<sup>697</sup>.

#### IV. REFLEXIONES CRÍTICAS

Expuesta ya la concepción legal de este proceso y solventados algunos problemas hermenéuticos relevantes, procede la reflexión crítica sobre el mismo.

Llama en primer lugar la atención, ya lo han denunciado otros<sup>698</sup>, la extensión de los cauces previstos para la reclamación de la tutela sumaria y la posible excesiva prolongación del conflicto entre las partes. La estructura procesal, compuesta de un procedimiento preceptivo y previo ante notario<sup>699</sup> y de un proceso contencioso de protección sumaria, así como de un ulterior proceso plenario, se muestra sin duda eficiente en los supuestos en que prospera la reclamación notarial, pero constituye más bien un lastre en los contrarios, desde luego no infrecuentes.

Aunque de trascendencia quizás menor, conviene reparar en el desequilibrio existente entre la copiosa documentación requerida para la válida presentación de la demanda y la previsión legal de que ésta pueda ser sucinta. Ciertamente, de la documentación aportada cabe ya deducir gran parte de la causa de pedir<sup>700</sup>, por lo demás simple y estandarizada, pero parece que mejor que postergar los fundamentos fácticos y jurídicos para el comienzo de la vista conviene, ya que de ordinario el actor necesita asesoramiento jurídico para conocer los específicos trámites de este proceso, imponer la fundamentación en el acto de la demanda y conocer así desde el principio la posición del demandante en el proceso.

De mayor calado es la reflexión en torno a las causas de oposición en cuanto al fondo y la ausencia de efectos de cosa juzgada material. Adviértase que las relativas a los vicios de consentimiento y a la falsedad documental pueden ser justificadas con cualquier medio de prueba; cabe que se genere sobre ellas, por tanto, una plena discusión que no abona la ausencia de cosa juzgada material<sup>701</sup>. Las falsedades, por lo demás, bien pueden determinar el surgimiento de una cuestión prejudicial penal y la suspensión inmediata de las actuaciones civiles (art. 40.4 y 5 de la LEC), con el consiguiente retraso en la

---

<sup>696</sup> Sobre la ausencia de cosa juzgada material en los procesos sumarios es recomendable la lectura de DE LA OLIVA SANTOS, A. (con otros), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pp. 399-400.

<sup>697</sup> Hay autores que propugnan matizaciones a la norma que prescribe la ausencia de cosa juzgada. Así, DOIG DÍAZ, “La protección procesal...” cit., pp. 17-28.

<sup>698</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, S., “Efectos de las garantías...” cit., p. 7 de la edición digital.

<sup>699</sup> Al que algunos han atribuido la naturaleza de jurisdicción voluntaria. Al respecto vid. ARIZA COLMENAREJO, “Aspectos procesales de la Ley 28/98, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles y la incidencia de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, *Estudios sobre Consumo*, nº 52, 2000, pp. 61-62.

<sup>700</sup> En realidad puede ocurrir así en cualquier otro proceso, sea ordinario o verbal, en el que se aporten documentos de fondo junto con la demanda.

<sup>701</sup> Sobre los límites objetivos de la cosa juzgada materia, si ésta se extiende o no a los fundamentos del fallo y a las excepciones, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios...*, cit., pp. 406-410; TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Efectos objetivos de la cosa juzgada”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1995- XXV, p. 186.

tramitación<sup>702</sup>. Pues repárese en que la norma del art. 444 de la LEC no contempla la mera impugnación de la autenticidad, sino la falsedad, así como en que, según prescripción del apartado 1 del art. 40 de idéntico texto legal, procede que el juez que conoce del proceso dé cuenta de la posible falsedad al Ministerio Fiscal por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal. Y a nuestro juicio, ante una afirmación de falsedad de firma o de documento, es casi inexorable la iniciación del proceso penal<sup>703</sup>, independientemente de que finalmente concluya con sentencia de condena o de otro modo.

Si el objetivo último de este proceso, en consonancia con uno de los propósitos fundamentales de la LEC en su conjunto, es la pronta y efectiva tutela del crédito, no parece que la posibilidad de alegar las excepciones descritas contribuya a su consecución. Nos encontramos ante hechos no frecuentes en las relaciones jurídicas objeto de este proceso y susceptibles, sin embargo, de ligera alegación, en la medida en que ésta no se condiciona a la aportación de ningún medio de prueba en particular y en que propicia la dilación del proceso. Cabe pensar, de conformidad con lo expuesto, en la postergación de estas excepciones de fondo, al igual que otras muchas que pueden asistir al comprador o al arrendatario, para el ulterior proceso plenario<sup>704</sup>.

Sobre la base de las consideraciones indicadas, estimamos fundado sugerir una revisión de los cauces procesales previstos para las reclamaciones de cumplimiento o resolución de contratos de venta a plazos o arrendamiento financiero, a fin de responder en mayor medida al criterio de la eficacia del proceso. Y somos de la opinión de que los dos aspectos nucleares que han de ser sometidos a revisión son los siguientes: la propia existencia del proceso sumario, en primer lugar, y, si se opta por su conservación, la forma, escrita u oral, que ha de dominar en él, inclinándonos, a diferencia del régimen vigente en el que la estructura básica es la del juicio verbal, por un proceso, no ya predominantemente, sino exclusivamente escrito<sup>705</sup>.

Más concretamente, y dando por sentado que se mantenga la reclamación previa en vía notarial, conforme al parámetro de la eficiencia se nos presentan dos opciones:

La primera, suprimir el proceso sumario, en la idea de que la reclamación previa ya cumple con el propósito de intentar proporcionar una tutela rápida de los intereses legítimos. Quedaría, por tanto, tras las actuaciones notariales, un proceso ordinario con especialidades atinentes a las medidas cautelares (con previsión incluso de que se soliciten

---

<sup>702</sup> Sobre el particular, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.L., *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, Madrid, 2002, pp. 77-91.

<sup>703</sup> Sobre la base del art. 392 del Código Penal. Entendemos que el contrato tipo que accede al Registro de Bienes Muebles merece el calificativo de documento mercantil. No obstante, hay autores que defienden una interpretación restrictiva conforme a la cual sólo se reputen documentos mercantiles los títulos valores [RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Las falsedades documentales como actos preparatorios o ejecutivos criminalizados”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, nº 366, p. 7 de la edición digital (referencia Westlaw Encuentra BIB 1998/747); vid. también, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico penal*, Barcelona, 1999, pp. 256-285]. Conforme a tal interpretación, el tipo sería el del art. 395.

<sup>704</sup> Sin perjuicio, además, de que la condena en el proceso sumario y la consiguiente ejecución se computen como daño en las indemnizaciones que procedan en caso de efectiva falsedad.

<sup>705</sup> Inspirado en alguna medida en el proceso documental previsto en los párrafos 592 y siguientes de la Ordenanza Procesal Civil alemana.

y adopten antes de la presentación de la demanda sin necesidad de acreditar el “periculum in mora”), y, en relación con la acción de cumplimiento (pago), a la selección de los bienes a embargar, otorgando preferencia al bien vendido, pero, no obstante, permitiendo que la ejecución alcance a otros bienes del deudor<sup>706</sup>.

La segunda, en línea inversa, conservar el proceso sumario, pero reformando las causas de oposición, los medios de prueba y los cauces en aras a una mejor protección del crédito en este ámbito.

De los actuales motivos de oposición, estimamos impropios de este proceso sumario, ya lo anticipábamos, por las dilaciones que su alegación puede llevar consigo, los relativos a vicios de consentimiento y falsedades. En cambio, reputamos ineludible incorporar a la legislación procesal la oposición basada en la apelación a la facultad moderadora del juez que regula el art. 11 de la LVPBM. Los tajantes términos actuales del art. 444.3 de la LEC relegan para un ulterior proceso esa facultad moderadora, momento en el cual la situación jurídica sustantiva, tal como queda conformada por la sentencia del proceso sumario, determina la falta de virtualidad de la misma.

Respecto de los medios de prueba, estimamos que, dado que en este tipo de relaciones jurídicas predomina de forma incontestable la preconstitución de prueba documental, éste medio de prueba ha de ser el único admisible, quedando reservados para el plenario los restantes. Tanto el actor como el demandado, por tanto, habrían de acreditar sus alegaciones a través de documentos. En relación con el actor, no habría demasiadas diferencias con el régimen vigente. Respecto del demandado, tampoco por lo que hace a la acreditación del pago. En cuanto a la facultad moderadora, parece razonable imponer la acreditación documental de los hechos que la justifican, pues de todos los que enumera el art. 11 es usual la constancia documental (fallecimientos, enfermedades, paro, accidentes de trabajo...).

Determinante sería también restringir las posibilidades de impugnación de la autenticidad de los documentos a aquellos que no hayan accedido a un registro público o que no hayan sido objeto de control por el notario en la reclamación previa, sin perjuicio, claro está, de posteriores peticiones de tutela en procesos plenarios<sup>707</sup>.

Y finalmente, en consonancia con la limitación probatoria, se impone una concepción del proceso radicalmente distinta de la actual. La estructura básica del mismo consistiría en demanda ordinaria, para cuya admisión habría que acompañar los documentos pertinentes<sup>708</sup>, contestación escrita, igualmente acompañada de los documentos en que se funden las excepciones alegables, y sentencia. Como proceso sumario, la sentencia ha de carecer en principio de efectos de cosa juzgada material. No obstante convendría valorar si, a modo de compensación con la expeditiva vía que se abre para

---

<sup>706</sup> Entendemos que se pronuncia en este sentido DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil- El proceso de declaración*, 3ª ed. Madrid, 2004, pp. 678-679. Y que también se mueve en esta línea ARIZA COLMENAREJO cuando afirma que la limitación en cuanto a los motivos de oposición carece de una justificación clara. “Aspectos procesales...” cit., pp. 67-69.

<sup>707</sup> Quizás convendría evitar, incluso, la suspensión por prejudicialidad penal derivada de falsedad documental, dejando únicamente abierta la vía de la prueba ilícitamente obtenida.

<sup>708</sup> Procedería modificar el art. 439 en el sentido de exigir también el certificado de inscripción del arrendamiento financiero cuando ésta sea la relación jurídica base.

vendedores y arrendadores, el pronunciamiento desestimatorio de la demanda con base en el pago merece el paso en autoridad de cosa juzgada material.

## ORDEN Y PRECLUSIÓN EN LAS COMPARECENCIAS EN LOS PROCESOS CIVILES

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza.

### I. ORDEN, PRECLUSIÓN Y ORALIDAD

En el proceso las actuaciones han de regirse por un orden previsto por el legislador; cuando el legislador no dispone cuál ha de ser esta sucesión de las actuaciones, la tarea de determinarla quedará en manos del órgano judicial.

Aunque guardan una relación estrecha, no es lo mismo orden que preclusión de las actuaciones; la preclusión hace referencia a un efecto procesal concreto -la imposibilidad de realizar posteriormente el acto precluido-, que no siempre se produce cuando las actuaciones se llevan a cabo en forma desordenada<sup>709</sup>.

Dentro de las distintas comparecencias que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, los distintos actos que se produzcan tienen un orden concreto. Este orden responde a criterios lógicos de ordenación del proceso y es el que habitualmente sigue el legislador para establecer el *iter* procedimental que se ha de seguir en los procesos -tanto orales como escritos-. Genéricamente este orden supone que en primer lugar se lleva a cabo el examen de los presupuestos procesales, a continuación se formulan las alegaciones, a las alegaciones sigue la proposición y en su caso la práctica de prueba y finalmente, en el caso de que así proceda, la formulación de las conclusiones. Cabe preguntarse si este orden, ya sea cuando es establecido por la propia Ley o cuando es encomendado al juez, responde a un mero interés por ordenar los trámites dentro de las comparecencias o puede tener consecuencias de cara a la preclusión de las distintas actividades procesales que se pueden dar.

En este sentido, la necesidad de que en el proceso opere la preclusión, se encuentra unida al proceso regido por la forma escrita, o mejor dicho, a aquellos trámites procesales

---

<sup>709</sup> VALLINES GARCÍA afirma en este sentido: “La existencia de reglas de ordenación de las actuaciones -ya vengan establecidas directamente por la ley o por el juez en el caso concreto- no requiere *per se* que los derechos y facultades que se realizan fuera de su momento procesal oportuno deban reputarse precluidos. Establecer o no la preclusión cuando ha finalizado el momento fijado para el ejercicio de un poder procesal sin que dicho ejercicio haya tenido lugar es algo que el legislador debe decidir atendiendo a muy diversos criterios (...). En definitiva: no hay que confundir las reglas sobre ordenación de las actuaciones con las reglas sobre la preclusión (peses a la relación que el legislador pueda establecer entre ellas)”. Vid. BANACLOCHE PALAO, J.; GASCÓN INCHAUSTI, F.; GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. y VALLINES GARCÍA, E., *Tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005, p. 398.

La relación entre preclusión y orden del proceso queda también patente en las afirmaciones que se vierten en la STS de 22 de noviembre de 1965 (RA 5410): “Merced a este principio de preclusión, se consigue dejar a salvo las sorpresas que mutuamente se podrían producir los litigantes entre sí, y además se facilita la ordenación de las actuaciones judiciales, haciendo que cada actividad procesal se desenvuelva en su correspondiente fase; pero también por virtud de él se impone a las partes la carga de no poder formular después ninguna otra alegación, o, en su caso, la de que las que se formulen posteriormente no deban ser consideradas por el órgano jurisdiccional”.

realizados en dicha forma. Ahora bien, también es opinión común que ello no implica que la preclusión sea un rasgo que se pueda predicar exclusivamente de los trámites celebrados por escrito.

La preclusión, sin embargo, no opera de igual forma para los trámites orales que para los escritos; la forma escrita exige por sí misma una rigidez que no requieren, o al menos, no en la misma medida, las actuaciones orales. Esto lleva a la doctrina a afirmar que en los actos procesales orales no hay “excesivas trabas preclusorias”<sup>710</sup>; que la preclusión se produce de forma más “generosa” que en las actuaciones escritas<sup>711</sup>; o incluso que la preclusión queda seriamente en entredicho<sup>712</sup>.

Más allá de la mera apariencia externa que adopte un acto procesal en cuanto a su manifestación al exterior de forma escrita o hablada, la forma oral o la forma escrita conllevan formas distintas de hacer el proceso<sup>713</sup>, y cada una de ellas lleva aparejada una serie de consecuencias. Así, aunque la preclusión sea más propia de los actos que se realizan en la forma escrita, también puede cumplir una función importante en las actuaciones orales.

Si nos atenemos a la regulación de la preclusión del artículo 136 LEC, observamos que establece que la preclusión se produce cuando ha finalizado un plazo o transcurrido un término. La redacción de esta norma, atendiendo a una interpretación literal, excluiría cualquier posibilidad de considerar que la preclusión pueda darse en el transcurso de una comparecencia; ya que en una vista que se celebra ante el órgano judicial no transcurre ningún plazo ni término en el lapso de tiempo en que se produce.

No resulta, sin embargo, satisfactorio el resultado de esta interpretación de la letra del artículo 136 LEC; ello nos conduciría a la conclusión de que no puede darse la preclusión salvo en aquellos casos en que la Ley establece un plazo o un término. A mi juicio, si bien es cierto que el momento de las actuaciones procesales habitualmente se fijará mediante términos o plazos, también hay veces que es determinado de otra manera, por ejemplo, indicando el orden que ha de ocupar en el proceso. Por tanto, tampoco hay que excluir la posibilidad de preclusión en aquellas las actuaciones procesales que tienen fijado el tiempo de su producción de otra manera<sup>714</sup>.

En definitiva, estimo que no cabe excluir *a priori* que en el seno de las comparecencias se dé únicamente un orden de las actuaciones sino que puede suceder que opere también para algunas de ellas la preclusión. La determinación de cuál de las posibles actuaciones que se dan en las comparecencias previstas para los procesos regulados en la

---

<sup>710</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Precisiones sobre escritura y oralidad en el Derecho Procesal español”, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, t. I, Madrid, 1950, p. 100.

<sup>711</sup> VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Madrid, 2004, p. 107.

<sup>712</sup> RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin las dilaciones indebidas*. Barcelona, 1997, p. 188.

<sup>713</sup> Vid. en este sentido BERZOSA FRANCO, M. V., “Principios del proceso”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XX, 1993, p. 492.

<sup>714</sup> La STS de 22 de noviembre de 2004 (RA 7383) no hace referencia a plazos ni términos sino que se refiere a que en el caso concreto “se incurre en una vulneración de los principios de contradicción, preclusión y defensa, con arreglo a los que no cabe suscitar cuestiones nuevas con posterioridad al período expositivo”.

Ley de Enjuiciamiento Civil requiere un examen más detenido que abordaré a continuación.

## II. EL ORDEN DE LOS ACTOS EN LAS COMPARENCIAS Y CONSECUENCIAS DE SU ALTERACIÓN

El legislador ha previsto las posibles actuaciones procesales que se pueden llevar a cabo en una vista: artículos 414 y siguientes para la audiencia previa del juicio ordinario, artículos 431 y siguientes que están destinados a regular el juicio y artículos 443 y siguientes que contemplan la vista del juicio verbal.

En estas normas, el legislador no regula solamente las actuaciones que eventualmente pueden llevarse a cabo en cada una de las citadas comparencias, sino que además prevé un orden por el que se tiene que regir la sucesión de los distintos actos procesales que se pueden realizar en cada una de las vistas que regula la Ley.

De la letra de los artículos citados se desprende con toda claridad que el orden en que regula el legislador las distintas actuaciones es el orden temporal en que han de suceder y que, por otra parte, corresponde al orden en que generalmente se producen las actuaciones en el proceso civil, al que anteriormente ya he hecho alusión: examen de cuestiones procesales, alegaciones, proposición y práctica de prueba y conclusiones.

Pero además, esta afirmación queda corroborada por las numerosísimas referencias temporales que encontramos en los artículos citados. A modo de ejemplo, en la regulación de la audiencia previa de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legislador establece que ésta se ha de llevar a cabo “conforme a lo establecido en los artículos siguientes” (artículo 414), mandato que se extiende al orden que dichos artículos establecen; el artículo 415 indica los requisitos procesales que han de examinarse con carácter previo; el artículo 417 ya indica en su rúbrica que está destinado a regular el “orden de examen de las cuestiones procesales” y en su párrafo primero impone claramente al juez que ha de examinar y resolver las cuestiones “en el orden en que aparecen en los artículos siguientes”; el artículo 423 indica que examinadas las cuestiones relativas a la inadecuación de procedimiento “la audiencia proseguirá para sus restantes finalidades”, etc.

Conviene señalar cómo en algunos casos el orden establecido por el legislador es más rígido, puesto que hace hincapié más claramente en la necesidad de acatar el orden previsto en la regulación de la LEC, es el caso, por ejemplo de lo previsto en el artículo 417, que indica no sólo el momento de la audiencia previa en que deben oponerse los defectos procesales, sino también el orden en que estos han de ser examinados. En otros casos el juez tiene facultades más amplias en lo que se refiere a la dirección del orden de la vista, pudiendo incluso llegar a omitir alguna actuación concreta si considera que no fuera necesaria; encontramos ejemplos de estas actuaciones potestativas para un intento de conciliación al final de la audiencia previa (artículo 428 LEC) o para posibles alegaciones referentes a la carga de la prueba en el acto del juicio (artículo 433 LEC).

En todo caso, está fuera de toda duda que el legislador ha previsto un orden específico para las actuaciones dentro de cada una de las comparencias. Como señala BERZOSA, la contradicción y la oralidad requieren también un orden y una determinación en el momento en que las partes hacen uso de los medios de ataque y defensa en el proceso<sup>715</sup>.

---

<sup>715</sup> BERZOSA FRANCOS, M. V., “Principios...”, *cit.*, p. 493.



Ahora bien, siendo indiscutible que las vistas han de sujetarse a un orden, a una sucesión concreta de las actuaciones, subsiste la pregunta sobre las consecuencias que podría producir una alteración de dicho orden. ¿Supone una mera irregularidad en el desarrollo de una vista? ¿Implica que opera la preclusión y que transcurrido el momento el que el legislador ha previsto que se lleve a cabo dicha actuación dentro de la vista ya no cabe realizarla posteriormente?

Considero que para poder determinar en qué casos opera la preclusión es oportuno alcanzar las finalidades que ésta persigue, para determinar en qué medida se hace necesaria dentro de las distintas vistas en los procesos civiles.

La preclusión obedece fundamentalmente, siguiendo la opinión de VALLINES, a la necesidad de evitar que continuamente se tenga que retrotraer el proceso o realizar ajustes procedimentales (como puede ser el caso, por ejemplo, de una suspensión de una comparecencia)<sup>716</sup>. A ellos se podría añadir la seguridad jurídica por la que todos los sujetos procesales han de conocer qué trámites ya han transcurrido sin posibilidad de que se vuelva a hacer uso de determinadas armas procesales y cuáles pueden ser todavía utilizados por los litigantes; esto ayuda a las partes a articular convenientemente sus medios de ataque y defensa, y también permite que el juez forme el juicio adecuado de las actuaciones que van concluyendo y, por tanto, dirija mejor la comparecencia, al saber con certeza qué posibles actuaciones procesales pueden darse todavía.

Cuando la sujeción a un suceder concreto de las actuaciones responda a alguna de estas finalidades entiendo que no cabe alterar el orden que haya previsto el legislador; pero cuando no sufra daño alguno ninguno de los fines que se pretenden conseguir con la preclusión no hay obstáculo en permitir realizar una determinada actuación fuera del momento lógico o incluso del momento legalmente previsto.

Pues bien, considero que en la mayoría de los trámites que pueden darse en las vistas, si se realizan de manera desordenada pueden comprometer alguna de las finalidades de la preclusión. Así sucede con la alegación de defectos procesales, las alegaciones -ya sean principales o complementarias-, la proposición y la admisión de la prueba y la formulación de las conclusiones. La realización de cualquiera de estos actos procesales fuera del momento que para los mismos está previsto en una comparecencia daría lugar a una necesaria retroacción de las actuaciones celebradas dentro de la propia comparecencia para adecuar las actuaciones subsiguientes a la nueva actuación procesal. Veamos cada una de las actuaciones procesales que pueden practicarse con mayor detenimiento.

En cuanto a las cuestiones procesales quizá es donde más fácilmente se aprecian los inconvenientes de la alegación extemporánea dentro de las distintas comparecencias; además es en el caso de los defectos procesales donde el legislador se muestra más estricto a la hora de exigir que se examinen en el momento y en el orden previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para cada caso concreto. El artículo 417 establece el orden en que se

---

<sup>716</sup> El autor alude también a la preclusión como manifestación del principio dispositivo, que favorece que exista un régimen más estricto en el orden de las actuaciones, ya que el logro del conocimiento de la verdad por parte del juez no es tan imperativo al no estar en juego intereses públicos; vid. VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión...*, cit., pp. 112-120. Sin embargo, en mi opinión, se debe velar por el logro de la verdad tanto en los procesos en los que se ventilan intereses públicos como privados.

han de examinar al inicio de la audiencia previa y el artículo 443.2 dispone también de manera inequívoca que en el juicio verbal se han de alegar al inicio de la vista<sup>717</sup>.

Conviene señalar, sin embargo, que en el caso de los defectos procesales el juez puede encontrarse con una atadura singular. Si una de las partes alega extemporáneamente un vicio que ocasionaría la nulidad de pleno derecho, parece obvio que el juez tiene que atender esta alegación, por intempestiva que sea, puesto que el vicio es de tal envergadura que no puede ser ignorado por el órgano judicial. La única opción que tiene en este caso el juzgador para sancionar la conducta del litigante que actúa de manera tan dudosa es la imposición de la multa que el artículo 243 prevé en respuesta a los supuestos en que el litigante actúa con mala fe. No está reñido que la alegación de un vicio procesal sea cierta con que su alegación fuera del momento procesal previsto pueda deberse a la mala fe de la parte, apreciación que corresponderá realizar al órgano judicial.

A pesar de lo dicho anteriormente, conviene tener en cuenta algunas previsiones legales que prohíben denunciar de forma extemporánea determinados vicios que dan lugar incluso a la nulidad de pleno derecho. Es el caso de lo dispuesto en el artículo 443.2 LEC; dicha norma prohíbe al demandando impugnar en la vista las faltas de jurisdicción y de competencia que pudo poner de manifiesto mediante la declinatoria, de tal forma que la apreciación de dichos vicios procesales en este momento queda sólo permitida al propio órgano judicial.

También ha de estimarse que la preclusión opera en relación con las alegaciones de hecho que los litigantes pudieran realizar tanto en la audiencia previa del juicio ordinario como, más limitadamente, en el acto del juicio del juicio ordinario.

En este sentido, la alegación de hechos una vez transcurridos los actos alegatorios principales está reglada por el artículo 286 LEC. De la lectura de esta norma se puede deducir con claridad que cualquier posibilidad alegatoria es susceptible de preclusión y no sólo aquellas que se producen fuera de las vistas (demanda y contestación a la demanda en el caso del juicio ordinario); así el artículo citado afirma que la alegación de hechos nuevos se produce “precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley”; en definitiva, no transcurrido únicamente el momento de formulación de la demanda y de transcurrir el plazo de la contestación sino el momento preclusivo de cualquiera de los trámites alegatorios regulados para el juicio ordinario. La misma afirmación se realiza en el último párrafo del artículo 286 LEC, donde el legislador regula la escasa multa que el juez puede imponer por extemporánea alegación de hechos nuevos.

También en la vista del juicio verbal, el orden establecido para las alegaciones es claro. El legislador prevé que la vista “comenzará” con la intervención del demandante ratificando las afirmaciones de su demanda (artículo 443.1 LEC) y “acto seguido” (artículo 443.2 LEC) es cuando puede formular el demandado la contestación verbal a la demanda. No tiene sentido formular ya alegaciones complementarias, la concentración que impera en el juicio verbal hace que, al menos en el caso del demandado, el momento de formular alegaciones sea único y al no haber un lapso temporal entre el acto alegatorio principal

---

<sup>717</sup> Este momento de alegación de defectos procesales dentro de una comparecencia no es nuevo en nuestro ordenamiento; la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil establecía una disposición similar para la comparecencia previa del juicio de menor cuantía (artículos 680 y ss). En su día ya puso de manifiesto la doctrina la importancia de respetar el carácter preclusivo de la denuncia de vicios procesales. Vid. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1974, p. 39.

para el demandado y la vista, es razonable que no haga el legislador ninguna otra alusión a posibles alegaciones complementarias en el acto de la vista.

A pesar de las afirmaciones anteriores, conviene señalar que el peligro más importante al que se enfrenta el juez cuando se trata de evitar alegaciones realizadas fuera del momento procesal oportuno, no es tanto una alegación de un hecho nuevo realizada de una manera obvia, como la inclusión de alegaciones en actuaciones procesales que no tienen ese fin, como es el trámite de las conclusiones. Este trámite es utilizado indebidamente muy a menudo por los litigantes, que de manera subrepticia incluyen en las conclusiones hechos que no han sido objeto de alegación y, por consiguiente, de contradicción. Incluso a pesar de la advertencia del artículo 433.4 LEC que prohíbe alterar los argumentos jurídicos de las partes en este momento procesal, es un vicio frecuente utilizar el trámite de conclusiones para intentar corregir deficiencias en la alegación o en la prueba que han quedado de manifiesto como resultado de las actuaciones que se han llevado a cabo a lo largo del juicio.

Es obvio que también es necesario alcanzar los fines de la preclusión, evitando innecesarias retroacciones y situaciones de inseguridad jurídica en lo que se refiere a la prueba, puesto que una proposición o una práctica de prueba posteriores a los momentos establecidos en el ordenamiento daría lugar a que hubiera que repetir algunas de las actuaciones ya producidas para salvaguardar los principios de igualdad y contradicción.

La proposición de prueba es uno de los últimos trámites que se lleva a cabo en la audiencia previa al juicio (artículo 429 LEC) y una vez que las partes han señalado los medios de prueba de los que quieren valerse no cabe ya realizar nuevas proposiciones posteriormente; así se deduce de la letra del artículo citado cuando señala que las partes podrán proponer otras pruebas si el tribunal pone de manifiesto una posible insuficiencia probatoria de algún hecho; de lo que se deduce que es el único supuesto en el cual el legislador permite esta posibilidad. Esta actuación de los litigantes está también permitida para el juicio verbal en virtud de la remisión que lleva a cabo el artículo 443.4 *in fine* LEC.

En cuanto a la práctica de prueba las observaciones más concluyentes sobre la importancia de respetar el momento establecido para la práctica de la prueba las podemos extraer de la regulación de las diligencias finales. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece que no se admitirán como diligencias finales aquellas pruebas que se hubieran podido proponer y practicar “en tiempo y forma por las partes” (artículo 435.1.1º LEC); luego resulta obvio que transcurrido ese tiempo para que las partes propongan y practiquen la prueba ya no cabe hacer uso de nuevo de esa posibilidad procesal.

Puede producirse también, dentro de las distintas comparecencias que prevé el legislador para los juicios ordinarios, el logro de un acuerdo entre las partes. Esta posibilidad está prevista de forma expresa únicamente para la audiencia previa del juicio ordinario (artículos 414 y 428 LEC), sin embargo, la regulación de las formas anormales de terminación del proceso de los artículos 19 y ss LEC no establecen ningún límite en cuanto a las actuaciones procesales en las que se puede insertar, de forma que cabe entender que, no sólo en la audiencia previa, sino también en el juicio del juicio ordinario y en la vista del verbal pueden las partes alcanzar un acuerdo que se manifieste en alguna de esas comparecencias.

Por tanto, dado que estas formas de plasmar un acuerdo no tienen fijado un momento concreto ni en el acto del juicio del juicio ordinario ni en el acto de la vista del juicio verbal, hay que entender que en cualquier momento de los mismos pueden las partes alcanzar un acuerdo con los únicos límites que los establecidos en los propios artículos 19 y ss LEC.

Ahora bien, puede plantearnos dudas el caso del acuerdo de la audiencia previa, en la medida en que en esta comparecencia la posible consecución de un acuerdo sí que tiene previstos dos momentos especiales por el legislador: al inicio y al final de la audiencia, como señalan los arts. 414 y 428 LEC. A pesar de la disposición legal clara en torno al momento en que se ha de insertar el intento de un acuerdo en la comparecencia, entiendo que -a diferencia de los supuestos anteriores- este momento no es preclusivo<sup>718</sup>. Lo considero así en la medida en que el logro de un acuerdo fuera de esos límites temporales establecidos por la Ley no produce ningún efecto negativo, y por tanto, no produce los perjuicios que la falta de preclusión podría producir en otros trámites<sup>719</sup>.

Finalmente, contempla el legislador la posibilidad que tienen las partes de formular las oportunas conclusiones que, a su juicio, haya arrojado el resultado de las distintas pruebas practicadas y que prevé el legislador sólo para el juicio ordinario (artículo 433 LEC). Posiblemente este trámite es el que merece menor atención de todos los analizados hasta ahora ya que, precisamente por su carácter, está previsto para los últimos momentos del proceso y en consecuencia ofrece pocos problemas de cara a una manifestación extemporánea de las conclusiones. Quizá por ello no haga el legislador ninguna referencia a la posibilidad de reformular las conclusiones, y sí a un posible uso de las mismas para burlar la preclusión de otras actuaciones procesales. A pesar de ello el transcurso del momento para llevar a cabo las conclusiones mantiene el carácter preclusivo que se da en los trámites alegatorios o de prueba.

En definitiva, no hay reglas generales en lo que se refiere a la preclusión dentro de las propias comparecencias, sino que habremos de estar a las normas previstas para cada caso por el legislador y, en ausencia de estas, a una interpretación teleológica de la regulación de la preclusión para extraer conclusiones útiles en el desarrollo del proceso. Aunque, como he expuesto anteriormente, considero que para casi todas las actuaciones que pueden producirse en la audiencia previa, en el juicio o en la vista, se hace necesario que opere la oportuna preclusión.

Incluso aunque lleguemos a la conclusión de que para determinada actuación que se produce oralmente dentro de una comparecencia no opera la preclusión, qué duda cabe que eso no implica excluir que las comparecencias hayan de atenerse al orden legal. Y es función del juez, en virtud de sus facultades de dirección formal del proceso, velar porque esa correcta sucesión de las actuaciones se acate; así lo dispone el artículo 186 LEC cuando asigna al juez el cometido de “mantener, con todos los medios a su alcance, el buen orden de las vistas”.

---

<sup>718</sup> El hecho de que pueda alcanzarse un acuerdo en cualquier momento no exime, sin embargo, al órgano judicial de exhortar a las partes a un intento de avenencia cuando la Ley así lo exige, como sucede en el caso del art. 415 LEC.

<sup>719</sup> No comparto, por tanto, la opinión de VALLINES, que defiende también la no preclusión de este trámite pero con base en un razonamiento distinto: considera que el artículo 19.2 LEC opera como *lex specialis* en relación con el artículo 136 LEC, y por tanto ha de prevalecer el primero. Vid. BANACLOCHE PALAO, J.; GASCÓN INCHAUSTI, F.; GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. y VALLINES GARCÍA, E., *Tratamiento de las cuestiones procesales...*, cit., p. 401. Si nos atuviéramos a dicha justificación, por el mismo motivo podríamos considerar norma especial, y en consecuencia prevalente, las disposiciones de los artículos 414 y 428 LEC que establecen cuándo se ha de producir el intento de avenencia, frente al artículo 19.3 LEC que permite un pacto entre las partes en cualquier momento del proceso con el único límite de lo que permita la naturaleza del acuerdo; esta argumentación nos conduciría, por tanto, a defender la preclusión de la conciliación en la audiencia previa.

La sujeción de los actos procesales a un orden, incluso aunque éste no tenga efectos preclusivos tiene una importancia que no ha de ser minusvalorada, puesto que favorece que tanto las partes como el juez tengan una percepción adecuada de los resultados que arrojan las distintas actuaciones que se van llevando a cabo.

No obstante, la consecuencia de vulnerar el mero ordenamiento de la sucesión de actos en el proceso indudablemente es distinta de la inobservancia de una norma que determina la preclusión; en la medida en que no acatar el debido orden de las actuaciones puede ser considerado como una mera irregularidad formal, mientras que la realización de un acto una vez transcurrido el momento procesal previsto con carácter preclusivo hace que éste ya no produzca ningún efecto.

### III. LA INTERRUPCIÓN DE LAS VISTAS.

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en determinadas ocasiones la posibilidad de, una vez comenzada una comparecencia ante el órgano judicial, deba ser interrumpida cuando concurren las causas legalmente previstas en el artículo 193 LEC.

*A priori* la existencia de una interrupción en una vista y su posterior reanudación en nada altera los postulados que he trazado anteriormente. En principio, la comparecencia se ha de retomar en el punto en el que se dejó, por consiguiente, los poderes procesales que las partes habían podido ejercitar en el momento en que se produjo la interrupción o suspensión ya no pueden ser objeto de un nuevo ejercicio como consecuencia de la preclusión.

Ahora bien, sería absurdo negar que el necesario paso del tiempo favorece que se puedan dar nuevos factores que requieran ser tenidos en cuenta en el momento en que la audiencia, juicio o vista interrumpidos se reanudan de nuevo. Sin embargo, a lo único que dará lugar esta peculiaridad es a una mayor posibilidad de que se produzcan hechos nuevos que pudieran ser alegados en uso de las posibilidades legales, pero no cabe considerar que ocasionen una excepción a la preclusión y por tanto, den lugar a que la parte pueda hacer uso de actuaciones procesales cuyo momento ha transcurrido.

La falta de proximidad temporal cuando la interrupción se prolonga excesivamente puede causar serios inconvenientes, entre ellos la falta de fiabilidad de una percepción ya no muy cercana del juez; esto ha llevado al legislador a imponer una nueva celebración de la audiencia si la interrupción se prolonga por más de veinte días (artículo 193.3 LEC); si se produjera dicha circunstancia ello obligaría a repetir de nuevo las actuaciones ya practicadas que, por tanto, quedarían sin valor.

Las mismas consideraciones son válidas tanto si la vista se interrumpe por alguno de los motivos establecidos en el artículo 193 LEC como si la interrupción se produce por acuerdo de los litigantes, que tienen la facultad de solicitarla tal y como prevé el art. 19.4 LEC.

## LA ORALIDAD Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO CIVIL

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Deusto

### I. EL PREDOMINIO DE LA ORALIDAD EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

Los actos procesales del Juez y de las partes pueden manifestarse oralmente o por escrito, lo que da lugar a dos principios opuestos en la regulación del proceso: el de oralidad y el de escritura. En realidad, ningún procedimiento responde de forma exclusiva a alguno de estos principios. Cuando se habla de uno u otro a lo que se está haciendo referencia es a cuál de las dos formas predomina, la oral o la escrita. Por otro lado, hay que aclarar que oralidad no se opone a que se documenten por escrito, o en otro tipo de soporte, los actos orales.

La Constitución Española de 1978 no impone una forma determinada, pero manifiesta claramente sus preferencias al establecer en el artículo 120.2 que “El proceso será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. A pesar de esta previsión, el proceso civil ha sido siempre un procedimiento predominantemente escrito. En la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se observa, frente a la regulación anterior, un predominio claro de la oralidad y, por tanto, de los principios a ella inherentes, esto es, el de inmediación y el de concentración, sin perjuicio, como no podía ser de otra manera, de que subsistan determinados trámites escritos. En este sentido, se puede decir que el principal cambio que la nueva LECiv ha producido en los esquemas tradicionales de nuestro proceso civil es el relativo a la forma de practicarse la prueba, que ahora deberá ser en una vista pública, contradictoriamente, en presencia del tribunal, y bajo el principio de oralidad.

La oralidad se manifiesta de modo patente en la forma de practicarse las pruebas y fundamentalmente en aquéllas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, como ocurre en el interrogatorio de las partes y en la prueba de testigos. Desaparecen los pliegos de posiciones y los pliegos de preguntas, y el interrogatorio se efectúa oral y espontáneamente, sin perjuicio de las excepciones relativas al 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 LECiv).

Por último, la oralidad se manifiesta igualmente en el trámite de conclusiones e informes, los cuales se formularán oralmente en el mismo acto del juicio o vista, una vez practicadas las pruebas.

### II. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA ORALIDAD

#### 1. Inconvenientes de la oralidad

Partiendo de la consideración de que, en la realidad práctica del proceso, es imposible la oralidad absoluta, considero que tanto los procedimientos predominantemente escritos, como los que se manifiestan en su mayor parte de forma oral, presentan ventajas e inconvenientes.

Entre los principales inconvenientes de la oralidad<sup>720</sup>, se ha señalado, por un lado, la imposibilidad de que un Juez que lleva simultáneamente multitud de casos, aunque esté presente en las vistas y tenga, por lo tanto, la máxima inmediación, retenga en su memoria, a la hora de resolver, todos los datos que ha visto en cada proceso. Considero que se trata de una afirmación indiscutible pero dicho inconveniente se salva con una documentación adecuada, en el soporte que se establezca en cada caso, de todos los actos procesales, a fin de que el tribunal, con anterioridad a emitir la resolución correspondiente pueda revisarlos.

Por otro lado, se alegan posibles problemas en relación con la publicidad que suele conllevar la oralidad, puesto que, desde el punto de vista psicológico, e incluso sociológico, muchos litigantes no entienden porqué su vida privada debe ser hecha pública en una sala de vistas, especialmente, aunque no exclusivamente, en asuntos de familia o similares<sup>721</sup>.

Asimismo se esgrime que hay procesos en los que la oralidad dificulta los trámites más que los simplifica<sup>722</sup>.

Podría argumentarse igualmente que la exigencia de inmediación, derivada de la oralidad, puede afectar a la eficacia del proceso, ya que la presencia del juez en todo tipo de actuaciones podría traducirse en un incremento de la duración de los procedimientos.

Por último, y si se quiere evitar los anteriores inconvenientes, habrá que mencionar la carestía que puede suponer el necesario incremento de plantilla judicial<sup>723</sup>.

## **2. Ventajas de la oralidad**

Como ventajas a favor de la oralidad cabe destacar que el procedimiento resulta menos formalista y más rápido, facilita la inmediación o presencia del Juez, y, en consecuencia, admite la posibilidad de aclarar y concretar las cuestiones entre las partes. En cambio, el procedimiento escrito resulta forzosamente lento puesto que se expone por escrito y se responde de la misma forma, lo que da lugar a un cruce inacabable de escritos entre las partes.

En este sentido, considero que las ventajas de la oralidad radican fundamentalmente en la vigencia de los principios inherentes a la misma, esto es, la inmediación, la concentración y la publicidad.

La presencia judicial en las vistas y comparecencias de las partes permite que el Juez pueda desempeñar su función de dirección del proceso. Por ello, no sólo en la vista y juicio, sino que considero fundamental la presencia judicial en el trámite de la audiencia previa, en el que la forma oral resulta sumamente positiva a mi juicio, dada la finalidad del

---

<sup>720</sup> *Vid.* un repaso de los principales inconvenientes y ventajas de la oralidad y escritura en NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, *Diario La Ley*, núm. 6701, 2007, Tomo 2, D-102, pp. 1.898-1.906.

<sup>721</sup> NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, cit., p. 1.900.

<sup>722</sup> En este sentido, señala NIEVA FENOLL que hay actuaciones que el juez puede resolver tras un intercambio de escritos entre las partes, porque en la vista no se va a añadir absolutamente nada y los abogados se limitarán a repetir lo que ya hayan dicho por escrito (NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, cit., p. 1.900).

<sup>723</sup> GIMENO SENDRA, V., EN CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CÁTENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2000, p. 37.

mismo. Recuérdese que en la audiencia previa está prevista la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo, para lo cual puede ser fundamental la labor mediadora del Juez, imposible sin su presencia y la de las partes.

Por otro lado, se pretende resolver sobre los defectos procesales que puedan impedir la válida prosecución del proceso hasta una sentencia que resuelva la cuestión de fondo planteada, y la resolución pronta, en el mismo acto o, si se plantean en dicho trámite y es compleja, en los cinco días siguientes, evita dilaciones innecesarias si, finalmente, llegan a estimarse.

En tercer lugar, deben fijarse los hechos controvertidos, para lo cual el Juez puede pedir, o las partes facilitar, en el momento, aclaraciones o alegaciones complementarias que pueden ser importantes para el adecuado cumplimiento de la siguiente de las finalidades de la audiencia, que no es sino la proposición y admisión de las pruebas. A este respecto, cabe recordar que la LECiv de 2000 incorpora la posibilidad de que, si el Juez considera que los medios de prueba propuestos por las partes son insuficientes, puede hacérselo saber (art. 429 LECiv), a fin de que éstas completen el material probatorio.

En cualquier caso, la consecución de todas esas finalidades exigirá la previa preparación de este trámite por parte del Juez<sup>724</sup>, con un estudio preliminar del asunto, analizando los posibles defectos procesales que puedan concurrir y los hechos sobre los que hay controversia.

Siguiendo con las ventajas, ya en la práctica de la prueba, la oralidad y su consecuente inmediación permiten la intervención del Juez en la búsqueda de la verdad de los hechos, a través de las preguntas que puede formular a las partes, el perito y los testigos para obtener aclaraciones, explicaciones o adiciones sobre aquellos extremos que puedan seguir siendo dudosos, tras el interrogatorio de los litigantes o sus defensores, dando cumplimiento a la posibilidad prevista en los artículos 306.1.2, 347.2 y 372.2 LECiv, y permitiendo un papel más activo del juzgador en materia probatoria y en la fijación de los hechos.

Por último, de cara a la valoración de la prueba, se considera que está en mucha mejor situación el juez que ha asistido a su práctica y, no sólo ha escuchado las declaraciones de las partes, peritos o testigos, sino que ha podido observar sus reacciones, el grado de firmeza en las respuestas, la convicción demostrada por el tono de voz o por la actitud al contestar, etc.

En cuanto a los riesgos derivados de la publicidad, que se han incluido entre los inconvenientes, no puede olvidarse que el principio de publicidad de las actuaciones judiciales aparece consagrado en el artículo 120 CE, habiendo señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 96/1987, de 10 de junio que “tiene una doble finalidad: Por una parte, sustraer a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos

---

<sup>724</sup> Precisamente, con base en el argumento de que no siempre existe esa debida preparación previa, sostiene NIEVA FENOLL (NIEVA FENOLL, J., “Los problemas de la oralidad”, cit., p. 1.900) la posible inoportunidad de la oralidad en dicho trámite. En mi opinión, redundando en lo que se expone en el texto, la solución no debe pasar por la eliminación de la forma oral, sino por la dotación de una infraestructura suficiente y, por supuesto, por la adecuación de la forma de trabajar de los Jueces a las nuevas exigencias que marca la actual regulación y que exige, en todos los casos, un examen preliminar, y en ningún caso definitivo, del asunto, con anterioridad a la audiencia previa o la vista.



tal principio, una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”. Por tanto, este principio, en su vertiente externa, conecta directamente con la exigencia de evitar la arbitrariedad, preservando la confianza en los jueces.

La LECiv sanciona el principio de publicidad externa de las actuaciones judiciales<sup>725</sup>, sin perjuicio de que se contemplen excepciones a su vigencia derivadas del específico objeto del proceso y de la necesaria preservación del orden público o de la seguridad nacional, así como de los intereses en juego en los juicios sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que trascienden de los estrictamente privados y particulares de las partes. Por tanto, siempre cabrá en tales casos la posibilidad, una vez calibrados los intereses concernidos, de que el Juez, mediante auto, acuerde en un supuesto concreto, que la vista o comparecencia se celebren a puerta cerrada.

En relación con los inconvenientes basados en la ineficacia, consideramos que a la vista de las ventajas esgrimidas, estamos ante una cuestión que no puede ser analizada en clave de eficacia, en la medida en que los principios inherentes a la oralidad comportan garantías fundamentales para las partes que, sin duda, deberían redundar en la eficacia y justicia de las resoluciones que se dicten.

Por lo que se refiere a las dilaciones que la necesaria presencia judicial podría comportar, se salvan por un lado, mediante una dotación de medios materiales y personales suficientes, de manera que la carga de trabajo asumida por cada tribunal no sea excesiva. Por otro lado, y partiendo del establecimiento de unos plazos razonables y de posible cumplimiento, a través del respeto al principio de concentración que trae su causa igualmente en el principio de oralidad. En este sentido, comparto la opinión de que uno de los máximos responsables de la lenta tramitación de los procesos civiles era su propia estructura, pues la forma desconcentrada y escrita facilita y potencia la dilación. En este sentido, expone muy gráficamente BANACLOCHE PALAO<sup>726</sup> que configurar un proceso como predominantemente escrito supone necesariamente acumular papel, pues toda

---

<sup>725</sup> Refiriéndose a los actos procesales orales, establece en el artículo 138.1 LECiv, que “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”. Esta previsión se complementa con lo dispuesto en el artículo 289 LECiv en relación con la práctica de la prueba en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal, y con la posibilidad de obtener información y copia de las actuaciones judiciales no reservadas por quien acredite un interés legítimo (art. 140. 1º y 2º LECiv y 234 LOPJ). A su vez, el artículo 212 LECiv, refiriéndose a las sentencias y demás resoluciones definitivas, señala que “una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieran dictado, serán notificadas y archivadas en la Secretaría del tribunal, dándoseles publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes

En cualquier caso, habrá que tener en cuenta las posibles limitaciones de acceso a determinados datos contempladas en el artículo 266 LOPJ, modificado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en virtud del cual “el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las Leyes”.

<sup>726</sup> BANACLOCHE PALAO, J., “Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, núm.1, 2000, p. 8.

actuación ha de reflejarse de esta manera. A su vez, cada papel que se presenta ante el tribunal genera nuevos papeles y nuevos actos, pues hay que comunicar a las demás partes su recepción en el Juzgado, y después a la parte primera que las otras conocen el papel presentado y así constante y sucesivamente. Por otra parte, al establecerse plazos para la realización de las diversas actuaciones, se daba pie a que cada una de éstas durase más tiempo del que podría resultar necesario, y si a eso se añade la posibilidad de que muchas de ellas se realizaran de forma no concentrada, resultaba un cierto descontrol que podría terminar redundando en la eficacia y la justicia de la resolución final, pues el juez no podía presenciar los actos de prueba e incluso muchos de éstos debían dejarse para el final, practicándose a través de las diligencias para mejor proveer.

En conclusión, en mi opinión, son muchas más las ventajas de la oralidad, siendo posible superar los inconvenientes, fundamentalmente, con una infraestructura de medios materiales y personales adecuada. Todo ello sin perjuicio de que, en determinados casos, especialmente complejos, la escritura puede favorecer el entendimiento del asunto y permitir al Juez una reflexión más reposada y tranquila a la hora de resolver. En este sentido, considero que la forma escrita de los escritos de alegaciones iniciales ayuda a brindar mayor claridad y orden en cuanto a los planteamientos que dan comienzo al debate procesal. Consideraciones que pueden extenderse al trámite de interposición e impugnación de los recursos devolutivos. En definitiva, es necesario combinar ambas formas procedimentales, sin perjuicio de que en determinados trámites considero imprescindible la oralidad.

### III. ALCANCE DE LA INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN INHERENTES A LA ORALIDAD DEL PROCESO

#### 1. El principio de inmediación

Como ya se ha expuesto, el principio de oralidad está estrechamente vinculado al de inmediación. Contundente se muestra, en este sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 64/1993, de 1 de marzo cuando afirma que “en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial”.

Con carácter general, se puede afirmar que el principio de inmediación implica una relación directa e inmediata del Juez o Tribunal con las partes y sus defensores. Sin embargo, desde una perspectiva más restringida, la doctrina<sup>727</sup> suele distinguir entre un concepto amplio y un concepto estricto del principio de inmediación. En sentido amplio, la inmediación se reduce a la presencia judicial en la práctica de la prueba. En sentido estricto, exigiría que el juez que ha presenciado las pruebas sea el que falle el pleito.

La Exposición de Motivos se hace eco de esta distinción, señalando el apartado I que “se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial o inmediación en sentido amplio”. Por su parte, el apartado IX, en relación con las principales novedades del Título V del Libro I de la LECiv, se refiere a “las normas que, respecto a la votación y fallo de los asuntos, tienden a garantizar la inmediación en sentido estricto, estableciendo, con excepciones razonables, que hayan de dictar sentencia los Jueces y Magistrados que presenciaron la práctica de las pruebas en el juicio o vista”.

---

<sup>727</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R., EN CORDÓN MORENO, F.; ARMENTA DEU, T.; MUERZA ESPARZA, J.J.; TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Arts. 1 a 516, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1.032.

### ***A) Situación anterior a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000***

El artículo 313 LECiv de 1881 exigía terminantemente la audiencia pública en la práctica de las pruebas y las vistas del proceso civil. Asimismo, la exigencia de presencia judicial venía impuesta de forma más explícita en el artículo 229.2 LOPJ, al señalar que las declaraciones, confesiones en juicio, exploraciones, informes y ratificación de los peritos se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, y por el artículo 254.1 LECiv que establecía que el juez y magistrado ponente recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba, añadiendo el párrafo tercero que no podrán encomendarse al Secretario. En el mismo sentido, el artículo 57 del Decreto para el juicio de cognición de 1952 disponía que la prueba se practicara a presencia y con intervención personal e inmediata del juez.

Sin embargo, no existía un deber de inmediación entendida ésta como la exigencia de que el juez que dictara la sentencia fuera el que hubiera practicado las pruebas y oído las alegaciones de las partes, ni precepto legal que regulara las consecuencias de la falta de presencia judicial en la práctica de las pruebas y en las vistas, sin que se entendiera como vicio de nulidad absoluta, ni siquiera de nulidad relativa o anulabilidad. Se consideraba, por el contrario, como un supuesto de mera irregularidad, subsanándose este defecto por la valoración judicial de las actas que reflejaban la práctica de la prueba y las alegaciones de la parte.

En este contexto, eran reiterados los incumplimientos en este ámbito<sup>728</sup>, siendo uno de los extremos en los que se ha producía una mayor disociación entre las previsiones legales y la práctica del foro<sup>729</sup>.

### ***B) El alcance de la exigencia de inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000***

El actual artículo 137 LECiv establece, no ya un principio, sino un deber de inmediación al disponer que:

“Los Jueces y Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto, presencián 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 de llevarse a cabo contradictoria y públicamente”<sup>730</sup>.

---

<sup>728</sup> Pone de manifiesto DE ANDRÉS HERRERO que “una de las mayores y más evidentes “corruptelas” en las que fue derivando el proceso civil venía siendo la celebración de los juicios y pruebas en las secretarías del juzgado, con incorporación de notas escritas en las que se contenían las alegaciones de las partes. Juicios, pruebas y diligencias de vistas en las que no estaban presentes ni el juez ni el secretario”. (DE ANDRÉS HERRERO, M<sup>a</sup> A., “Inmediación, nulidades, filiación y derecho transitorio”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, p. 114).

<sup>729</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ, C., EN FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J. M<sup>a</sup>; VALLS GOMBAU, J. F., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Artículos 1-280, Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000, p. 600.

<sup>730</sup> Como complemento de este precepto, se establecen en el artículo 289.3 LEC de forma tasada las diligencias relacionadas con la prueba que se podrán efectuar ante el Secretario Judicial “la presentación de documentos originales o copias auténticas, la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría de dictamen pericial”.

“Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar la resolución se celebrarán siempre ante el juez o los magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”<sup>731</sup>.

Este precepto, sin embargo, no puede contemplarse de forma aislada, sino que habrán de tenerse en cuenta los artículos relativos a las votaciones y fallos de asuntos y, más concretamente, los que se refieren a los jueces y magistrados a los que corresponde fallar los asuntos. Concretamente, el artículo 194 LECiv establece que en los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución se realizará por el Juez que haya asistido a la vista o juicio, aunque después hubiera dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto, de manera que, si no pudiera, se celebrará nueva vista que presida el Juez que sustituya al impedido, lo que ocurrirá en los casos de imposibilidad previstos en el artículo 200 y en los establecidos en el artículo 194, es decir, si hubiere perdido la condición de Juez o Magistrado, si hubiese sido suspendido en el ejercicio de sus funciones o si hubiere accedido a cargo público o profesión incompatible o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidato a cargo de elección popular. También se celebrará nueva vista si, en el caso de que la misma hubiere comenzado y se interrumpiere por alguna de las causas del artículo 193 LECiv, el Juez ante el que comenzó deba ser sustituido (art. 193.4 LECiv).

En caso de tribunales colegiados, si algún Magistrado se imposibilitase para la votación, dará su voto por escrito y, si no pudiera votar, se decidirá el asunto por los demás magistrados si hubiere suficiente para formar mayoría; en caso contrario, se celebrará nueva vista (art. 199 LECiv).

De una interpretación sistemática de los preceptos transcritos, junto con otros relacionados, cabe entender que la LECiv 2000 lleva la exigencia de la inmediación no sólo a la presencia judicial en las vistas y actos de prueba, sino que llega a imponer que el Juez o Magistrado al que corresponda fallar el asunto sea el mismo que haya asistido a la vista o juicio.

Precisamente, por ello, se ha de ser especialmente cautos en aquellos supuestos en los que puede producirse un cambio de juez o magistrado a lo largo del procedimiento, no cuando ello se debe a alguna circunstancia inesperada o imprevisible, sino cuando ello depende de una decisión judicial. En dichos casos, en mi opinión, debería suspenderse el procedimiento, a la espera de dicha resolución judicial, antes de que lleguen a practicarse las pruebas correspondientes, con independencia de que así se establezca o no expresamente. Por mencionar un supuesto concreto, sería el caso de la acumulación de procesos seguidos ante distintos tribunales. Para esos supuestos, el artículo 81 LECiv dispone que la solicitud de acumulación no suspenderá el curso de los que se pretenda acumular. Sin embargo, como expone la Audiencia Provincial de Valencia (secc. 9ª) en la

---

<sup>731</sup> La obligación se extiende por tanto a todos los integrantes del tribunal, lo cual es acertado puesto que facilita la posterior deliberación del asunto. Señalaba en este sentido MAGRO SERVET, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, elogiando la reforma introducida por este artículo 137.2 que “Si la obligación de estar presente en la práctica de las diligencias de prueba solamente se hiciera extensiva a los magistrados ponentes, como establecía el art. 254 LEC, no tendrían el resto de magistrados del tribunal capacidad de valoración suficiente como para poder debatir sobre la cuestión sometida a deliberación por el tribunal”. (MAGRO SERVET, V., “El principio de inmediación en la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de crear más juzgados de primera instancia para su plena efectividad práctica”, *La Ley*, 2000, tomo 3, D-91, p. 1.687).

Sentencia de 12 de febrero de 2003, la finalidad propia de la acumulación, a la que se refiere el artículo 74 LECiv, y con arreglo a la cual se seguirán los procesos acumulados en un solo procedimiento y serán terminados por una sola sentencia, en relación con los citados artículos 194 y 137 LECiv, permite concluir la imposibilidad de que por la acumulación de los procesos el Juzgador no celebre ni esté presente en la práctica de la prueba de uno de los procedimientos que, necesariamente, habrán de fundamentar el fallo que haya de dictar. Justifica la sentencia citada la posibilidad de suspender con la solicitud ambos procedimientos no sólo en los preceptos mencionados sino también en el artículo 193 LECiv, que resultaría aplicable al supuesto mencionado.

### **C) Excepciones**

El rigor con el que el legislador ha querido instaurar este principio no significa que estemos ante un principio absoluto, sino que la propia Exposición de Motivos alude, cuando se refiere al mismo, a “razonables excepciones”.

Entre las salvedades al principio de inmediación cabe mencionar los supuestos de práctica de prueba mediante auxilio judicial que si bien, reducidos al mínimo (art. 169 LECiv), aún subsisten<sup>732</sup>. En tales casos, aunque se mantendrá la exigencia de la presencia judicial, la convicción del juzgador que finalmente resolverá el asunto se formará con apoyo en la documentación emitida en la celebración de la práctica probatoria, aunque el uso de las nuevas tecnologías puede impedir que deban exceptuarse dichas pruebas de la intervención del Juez que conoce del asunto<sup>733</sup>.

Cabría cuestionarse si el recurso de apelación supone también una excepción a la exigencia de inmediación. En mi opinión, la inmediación es exigible igualmente en apelación en relación con las pruebas que excepcionalmente se practiquen en segunda instancia y la vista que, también con carácter excepcional, pueda celebrarse. El problema se plantea en relación con el material probatorio de la primera instancia, que el tribunal de apelación debe revisar, ya que, a pesar de su grabación audiovisual, la posición del tribunal respecto a las fuentes de prueba es totalmente distinta de la del Juez de primera instancia, sin que pueda intervenir para pedir alguna aclaración o adición (arts. 306.1.2, 372.2 y 347 LECiv). Ello incidirá, necesariamente, en la interpretación que se mantenga en cuanto al ámbito del recurso de apelación.

En este sentido, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, de 18 de enero de 2007 (rec. 47/2006) que “el principio de inmediación, con predominio de la oralidad, que rige en la primera instancia del proceso civil instaurado por la LEC de 2000 (art. 137 LEC, en relación con el art. 229.2 LOPJ), no puede dejar de tener consecuencias en el ámbito del recurso de apelación, ya que, si bien el Tribunal “ad quem” aborda el caso sometido a su conocimiento con jurisdicción plena, aunque con arreglo al sistema de apelación limitada que da lugar a una simple “revisio prioris instantiae” y

---

<sup>732</sup> En este sentido, señala MONTERO AROCA que “la inmediación no se lleva, por tanto, a sus últimas consecuencias; con adecuación a la realidad, y partiendo de la unidad de acto en el juicio, se admiten supuestos excepcionales en los que la prueba puede incluso llegar a practicarse por medio de auxilio judicial, es decir, por juez distinto del que ha de dictar la sentencia” (MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 185).

<sup>733</sup> Vid. art. 229 LOPJ y MAGRO SERVET, V., “Nuevas Tecnologías. El uso de la *webcam* para la práctica de las prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales”, *Diario La Ley*, núm. 6.132, 22 de noviembre de 2004, Ref. D-236.

dentro de los cauces marcados por las partes en sus escritos de impugnación (“tantum appellatum quantum devolutum”), el hecho de que el Juez que ha dictado sentencia en primera instancia sea el mismo que ha presenciado la prueba como consecuencia de la inmediación confiere un carácter necesariamente limitado a la revisión fáctica que, de su valoración probatoria debidamente motivada, pueda hacer la sentencia de apelación”. En este sentido, y partiendo de que la inmediación dota de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia apelada, concluye que “sólo cabe su revisión, bien cuando la prueba sea inexistente o no tenga el resultado que se le atribuye; bien cuando las conclusiones fácticas impugnadas no se apoyen en medios de prueba especialmente sometidos a la percepción directa o inmediación judicial, como es el caso de la prueba documental o incluso la pericial, mientras que en los demás supuestos, el examen revisorio ha de ceñirse a la razonabilidad y respaldo empírico del juicio probatorio, con arreglo a las reglas de la lógica y los principios de la experiencia, sin entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el Juzgador”.

#### ***D) La infracción del principio de inmediación***

Dispone el párrafo tercero del artículo 137 LECiv que “La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones”. Se trata de un supuesto de nulidad amparado por lo previsto en el artículo 225.5º LECiv. Esta misma consecuencia se aplicará en aquellos supuestos en los que se vulnere el principio de inmediación en sentido estricto, procediéndose a dictar sentencia por un Juez distinto al que asistió a la vista y estuvo presente en la práctica de las pruebas, por constituir una vulneración de las normas esenciales del procedimiento<sup>734</sup>.

Por tanto, el principio de inmediación se erige hoy en día en un verdadero presupuesto de validez del acto, constituyendo su cumplimiento un deber para el juzgador y un derecho irrenunciable de las partes<sup>735</sup>. La ineficacia del acto se produce sin necesidad de que concurra indefensión.

En cualquier caso, sin perjuicio de los mecanismos mencionados para la denuncia o control de oficio de la falta de inmediación, la regulación de la audiencia previa y del juicio en el procedimiento ordinario así como de la vista en el juicio verbal, hará difícil que se produzca su infracción en la primera instancia. En este sentido, señala GÓMEZ MARTÍNEZ<sup>736</sup> que “el efectivo cumplimiento de la inmediación queda garantizado, más que por esta sanción de nulidad, por el diseño de las pruebas (especialmente el interrogatorio de partes y testifical con adopción del sistema de la “cross examination”), de las comparecencias y de las vistas, en las que el papel del juez es importante pudiendo tener una intervención más activa y relevante que en la legislación anterior, viéndose obligado a adoptar importantes decisiones sobre la marcha, lo que constituirá un motivo suficiente para hallarse presente en el desarrollo de dichas actuaciones.

A todo ello cabe añadir la exigencia de documentación de las vistas en soporte apto para la grabación y reproducción de sonido y de la imagen, o, si no fuera posible, sólo del

---

<sup>734</sup> Vid. arts. 194 y ss. LEC y 256 LOPJ.

<sup>735</sup> En estos términos se pronuncia DE LAS HERAS GARCÍA, M., “Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC 1/2000”, *Revista del Poder Judicial*, núms. 65-66, 2002, p. 188.

<sup>736</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ, C., EN FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M<sup>a</sup>; VALLS GOMBAU, J. F., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 606.

sonido<sup>737</sup>, sancionada en el artículo 147 LEC, que constituye igualmente una garantía de su cumplimiento.

## 2. El principio de concentración

Se ha señalado que la eficacia de la oralidad y de la inmediación depende de la concentración en el tiempo de las actividades procesales y la sentencia como término de ellas. En este sentido, expone ORTELLS RAMOS que “la consideración, en el momento de dictar sentencia, de las alegaciones orales, del desarrollo de la práctica de la prueba y de la discusión oral final, sólo es posible, sin recurrir a documentos, si entre el momento de producirse aquéllas y el momento de sentenciar, no media un período de tiempo tan prolongado que haya borrado el recuerdo material procesal”<sup>738</sup>.

El principio de concentración exigiría, en consecuencia, que el conjunto de actos procesales se realicen en una sola sesión o, si ello no es posible, en varias consecutivas o, al menos, separadas entre sí por períodos breves de tiempo y que la sentencia se dicte también en el plazo más breve posible.

El nuevo modelo de proceso civil está informado por el principio de concentración que se manifiesta especialmente también en la práctica de la prueba. En este sentido, el artículo 290 LECiv establece que: “Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto. Excepcionalmente el tribunal señalará, mediante providencia, con al menos cinco días de antelación el día y la hora en que hayan de practicarse, los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista. Estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o vista”. Y en el mismo sentido, el artículo 429.4 LECiv señala que “Las pruebas que no hayan de practicarse en el acto del juicio se llevarán a cabo con anterioridad a éste”.

El legislador quiere así que la concentración de actuaciones en el juicio o vista sea una realidad y terminar con la situación anterior en la que, pese a estar prevista en juicios como el de cognición y verbal, no ha dejado de ser un mero deseo incumplido reiteradamente en la práctica.

A favor de este objetivo, la LECiv contiene un conjunto de disposiciones tendentes a evitar suspensiones imprevistas o injustificadas del juicio o vista. Así, impone a las partes que no pudieran acudir a la vista, por absoluta imposibilidad, en el día señalado, la obligación de comunicar de inmediato al Juez, solicitando un nuevo señalamiento (art. 183 LECiv). Por otro lado, se permite, por determinadas causas justificadas, acordar la suspensión de la vista el mismo día en que iban a comenzar las sesiones, pero para ello será necesario no sólo la alegación de la causa de absoluta imposibilidad de asistencia, sino que, además, habrá que justificar de forma bastante que dicha imposibilidad se produjo en un momento en que ya no era posible solicitar nuevo señalamiento conforme al artículo 183 LECiv.

Por último, se regulan restrictivamente los supuestos de interrupción de una vista ya comenzada, y se establece que cuando no puede reanudarse la vista dentro de los veinte

---

<sup>737</sup> En este sentido, DE ANDRÉS HERRERO considera que la exigencia de documentación mencionada es la forma perfecta para obligar al cumplimiento de este principio. (DE ANDRÉS HERRERO, M<sup>a</sup> A., “Inmediación, nulidades, filiación y derecho transitorio”, cit., p. 117).

<sup>738</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 235.

días siguientes a su interrupción, se procederá a la celebración de una nueva vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible.

Por otro lado, para que la inmediación tenga una verdadera eficacia práctica, es necesaria también una proximidad temporal entre el ejercicio de los actos de prueba, declaraciones y vistas y el momento de dictar sentencia.

En cualquier caso, al igual que se ha mencionado en relación con el principio de inmediación, también la aplicación del principio de concentración puede presentar excepciones en determinados casos. En este sentido, además de los supuestos de auxilio judicial, en los que la práctica de la prueba implica una derogación no sólo del principio de inmediación, sino también del de concentración, si bien dentro de los estrictos límites apuntados, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la posibilidad de que se practique prueba anticipada, incluso antes de interponerse la demanda.





## LA ORALIDAD EN LAS TÉCNICAS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS UTILIZADAS POR EL JUEZ EN LA AUDIENCIA PREVIA

M<sup>a</sup> ROSA GUTIERREZ SANZ

Profesora Titular Derecho Procesal. Facultad Derecho de Zaragoza

### I. EL INTENTO DE ACUERDO: CONCEPTOS

A lo largo de todo el proceso civil queda patente que son las partes las que disponen del objeto de la controversia, las que inician el proceso y le ponen fin en cualquier momento. El principio dispositivo que reina en el proceso, relega generalmente al juez, a un papel de tasadas facultades de dirección material del mismo, pero hay un trámite, un momento procesal en que el juez toma la iniciativa, en que el legislador le otorga una tarea especial, y es asistir a las partes para la autocomposición de los derechos en conflicto. Esta misión esta imbricada en la audiencia previa y presidida por la oralidad más pura<sup>739</sup>.

El art. 414.1 LEC establece que una de las funciones de la audiencia previa es “intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso”. Debemos observar la duplicidad de términos que el legislador adopta: acuerdo o transacción. A su vez, el art. 415, alude a conciliación, mientras que el art. 428.2, de nuevo menciona acuerdo.

Para algunos, todas las palabras hacen referencia a una única realidad que consistiría en un acuerdo de las partes que originaría un contrato de transacción judicial<sup>740</sup>. Ciertamente, parece que, puesto que estamos ya dentro del proceso, lo que se pretende es un consenso de voluntades que más tarde se plasme en una resolución que será más ventajosa por no suponer la imposición del juez, sino la avenencia de las partes.

Pero debemos apuntar que en puridad, el legislador se estaría refiriendo a dos realidades bien distintas. La transacción, como el propio CC prevé en su art 1809, se trata de un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Se trata, por tanto, de una fórmula en la que se excluye la intervención de un tercero hasta el momento de su homologación. Tal vez por eso el legislador habla también de “acuerdo” donde si tienen cabida fórmulas de resolución de conflictos en los que intervenga un tercero, en este caso el juez. En estas fórmulas no debemos centrarnos sólo en la ya tradicional conciliación, sino que habremos de dar entrada también a la mediación, aunque el término no aparezca expresamente recogido por el legislador.

---

<sup>739</sup>“...la oralidad es la expresión de la confianza ( “me basta tu palabra” ), mientras la escritura es la expresión de la cautela desconfiada ... ( “las palabras vuelan, los escritos quedan” ) ...desconfianza del juez hacia el abogado, desconfianza del abogado hacia el abogado contrario” y agrega “hay otra razón que explica por qué con frecuencia los abogados prefieren escribir y no hablar: por escrito se pueden presentar, sin rubor, tesis que no se tendría el valor de sostener delante del juez (el papel no se sonroja)”. CALAMANDREI,P, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, 1969, p.211.

<sup>740</sup>BANACLOCHE PALAO,J, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005, p. 338.

La diferencia entre mediación y conciliación está punteada por una fina línea que es difícil no traspasar. La mediación se viene definiendo como un proceso voluntario y confidencial de gestión de conflictos, guiado por un tercero imparcial –el mediador– carente de todo poder de decisión, cuya labor consiste, básicamente, en estimular la comprensión y el diálogo constructivo entre las partes, para que se impliquen y consigan, por sí mismas, elaborar su propia respuesta y compromiso ante el conflicto. El mediador controla y guía el proceso, para que las partes puedan darle todo su contenido.

Por su parte, la conciliación cuenta también con la intervención de un tercero, aunque en este caso su implicación en el proceso decisorio es mayor, ya que se admite que cuando el proceso no avanza, presente propuestas de solución a las partes, con base en lo que el conciliador considere justo, teniendo en cuenta todos los intereses y necesidades de las partes en juego. Las partes conservan, en todo caso, la capacidad de aceptar, modificar o rechazar tales propuestas.

En síntesis, la diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo. Según lo hasta aquí expuesto, la injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de sus propuestas. En cambio en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes.

Es importante destacar, respecto a los términos mediación/conciliación, que no hay una terminología unívoca. El contenido conceptual que se les da, no es unánimemente aceptado por todos los autores, ni es uniforme en todas partes. Algunos autores e incluso algunas legislaciones, entienden por mediación lo que aquí se ha descrito como conciliación y a la inversa.

Como ejemplo de esta ambigüedad terminológica, vemos como la palabra *conciliación* no goza actualmente del favor del público norteamericano, por ello se ha ido remplazado gradualmente por el término *mediación*, creando confusión sobre la delimitación de su contenido semántico. En cambio, en Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Australia y en algún país sudamericano, se usa "conciliación" para hablar de lo que aquí hemos descrito como mediación.

## II. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA FUNCION COMPONEDORA DE LA AUDIENCIA PREVIA

El juez se aparta del papel que tradicionalmente ha venido desempeñando, abandona su *potestas* para hacer uso de la *auctoritas*<sup>741</sup>. Cuando exhorta a las partes para que lleguen a un acuerdo (art. 428 LEC), no lo hace, o no debe hacerlo, desde una postura de fuerza, sino desde la posición que le otorga la confianza que las partes depositan en él. Si difícil es el papel de un componedor, de un conciliador, de un mediador, cuando intenta evitar que el conflicto entre en una escala ascendente, el cometido del juez ante un conflicto profundo, de alta intensidad en el que existen un objeto del conflicto complejo, con elementos materiales e inmateriales (emocionales) y una dilatada proyección temporal, -no podemos olvidar que se ha llegado hasta el proceso-, es una tarea de muy difícil desempeño.

Por todo lo antedicho, parece cuando menos arriesgado afirmar que en el proceso lo que ha de utilizarse es la conciliación y no la mediación o a la inversa. Lo fundamental será el objetivo que pretende el juez en este trámite, y si las herramientas que utiliza son las

---

<sup>741</sup> D'ORS, A. *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid, 1963, p. 19.

adecuadas, manteniéndose, naturalmente, dentro de los parámetros del más absoluto respeto a los principios que rigen el proceso.

El objetivo es claro: intentar poner fin al proceso. Pero ¿cómo hacerlo? La conciliación según el diccionario es: “componer y ajustar los términos que estaban opuestos entre sí; poner de acuerdo”. Curiosamente nuestra ciencia procesal ha venido refiriéndose a la conciliación, a la transacción, como formas “anómalas” de terminación del proceso. En rigor no debiéramos tacharlo de medios anómalos sino que debieran ser catalogados como los medios normales para resolver los conflictos. Lo anómalo es precisamente la heterocomposición, que debe funcionar cuando los otros métodos –la conciliación, la mediación, la negociación...- no son viables<sup>742</sup>.

El legislador hace un encargo al juez: intentar que los litigantes, que han llegado con su conflicto hasta este momento, se pongan de acuerdo. En definitiva le pide que gestione un conflicto, pero que lo haga utilizando paradigmas totalmente distintos de aquellos para los que ha sido preparado.

Los paradigmas clásicos en el ámbito en que nos movemos son el del realismo político y el de derecho.

Con el primero, se produce el reconocimiento del poder, intentando conseguir la paz, imponiendo el respeto al orden preestablecido y utilizando la fuerza coercitiva. Tal método, desde luego, no garantiza en absoluto la superación del conflicto. Las raíces permanecen y en el momento en que el elemento coercitivo desaparezca o se diluya, surgirá de nuevo el conflicto, porque sus raíces perduran.

Con el segundo, se apela al orden social regido por unas normas, por la Ley. La justicia se convierte así en el modo de poner a salvo los valores fundamentales de una sociedad. Visto así, la aparición de un tercero, un juez, para resolver un conflicto es un gran avance de la humanidad<sup>743</sup> frente a los peligros de la justicia privada y del uso de la fuerza.

Este método, sin embargo, tampoco produce una desescalada del conflicto. Exclusivamente, pone fin al mismo pero propiciado por el hecho de que una de las partes gana y la otra pierde. El proceso heterocompositivo precisamente viene caracterizado por el hecho de que mientras una de las partes gana el litigio y ve prosperar su pretensión, correlativamente, ello implica la pérdida de las pretensiones del otro. En el proceso los abogados y el juez se apoderan el conflicto y lo sustraen para su tratamiento y solución a los litigantes. Se puede apreciar una cierta violencia inherente al proceso: dos partes que se enfrentan en una especie de combate “legalizado” y cuya fuerza para resolver, reposa en el Estado que impone su decisión.

Las contiendas surgen de las insatisfacciones, de las tensiones interpersonales, y es necesario que se vean no como problemas sino como oportunidades para el crecimiento y la transformación del ser humano.

Lo que en este momento procesal de la audiencia previa se está pidiendo al juez es que aplique una orientación transformadora del conflicto.

---

<sup>742</sup> HIGHTON, E Y ALVAREZ, G. *Mediación para resolver conflictos*, 1995, p.119 y ss.

<sup>743</sup> MARINA, J.A y VALGOMA, M. *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*. Barcelona, 2000, p. 61 y ss.

Siguiendo la concepción del conflicto como oportunidad y no como algo indeseable en sí mismo, la respuesta ideal no es la resolución de problemas, sino la transformación de los individuos involucrados. Usar los conflictos productivamente significa explorar las oportunidades que ellos presentan para la adquisición del poder y el reconocimiento.

Se trata, en suma, de alentar y ayudar a las partes a realizar, aprovechar, y fortalecer sus capacidades intrínsecas para la autoconfianza y la empatía.

El conflicto aparece así como parte del proceso de probarse y enjuiciarse a sí mismo. Hace que examinemos los asuntos con más cuidado. Nos desafía a desarrollar respuestas y soluciones creativas, siendo el centro, la raíz del cambio personal y social<sup>744</sup>.

No debemos buscar antagonismo entre orden y conflicto, ambos proceden de la interacción del ser humano<sup>745</sup>. El orden podríamos definirlo como un arreglo normalizado del conflicto. El orden viene a determinar que mecanismos deben ser utilizados para resolver un conflicto, y cuales son los límites dentro de los que ese conflicto debe mantenerse.

¿Qué sucede en la actualidad con ese orden? En la actualidad, el orden tradicional, que se traducía en los paradigmas político y de derecho, está transformándose dando lugar a la aparición de otro tipo de fórmulas. Manejar, gestionar el conflicto implica comprender su naturaleza e intentar utilizarlo para conseguir resultados positivos y evitar los negativos.

Es fundamental la relación entre conflicto y percepción. La forma en que los involucrados perciben el conflicto, los objetivos, las intenciones y los motivos del otro, determinarán la intensidad del mismo. Así en muchos casos, la regulación del conflicto tiene que ver con la clarificación de las percepciones y comprensión del otro sujeto<sup>746</sup>.

El conflicto es la percepción de la contradicción, en tanto la cooperación, que aparece como la otra cara de la moneda, es la percepción de la identidad, por tanto contradicción e identidad aparecen así como complementarias<sup>747</sup>.

Los conflictos en sí mismos pueden no ser ni buenos ni malos, lo que determina su sentido positivo o negativo es la forma de resolverlos.

Los conflictos aparecen así como fenómenos ambivalentes. Planteado un conflicto, si este genera la adaptación a una nueva situación, éste puede resultar útil para mejorar, para superar, para aprender..., pero si nos encontramos ante un conflicto no resuelto, o que genera deseos de venganza, resentimiento y frustración o rencor, sería absurdo afirmar que el conflicto es positivo.

Se trata, en suma, de una cuestión de equilibrio constante, entre la tensión que se puede generar con un conflicto y el aprovechamiento de la misma para superarnos y

---

<sup>744</sup> DUFFY, GROVES, GROSCH y OLCZAK. *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Barcelona, 1996, p. 47.

<sup>745</sup> Vid WATZLAWICK, P, *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*. Barcelona, 2002, p. 116 y ss.

<sup>746</sup> LEDERACH, J, *Educación para la paz. Objetivo escolar*. Barcelona, 1984, p. 44 y ss.

<sup>747</sup> MARTINEZ GUZMAN, V, *Filosofía para hacer las paces*, Madrid, 2001, p. 194.

evolucionar. Cuando la angustia generada supera el autocontrol, se empiezan a producir perjuicios, y entonces, las reacciones que se generan resultaran proporcionales al grado de gravedad del perjuicio ocasionado, deviniendo normalmente en actitudes agresivas altamente negativas<sup>748</sup>.

Pero no olvidemos que cuando los litigantes han llegado a este punto, sin haber alcanzado un acuerdo, es muy posible que las partes involucradas perciban que tienen razones suficientes para disputar lo que sea, y se sienten justificadas por cualquier motivo para hacerlo<sup>749</sup>.

Abordar el tratamiento de un conflicto exige formación, capacidades especiales y prácticas mejoradas por parte de los individuos, los grupos, las organizaciones.... Requiere así mismo una actitud de aceptación y una comprensión del poder de las opciones que no siempre son fácilmente toleradas por el sujeto culturalmente inserto en los paradigmas clásicos de resolución de conflictos.<sup>750</sup>, y la pregunta es ¿está el juez preparado para acoger esta tarea?

La LEC establece claramente una obligación. Pero debemos plantearnos si la obligatoriedad solo recae en la actividad, esto es en un somero intento, y no en el resultado, si no estaremos propiciando que se convierta en un mero acto formal. Parece razonable afirmar que el logro de un acuerdo no puede imponerse<sup>751</sup>. Si las partes no lo desean, no cabe imponerlo, pero no debemos desconocer, que la utilización de las herramientas adecuadas determina en muchas ocasiones que se pueda o no conseguir ese acuerdo, al que las partes en inicio no parecían poder llegar.

### III. LAS TECNICAS A UTILIZAR POR EL JUEZ

El juez ante el conflicto, tiene que hacer uso de todas aquellas herramientas que puedan ser útiles para, una vez clarificados los objetivos, alcanzarlos.

¿Cuáles son esas herramientas? La extensión de esta comunicación no nos permite sino apuntar someramente alguna de ellas, considerando además que, en buena medida la técnica empleada estará en función del propio objeto del proceso.

#### 1. Preparación de la audiencia previa

Con carácter general, el juez debería analizar una serie de puntos que a continuación describimos.

##### A) *Análisis del conflicto*

¿Es un conflicto en el que se puede llegar a un acuerdo? ¿Cuáles son las raíces del conflicto? ¿Cuál es su proyección temporal (hacia el pasado o hacia el futuro)? ¿Se tratan de materias sobre las que las partes no puedan disponer? ¿Cuál es la intensidad o profundidad del conflicto? ¿Nos hallamos ante un "conflicto intratable"? ¿De un conflicto

---

<sup>748</sup> En tal sentido VINYAMATA CAMPS,E, *Conflictología. Teoría y práctica en la Resolución de Conflictos*, Barcelona, 2001, p. 26.

<sup>749</sup>MARTINEZ DE MURGUIA,B, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Barcelona, 1999, p. 19.

<sup>750</sup>FARRE SALVA,S, *Gestión positiva del conflicto :taller de mediación. Un enfoque socio-afectivo*. Barcelona, 2006, p. 209 y ss.

<sup>751</sup> GARCIMARTIN MONTERO,R,“La función conciliatoria de la audiencia previa en el juicio ordinario”, *Revista del Poder Judicial* , Nº 82, 2006, p. 158.

básicamente "de intereses materiales negociables"? ¿Cuál es la dimensión del conflicto (número de personas afectadas, grupos, estados ...)?.

### ***B) Análisis de las partes***

En principio, quien tiene capacidad y legitimación para ser parte en el proceso, podrá adoptar validamente un acuerdo sobre el objeto del proceso, siempre lógicamente, que este sea disponible. Cosa distinta es que el juez deba tener presente lo exigido por el legislador en los arts. 414.2 LEC, y los supuestos de litisconsorcio.

Además, el juez deberá tener en cuenta cuál es la disposición o voluntad de las partes, cuáles son sus percepciones o visiones del conflicto, y evaluar la "convergencia" / "divergencia" de percepciones.

### ***C) Análisis de los límites de la intervención del juez***

El juez desarrolla una labor que el propio legislador le encarga, pero al mismo tiempo, el juez debe ponderar su actividad en este trámite, ya que, en caso de no llegar a un acuerdo, tendrá que seguir entendiendo de la causa y tomar una decisión sobre la misma.

### ***D) Preparación de estrategias o herramientas***

Identificación de los "elementos conectores" entre las partes en conflicto y desarrollo estrategias para exteriorizarlos. Desarrollo de estrategias para exponer las divergencias perceptivas. Preparación de las frases, las palabras, el lenguaje corporal y otros elementos comunicativos que se pueden utilizar para crear una atmósfera propicia, para facilitar la comunicación entre las partes, para poner de relieve las divergencias perceptivas existentes, para fomentar los conectores, etc.

## **2. Desarrollo de la actividad componedora en la audiencia previa**

El juez debería iniciar este trámite con una apertura contundentemente positiva, que refleje sin ambages la situación conflictual, pero subrayando los conectores positivos y reconociendo el esfuerzo y actitud positiva de las partes. Tampoco esta de más insertar aquí un análisis del MAAN (Mejor alternativa al acuerdo negociado), así como hacer mención de costos y riesgos de litigar.

A continuación, el juez debe intervenir tan sólo para ayudar a las partes a centrar sus intervenciones y propuestas. No olvidemos que el acuerdo no puede salir de lo que es puramente el objeto del proceso. No cabe que este se extienda más allá de lo establecido por ellos mismos en los escritos de alegación<sup>752</sup>. Debe intentar que las partes analicen sus intereses y no solo las posiciones, cuya inamovilidad les habrá llevado al litigio. El tener una perspectiva externa de la relación conflictual sitúa al juez en una posición más favorable y equilibrada que las partes para estructurar y, en su caso, orientar la audiencia. El juez ha de conducir el proceso comunicativo intentando equilibrar o dar respuesta a las asimetrías comunicativas, de acuerdo con el principio de equidad comunicativa.

## **3. Cierre de la función componedora de la audiencia previa**

En este punto, ha podido suceder que las partes no hayan llegado a ningún tipo de acuerdo, en cuyo caso, el proceso continua, hasta concluir con la decisión judicial.

Si las partes han alcanzado un acuerdo, este podrá ser parcial o total. Solo en este último caso, el juez habrá conseguido el objetivo pleno de este trámite procesal, ya que ante un acuerdo parcial, el proceso deberá continuar aunque solo para la parte del conflicto

---

<sup>752</sup>BANACLOCHE PALAO, J, *El tratamiento de las cuestiones procesales ..cit.* ,p. 339.

no superada. En ambos casos, ya sea frente a un acuerdo pleno o frente a uno parcial, el juez habrá de realizar las siguientes actividades:

**A) Un resumen positivador**

En el que se recojan los acuerdos a los que hayan llegado las partes. De esta forma el juez también se cerciora de que no existe error de alguna de las partes sobre los términos del acuerdo.

**B) Análisis del cumplimiento de los requisitos legales**

El legislador encomienda al juez una labor específica, que le aparta de otros profesionales de la gestión de conflictos, debido a que el acuerdo se está produciendo en el seno de un proceso y va a tener efecto ejecutivo, el juez habrá de velar por la legalidad del acuerdo, esto es, revisar si efectivamente en el mismo concurren los requisitos de índole objetiva y subjetiva. La inmensa mayoría de estos requisitos habrán sido ya objeto de estudio por el juez, en el momento de preparar la sesión, tal y como hemos dejado plasmado.

**C) Un reconocimiento de las partes y del proceso**

En cuya virtud el juez reconozca el esfuerzo de las partes, felicitándoles por ello y valorando el desarrollo del trámite, con sus logros y limitaciones correspondientes.

**D) Dar forma a lo acordado**

Como reiteradamente hemos advertido el papel del juez es singular en este trámite, ya que además de las funciones propias del profesional que gestiona la resolución de un conflicto, debe atender a las que le son propias como órgano jurisdiccional. Llegados a este punto es necesario que lo convenido por las partes adopte una forma procesal que dote a ese acuerdo de la fuerza ejecutiva que va a tener. Las partes llegados a este momento del proceso pueden tener un claro criterio de la forma que debe adoptar su acuerdo. No podemos olvidar que nos hallamos ante un trámite en el que los abogados habrán analizado cual es la fórmula más conveniente. El art. 428 LEC se remite al 415 y abre así un elenco de posibilidades. El art 415.1, pº. 2º, hace referencia tanto a la posibilidad de desistir del proceso, como a la homologación judicial de lo acordado, siendo esta segunda fórmula equiparable en sus efectos a la transacción judicial, a la que alude el 415.2. Entiendo no obstante, al igual que buena parte de la doctrina<sup>753</sup>, que el legislador no ha querido limitar las posibilidades de dar forma procesal al acuerdo excluyendo las no mencionadas. Desde luego, el legislador no desconoce que el acuerdo puede frustrarse en cualquier momento, y poner impedimentos y limitaciones en cuanto a la forma de reflejarlo, carece de todo fundamento. No obstante, también es posible que el juez, que ha tomado parte considerablemente activa en la tramitación de este acuerdo, pueda no imponer pero si aconsejar a los litigantes la fórmula a adoptar<sup>754</sup>.

---

<sup>753</sup> GONZALEZ MONTES, F., “La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000 de 7 de enero”, *Tribunales de Justicia*, nº 10, 2000, p.1053 ,GIMENO SENDRA, V. “Características esenciales de la “audiencia previa” en *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Valencia, 2003, p. 146.

<sup>754</sup> En este sentido GARCIMARTIN MONTERO, R. “La función conciliatoria de la audiencia...cit, p, 171.



El papel del juez es, desde luego, complejo. Es diferente del que habitualmente desempeña dentro del proceso aplicando un poder coercitivo que defina y conduzca las relaciones humanas hacia el objetivo deseado. Con esta fórmula se trata el conflicto de forma bien distinta, llevando a las partes a desarrollar un proceso intelectual en el cual se desarrollen soluciones racionales, y para esto tiene que hacer uso, aparte de su bagaje como jurista, de una serie de capacidades comunicativas, y de habilidades interactivas, para las que, quizás, en la actualidad este poco preparado.

# ELEMENTS OF WRITTEN PRESENTATION IN POLISH CIVIL TRIALS AS THE FACTOR STREAMLINING PROCEEDINGS.

KINGA FLAGA-GIERUSZYŃSKA, PHD

Assistant professor. Chair of the Civil Procedure. University of Szczecin. Poland

## I. INTRODUCTION

Although the principle of oral presentation admittedly pertains to trial activities in Polish civil proceedings, various elements of written presentation appear more and more often, which have the advantage that they allow to organize and to encapsulate the statements of parties as well as to establish the parties' trial standpoints explicitly – an objective that is sometimes hard to achieve while delivering addresses at the trial (especially for persons unfamiliar with the courtroom – appearing in court is a huge experience that results in chaotic and fragmentary statements).

Such solutions are applied more and more widely, although, at the same time, it must be borne in mind that delivering statements in writing may in fact not always be a simpler way for a party to present its theses (e.g. many people do not do well at filling in any kinds of forms). Therefore, applying the written, more formalized form must be coupled with an appropriate system of legal aid for people who are not able on their own to wade through the requirements for pleadings, and who cannot afford to hire a professional trial attorney.

## II. PRINCIPLE OF ORAL PRESENTATION

The principle of oral presentation, in express terms, was not provided for in the Act of 17th November 1964 – Civil procedure code (Journal of Laws No 43, item 296, with amendments), however, its existence in the doctrine does not evoke any reservations. This principle stipulates that in civil proceedings, the court is predominantly presented with the actual state of circumstances and with the body of evidence by the parties orally. According to art. 210 of the civil procedure code, the trial proceeds in such a way, that after announcing the case, the parties – at first the plaintiff, and subsequently the defendant – put forward their claims and motions orally, together with their statements and evidence to support them. Parties can also provide the legal bases for their claims and motions. Each party should make statements as for the claims of the opposite party, concerning factual circumstances. Furthermore, the trial includes, depending on the circumstances, the evidential proceedings followed by a discussion. Obviously, it is not possible to apply the principle of oral presentation in an absolute manner, and therefore it is not possible to ignore the paramount meaning of written pleadings submitted in the course of proceedings, which will be discussed below.

The principle of oral presentation pertains to the parties and participants in the proceedings, and as for the court, the principle of written presentation is in effect.

## III. TRIAL PLEADINGS

### 1. Basic issues

Pleadings include motions and declarations of parties lodged outside the trial (art. 125 § 1 of the civil procedure code). According to art. 126 of the civil procedure code, every pleading should include:

- designation of the court to which it is addressed, the name and the surname or the designation of parties, their statutory representatives and attorneys;
- designation of the kind the pleading;
- background information on the motions or declarations and evidence to support the circumstances quoted;
- signature of the party or the party's statutory representative or attorney;
- list of annexes.

When the pleading is the first writing in the case, it should additionally contain a designation of the parties places of residence or registered seats, their statutory representatives and attorneys and the matter of dispute, while further pleadings should contain the signature code of the records (art. 126 § 2 of the civil procedure code).

In this last context it is worthwhile emphasizing that the legislator implements a written procedure of starting a civil trial. The only exceptions to this rule are cases concerning regulations related to labor law and to national retirement insurances according to which a worker or an insured person acting without a lawyer or a legal adviser may bring an action, an appeal or submit orally for protocol other pleadings at a competent court (art. 466 of the civil procedure code). At the same time the legislator determined in express terms the formal requirements a lawsuit should meet as the pleading starting a civil trial. The lawsuit should satisfy the requirements of a pleading (art. 126 of the civil procedure code), and should also contain:

- 1) accurate description of the demand, and in cases for property rights also an indication of the value of the object of dispute, unless the object of the case is a specific sum of money;
- 2) quoting the factual circumstances justifying the demand, and if necessary also a justification of the choice of court (art. 187 § 1 of the civil procedure code).

In the optional part however the lawsuit can contain motions as to securing the action, appending a writ of immediate execution and conducting the trial in absence of the plaintiff as well as motions serving for preparing the trial, particularly motions for:

- 1) summoning witnesses and experts indicated by the plaintiff to the trial;
- 2) conducting an examination;
- 3) ordering the defendant to hand in a document or an object of examination in his possession, necessary to carry out evidence proceedings;
- 4) demanding submission of evidence in possession of courts, offices or at third parties to the trial (art. 187 § 2 of the civil procedure code).

Regulations enabling the removal of formal flaws of pleadings are an essential element of the correct use of pleadings (above all art. 130 and n. of the civil procedure code) which in certain cases implement stricter criteria of professionalism on parties represented by a lawyer or a legal adviser (e.g. in accordance with art. 479<sup>9</sup> § 1 sentence 2 of the civil procedure code pleadings with no receipt of delivery or certificate of posting by registered mail attached, are subject to dismissal without summoning the party to removing the flaw).

## **2. Significance of trial forms**

The Polish legislator uses trial forms as a type of trial pleadings, which are to precipitate demanding repeatable, simple and small claims. This institution sometimes stirs up controversy, because some opponents raise the argument that official forms are not always easy and that it is necessary to introduce the right for the plaintiff to choose between the traditional form and the confined form of trial forms. However, voices against it are rare and it should be assumed that the institution of trial forms has entered into practice, ordering the statements made by parties and forcing them to include in the written pleading all the information and theses necessary to hear the case at its preliminary stage.

Therefore, in cases determined in the Code of civil proceedings, the pleadings are submitted on these official forms. The scope of applying official forms can be perceived in two aspects:

1) subjective – the plaintiff is obliged to submit the lawsuit on an official form, if he or she is a contractor or a vendor demanding claims resulting from the following contracts:

- for the provision of postal and telecommunications services,
- for transport of persons and luggage in the mass communication,
- for delivering electric energy, gas and fuel oil,
- for delivering water and carrying sewage,
- for transport of waste matter,
- for delivering thermal energy.

2) objective – applying official forms is compulsory in the case of a lawsuit, a reply to a lawsuit, an objection to a judgment in default and pleadings containing evidence motions contributed in summary proceedings. These proceedings aim at efficient and effective adjudication of minor and uncomplicated cases:

- for claims resulting from agreements, if the value of the matter of dispute does not exceed ten thousand zlotys (approx. 3000 Euro), and in cases for claims resulting from a warranty, from a guarantee of quality, or from the variance of consumer goods with the consumer sale contract, if the value of the subject of the contract does not exceed this amount,

- for the payment of rent for the lease of residential premises and for the payment of fees payable by the lessee and payments for using residential premises in a housing cooperative, irrespective of the value of the matter of dispute.

The Justice Minister determines in a directive the specimens and the methods of making official forms available to parties, if special regulations require that pleadings be filed on such forms. The specimens should meet the requirements for pleadings, special requirements for the proceedings, in which they are supposed to be applied, as well as the necessary instructions for parties as to how to fill in the forms, how to file them and what the consequences might be if the forms do not meet those requirements. Official forms should be made available in courthouses and outside courts, in ways convenient for parties, at a reasonable cost.

### **3. The acceleratory function of preparatory pleadings**

A preparatory writing is a pleading aimed at preparing the trial, in which one should describe the case concisely, provide a reply to the statements of the opposite party and evidence appointed by that party, and finally, indicate the evidence which is supposed

to be presented during the trial, or enclose that evidence (art. 127 of the civil procedure code). If it does not contain these elements, it should be supplemented subject to art. 130 of the civil procedure code. Preparatory pleadings can also contain lawful argument, which is particularly desired if the party is represented by a lawyer or a legal adviser. In principle, such arguments are aimed at: firstly – facilitating adjudication of the case by the court, secondly – convincing the court to the interpretation of the law offered by the party<sup>755</sup>. Moreover, according to art. 207 § 3 of the civil procedure code party represented by a lawyer or a legal adviser, a patent agent or the General Attorney Office of the State Treasury, the presiding judge can oblige the party to file a preparatory pleading within an appointed time, in which the party is obliged to provide all statements, charges and evidence, or else shall lose the right to invoke them in the course of further proceedings.

The role of preparatory pleadings for the acceleration of a civil trial cannot be overestimated, since competent use of this possibility by the presiding judge as part of preparing the trial allows to collect a lot of information essential for adjudicating the case, as well as to clarify doubts concerning the nature and the crux of the dispute, owing to which the trial can be devoted to analysis of the remaining issues. On the other hand, however, the court is not obliged, or even authorized to accept preparatory pleadings which contain nothing essential for the case and are only a sign of an internal need of the author to write, or which clearly aim at stalling the proceedings. In such situations the presiding judge should return the pleadings to the party without calling the party to remove formal<sup>756</sup> flaws. Only such a disciplined approach to the institution of preparatory pleadings will help to accomplish its function of streamlining a civil trial.

#### IV. SPECIAL FORMALISM OF PLEADINGS IN SEPARATE PROCEEDINGS IN COMMERCIAL CASES

In separate proceedings in commercial cases, pleadings play a special role, because their appropriate form and content make it significantly more realistic that the case can be brought to an end in the first instance, within the time set in art. 479<sup>16</sup> of the civil procedure code, according to which the court should seek to pronounce a sentence within three months from the date of submitting the lawsuit. In commercial cases the legislator particularly stressed the need to take pre-trial attempts at solving the dispute by conciliatory means. Additional obligations, essential for an effective action, and particularly interesting in view of these deliberations, have been imposed on the plaintiff. Specifically, according to art. 479<sup>12</sup> § 2 of the civil procedure code the plaintiff should enclose a copy of a written complaint or call for the defendant to voluntarily comply with the plaintiff's demand, together with a statement of the defendant's stance in this matter, as well as written information or copies of documents confirming attempts to clarify arguable issues by means of negotiations. This regulation lists a whole catalogue of documents which are supposed to demonstrate explicitly that the plaintiff wants to bring an action after attempting all other, non-legal possibilities of settling the dispute.

The procedure discussed here imposes particular burdens on the parties to the trial (assuming their professionalism), which are not present in other civil cases. In accordance with art. 479<sup>12</sup> of the civil procedure code, in the lawsuit, the plaintiff is obliged to give all

---

<sup>755</sup> ZIELIŃSKI, A., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. ZIELIŃSKI, A., Warszawa, 2008, p. 233

<sup>756</sup> JĘDRZEJEWSKA, M., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. ERECIŃSKI, T., t. 1, Warszawa, 2007, p. 342

statements and evidence to support those statements under discipline of loss of the right to invoke them in the course of proceedings, unless the plaintiff can prove that it was not possible to invoke those statements in the lawsuit or that the need to invoke them arose later. In this case further statements and evidence supporting them should be invoked within two-weeks from the day, on which invoking them became possible or the need to invoke them arose. On the other hand, art. 479<sup>14</sup> § 1 and 2 of the civil procedure code stipulate that in lawsuits, in which the court did not issue an order of payment under proceedings by writ of payment based on documents or on the plaintiff's statements, the defendant is obliged to reply to the lawsuit within two weeks from the day of receiving the lawsuit. Any response to the lawsuit contributed after that time is subject to remission.

In reply to the lawsuit, the defendant is obliged to give all statements, claims and evidence to support those statements and claims under discipline of loss of the right to invoke them in the course of proceedings, unless the defendant can prove that it was not possible to invoke those statements in reply to the lawsuit or that the need to invoke them arose later. In this case further statements and evidence supporting them should be invoked within two-weeks from the day, on which invoking them became possible or the need to invoke them arose.

To sum up, with regard to art. 479<sup>14</sup> § 1 of the civil procedure code, the limitation on the sued party includes all statements, charges and evidence for supporting them, irrespective of their meaning for adjudicating the case. Possible statements or charges, i.e. quoted only in case the statements invoked first turn out to be ineffective or are not taken into consideration by the court. Subject to art. 479<sup>14</sup> § 1 of the civil procedure code, the limitation on the sued party includes all statements, charges and evidence supporting them, irrespective of their meaning for adjudicating in the case. This is also applicable to possible statements or charges, i.e. invoked only in case the statements presented first turn out to be ineffective or are not taken into consideration by the court. At the same time art. 479<sup>12</sup> § 1 of the civil procedure code, addressed to the plaintiff party, obliges the court to omit belated statements, that is treat them as if they had never been lodged and dismiss belated evidence submissions. As a consequence of a misfeasance consisting in omitting all statements and all evidence to prove those statements the party loses the right to invoke them in the further course of the lawsuit.

The effects of the limitation extend not only onto new statements and new evidence to support them, but also onto new evidence submitted further in the course to support statements contained in the earlier lawsuit. The austere consequences of the limitation system were alleviated by excluding its application in cases where it was not possible for the party to invoke all statements or evidence in advance or when the need to invoke them arose later. Although the decision as for accepting and recognizing belated statements about facts as well as belated evidence motions was left to the court, the act nonetheless imposes strict limits on the confidential power of the judge<sup>757</sup>.

## V. SEPARATE PROCEEDINGS WITH SEPARATE WRITTEN STAGE

### 1. Proceedings by writ of payment based on documents

The first example of proceedings that assume the written form in their fundamental phase are proceedings by writ of payment based on documents. According to art. 484<sup>1</sup> of the civil procedure code, the case in these proceedings is heard during a closed session. In

---

<sup>757</sup> Wyrok SN z 24.2.2006 r., II CSK 143/05, LEX nr 180201 (ruling of the Supreme Court)

order to start proceedings by writ of payment based on documents the plaintiff must file a written motion in the case, included in the lawsuit. In proceedings by writ of payment based on documents, it is possible to issue an order of payment only as for pecuniary claims and fungible things (as distinguished from specific things). In these proceedings an order of the payment is issued only when any of the following documents, which are clearly specified in art. 485 of the civil procedure code, is enclosed:

1) if the circumstances justifying the claim are proven by an enclosed – a) official document, b) bill accepted by the debtor, c) a default notice and the debtor's written declaration of recognizing the debt, d) request for payment accepted by the debtor, returned by the bank and not paid because of a lack of money in the bank account.

2) order of payment against the obliged from a bill of exchange, a check, a warehouse warrant (part of a warehouse certificate which states that a pledge has been established on the goods stored at the warehouse) or a properly filled warehouse receipt (part of a warehouse certificate which confirms possession of the goods stored at a warehouse) – if their authenticity and content are beyond doubt; if rights resulting from a bill of exchange, a check, a warrant or a receipt are passed on the plaintiff, in order for the court to issue an order, it is necessary to provide documents to justify the claim, provided the passage of the said rights to the plaintiff does not result directly from the bill of exchange, the check, the warrant or from the receipt;

3) a contract enclosed with the lawsuit, a proof of performing a mutual nonfinancial service and a proof of delivering an invoice or a bill to the debtor, if the plaintiff is claiming payment of p benefits or interest in business transactions specified in the Act of 12 June 2003 on the due payment days in business transactions (Journal of laws No 139, item 1323);

4) if the bank makes a claim on the basis of an excerpt from bank registers signed by persons authorized to make declarations regarding property appurtenances of the bank, with the bank's seal and a proof of delivering a written default notice to the debtor.

Not always, however, will the plaintiff present the required documents, or other circumstances may arise (e.g. missing a distinct motion of the plaintiff), making it impossible to adjudicate the case during the closed session. In such a situation, the presiding judge appoints the trial on the basis of general principles, unless the case can be heard in a closed session for other reasons (e.g. it is possible to issue an order of payment in proceedings by writ of payment based on the plaintiff's statements – art. 498 § 1 of the civil procedure code).

The catalogue of documents required in these proceedings shows that they play a special role in commercial relations, because it is most often used in the separate proceedings in commercial cases for settling disputes between entrepreneurs that arose within the framework of their business activity. By issuing the order of payment the court rules that within two weeks from the day of delivering the order, the defendant must satisfy the demand in full, including expenses, or must lodge an appeal in the form of charges within that period.

If the defendant submits an effective counterclaim against the order of payment, the proceedings enter a second phase – based on general principles, because the presiding judge orders a trial and serves charges on the plaintiff. In this way begin the proceedings, in which the court declares the order of payment to be legally valid or rescinds it.

Moreover, an order of payment in proceedings by writ of payment based on documents can be rescinded:

1) if the order of payment cannot be served because the whereabouts of the defendant are not known, or if the order could not be served on the defendant in domestic territory;

2) if, after issuing an order of payment, it turns out that at the time of bringing the lawsuit the defendant did not possess court capacity, capacity to stand trial or a representing body and these flaws had not been removed within the time limit set in accordance with the regulations of the civil procedure code.

## **2. Proceedings by writ of payment based on the plaintiff's statements**

Proceedings by writ of payment based on the plaintiff's statements are less formalized hence their wider application as for pecuniary claims (as for other claims – if so determined by special regulations). The court hears cases in closed sessions and in the course of these proceedings, orders can also be issued by justices' clerks.

According to art. 499 of the civil procedure code, an order of payment in proceedings by writ of payment based on the plaintiff's statements cannot be issued, if according to the content of the lawsuit:

1) the claim is evidently groundless;

2) the circumstances quoted raise doubts;

3) satisfying the claim depends on a mutual service;

4) the whereabouts of the defendant are not known or if the order could not be served on the defendant in domestic territory.

If there are no grounds for issuing an order of payment, the presiding judge orders a trial, unless the case can be heard in a closed session as a result of other circumstances (e.g. the defendant in a commercial case recognized the lawsuit – art. 479<sup>17</sup> of the civil procedure code).

By issuing the order of payment the court rules that within two weeks from the day of serving the order, the defendant must satisfy the demand in full, including expenses, or must lodge an appeal within that period (art. 502 of the civil procedure code). If the defendant submits an effective counterclaim, the order of payment ceases to be effective, and the presiding judge orders a trial and orders the appeal and a summons to court to be served on the plaintiff. The order of payment ceases to be effective to the extent of the counterclaim. An appeal on the part of only one of the co-defendants against the same claim and against one or some of the claims results in the order ceasing to be effective for those defendants or claims only.

Moreover, an order of payment is rescinded:

1) if the order of payment cannot be served because the whereabouts of the defendant are not known, or if the order could not be served on the defendant in domestic territory;

2) if, after issuing an order of payment, it turns out that at the time of bringing the lawsuit the defendant did not possess court capacity, capacity to stand trial or a representing body and these flaws had not been removed within the time limit set in accordance with the regulations of the civil procedure code.

If an order of payment issued in proceedings by writ of payment based on the plaintiff's statements ceases to be effective or is rescinded, the proceedings enter a phase of trial based upon general principles, unless other reasons for closed proceedings arise.



Both these proceedings, by writ of payment based on documents, and by writ of payment based on the plaintiff's statements, have functioned in the Polish civil procedure for a long time, although political and economic transformation has obviously left a mark on the regulations governing these proceedings, adjusting their stipulations to the requirements of legal transactions. However, the problem of effectiveness of those proceedings is not in the efficiency of those proceedings themselves in their written stage, but in the scope of actions taken after the defendant submits an appeal, and, most of all, in enforcing orders of payment, which takes a long time and is too often ineffective.

## VI. CONCLUSIONS

To sum up, the courts should use trial instruments with elements of written presentation that will speed up and streamline civil trials, also with reference to parties of proceedings. Admittedly, K. Piasecki stresses that the civil trial, as an intricate system, is not devoid of an inclination to lengthiness. It is not bad itself but is to be used against evil. Therefore, it should be improved and is worthwhile improving also in terms of freeing it from the organic condition of lengthiness<sup>758</sup>. To this purpose, the suggestions of K. Korzan should be acted upon, who showed in his research on trial efficiency that making proper use of trial regulations may significantly increase the speed of handling civil cases<sup>759</sup>. Implementing electronic communication media on an increasingly larger scale as means of replacing pleadings in their traditional form is one example of such an approach. At the moment, however, the costs of applying such a solution are a basic barrier (the party must possess an electronic signature, which means an expense of about 150 Euro). This barrier is to some extent eliminated by the recently published project of Electronic Proceedings by Writ of Payment Based on the Plaintiff's Statements, which, according to its authors' assumptions, is to contribute to simplification and acceleration of adjudicating certain civil cases by courts<sup>760</sup>. This purpose may be achieved by liberalizing judicial proceedings and automating the court's activities as much as possible. In such proceedings, the plaintiff submits the lawsuit by means of an electronic form. The plaintiff is identified in the system by the PESEL (personal identification) number, and the order of payment is issued without conducting any evidence proceedings, and after it has become binding, the court issues a writ of execution. The project is not free from real dangers and it is well to identify them at the stage of designing the system itself. Above all, it is necessary to remember that a quite large group of citizens exists, who will never use computer tools (older persons, some disabled persons etc.). Certainly, the security of a system based on PESEL (personal identification number) identification is another problem, owing to frequent cases of unauthorized access to personal details. Nevertheless, it cannot be denied that this is a valuable initiative, which can be an excellent starting point for working out an effective, cheap and secure system.

---

<sup>758</sup> PIASECKI, K., *Przewlekłość sądowego postępowania w sprawach cywilnych – przyczyny i środki zaradcze*, Nowe Prawo, 1989, p. 29

<sup>759</sup> KORZAN, K., "Cel i przyczyny wpływu ustawodawstw obcych na kształtowanie się systemu prawa postępowania cywilnego w Polsce a zagadnienie odrębności narodowych", *Jednolitość prawa sądowego cywilnego a jego odrębności krajowe*, red. SAWCZUK, M., Lublin, 1997, p. 250

<sup>760</sup> GOŁACZYŃSKI, J., ADAMSKI, D., ŁUKOWSKI, W., KOTECKA, S., SZOSTEK, D., KUTYŁOWSKI, M., <http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/modules/Projects/files/EPU.31.01.pdf>, p. 1

## EL JUICIO VERBAL ESPAÑOL: PRINCIPALES PROBLEMAS PARA SU DESARROLLO CONCENTRADO\*

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General)

### I. INTRODUCCIÓN

El Juicio verbal español está regulado en los artículos 431 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2007 y está configurado como un procedimiento adecuado para la tramitación de pretensiones procesales sencillas.

Son pocos los artículos que regulan esta modalidad de juicio declarativo con el que se persigue agilidad, facilidad, rapidez y concentración procesal y temporal. Pero en tan pocos artículos podemos encontrar una deficiente técnica legislativa, que a su vez provoca dispersión normativa en la regulación de una misma institución, una tramitación confusa e incompleta del juicio verbal o también calificada de farragosa<sup>761</sup>, y que plantea disfuncionalidades de integración normativa.

Pero esta es la situación con la que enfrenta el legislador a cualquier operador jurídico y en estos momentos no queda más remedio que tratar de salir al paso de esa coyuntura a falta de medidas de reforma de la LEC –que tanto se reclama en sectores judiciales-.

Ante esta situación no puede hacerse otra cosa que poner de manifiesto los problemas y apuntar soluciones a los mismos, aunque no siempre con pleno convencimiento.

### II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL JUICIO VERBAL.

El ámbito de adecuación del juicio verbal está regulado en el art. 250 LEC, y si bien no plantea especiales problemas sí cabe apuntar que respecto de algunas materias particularmente importante sí se plantean dudas.

Principalmente es en materia de pretensiones por daños ocasionados por vehículos de motor con ocasión de la circulación donde se presentan los problemas, siendo esta una materia con alta litigiosidad.

Existe disparidad de criterios entre la doctrina al respecto de la vigencia o no de las normas contenidas en las Disposiciones Adicionales primera y segunda de la LO 3/1989, de 21 de julio, de actualización del Código Penal. Pero es mayoritaria<sup>762</sup> la postura que

---

\* Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, referencia: SEJ2005-08384-C02-01, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos.

<sup>761</sup> GARNICA MARTÍN, J.F., “El juicio verbal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: principales problemas que plantea”, Tribunales de Justicia, marzo 2001, pág. 21.

<sup>762</sup> GARNICA MARTÍN, J.F., “El juicio verbal...”, op. cit., pág. 22. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El juicio verbal y de estado civil en la nueva LEC. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados*, La Ley, núm. 5325, 7 de junio de 2001, pág. 3.

entiende derogado tácitamente el hasta ahora conocido como “juicio verbal del automóvil”, por lo que procede estar a la cuantía para la interposición de estas pretensiones por el juicio ordinario o el juicio verbal.

La situación de hecho con la que nos encontramos es la siguiente. La LEC no ha derogado expresamente las normas especiales de la LO 3/1989, sin que exista impedimento alguno para que así lo hubiera hecho, dado el carácter ordinario de esas mismas normas, como reconoce expresamente la Disposición Final única de la LO 3/1989. Ahora bien, en tal caso sólo cabe suponer una derogación tácita de las reglas especiales que contiene la LO 3/1989 por evidente contraposición a lo dispuesto a lo largo de la LEC.

Cabe apuntar, en cambio, que no existe una total oposición o incompatibilidad entre las normas de la LEC y las de la LO 3/1989, de lo que se desprende que debe estarse a la correcta integración de ambos bloques normativos. Del resultado de esa labor de integración, en lo que al procedimiento a seguir se refiere, cabe entender derogada la Disposición Adicional primera.1 de la LO 3/1989, relativa al procedimiento a seguir, de modo que para este tipo de pretensiones se seguirá el procedimiento ordinario adecuado según la cuantía, es decir, son de aplicación los arts. 249.2 y 250.2 LEC.

Continúa vigente la Disposición Adicional primera.3 de la LO 3/1989, en materia de prueba, al resultar compatible con lo dispuesto en el art. 282 LEC. En cambio, deben entenderse derogadas el resto de Disposiciones Adicionales primera.2 y 4 y Disposición Adicional segunda de la LO 3/1989, en virtud de lo dispuesto en los arts. 42.1.9º y 449.3 LEC y de la normativa de ésta en materia de ejecución provisional.

La LEC contiene normas especiales para la tramitación de estas pretensiones, pero relativas sólo a la competencia territorial (art. 52.1.9º) y a los depósitos para recurrir (art. 449.3).

Apuntar que la voluntad del legislador era la de derogar las D.A. 1ª y 2ª de la LO 3/89, como se pone de manifiesto en el proyecto de reforma de LOPJ que acompañó al proyecto de LEC y que finalmente por razones extrajurídicas no prosperó.

A continuación apuntamos otros problemas de adecuación procedimental del Juicio Verbal:

a) Para la fijación de la cuantía a reclamar debe tenerse presente la posibilidad que brinda el art. 220 LEC de reclamar la condena de prestaciones futuras, de modo que aunque formalmente el valor de la pretensión no supere los 3.000 euros, sí puede superarlo de hecho.

b) En materia de arrendamientos se defiende que si se trata de reclamaciones de cantidad no acompañadas de una petición de deshaucio, siempre se sigue el juicio ordinario, con independencia de la cuantía.

c) Desaparece el procedimiento de solicitud de alimentos provisionales: la nueva LEC configura un proceso plenario sobre alimentos, que no impide que, basándose en nuevos hechos se puedan formular posteriores reclamaciones.

d) Con diferencia a la anterior regulación, pasan a ser procesos plenarios los relativos a la pretensión de adquirir la posesión (interdicto de adquirir), el desahucio en precario, y el referido por alimentos.

### III. INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR.

Otro elemento importante que incide en la eficiencia del Juicio Verbal es la intervención en el mismo de los profesionales del Derecho. Sin embargo, la preceptiva participación o no de profesionales causídicos dista también de tener una regulación clara y concluyente.

Los artículos 23.2.1º y 31.2.1º LEC establecen, respectivamente, que en “los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros” no es preceptiva la intervención de procurador y abogado. Sin embargo la interpretación y aplicación de esta norma no está exenta de problemas. De una parte, cabe una interpretación literal de ambos preceptos que apuntaría a la siguiente conclusión: cuando se sigan los trámites del juicio verbal, ya sea por la materia ya sea por la cuantía, si el valor de la pretensión calculado conforme lo dispuesto en la LEC, no es superior a 900 euros no será preceptiva la intervención de estos dos profesionales. Pero de otra parte cabe una interpretación sistemática de esos preceptos alcanzándose una conclusión distinta a la anterior: la excepción a la obligatoria intervención de esos dos profesiones sólo procede en el caso de pretensiones de reclamación de cantidad inferior a 900 euros, es decir, cuando el procedimiento adecuado es el juicio verbal por razón de la cuantía, conforme el art. 250.2 LEC.

A favor de la primera de las interpretaciones está el aforismo *in claris no fit interpretatio*, así como que la presumible sencillez de un procedimiento por reclamaciones de cantidad baja no es un criterio por sí mismo suficiente; las consideraciones jurídicas para condenar al pago de un cantidad baja pueden ser complejas en función de los hechos y la situación jurídica y a ello cabe añadir el completo desconocimiento que el actor puede tener sobre el modo de operar los tribunales.

Pero no es menos cierto, que de seguir una interpretación literal de los arts. 23.2 y 31.2 LEC serán muchos los casos de Juicio Verbal por razón de la materia que, a pesar de un valor económico bajo de la pretensión, la complejidad jurídica podrá ser, en cambio, notoria.

La conexión sistemática de los arts. 23.2 y 31.2 LEC debe buscarse partiendo de este planteamiento: dejemos que un ciudadano lego en derecho acuda ante los tribunales exigiendo el pago de una cantidad baja, ¿se le debe exigir que presente una demanda en forma, aunque sea sucinta?, ¿deber conocer la obligación existente, como veremos, de acompañarla de determinados documentos procesales y materiales? No parece razonable, que estos mínimos requisitos, sencillos de cumplir para un profesional del derecho, puedan exigirse al ciudadano al que se le permite que se postule así mismo en juicio. ¿Además, debe recurrir al conocedor del derecho para que le cuantifique el valor económico de su pretensión procesal?

En cambio, resulta muy sencillo remitir la posibilidad de comparecer y defenderse en juicio por sí mismo en aquellos casos en los que la Ley permite que el juicio se inicie por medio de un simple impreso, que según el art. 437.2 sólo se pueden utilizar en el caso de pretensión de reclamación dineraria inferiores a 900 euros.

Por último, a este respecto, cabe apuntar que existen otros problemas, que nos limitamos a enunciar: ¿Qué ocurre si la contraparte se persona con abogado y procurador, a

pesar de no ser preceptivo? Si quien comparece asistido de estos profesionales es el actor, se le da tres días al demandado para que comunique igual decisión al juzgado (o solicite asistencia gratuita). Si es el demandado el primero en comparecer con abogado y procurador lo comunicará al juzgado en el plazo de tres días desde la citación; de ello se da traslado al actor para que notifique el juzgado si se personará con asistencia técnica (o solicita asistencia gratuita).

#### IV. EL TIPO DE DEMANDA EN EL JUICIO VERBAL Y SUS REQUISITOS.

Dispone el art. 437.1 que “el juicio verbal principiará mediante demanda sucinta, en la que se consignarán los datos y circunstancias de indentificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida”.

Pero con independencia de la consideración puramente nominal sobre si una *demanda sucinta* es algo distinto a la tradicional *papeleta de demanda* (o demanda simple) de la LEC/1881, lo importante es el contenido del acto y en esto no cabe observar diferencias sustanciales entre la regulación anterior y la actual. Sin embargo, sí se plantean importantes dudas respecto de los documentos que deben acompañarse con la demanda y su naturaleza.

Con la normativa anterior se convenía por la jurisprudencia que sólo era necesario acompañar la papeleta de demanda de tantas copias de la misma como partes demandadas, pero no de los documentos procesales y materiales que se aportaban en el momento de la comparecencia. La cuestión estriba en si se puede aplicar idéntica solución con la nueva normativa, pues bien visto el contexto normativo actual guarda una gran similitud con el anterior (el art. 720 LEC/1881 guardaba silencio al respecto y por su parte el art. 504 LEC/1881 era un artículo de aplicación general; pero había que estar a los art. 514 y 552 LEC/1881), si bien la presencia de alguna norma dificulta que se alcance idéntica solución. Como se verá, toda esta cuestión redundará en un problema de práctica de la prueba documental en el Juicio Verbal.

En un primer momento se ha mantenido que con la demanda del juicio verbal no es necesario acompañar ni los documentos procesales ni los materiales (quizá fruto de una incorrecta interpretación gramatical). Pero de la contextualización del art. 437 LEC con las normas generales sobre la presentación de documentos en los procesos de decalración, en particular los arts. 264 y 265 LEC, parece deducirse lo contrario.

La cuestión que plantea mayor resistencia –pero aún así fácil de superar– es la relativa a la aportación de los documentos procesales a los que se refiere el art. 264 LEC: en su caso, el apoderamiento del procurador; en su caso, la acreditación de la representación legal u orgánica del actor; y, en todo caso, la acreditación del valor económico de la pretensión procesal.

El problema surge del tenor literal del inciso inicial del artículo en cuestión, que establece que “con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal” se acompañarán los referidos documentos. Entendemos que una correcta interpretación gramatical pone de manifiesto que el sintagma “o en su caso” no tiene una función copulativa o acumulativa respecto de las expresiones “demanda y contestación a la demanda”, sino disyuntiva sólo respecto de la “contestación de la demanda”, es decir, que sólo del demandado presentará esos documentos al comparecer en juicio.

Pero una interpretación sistemática también ayuda a resolver la cuestión en este mismo sentido<sup>763</sup>. Si tenemos en cuenta que el valor de la pretensión puede ser relevante tanto a los efectos de la competencia como del procedimiento, y que, por ejemplo, la declinatoria se debe formular antes de la vista, no se compagina esta opción del legislador con el hecho de que el documento que acredite el valor de la pretensión se aporte precisamente en el momento de la vista. Por otra parte, el art 253 LEC exige que en toda demanda se exprese y justifique el valor económico de la pretensión formulada, lo que abunda en esta exigencia puesta de manifiesto en el art. 364. 3º LEC.

En cuanto a los documentos materiales, el art. 265.4 LEC es determinante en esta cuestión, pues dice: “en los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 en el acto de la vista”. Ese precepto no tiene ningún sentido si no se parte del hecho de que el demandante ya ha presentado sus documentos conjuntamente con la demanda.

Todo esto es de aplicación para el caso de que se haga uso del impreso formalizado, por lo que en el mismo se deberá dejar constancia de estas circunstancias. Sin embargo no se advierte así, y es más en la guía del CGPJ para “el acceso personal a la justicia civil” sólo se dice que se tienen que entregar tantas copias firmadas del impreso o escrito como demandados. Y además añade esto con relación al acto de la vista: “a este acto deberá acudir con todas las pruebas que considere oportunas (documentos, facturas, recibos, testigos, dictámenes o informes...)”.

La aportación de estos documentos es decisiva en aspectos como: a) el control jurisdiccional de algunos presupuestos procesales; b) facilitar la defensa al demandado.

Pedraz<sup>764</sup> niega que se tengan que acompañar, pues según él los documentos sobre el fondo deben aportarse siempre en el momento de la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, en el momento en que se identifica la *causa petendi*. Pero afirma que es consciente del tenor literal de los preceptos arriba citados.

La presentación de documentos después de la demanda tendrá que estar amparada por lo dispuesto en el art. 270 LEC. Para los documentos procesales procede la subsanación. Existen, además, normas especiales sobre documentos a acompañar en el juicio verbal en las situaciones contempladas por el art. 266 LEC en relación con el art. 439 LEC.

La regulación de la demanda del Juicio verbal plantea además dudas al respecto de la producción o no de litispendencia; de las posibilidades de un *mutatio libelli*; o sobre la ampliación de la demanda.

## V. LA CELEBRACIÓN DEL ACTO DE LA VISTA.

Establece el art. 440.1 LEC que examinada favorablemente la competencia y el resto de presupuestos procesales, el juez admitirá a trámite la demanda, le dará traslado de

---

<sup>763</sup> BANACLOCHE PALAO, G. “En el juicio verbal regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ¿hay que aportar con la demanda los documentos procesales y aquellos en que la parte funda su derecho?”, Tribunales de Justicia, núm. 6, julio 2000, pág. 720.

<sup>764</sup> PEDRAZ PENALVA, E.; BLASCO SOTO, C., *Proceso Civil Práctico* (Dir. GIMENO SENDRA), tomo V, Madrid, 2002, pág. 5-15.

la misma al demandado y citará a las partes para la celebración de la vista nunca antes de 10 días ni más tarde de 20 días.

Esta bienintencionada voluntad del legislador puede tropezar con un conjunto de problemas de índole fundamentalmente práctico. Estos son algunos de ellos expuestos brevemente:

a) El juez dispone de 5 días para el examen de los presupuestos procesales, y debe oír a la parte y al MF, por ejemplo, para la falta de jurisdicción y de competencia;

b) Es dudoso a qué criterio debe atender el juez para señalar el día de la vista. Si atendemos al tenor literal del art. 440.1 LEC la vista debe celebrarse entre 10 y 20 días “desde el (día) siguiente a la citación” a las partes, lo que plantea el problema de cómo tiene constancia del día de la recepción de la referida citación para ambas partes.

Si se cumple estrictamente lo dispuesto en el art. 151.1 LEC (3 días máximo para notificar un resolución judicial) el juez puede tener un criterio orientativo, en otro caso su preocupación debe centrarse en garantizar el plazo mínimo (que es un plazo general según el art. 184.2) para evitar una situación de indefensión.

c) La llamada de un tercero al juicio (art. 14.2.2 LEC) debe hacerse antes de la celebración de la vista.

d) La citación a las partes es para su interrogatorio, igual que en el proceso laboral, y se olvida de la citación de peritos, a diferencia del art. 429 LEC.

Salvados los anteriores obstáculos la vista se abre con la exposición por las partes de sus respectivas pretensión y resistencia. En primer lugar se ventilarán las cuestiones procesales y después las relativas al fondo del asunto (art. 443 LEC). A partir de aquí los problemas son:

a) Las partes han de comparecer por sí mismas y además con su procurador y abogado, si estos son preceptivos. Pero téngase en cuenta que la sola personación del procurador lleva a que se tengan por admitidos los hechos que tuvieran que ser objeto de interrogatorio. Si comparece la parte pero no su procurador y/o abogado, parece que lo razonable es suspender la vista, pero de la ley pueden deducirse otras consecuencias más drásticas. En cambio, no se prevé el efecto de que no comparezca ninguna de las dos partes, a diferencia del art. 414 y 432 LEC. No procede un desistimiento, por su carácter bilateral. Para resolver conforme el art. 432.2 LEC faltará que el demandado haya contestado a la demanda.

Según Pedraz<sup>765</sup> la no comparecencia del actor beneficiará siempre al demandado si este solicita que continúe la vista, pues al no estar configurada la pretensión y, según él, no acompañar la demanda de documentos sobre el fondo, el juez, si el demandado no solicita la apertura del juicio a prueba, no podrá aplicar el art. 429.1.II LEC, por lo que acabará dictando una sentencia absolutoria. Pero el verdadero problema de esta situación es que no se ha definido el objeto del proceso.

Por otra parte la declaración de rebeldía del demandado tendrá lugar siempre y cuando este no haya realizado alguna actuación previa (por ej. interponer declinatoria). Luego existen dudas sobre la aplicación del art. 497.1 LEC y la notificación de la rebeldía.

---

<sup>765</sup> PEDRAZ PENALVA, E.; BLASCO SOTO, C., *Proceso Civil Práctico*, op. cit., pág. 5-135.

b) La práctica de la prueba en el juicio verbal tampoco está exenta de problemas. La Ley se remite a las normas comunes en materia de prueba (art. 445 LEC), con la particularidad de que las pruebas se proponer, se admiten y se practican en el mismo acto de la vista. Sin embargo cabe llamar la atención, de una parte, sobre las dificultades de compatibilidad de determinadas normas generales sobre la prueba y, de otra, de la necesidad de que se practiquen en unidad de acto y la brevedad de los plazos previstos en la Ley.

El periodo probatorio no goza de autonomía procedimental por lo que la preparación de la actividad probatoria debe anticiparse a la celebración de la vista (en el Juicio Ordinario las partes disponen de uno o dos meses para entre la proposición y la práctica, comprobarlo). Pero pueden aparecer una serie de problemas que provoquen, como dice Garnica “que se tarde mucho más para sustanciar un juicio verbal que uno ordinario”<sup>766</sup>. Apuntamos algunos:

1) Es dudosa la posibilidad de que el juez señale la insuficiencia de las pruebas propuestas en el acto de la vista y que a continuación proponga los medios adecuados para cubrir esas deficiencias en los términos del art. 429 y 443.4 LEC si no media una interrupción de la vista.

2) El demandado tiene tres días desde la notificación de la demanda para citación judicial de testigos que quiere llevar al juicio y antes debe haber buscado un abogado<sup>767</sup>.

3) La práctica de pruebas por exhorto requiere que las pruebas se hayan admitido previamente en la vista (art. 169 LEC); habría que aplicar el art. 193.1.2 ó 3 LEC. También arts. 311 a 313 y 169.4 LEC: no está previsto ni cómo ni cuándo se tiene que alegar la imposibilidad de acudir a la vista.

4) También es dudosa la aplicación del art. 290 LEC; de nuevo parece que exija una interrupción de la vista.

5) La introducción de hechos nuevos o de nueva noticia ex art. 286 LEC tiene fácil arreglo en el Juicio Ordinario (arts. 426, 433 y 435 LEC), pero en el verbal no, y no existe causa de interrupción para ello. Sólo será posible si la vista se retrasa o se prolonga durante varias sesiones<sup>768</sup>.

6) Cabe apuntar la posibilidad de realizar pruebas anticipadas en atención a la remisión que el art. 445 LEC hace a los arts. 293 a 298 LEC. Si se solicita antes de presentar la demanda, el tratamiento de la cuestión debe ser idéntico en el Juicio ordinario y en el verbal, y la petición se dirige al tribunal competente para el asunto principal, que debe controlar en todo caso su competencia (art. 293.2 LEC). En cambio, una vez presentada la demanda el actor la podrá solicitar en el propio escrito de demanda y el demandado en un escrito *ad hoc* antes de la celebración de la vista. El juez debe acceder a su práctica si concurren todos los presupuestos para ello, llevándose a cabo con total respeto al principio de contradicción (art. 295 LEC), por lo que se tendrá que citar a las partes y a quien debe intervenir en dicha prueba.

Cabe igualmente apuntar algunos problemas concretos relativos a los medios de prueba singularmente contemplados.

---

<sup>766</sup> GARNICA MARTÍN, J.F., *El juicio verbal...*, op. cit., pág. 31.

<sup>767</sup> GARNICA MARTÍN, J.F., *El juicio verbal...*, op. cit., pág. 31.

<sup>768</sup> OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El juicio verbal...*, op. cit., pág. 5.



1) En el interrogatorio de las partes cuando se pregunte por hechos no personales a contestar por un tercero (art. 308) o hechos que sólo puede conocer una persona perteneciente a una entidad (art. 309) o bien la dificultad de llevar a cabo el interrogatorio previsto para organismos públicos (art. 315)

2) Para la prueba testifical los problemas pueden aparecer en la declaración domiciliaria o por exhorto (art. 364). Algún autor propone que para evitar la interrupción de la sesión se utilice el mecanismo de la prueba anticipada (Mariscal de Gante, 18), o que la tacha de testigos pueda obligar a interrumpir la sesión.

3) La prueba pericial: art. 339. En el caso de los núm. 1 y 2 del art. 339, la vista se suspenderá; pero en el caso del núm. 4, art. 339, será imposible su aplicación (Pedraz, 5-158). Igualmente es dudosa la posibilidad de designación judicial de los peritos.

Por último, en esta relación de situaciones que pueden entorpecer el normal desarrollo de la vistas de los Juicios verbales, queremos apuntar otras situaciones que determinaran, en atención a ciertas previsiones legales, la interrupción o suspensión de las mismas.

Así, por aplicación de los arts. 193.1.4 y 188.1.3 y 4 LEC, se podrá acordar cuando la voluminosidad o complejidad de los documentos aportados por el demandado no permitan centrar su examen y formular preguntas al respecto; también en el caso de que el demandado solicite que se exhiba un determinado documento (arts. 328 y 329 LEC); para requerir a un tercero la exhibición de un documento (art. 330 LEC) y de igual modo para solicitar certificación o exhibición de documentos por la Administración (art. 332, 333 LEC); o en el caso de que se solicite el cotejo pericial de las letras (art. 346 y ss); etc.

## VI. PRÁCTICA DE CONCLUSIONES

A diferencia de lo previsto en los artículos 431, 433 y 436.1 LEC para el Juicio Ordinario, en la regulación del Juicio Verbal no está prevista expresamente que tras la realización de la prueba se puedan presentar conclusiones sobre la misma. Para el Juicio Verbal, aparentemente de manera contraria a lo previsto en aquellos preceptos, el artículo 447.1 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 diez días siguientes”.

Para completar el referente normativo en el que debemos movernos, debemos añadir que si bien es cierto que para el juicio verbal no hay una previsión específica de este tipo de alegaciones, la situación cambia si se acude a la regulación general de las vistas en la LEC (arts. 182-193 LEC). En concreto, el artículo 185 LEC, al regular la celebración de las vistas, en su apartado 4 indica que “concluida la práctica de la prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas”

El artículo 433.1 párr. 1 LEC señala que “practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos. El párrafo 2 del apartado citado continúa añadiendo que “a tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo

manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos”.

El párrafo 3 concluye indicando que “en relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen pareceres dispares a este respecto<sup>769</sup>, lo que por sí ya es suficientemente indicativo de que merecería una toma de postura clara y expresa por parte del legislador, como ya se ha hecho en alguna remisión concreta a la tramitación del juicio verbal<sup>770</sup>.

Somos partidarios, atendiendo a las ventajas y beneficios que pueden representar para la mejor resolución de los pleitos y no creemos que impliquen ningún elemento extraño ni dilatorio en un procedimiento esencialmente oral, de que puedan realizarse este trámite de conclusiones. A falta de una previsión expresa –como de una exclusión en sentido contrario- sobre el tema opinamos, y así compartimos la opinión de otros muchos autores, que cabe una aplicación supletoria de las previsiones generales del artículo 185 LEC.

La situación en la jurisprudencia es aún más perpleja, pues en la práctica cotidiana de los tribunales podemos encontrar un variopinto panorama que va desde la exclusión radical de su práctica, hasta el acceso a la misma, pero pasando por su consideración de preceptivas o bien supeditando su práctica a la petición expresa de las partes.

---

<sup>769</sup> En contra de esta posibilidad: ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.), 7ª edición, 2007, p. 425; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.). Madrid 2001, pág. 339. A favor de la misma: ILLESCAS RUS, A. V., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS), Barcelona, 2000, tomo II, pág. 2056; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.). Madrid 3ª edición, 2004, p. 433; MONTERO AROCA, J.; FLORS MATIES, J., *Tratado de juicio verbal*. Cizur Menor 2004, 2ª edición, pág. 935.

<sup>770</sup> El artículo 195.2 de la Ley 22/2003, 8 julio, Concursal, prevé expresamente el trámite de conclusiones.

## AGGREGATE PROCEEDINGS AS TOOLS FOR PROVIDING EFFICIENCY IN CIVIL PROCEDURE

ROBERT KULSKI

Assistant Professor. University of Łódź, Poland

All aggregate proceedings encompass claims or defenses held by many persons for unified resolution, which may be trial or settlement<sup>771</sup>. Examples of aggregate proceedings include class actions, mass tort actions<sup>772</sup>, derivative lawsuits<sup>773</sup>, actions naming multiple conspirators, inventory settlements, intervention and bankruptcy proceedings. Diverse types of aggregate proceedings exist and new variations often arise. One can divide these proceedings into categories along functional lines. Based on that there are three categories: aggregate lawsuits, administrative aggregations and private aggregations<sup>774</sup>. All of these

---

<sup>771</sup> “Aggregate” is defined as “formed by combining into a single whole or total” (*Black’s Law Dictionary* with GARNER, B.A., St.Paul., Minn., 1999, p. 66). Some scholars use term “aggregate litigation” that refers to litigation in which the claims of many individuals are aggregated, whether by joinder, consolidation or class certification, e.g. SHERMAN, E.F., “Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process”, *The Review of Litigation*, 2006, vol. 25:4, p. 692. Professor Hensler, has used term “large scale litigation”, by which she means litigation comprising large numbers of like claims – hundreds, thousands, tens of thousands, or even more – pursued more or less collectively. As Professor Hensler has noted there are varieties of devices for pursuing large-scale litigation other than the class action, including multi-district litigation, formal consolidation, informal aggregation, and bankruptcy. HENSLER, D.R., “Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, vol. 11, pp. 181-182, 189-191. Sometimes, the term “group action” can be met to describe all forms of common, joint, procedural activity, for instance, consolidation of cases, and joinder of parties. Professor Lindblom has paid attention to the fact in this case the typical representative situation is not present. The essence of group actions is that they seek redress for wrongs done to a group and that the plaintiff, the representative, seeks recovery not only for himself but also (or only) for all the members of the group who are not appearing in court. LINDBLOM, P.H., “Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure”, *American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, p. 820.

<sup>772</sup> Mass torts may be class actions. However, a mass tort class action differs from the traditional representative litigation because in mass tort class action many class members have obtained individual legal representation and filed their own lawsuits prior to class certification, HENSLER, “Revisiting the Monster”, cit., p. 183.

<sup>773</sup> A lawsuit arising from injury to another person, such as a husband’s action for loss of consortium arising from an injury to his wife caused by a third person, *Black’s Law Dictionary*, cit., p. 455.

<sup>774</sup> *Principles of the Law of Aggregate Litigation. Tentative Draft No. 1 (April 7, 2008)* with The American Law Institute, p. 15. It should be emphasized that the most enormous literature on aggregate proceedings is American legal literature. Most of American scholars concentrate on class action. The problem is the lack of wider publications on that issue in Polish legal literature. The papers that have been published so far focus on class action and present only general information on this institution (KASPRZYK, R., “Class

have different structures and present different problems. The form of proceeding is one of factors affecting the extent to which aggregation separates ownership of claims from control of litigation.

Aggregate lawsuits can be joinder actions or representative actions. Joinder actions involve multiple plaintiffs or defendants and bind only parties. Representative actions involve at least one plaintiff and one defendant and have potential to bind other represented persons.

The most common way to bring a person into a lawsuit as a plaintiff or a defendant is by joining that person as a co-participle (joinder or co-participation). Sometimes, all persons who are jointly affected by a tort or are otherwise interested in the same litigation are required to join a complaint as co-plaintiffs (to join a defence as co-defendants), meaning that a lawsuit will not proceed if any are absent (compulsory joinder)<sup>775</sup>. In this case, if in the action any co-person that has to participate in litigation has been omitted and then the court passed the awarding judgment or judgment of dismissal due to reason other than lack of standing of the party, this judgment will be impracticable judgment (*sententia inutiliter data*). More often, the rules of procedure are permissive, allowing persons with related claims (defences or responses) to join as co-participates but not requiring them to (voluntary or permissive joinder)<sup>776</sup>. In a case involving permissive joinder it is important to determine the party (parties). According to legal system, either the group (of co-plaintiffs or co-defendants) itself (as one unit) or every member of group is the party (litigant).

The main reason for allowing joinder of plaintiffs with related claims is convenience. A plaintiff is free to sue multiple defendants separately or to decline to join with other plaintiffs having similar claims. Permissive joinder helps parties and courts avoid the unnecessary loss of time and money that the duplicate presentation of evidence relating to facts common to more than one demand for relief would entail<sup>777</sup>. As to compulsory joinder of parties, the goal of that is to protect absent individuals – as well as those before the court – from inconsistent judicial determinations or impairment of their interests. This category of joinder of parties also saves judicial resources by preventing multiple trials of similar issues<sup>778</sup>.

It must be underlined that the ability of joinder to reach all potential co-participants is inherently limited<sup>779</sup>. First, potential co-participants may be left out of a suit. Second, when they are, other parties may be unable to bring the missing person in. Third, other rules, such as concerning jurisdiction, also limit the potential of a permissive joinder action

---

Action”, *Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica*, 1986, vol. 27, pp. 55-88, and KULSKI, R., “Class Action in US Federal Civil Procedure”, which is being published and the basic theses of this paper were presented during the Congress of Polish Chairs of Civil Procedure in Niechorze in 2007).

<sup>775</sup> See Article 72 § 2 of the Polish Code of Civil Procedure.

<sup>776</sup> See Articles 72-74 of the Polish Code of Civil procedure.

<sup>777</sup> KLONOFF, R.H., *Class Actions and Other Multi-party Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 2007, p. 368; WRIGHT, CH. A., MILLER, A.R., KANE, M.K., *Federal Practice and Procedure*, 3d ed., 2006, vol. 7, § 1652.

<sup>778</sup> KLONOFF, *Class Actions*, cit., p. 378.

<sup>779</sup> *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, cit., p. 25.

to encompass all interested persons. Therefore, in many instances a joinder is not recommended to achieve the efficiencies of party aggregation<sup>780</sup>.

The best known form of representative action is the class action<sup>781</sup> that permits a lawsuit to be brought by or against large numbers of individuals or organizations whose interests are sufficiently related so that it is more efficient to adjudicate their rights or liabilities in a single action than in a series of individual proceedings<sup>782</sup>.

Class actions unquestionably have both a “representative” element and “aggregate” element<sup>783</sup>. This institution proceeds through the use of one or more named plaintiffs (defendants) who serve as class representatives and who represent the interests of all class members, both present and absent. Class action also involves claims of individuals that are heard together, or aggregated, into a single lawsuit. It should be noted that class action is the classic alternative model to permissive joinder because in the majority of world legal system the very first requirement of class action is that joinder of all members of a putative class must be impracticable.

Besides class action exist other representative lawsuits and they may be numerically more common. Examples include actions by agents, trustees or other persons authorized to manage affairs on behalf of represented persons or affecting their interests and actions by associations on behalf of their members<sup>784</sup>.

---

<sup>780</sup> TIDMARSH, J., TRANGSRUD, R.H., *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*, New York, 2002, pp. 71-74, and 76-77. In theory, intervention could provide an important supplement, but in many situations, a nonparty may prefer not to intervene in continuing process to bide his or her time and bring an action in a different court. No court has a *sua sponte* power to order intervention. Articles 75-83 of the Code of Civil Procedure.

<sup>781</sup> Many EU countries already have a class-action-type of mechanism in the form of “group litigation” or “representative actions or proceedings” (such as England and Wales, Germany, Netherlands, Portugal, Russia, Spain, Sweden), and also Norway, Israel. See generally HODGES, CH., “Multi-party Actions: A European Approach”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, vol. 11, p. 321. Some countries are still at the point of mere discussion and preparation of projects for possible reforms e.g. Poland. See also National Reports from International Conference co-sponsored by Stanford Law School and Oxford University “The Globalization of Class Actions” in 2007; <http://www.law.stanford.edu> and GIDI, A., “The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005, vol. 23, pp. 37-53.

<sup>782</sup> See generally NOTE, “Developments in the Law – Class Actions”, *Harvard Law Review*, 1976, vol. 89, p. 1318.

<sup>783</sup> BASSETT, D.L., “Constructing Class Action Reality”, *Brigham Young University Law Review*, 2006, pp. 1418-1419.

<sup>784</sup> On the topic of rights of action to organizations (e.g., consumer associations) or independent public bodies (e.g., administrative agencies) see: MISIUK, T., “Powództwo organizacji społecznych w sprawach dotyczących ochrony środowiska”, *Studia z prawa postępowania cywilnego*, Warszawa, 1985; KOCH, H., “Non-Class Group Litigation under EU and German Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, vol. 11, pp. 355-367. Representative litigation occurs in other contexts as well including administrator of estate or guardian protecting the legal interests of incapacitated person.

Representative proceedings of all types bind represented persons only when certain conditions are met. In general, the named party and the represented person must have a common interest. The named party must have an interest in prosecuting the claim or defense zealously, and must do so in fact. Moreover, the representative proceeding must produce a final order or decree. Other requirements apply to specific kinds of representative proceedings.

In all representative actions it is important to determine criteria according to which the group is constituted. It needs to be underlined that serious doubts concerning the number and character of the group may create problems with defining individuals bound by the judgment delivered in litigation. Representative actions come in many forms, ranging from those in which a nonparty expressly authorizes a party to provide representation to those in which representation occurs without the represented person's knowledge or consent and possibly against that person's wishes. The class action falls somewhere in between, its precise location depending on the amount of notice given, the existence and number of opt-out opportunities, and other considerations.

It should be pointed out that at present, the biggest discussion being held in Poland refers to choosing the opt out or opt in regime<sup>785</sup>. It is stated that the opt out model, the main concern of which is commencing a class action by the representative plaintiff without the express consent of the class members, is contrary to the rule of *vigilantibus iura scripta sunt*. It is also stressed that person is required to take a positive step to disassociate from litigation which he or she has done little or nothing to promote. It does not seem that arguments contra opt out approach would exclude the possibility of introducing this regime in Poland. Polish civil procedure allows to bring action not only by interested person but also by prosecutor or „social organization”<sup>786</sup>. It can be added that access to court of justice is the basic rationale for class action and attachment to the class should be promoted. Finally, the opt-out model causes that efficiency and the avoidance of multiplicity of proceedings are increased for all concerned.

No US-style class action exists in Poland<sup>787</sup>. However, as mentioned, such procedural mechanism enabling greater access to justice has been accepted by the Codification Commission. It is unlikely that an US-style class action mechanism would be eventually introduced, although adoption of some kind solutions of American class action is likely<sup>788</sup>. Representative actions, on the other hand, have had quite a long tradition in the Polish civil procedure, and are now being developed further. The most significant powers of initiating litigation and joining a lawsuit at a later stage on behalf of citizens have been

---

<sup>785</sup> As an alternative to the election between an opt-out or opt-in regime, another option is to give the court the discretion to decide whether class members should be required to opt into or out of the proceeding. The choice of regime by court depends on which model is most appropriate to the particular circumstances and which one contributes best to the overall disposition of the case. MULHERON, R., *The class action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford – Portland Oregon, 2004, pp. 33-34.

<sup>786</sup> BRONIEWICZ, W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa, 2005, pp. 66-74.

<sup>787</sup> It has to be mentioned that in cases to admit provisions of a contract to be illicit judgment of the court for the protection of competition and consumers is binding non-parties as well (Article 479[43] of the Code).

<sup>788</sup> Rzeczpospolita on 10-11 May 2008, No 109.

entrusted by the Polish Code of Civil procedure to prosecutors<sup>789</sup> and “social organizations”<sup>790</sup> (the Code describes the latter in generic terms and further description is provided by the Regulation of the Ministry of Justice of 10 November 2000<sup>791</sup>). Moreover, the amendment of the Code (in 1996 and 1998) introduced competence of labor inspectors and regional (town) consumer ombudsmen to bring action and join a pending lawsuit concerning determination of the existence of a labor relations (Articles 63[1]-63[2] of the Code) or to protect of consumers’ rights (Articles 63[3]-63[4] of the Code). In such cases the Code orders enforcement of provisions as to the role of the prosecutors.

Administrative aggregation includes all procedures that enable judges to coordinate separate lawsuits for efficient processing. Examples are intradistrict or multidistrict consolidations of actions, removal, and informal cooperation. Generally, all such procedures require that cases be factually or legally related, because only then is coordinating processing likely to be efficient.

Consolidation permits the amalgamation of actions or issues involving at least one common question of law or fact<sup>792</sup>. Courts have virtually unfettered discretion regarding consolidation. Court may consolidate two or more entire actions, require a joint hearing or trial of the issues common to several actions, or combine actions or issues only for the pretrial phase of litigation. The court can exercise the power to consolidate actions without the consent of the parties and without the parties being identical in all the actions. Sometimes, as the effect of consolidation of actions the situation resembling joinder may appear. As a practical matter, consolidation occurs mainly when separate lawsuits have strong overlaps, typically because all plaintiffs claim to have been injured by the same product, the same accident, or the same course of conduct. The nature of the underlying activity at issue in the cases may affect the desirability of consolidation, its timing, or its extent. When an accident affecting a sizeable population generates considerable litigation, early aggregation and pretrial consolidation of all or most of the individual cases generally has proved to be feasible and efficient. In deciding whether to consolidate, the judge will

---

<sup>789</sup> The general note on the role of prosecutors in civil litigation is contained in Article 7 of the Code of Civil procedure which stipulates: prosecutor may require that litigation in any case be brought and may take part in pending litigation if according to his opinion such litigation is justified by the need of safeguard the law and order, rights of citizens, or social interest. See also Articles 55-60 of the Code, and STEFKO, K., *Udział prokuratora w postępowaniu cywilnym*, Warszawa, 1956.

<sup>790</sup> “Social organizations” may in cases prescribed by law in order to protect rights of citizens bring action or join a pending lawsuit (Article 8 of the Code). See also Articles 61-63, and 462 of the Code, and MISIUK, T., *Udział organizacji społecznych w ochronie praw obywateli w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa, 1972.

<sup>791</sup> Rozporządzenie w sprawie określenia wykazu organizacji społecznych uprawnionych do działania przed sądem w imieniu lub na rzecz obywateli (Regulation on establishment of a register of social organizations empowered to act before courts for or on behalf of citizens) Dziennik Ustaw (Journals of Laws) 2000, No 100, poz. 1080).

<sup>792</sup> Article 219 of the Code provides that “the court may order consolidation of a few actions pending in this court(...)”. See JĘDRZEJEWSKA, M., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające*, with ERECIŃSKI, T., Warszawa, 2006, p. 518, and FRIEDENTHAL, H., KANE, M. K., MILLER, A. R., *Civil Procedure*, St.Paul, Minn., 1999, p. 323.

weigh the saving of time and effort that consolidation would produce against any inconvenience, delay or expense that it would cause<sup>793</sup>.

Because common issues provide the basic for consolidation, a consolidated process resembles a class action based on predominating common matters<sup>794</sup>. In both situations, the main object is efficiency and efficacy. However, there are significant differences between consolidation and class action<sup>795</sup>. First, consolidation is restricted to pending cases and can not encompass “future” parties as can a class action. This device is not a mechanism for creating representational lawsuits that bind nonparties. Second, consolidation order does not entitle one party to represent another party. Actions do not lose their separate identity because of consolidation<sup>796</sup>. Every party must still state its own case before court. Therefore consolidations lack the procedural guarantees from class action, where named parties litigate on behalf of others. Because of the danger of violating the due process rights of nonparty class members, in class action the essential problem is ensuring that lead parties keep and protect the interests of all absent class members. In consolidation, no such problem exists because each party is individually represented by counsel and can defend itself<sup>797</sup>.

Removal and transfer can also be powerful tools for aggregation, especially when there is consolidation across divisions. It requires transfer of civil action to any other district or division where it might have been brought for the convenience of the parties and witnesses and in the interest of justice.

Private aggregations, also called informal aggregations, involve related claims (filed or unfilled) or defenses that proceed in a coordinated manner, though under the direction or control of private persons rather than judges<sup>798</sup>. Usually, the claims or defenses share a factual connection and are managed by attorneys who work cooperatively on behalf

---

<sup>793</sup> WRIGHT, CH. A., MILLER, A.R., *Federal Practice and Procedure*, 2ed ed., 1995, vol. 9, § 2383, p. 439; KLONOFF, R. H., BILICH, E. K. M., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation. Cases and Materials*, St. Paul, Minn., 2000, pp. 1114-1115.

<sup>794</sup> MARCUS, R. L., SHERMAN, E. F., *Complex Litigation. Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1998, p. 129.

<sup>795</sup> SILVER, CH., “Comparing Class Actions and Consolidations”, *Review of Litigation*, 1991, vol. 10, pp. 495, 499-512.

<sup>796</sup> Judgment of the Polish Supreme Court dated 22.09.1967, I CR 158/67, OSNCP (Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych), 1968, No. 6, item 105; Judgment of the Polish Supreme Court dated 26.09.1983, IC PR 101/83, OSPiKA (Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych), 1984, No. 7-8, item 173. STEINMAN, J., “Effects of Case Consolidation on the Procedure Rights of Litigants: What They Are, Why They Might Be Part I”, *UCLA Law Review*, 1995, vol. 42, p. 717; STEINMAN, J., “Effects of Case Consolidation on the Procedure Rights of Litigants: What They Are, Why They Might Be Part II”, *UCLA Law Review*, 1995, vol. 42, p. 967.

<sup>797</sup> In representational context, courts are especially careful to ensure that the absent members have a suitable surrogate. If the court finds the existing representation inadequate, it may divide the class into subclasses, each with its own representative or it may appoint additional representatives.

<sup>798</sup> *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, cit., p. 21; ERICHSON, H. M., “Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination among Counsel in Related Lawsuits”, *Duke Law Journal*, 2000, vol. 50, p. 381.



of all claimants or respondents. All claimants may assert injuries stemming from the same product, and their attorneys may jointly attempt to negotiate a settlement of all claims with the manufacturer.

Administrative aggregation and private aggregation may occur together and may complete each other. The line between formal and informal aggregation may become not clear when activity of lawyer to coordinate in related cases is supported by the court and when it appears in the form of the committees appointed by the court. Private aggregation may even reflect the need to facilitate of administrative or aggregate lawsuit<sup>799</sup>.

All types of aggregation have efficiency as a goal<sup>800</sup>. Some, such as consolidation, may have only this objective. The obvious virtue of consolidation is that it increases the productivity of the judicial system by arranging for simultaneous resolution of issues or entire actions<sup>801</sup>. Consolidation is permitted as a matter of convenience and economy in administration, but does not merge the suits into a single cause<sup>802</sup>. Remaining forms of aggregate proceedings promote efficiency along with other ends. However, many problems and shortcomings concerning aggregation relate to efficiency as well. For example,

---

<sup>799</sup> *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, cit., p. 48.

<sup>800</sup> Cases, treaties and academic literature on class actions, joinder and consolidation routinely cite efficiency as the main object of aggregation. As Professor D.R. Hensler has described all of the devices provide means of aggregating large numbers of like claims, thereby allowing parties, lawyers, and judges to deal with large-scale litigation more efficiently, HENSLER, "Revisiting the Monster", cit., p. 189. Moreover, in *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (U.S. (United States Reports), 1985, vol. 472, pp. 797, 809), the Supreme Court held that class actions also may permit the plaintiffs to pool claims which would be uneconomical to litigate individually. In lawsuit involving claims averaging about \$100 per plaintiff, most of plaintiffs would have no realistic day in court if a class action were not available. See also *Gen.Tel.Co.of the Sw. v. Falcon*, U.S. (United States Reports), 1982, vol. 457, pp. 147, 159. E. F.Sherman has stated that the class action serves the interests of economy by not having to try the same issues again and again in separate cases. It also serves the interests of consistency and finality by avoiding the possibility of inconsistent outcomes in separate trials of similar cases and resolving all claims in a single case that is binding on all class members, SHERMAN, E. F., *American Class Actions: Significant Features and Developing Alternatives in Foreign Legal Systems*, Federal Rules Decisions 2003, vol. 215, p. 130. J.Steinman has argued that treating consolidated lawsuits as a single case rather than as separate proceedings would enable federal courts to hear additional claims that can efficiently be heard together, enable the courts to assert supplemental jurisdiction and personal jurisdiction more effectively, and eliminate uncertainties concerning litigants' rights and obligations that currently waste trial and appellate resources, STEINMAN, "Effects of Case Consolidation on the Procedure Rights of Litigants", cit., p. 717. As Professor Marcus has noted consolidation is necessary for the adequate management of the very complex multiparty and multiclaim actions that are possible today, MARCUS, R. L., "Confronting the Consolidation Conundrum", *Brigham Young University Law Review* 1995, p. 879. Also judgment of the Polish Supreme Court dated 23.11.1984, II CZ 125/84, and judgment of Polish Supreme Court dated 22.09.1967, I CR 158/67, OSNC (Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna), 1968, No. 6, item 105; NOTE, "Developments in the Law – Multiparty in the Federal Courts", *Harvard Law Review* 1958, vol. 71, pp. 877-878, and LINDBLOM, "Individual Litigation and Mass Justice", cit., p. 821.

<sup>801</sup> FRIEDENTHAL, KANE, MILLER, *Civil Procedure*, cit., p. 323.

<sup>802</sup> *Johnson v. Manhattan Railway Co.*, U.S. (United States Reports), 1933, vol. 289, pp. 479, 496-497. See also *Katz v. Realty Equities Corp. of New York* (2ed Circuit), F.2d (Federal Reporter Second Series), 1975, vol. 521, p. 1354.

methods of consolidating cases often miss many pending cases<sup>803</sup> and always miss unfilled claims.

It should be noted that the extent to which plaintiffs and defendants realize the benefits and costs of aggregation may differ by procedure. For example, plaintiffs whose cases are tried together in a consolidated proceeding may be able to attend the trial. On the other hand, class action rules require notifying plaintiffs of the pendency of litigation, providing them an opportunity to opt out and allowing them to participate in a court proceeding to voice their opinion of proposed settlement. Additionally, class rules require judges to review and approve settlements, providing some protection against agency problems.

Efficiency reached by aggregate proceedings may be considered in two dimensions. First, thanks to aggregation proceedings, lawsuit may be conducted efficiently with regard to time saving and to maximalize acts of parties and court in the process. Generally, it is about effective using of procedural devices in litigation. For example, instead of separate trials, the plaintiffs whose claims relate closely such as employers, workers harmed by the explosion in the factory sign out one action. A single lawsuit would avoid duplicating the effort and multiplied fees (costs) of separated processes. So, for plaintiffs, the costs of pursuing the litigation are spread among all plaintiffs and common issues are only litigated once. When the lawsuits are being filed anyhow, one class action instead of hundreds of separate actions offers a corporate defendant huge litigation advantages as well. Should the defendant win, *res judicata* offers shelter from further litigation. For defendants, large numbers of potential lawsuits are consolidated into one proceeding, thereby eliminating duplicative litigation. Economically ideal litigation “package” is as one that minimizes the sum of the re-litigation costs in future cases<sup>804</sup>. Moreover, it should be stated that in class action and consolidation attorneys work in teams and important tasks are divided. In both kinds of proceedings, these lawyer-teams must be more creative and better managed. This meaning of efficiency refers to institutions of pending action and therefore it can be qualified as “a efficiency of litigation as such”.

Secondly, aggregate proceedings influence the efficiency through creating proper incentives for individuals interested in the process concerning the same matters. For example, important advantage is that representative actions permit the litigation of claims too small to be economically litigated alone. In a lawyer’s eyes, the „claim” becomes the aggregate of all individual damages and suddenly becomes economically worthy of his or her efforts. It is difficult to disagree with the notion that the costliness of litigation can often distort a person’s incentives to act in socially appropriate ways, can force some plaintiffs with small but meritorious claims to decide not to sue, and can blackmail some defendants into settling claims that lack merit purely in order to avoid litigation

---

<sup>803</sup> Because of that the discretion to consolidate exists principally within judicial district (court). Consolidation is not allowed when actions are filed in different courts (districts). See judgment of the Polish Supreme Court dated 4.05.1978, IV PR 95/78, OSNCP (Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych), 1979, No. 2, item 35, and BRONIEWICZ, W., “Comment to the judgment of Polish Supreme Court dated 1.06.1967, PR 169/67”, OSPiKA (Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych), 1968, No. 4, item 177.

<sup>804</sup> TIDMARSH, TRANGSRUD, *Complex Litigation*, cit., p.10; Eisen v. Carlisle & Jacquelin (C.A. 2d), F.2d (Federal Reporter Second Series), vol. 391, p. 560.

expenses<sup>805</sup>. The facilitative value is particularly evident in the consumer field where claims are typically small and injured numerous<sup>806</sup>. Many plaintiffs or defendants may also reduce the number of lawyers who work actively on their behalf by entering into joint arrangements or creating settlement consortia. This meaning of efficiency is connected with impact of aggregation proceedings on action of person (society) that is interested to take civil proceeding. Therefore, it can be termed as “efficiency outside of litigation”<sup>807</sup>.

Both dimensions of efficiency are connected. Lacking possibility of not duplicating of costs may make it more difficult to contribute to efficiency outside of litigation. Analyzed efficiency is not efficiency in economic sense. Both dimensions of efficiency would be current only with regard to existence of justice under law. Considerations of convenience and economy must yield to a paramount concern for a fair and impartial trial. The benefits of efficiency can never be purchased at the cost of fairness.

---

<sup>805</sup> TIDMARSH, TRANGSRUD, *Complex Litigation*, cit., p. 4.

<sup>806</sup> CAPPALLI, R. B., CONSOLO, C., “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temple International and Comparative Law Journal*, 1992, vol. 6, p. 225.

<sup>807</sup> In 2007 in *Principles of the Law of Aggregate Litigation* the American Law Institute used respectively terms such as „internal efficiency” and „external efficiency”.

## MEDIACIÓN FAMILIAR: ORALIDAD Y PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

PILAR LASHERAS HERRERO

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Procesal. Universidad La Rioja

### I. INTRODUCCIÓN.

La promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio supuso la primera aparición de la mediación familiar en una ley nacional. En este sentido, y en la línea de la Recomendación nº R (86) 12, del Comité del Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 16 de septiembre de 1986, que indicaba como tarea principal de los tribunales la búsqueda del acuerdo amistoso entre las partes al inicio del proceso o en cualquiera de sus fases, la Exposición de Motivos de la citada Ley exhorta a nuestros jueces a propiciar el acuerdo entre los cónyuges respecto de las medidas a adoptar, y señala, expresamente, que la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto entre ellos. La mediación se reconoce así como el instrumento procedimental, complemento del proceso judicial, alternativa a lo contencioso, no a lo jurídico<sup>808</sup>, que puede resolver los conflictos matrimoniales que culminan en un proceso, donde la tutela de los derechos que se lleva a cabo de modo inmediato puede verse mejorada por la revalorización de las partes en conflicto. Como lo hicieron hasta que se produjo la ruptura, se trata de que los cónyuges puedan resolver por sí mismos sus controversias y, ayudados por un mediador, consigan traducir su conflicto emocional al lenguaje jurídico.

Por su parte, la Disposición final primera de la Ley 15/2005 modifica la LEC e incluye la mediación como un instrumento a utilizar en el seno de la regulación de los procedimientos matrimoniales. En concreto, la mediación aparece, en primer lugar, en los preceptos que regulan el procedimiento contencioso, donde se incluye una nueva regla 7ª en el art. 770 LEC: «Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4<sup>809</sup> de esta Ley, para someterse a mediación»<sup>810</sup>. También se redacta de nuevo el apartado 2 del art. 771, en la comparecencia de las medidas provisionales, exhortando ahora a los tribunales a *intentar «un acuerdo entre las partes»*. Por último, se otorga una nueva redacción al apartado 2 del art. 777 LEC, en relación con los documentos que deben acompañar a la demanda en los procesos consensuales. Textualmente se dice ahora: «(...) incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar». Finalmente en su Disposición Final

---

<sup>808</sup> Cfr. GRANADOS PEREZ, F., «Mediación y Administración de Justicia», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2005, Consejo General del poder Judicial, p. 71.

<sup>809</sup> Art. 19.4 LEC: «Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el Tribunal siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días».

<sup>810</sup> Según MEDINA SUAREZ, I., y ALES, J. («La mediación familiar como instrumento de protección de la familia al amparo de la nueva ley española de divorcio», Ponencia presentada en la VI Conferencia Iberoamericana sobre Familia en Cuba, septiembre de 2005, <http://www.solomediacion.com>), el primer paso para un mayor derecho de autodeterminación en la legislación estatal ha sido la introducción de este apartado 7º, que reconoce a la mediación dentro del proceso familiar, y que para su desarrollo deberá ir acompañado en la práctica de medios que la hagan posible.

Tercera, la Ley dice que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

Pues bien, habida cuenta del anuncio de esta nueva regulación de carácter nacional y del contenido de las leyes autonómicas que hasta ahora se han ocupado de regular la mediación familiar para su ámbito territorial, en la presente comunicación pasamos a exponer de forma sintética los principios y formas que rigen estos procedimientos.

## II. LA FORMA ORAL EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.

La LEC del año 2000 introdujo modificaciones esenciales en los procedimientos civiles, ordinarios y especiales, elevando a principio fundamental del procedimiento la oralidad y el resto de principios que de ella se derivan; básicamente la inmediación y concentración<sup>811</sup>. De esta forma, cuando el legislador optó por la regulación de los procesos matrimoniales recurriendo al juicio verbal con especialidades, optó por un procedimiento con claro predominio de la forma oral.

A pesar de ello, la realidad práctica de los procesos, en especial los matrimoniales, demuestra que es muy difícil que todos los datos se presenten en una audiencia, siendo necesario que se produzca constancia escrita de muchos de los aspectos que en ellos se debaten. Además, la oralidad suele aparecer unida a la publicidad, que no deja de ser un problema para muchos litigantes que no entienden por qué su vida privada debe ser hecha pública en una sala de vistas<sup>812</sup>.

La profunda reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no solo modificó sustancialmente el régimen jurídico de la separación y el divorcio, cuyos principios se mantenían inalterados desde la Ley de 7 de julio de 1981 —la supresión del carácter preceptivo y previo de la separación matrimonial para acudir al divorcio y la necesidad de alegar causas y motivos para obtenerlos—, sino que, como ya hemos señalado, introdujo un medio alternativo para la solución del conflicto, en este caso el familiar, que permite superar los problemas indicados.

La mediación puede definirse como aquella intervención del mediador que busca ayudar a las partes a enfrentarse al conflicto, abriendo nuevas vías de diálogo, y a encontrar una solución. El mediador carece de poder de decisión y se mantiene neutral en todo momento; extremos éstos que permiten diferenciar su actuación del resto de fórmulas autocompositivas y heterocompositivas de resolución de conflictos. La mediación intraprocesal, que ahora nos interesa, trata de buscar una propuesta diferente en el ámbito de los procesos matrimoniales, de acuerdo a sus propias leyes y en atención a la propia singularidad de los problemas señalados. De acuerdo con todos estos caracteres, no parece extraño que la forma oral constituya el pilar que cimienta el procedimiento de mediación, cuya raíz se encuentra en la recuperación del diálogo entre las partes.

En efecto, como se ha dicho, la oralidad refuerza los medios alternativos de solución de conflictos que, como en el caso del procedimiento que estamos viendo, tienen en la inmediación de sus protagonistas su razón de ser. Nos hallamos ante uno de los instrumentos que mejor pueden resolver los procesos matrimoniales, donde la tutela de los

---

<sup>811</sup> Exposición de Motivos, apartado XII, párrafo 8º.

<sup>812</sup> NIEVA FENOLL, J., «Los problemas de la oralidad», *Justicia*, núm. 1-2, enero de 2007, p.110.

derechos privados que se lleva a cabo en ellos de modo inmediato, se ve mejorada por la revalorización de la consideración de las partes en conflicto. Ésta se produce, en definitiva, al devolverles la posibilidad de resolver por sí mismas sus controversias, ayudados por un mediador, que no deberá olvidar la adecuada traducción del conflicto emocional al lenguaje jurídico.

La implantación de la mediación se ha auspiciado desde muy distintos órdenes. Así, por ejemplo, el propio Consejo General de Poder Judicial, en su informe de 26 de octubre de 2004 -al Anteproyecto de Ley de 2005- proponía la inclusión de un texto similar al art. 79 del Código de Familia de Cataluña, con la correspondiente reforma del art. 19 de la LEC, en cuanto a la suspensión del curso de los autos para el desarrollo de la mediación familiar. Igualmente, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados lo incluyó en su Dictamen para esta reforma: «Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el dialogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral».

No obstante, el auténtico germen de la mediación familiar en España se ha producido en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Así, junto a la puesta en funcionamiento de los programas de mediación familiar desde la propia Administración, han sido definitivos la aprobación y desarrollo de las distintas leyes autonómicas que han pasado a regularla. Precisamente, estas legislaciones autonómicas son coincidentes en configurarlo como un procedimiento oral<sup>813</sup>. La oralidad aparece enunciada en ellas a través de la intervención personalísima que todas incluyen, y que supone que no pueda delegarse la participación de las partes en ese procedimiento, y que estén impedidas de comparecer a través de representantes o intermediarios<sup>814</sup>.

A pesar de que estas regulaciones no incluyan textual y literalmente el principio de oralidad, sí lo hacen respecto de sus inmediatas consecuencias: la participación personal de las partes en el procedimiento y la intervención directa del mediador. Repasemos los preceptos de las normas sobre mediación familiar que las prevén.

a) La Ley MF catalana de 15 de marzo de 2001 indica en su art. 15 que las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios.

b) La Ley MF gallega de 31 de mayo de 2001 lo recoge implícitamente en varios artículos: En el art. 8.1 se señala como principio informador de la mediación familiar el de «la inmediatez». Y en el artículo 10 se deja claro el «deber de colaboración de las partes respecto a las actuaciones promovidas por la persona mediadora y el apoyo permanente a sus funciones».

c) La Ley MF valenciana de 26 de noviembre de 2001 regula en su art. 15 que «las partes asistirán personalmente a las reuniones de mediación. La persona mediadora podrá

---

<sup>813</sup> En este sentido, una de las definiciones del procedimiento de mediación familiar que se aproxima mejor a este principio es el de la Ley de Mediación Familiar de Valencia, que en su artículo 1 señala que se trata de aquel «procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos (...) con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo».

<sup>814</sup> SASTRE PELAEZ A. *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid 2006, pp. 160-161.

proponer otras personas consultoras aceptadas por las partes y sometidas a los mismos principios y deberes de la persona mediadora».

d) La Ley MF canaria de 8 de abril de 2003, en el núm. 3 del art. 4 regula la intervención personal de los profesionales así como de las partes, quienes «no podrán asistir a las sesiones de mediación representados por terceros».

e) La Ley MF de Castilla-La Mancha de 24 de mayo de 2005 establece el carácter personalísimo de la intervención en mediación familiar en el art. 19.

f) La Ley MF de Castilla y León de 6 de abril de 2006 dispone en el art. 4.8, como principio informador, el «carácter personalísimo del procedimiento, tanto para la persona mediadora como para las partes».

g) La Ley MF de Baleares de 22 de noviembre de 2006 prohíbe también la asistencia de las partes mediante intermediarios.

h) La Ley MF de Madrid de 21 de febrero de 2007 incluye, en el apartado e) del art. 4, la asistencia personal de las sesiones del mediador y las partes.

i) La Ley MF de Asturias de 23 de marzo de 2007 dedica todo su art. 8 a esta cuestión, y en su apartado 1 reitera la asistencia personal del mediador familiar y las partes, sin que se puedan valer de representantes o intermediarios. Introduce, además, la referencia a los medios electrónicos: «si las circunstancias así lo requieren y de forma excepcional, puedan utilizarse medios electrónicos en alguna de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador familiar y de las partes. La presencia física de las partes deberá producirse, en todo caso, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados».

j) Por último, la Ley MF del País Vasco de 8 de febrero de 2008, en su art. 8, señala que «la mediación tendrá carácter presencial y las partes no podrán valerse de intermediarios».

Esta comparecencia de las partes y del mediador garantiza que todo lo que se lleva a cabo en un procedimiento de mediación esté presidido, a su vez, por el principio de inmediación, que no deja de ser una garantía de la forma oral. Igualmente, se relaciona de forma directa con el principio de concentración de las actuaciones, que impide dilaciones indebidas en su desarrollo. Téngase en cuenta que la solución de los conflictos familiares, por la especial relevancia de los intereses en juego, derecho de alimentos, régimen de visitas de menores, etc.; exige generalmente cierta celeridad.

En este aspecto vuelven a coincidir las leyes autonómicas de mediación familiar, al incluir una detallada previsión de los tiempos en que debe desarrollarse este procedimiento. Así, la Ley catalana determina un plazo de tres meses prorrogable por otros tres si se considera motivado por el mediador; y en el Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto núm. 139 de 14 de mayo de 2002, considera que la mediación debe consistir en un máximo de seis sesiones de una duración de 90 minutos. Por su parte, la ley gallega repite el modelo catalán, al igual que la valenciana prevé también este tiempo, pero con un prórroga de sólo dos meses. La Ley canaria vuelve a señalar los tres meses, y en idéntico sentido, las leyes de Castilla-La Mancha, Castilla y León, Baleares, Madrid y Asturias. Finalmente, la Ley del País Vasco determina, en los artículos del 18 a 24, que el procedimiento de mediación familiar no podrá exceder de cuatro meses desde su reunión inicial.

## II. OTROS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO.

Configurada la mediación en los procesos matrimoniales como un procedimiento oral complementario al que pueden acudir las partes o ser remitidas por el Juez, su finalidad, como sistema cooperativo que persigue mantener abiertos puentes de

comunicación suficientes para pacificar el conflicto y salvaguardar intereses superiores a los propios de la pareja, debe cumplir con unos principios mínimos, en los que se fundamenta el sistema de mediación intrajudicial.

### **1. Principio de voluntariedad.**

Este principio constituye uno de los fundamentos esenciales de este procedimiento ya que las partes deben ser libres, tanto para concurrir o no a él, como para desistir de seguir participando en él en cualquier momento. Aún así, la concurrencia habitual de este principio no es pacífica, siendo uno de los más debatidos por la obligatoriedad que determinados sistemas legales establecen, al instituir la mediación como un trámite preceptivo y previo al proceso judicial.

Esta carga podría parecer un contrasentido respecto al concepto mismo de voluntariedad y, por tanto, parecería contraria a la propia práctica de la mediación. Así pues, determinados autores han considerado que esa «mediación preceptiva» no parece recomendable, si atendemos a que una de las ventajas de la mediación es la asunción de los acuerdos libremente gestados sin intervención institucional<sup>815</sup>.

En los países de nuestro entorno no se ha considerado recomendable imponer a las partes que se sometan a un procedimiento de esas características, por el alejamiento que supondría de la finalidad propia de la mediación, que no es otra que alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo. Sin embargo, la mediación sí que es preceptiva en Noruega, donde la Ley de Matrimonio dispone que los cónyuges con hijos menores de 16 años deben acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso judicial. No es obligatorio entonces resolver el conflicto por la vía de la mediación, sino sólo asistir a las sesiones iniciales<sup>816</sup>.

Definitivamente el principio de voluntariedad radica en la libertad que tienen las partes en acudir y participar en este procedimiento de mediación, por lo que este principio ha de seguir existiendo independientemente de quien tome la iniciativa —o las partes o el Juzgador—, puesto que en es en las primeras, como sujetos activos de este procedimiento, donde seguiría residiendo la voluntad de continuarlo o de abandonarlo.

En nuestra legislación, son las partes las que pueden solicitar al Juez la suspensión del proceso para acudir a la mediación (ordinal 7º del art. 770 LEC) y, en atención al plazo fijado (art. 19.4 LEC al que se remite), contarían con un plazo de 60 días para resolver el conflicto<sup>817</sup>.

El problema podría plantearse con la comparecencia prevista en el precepto siguiente, el art. 771.2, donde la reforma del año 2005 introdujo la posibilidad de que el juez «intentará un acuerdo de las partes»; acuerdo que nada impide que pueda adoptarse mediante la mediación, siendo la autoridad judicial la encargada de tomar la iniciativa y remitir a las partes a esta vía.

---

<sup>815</sup> MONTALBAN HUERTAS, I., «La mediación en los procesos matrimoniales», *Practica de Tribunales*, núm. 13, Madrid 2005, p. 7.

<sup>816</sup> MARTIN CASALS, M., «La mediación familiar: leyes y principios», *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Valladolid, de 31 de mayo y 1 de junio de 2004, p. 246.

<sup>817</sup> MAGRO SERVET, V., «La mediación familiar», *Practica de Tribunales*, núm. 23, Madrid 2006, p. 41.



Un sector de prácticos de la mediación, entre los que se encuentra J. L. Sariego Morillo, abogado y mediador andaluz<sup>818</sup>, estima que la mediación pierde su esencia voluntaria cuando viene sugerida por el Juez, presentando varios problemas de tipo práctico. Así, son frecuentes las parejas que consienten someterse a la mediación sin ánimo alguno de arreglar su conflicto, como un mero instrumento de estrategia ante el Juez; o aquellas que, habiendo ocultado datos en sus demandas judiciales, una vez han salido a la luz en el procedimiento de mediación, utilizan estos datos como arma arrojadiza en el período de prueba durante el ineludible proceso contencioso.

Ciertamente el inadecuado uso de la mediación podría hacer peligrar la garantía de que los acuerdos conseguidos no sean sino el fruto de la manipulación del sistema<sup>819</sup>. Ahora bien, la práctica en otros países denota que el principio de la voluntariedad no se pierde con la intervención judicial. Este es el caso de los Estados Unidos, donde la mediación surgió como sistema voluntario y coexiste en la actualidad con la posibilidad del *mandatory mediation* —de carácter preceptivo y previo al proceso judicial—, cuya virtualidad práctica ha sido puesta de manifiesto por su general implantación en la mayoría de los estados.

Por otro lado, la voluntariedad no es exclusiva de las partes que acuden a la mediación, ya que el mediador debe realizar su función con respeto del mismo principio. Así, la libertad de este tercer agente de la mediación se manifiesta también en poder dar por terminado el procedimiento en todos aquellos casos en que aprecie en ambas partes o en alguna de ellas falta de colaboración que haya prever que el procedimiento no ha de llegar a buen término. Lo mismo cuando las partes tampoco respeten las normas establecidas o cuando el mediador considere que el propio procedimiento de mediación, atendidas las circunstancias del caso, ha de resultar inútil para la finalidad perseguida<sup>820</sup>.

Por su parte, en el ámbito de la legislación autonómica, todas las normas disponen que «la mediación sólo podrá iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto» (art. 4.1 Ley MF de Canarias), siendo «una institución basada en la autonomía de la voluntad» (art. 7.1 Ley MF de Galicia) o en «el principio de voluntariedad, según el cual las partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento» (art. 11.1 Ley MF de Cataluña) «sin necesidad de alegar causa alguna» (art. 8.2 Ley MF de Castilla-La Mancha) «y de alcanzar los acuerdos, conforme a derecho, que estimen oportunos» (art. 4 Ley MF de Valencia).

## 2. Libre decisión de las partes.

---

<sup>818</sup> Es un activo miembro de la Asociación para la Promoción de la Mediación en España, otro de los pioneros en este campo y coautor del único sistema de mediación registrado en nuestro país. Se trata del Sistema Coy & Sariego, que consiste en una mediación realizada de forma multi e interdisciplinar.

<sup>819</sup> BOLAÑOS, I., «Mediación en procedimiento matrimoniales», *La ejecución en los procesos de familia*, cit. [http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios\\_judiciales/SECJUD12.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD12.pdf). 10 de julio de 2008).

<sup>820</sup> En ese sentido, SASTRE PELAEZ, A. («Definición de mediación familiar y principios esenciales de la mediación familiar que debieran informar la futura Ley de mediación de Castilla y León», *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Valladolid 31 de mayo y 1 de junio de 2004, p. 108), cuyos estudios en el ámbito de Castilla-León junto con la práctica de los mediadores han sido la causa de que se incluyera en la reciente Ley MF de esa Comunidad los derechos que ostenta el mediador.

Este segundo principio mantiene una clara relación con el principio anterior de voluntariedad, si bien no todos los autores están de acuerdo con su existencia, máxime cuando se trata de la mediación familiar intraproceso, donde la iniciativa de las partes es sustituida por la decisión judicial que remite a este procedimiento.

Superada esa discusión por la regulación que LEC incluye desde el pasado año, es indudable que las partes, acudan como acudan a la mediación, deben tener intención de encarar mediante ella la solución de sus conflictos. Ante el desconocimiento existente aún sobre este procedimiento de mediación, la inmensa mayoría de los profesionales del foro no la tienen todavía en cuenta, por cuanto sigue sonando a intervención psicosocial. Así pues, habrá que dejar pasar un buen plazo de tiempo para considerar en su plenitud el principio que estamos viendo.

### **3. Principio de neutralidad.**

La neutralidad requiere que la persona mediadora no oriente y menos imponga a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando plantear alternativas que se dirijan a soluciones más afines a los valores de la persona mediadora<sup>821</sup>.

Ello no significa tampoco que se esté propugnando la existencia de un mediador pasivo, o privado de una determinada escala de valores, con la que siempre ha de contar como referente de su actuación. Los valores residen en el mismo procedimiento de mediación familiar<sup>822</sup>, el cual cuenta, entre los suyos, con la promoción de acuerdo y el mantenimiento tras la ruptura de la relación entre los padres e hijos, defendiendo siempre el tan manido y mal utilizado «interés superior de los hijos», que debe subyacer en cualquier decisión que les afecte.

Hasta ahora hemos expuesto reiteradamente que son las partes quienes tienen el poder de decisión, y es ahí donde radica la verdadera novedad de la mediación. Por el mero hecho de acudir a este procedimiento, los cónyuges ya denotan que su capacidad de decisión ha quedado deteriorada tras la ruptura, y que necesitan de la mediación para reponerla. Esta necesidad no supone la pérdida de su capacidad de decisión, sino que siguen siendo las partes quienes deciden, si bien inducidos y animados por el mediador. Éste es el encargado de fomentar la comunicación para conseguir la adopción de acuerdos, para provocar la vuelta al respeto entre las partes, si se hubiese perdido, y, en definitiva, para conseguir igualar su capacidad negociadora, recomponiendo el equilibrio de poder entre ellas<sup>823</sup>.

La persona mediadora debe llevar a cabo su función sin tener en cuenta sus propios valores, ni sus principios. Esta actuación entraña no solo el riesgo de que pueda resultar un procedimiento desvirtuado, sino las dificultades de comprender y hacer comprender a las partes cuales son los valores que han regido su vida en pareja.

En concreta referencia a este principio, señalados mediadores han formulado aproximaciones a su formulación desde puntos de vista diferentes. Así, se ha apuntado que la principal preocupación del mediador es conseguir que las partes cuenten con la mayor

---

<sup>821</sup> Aborda esta cuestión SASTRE PELAEZ, A., «Definición de mediación familiar y principios esenciales de la mediación familiar que debieran informar la futura Ley de mediación de Castilla y León», cit., p. 109.

<sup>822</sup> Cfr. MARTIN CASALS, M., «La mediación familiar: leyes y principios», *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, cit., p. 252.

<sup>823</sup> Así, SASTRE PELAEZ, A., «Definición de mediación familiar», cit., p. 109.

igualdad de posibilidades de negociar, lo que significa que compartan la misma información y dispongan de las mismas posibilidades en la toma de decisiones. El mediador debe ser capaz de comprender los pensamientos, aptitudes y actitudes de las partes en conflicto, además de comprender su conflicto. No obstante, desde otra perspectiva, téngase en cuenta que la neutralidad es muy difícil de llevar a cabo con carácter inflexible en la práctica. La misma redacción de los acuerdos, con intervención del mediador, denota la «influencia» de éste en el propio procedimiento.

#### **4. Principio de imparcialidad.**

En general la imparcialidad es la actitud de no tomar partido y en el espacio de mediación familiar se encuentra muy unido al principio de la neutralidad. Definitivamente, es, la cualidad de ser objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso o implícito en cualquier proceso<sup>824</sup>.

Este principio recoge una de las garantías metodológicas de la mediación, y sirve de catalizador de la búsqueda de soluciones, puesto que la única función del mediador es la de ofrecer los medios para que las partes encuentren por sí solas sus propias soluciones<sup>825</sup>. De hecho, la imparcialidad puede definirse como la actitud del mediador cuando muestra opiniones equilibradas sin gestos preferentes hacia ninguna de las partes. Además, hay también quien une a este concepto el de equidistancia, que reside en la habilidad del mediador para asistir en igual forma a los participantes, para que puedan expresar su versión del conflicto, sus intereses y sus necesidades; es decir, otorgar las mismas posibilidades a las dos partes<sup>826</sup>.

Por lo que se refiere a la medida de la imparcialidad de la intervención del mediador, ésta ha de venir dada por los mismos parámetros que regulan la intervención de un perito en sede judicial. Así, por ejemplo, no tener amistad o enemistad manifiesta con las partes, ni dependencia personal o profesional con alguna de ellas.

En el ámbito de la legislación autonómica relativa a la mediación familiar, hallamos referencias expresas a este principio. Así, se afirma que «La persona mediadora tiene el deber de la imparcialidad y, en consecuencia, ha de ayudar a los participantes a alcanzar los acuerdos pertinentes sin imponer ninguna solución ni medida concreta ni tomar parte» (art. 12.1 Ley MF de Cataluña). El mediador «debe garantizar el respeto de los puntos de vista de las partes en conflicto, preservando su igualdad en la negociación, absteniéndose de promover actuaciones que comprometan su necesaria neutralidad o la vulneración de derechos o intereses superiores, principalmente relativos a los menores» (art. 4.5 Ley MF de Canarias).

#### **5. Principio de confidencialidad.**

---

<sup>824</sup> Cfr., nuevamente, SASTRE PELAEZ, A., «Definición de mediación familiar», cit., p. 109.

<sup>825</sup> Por su parte, la Magistrada MONTALBAN HUERTAS, I. («La mediación en los procesos matrimoniales», *Práctica de Tribunales*, núm. 3, Madrid 2005, p. 8), se refiere a la mediación como la intervención de un tercero imparcial que presta ayuda a las partes.

<sup>826</sup> Es tal la coincidencia sobre estos extremos que en todos los cursos de capacitación de mediadores se encuentra. Este es el caso del proyecto que actualmente se está desarrollando conjuntamente entre la Secretaría de gobierno de Santa Fe de Bogotá y la Universidad externado de Colombia: curso de «capacidad de proceso y habilitación del mediador». Ver: <http://atecex.uexternado.edu.co/mediador/documentos/habilidades.pdf>, 10 de julio de 2008.

De forma unánime se considera que este principio es algo intrínseco a cualquier tipo de mediación. De hecho, ya la citada Recomendación nº R (98) 1, del Consejo de Europa, establecía el carácter privado de todo lo tratado en la mediación familiar, lo que supone que el mediador no debe revelar ninguna información que haya obtenido durante el procedimiento o con ocasión del mismo, a menos que obtenga el consentimiento expreso de ambas partes.

No obstante esa confidencialidad no es absoluta. Por un lado, las partes pueden acordar que la información obtenida durante el proceso pueda ser utilizada en un posterior proceso jurisdiccional. Por otro, la legislación puede imponer a la persona mediadora el deber de revelar algún aspecto de la información obtenida cuando sea necesario tutelar un interés superior. Tal es el caso del interés de un menor, el peligro contra la integridad física o psíquica de uno de los miembros de la pareja o de un tercero y la aparición de indicios de la existencia de un delito<sup>827</sup>.

En los principios en que se basa la mediación en Norteamérica, se señala que la finalidad del principio de confidencialidad es estimular la cooperación entre las partes durante el procedimiento de mediación —y con ello incrementar las posibilidades de éxito del propio procedimiento—, dado que es menos probable que las partes lleven a cabo una comunicación abierta y franca si saben que lo que declaren puede ser revelado a terceras personas o ser usado en un eventual juicio posterior. Los intervinientes tienen derecho a que el mediador no utilice de ninguna manera el contenido de las reuniones de mediación, ni siquiera si fuera citado a un proceso judicial de separación o divorcio.

En la legislación de las Comunidades Autónomas, existen también preceptos dedicados a la confidencialidad y el secreto profesional del mediador y a la reserva de las partes. Así, «En la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate» (art. 13.1 Ley MF de Cataluña). «El mediador familiar actuante no podrá desvelar ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, ni aun después, cuando finalice la misma», al igual que las partes «se obligan a guardar reserva de los datos, hechos o documentos de los que hayan tenido conocimiento en el curso de la mediación» (art. 4, apartados 4 y 6, Ley MF de Canarias). «El expediente de mediación familiar y los demás documentos relativos al procedimiento incorporados a aquél, son confidenciales y no pueden ser divulgados, ni entregados por la persona mediadora a terceros, a salvo que todas las partes lo autoricen o que los solicite el Juez o Ministerio Fiscal en los casos legalmente previstos» (art. 26 Ley MF de Castilla-La Mancha).

#### IV. CONCLUSIÓN.

La mediación como procedimiento esencialmente oral, institucionalizada por Ley 15/2005 en los procesos matrimoniales, va a permitir mejorar estos procesos puesto que posibilita el mantenimiento del diálogo en las relaciones familiares. Por otro lado, contribuye a que el juez pueda encuadrar mejor el debate jurídico y pueda ejercer un control como forma de garantía; todo ello supondrá una mayor rapidez en la resolución de estos procesos, a través de un procedimiento que respeta la forma oral.

Sus ventajas son indudables a la hora de afrontar la diversidad y complejidad de los conflictos familiares, caracterizados por su permanencia en el tiempo, porque la base relacional que los sustenta impide, muchas veces, una resolución definitiva, y la mediación

---

<sup>827</sup> Cfr. MARTIN CASALS, M., «La mediación familiar: leyes y principios», Congreso Internacional de Mediación Familiar, cit., p. 252.

ayuda a que sigan manteniendo la capacidad de resolver sus problemas. Como la mayoría de estos conflictos requieren una resolución judicial, que la ley exige cuando se trata de acciones sobre el estado civil y las relaciones paterno-filiales o el régimen económico-matrimonial, admitir la mediación en el desarrollo de un proceso jurisdiccional no supondrá quiebra alguna de sus propios principios, sin que tampoco desaparezca la forma oral.

El interés principal de la mediación familiar es la desjudicialización de las disputas familiares, ya que, según se ha observado, el intento de resolver los desacuerdos en materia de separación o de divorcio por la vía contenciosa contribuye a que, en un gran porcentaje de casos, el conflicto de pareja aumente o llegue a enquistarse. La mediación aplicada al ámbito familiar como una nueva forma de abordar las crisis matrimoniales ayuda a realizar la ruptura de la manera menos traumática. Es más, permite respetar la autonomía privada en el campo de la familia y hacerla compatible con la especial protección que los poderes públicos dedican a la institución, desde el momento que existen menores o confluyen otro tipo de intereses considerados de orden público.

# ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

JUAN RAMÓN LIÉBANA ORTIZ

Doctorando en Derecho Procesal. Universidad de La Rioja

## I. OBJETO DEL ESTUDIO

El procedimiento de jurisdicción voluntaria puede entenderse como el instrumento legalmente establecido para que los Jueces y Magistrados garanticen a los ciudadanos que así se lo soliciten los derechos contenidos en determinados expedientes regulados en el ordenamiento jurídico español, y muy especialmente en el Libro III de la LEC/1881. Este procedimiento, presidido por la libertad de formas (art. 1816 LEC/1881), siempre ha buscado la rapidez —entendida en términos de eficiencia—, de tal forma que ha huido, en cierta medida, del excesivo apego a la escritura que tradicionalmente caracterizaba a nuestro proceso civil.

Así las cosas, la presente comunicación tiene por objeto el estudio de la forma de los actos en el procedimiento de jurisdicción voluntaria. En concreto, se trata de determinar en qué medida concurre la oralidad en los procedimientos de jurisdicción voluntaria [infra II], para después centrarnos en averiguar si la intermediación y la concentración pueden ser también predicables de este tipo de procedimientos [infra III]. Sometidos los procedimientos de jurisdicción voluntaria a esta necesaria «prueba de resistencia», podrá concluirse si la oralidad, la intermediación y la concentración constituyen características eficientes en los procesos de jurisdicción voluntaria.

## II. LA ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Como ha puesto de manifiesto Fairén Guillén, en la actualidad no existe un «procedimiento oral puro» —entendiendo por tal aquel procedimiento cuyos actos procesales son realizados íntegramente de forma verbal<sup>828</sup>—, por lo que debe hablarse del predominio de la forma oral o de la forma escrita. La prevalencia de la forma oral frente a la escrita se encuentra recogida en el art. 120.2 de nuestra Constitución, cuando establece que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal». Ahora bien, para que un procedimiento sea predominantemente oral lo decisivo es que los fundamentos de la sentencia o del auto se constituyan mediante las alegaciones y prueba oral realizados «viva voce» en presencia judicial<sup>829</sup>. «Sensu contrario», el procedimiento

---

<sup>828</sup> Cfr. Fairén Guillén, V., *Teoría General del Derecho Procesal*, México 1992, p. 399. La única excepción, por ser «casi totalmente oral, y por ello mundialmente admirado, es el proceso ante el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Creado hace más de diez siglos, se ha mantenido “puro” y “útil”, sin corruptelas; pero hay un elemento escrito: para ejecutar la sentencia proferida oralmente, precisa de un “título ejecutivo”; esto es, un protocolo abreviado de la misma» (op. y loc. cit.). Para un estudio en profundidad de este procedimiento casi totalmente oral, vid. Fairén Guillén, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia 1988, passim.

<sup>829</sup> Cfr. Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S., *Derecho jurisdiccional I*, Valencia 2003, p. 381; Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Madrid 2000, p. 35; Gimeno Sendra, J. V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid 1981, p. 223.

será predominantemente escrito si la sentencia o el auto se adoptan exclusivamente con arreglo al estado de las actas.

De acuerdo con estas consideraciones, durante la vigencia de la LEC/1881 nuestro ordenamiento procesal civil permanecía claramente informado por la escritura, a pesar de la declaración del art. 120.2 CE. No obstante, como tendremos ocasión de comprobar, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria regulados en su Libro III, precisamente por caracterizarse genéricamente por su simplicidad y sencillez, se rehuía de la escritura en favor de la oralidad<sup>830</sup>, aunque en algunos de sus trámites fundamentales se respetaba la forma escrita<sup>831</sup>. Por su parte, la LEC promulgada en el año 2000 tiene como característica más sobresaliente en la materia que examinamos la introducción de la oralidad, concentración e intermediación en la justicia civil española<sup>832</sup>. Es por ello que se puede sostener que ahora en los procedimientos de jurisdicción voluntaria también predomina la forma oral sobre la escrita, puesto que en ellos se deben aplicar de forma subsidiaria los trámites del juicio verbal (Disposición derogatoria única 1.1ª, párrafo 4, LEC) y en el vigente juicio verbal también se consagra la oralidad (art. 443 LEC).

Por otro lado, como ha quedado dicho, lo decisivo para que el procedimiento de jurisdicción voluntaria sea considerado como un procedimiento predominantemente oral es que «tan sólo el material procesal aportado oralmente al juicio puede ser apreciado en la decisión judicial»<sup>833</sup>, por lo que vamos a centrarnos en la regulación de su fase probatoria para sacar las oportunas conclusiones

### **1. La oralidad en el Libro III de la LEC/1881.**

Es notorio que el Libro III de la LEC/1881 no regula un procedimiento general de jurisdicción voluntaria y que las disposiciones generales que se contienen en los Título I de las Partes Primera y Segunda resultan fragmentarias, inconexas y de aplicación subsidiaria, en tanto no se opongan a lo que se establece para cada uno de los respectivos expedientes<sup>834</sup>. Por ello, para analizar adecuadamente el predominio de la oralidad en este tipo de procedimientos hemos de integrar las disposiciones generales del Libro III de la LEC/1881 con la nueva LEC, de manera que podamos construir correctamente la fase probatoria en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

---

<sup>830</sup> Así lo han sostenido tanto Gimeno Gamarra, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», ADC (Anuario de Derecho Civil), 1953, p. 57; como González Poveda, B., La jurisdicción voluntaria, Pamplona 1997, p. 186.

<sup>831</sup> Un ejemplo paradigmático del respeto de la forma escrita en la tramitación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria puede hallarse en el art. 1.815 LEC/1881 al disponer que el Ministerio Fiscal, cuando deba ser oído por afectar el asunto a los intereses públicos o referirse a una persona cuya protección o defensa compete a la Autoridad, emitirá su dictamen por escrito.

<sup>832</sup> Para un excursus sobre el proceso declarativo caracterizado por la mayor oralidad, intermediación y concentración de la nueva LEC, cfr. De la Oliva Santos, A. y Díez-Picazo Giménez, I., Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Madrid 2000, pp. 11-13.

<sup>833</sup> Cfr. Gimeno Sendra, J. V., Fundamentos..., cit., p. 223.

<sup>834</sup> Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, Gimeno Gamarra, R., «Ensayo...», cit., pp. 33-34; Ramos Méndez, F., La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, Madrid 1978, pp. 25-26; Almagro Nosete, J., Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., Derecho Procesal. Proceso Civil, Tomo I, Volumen II, Valencia 1992, p. 541; y González Poveda, B., La jurisdicción voluntaria, cit., p. 77.

Cabe decir sin miedo a errar que la libertad de forma del procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se reconoce expresamente en el art. 1816 LEC/1881, permite que en ellos los sujetos tengan la oportunidad de expresar verbalmente ante la autoridad judicial lo que a su derecho o interés legítimo mejor convenga. No obstante, para analizar el alcance de la oralidad en el procedimiento de jurisdicción voluntaria conviene descender al casuismo de los distintos expedientes regulados en la ley decimonónica. Así, en aquellos expedientes en los que el órgano judicial tenga la obligación de oír a los sujetos interesados manifestar verbalmente lo que tengan por conveniente se constatará el predominio de la forma oral sobre la escrita, pudiéndose así calificar aquél como un procedimiento oral.

Con carácter general, en todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que estén implicados menores o incapaces y que conduzcan a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social existe un claro predominio de la oralidad puesto que en todos ellos el Juez debe respetar el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que esté comprometido el interés de un menor o incapaz<sup>835</sup> se caracteriza por la oralidad puesto que el Juez tiene la obligación de oír la declaración verbal del menor o incapaz o, en su caso, de su representante legal.

En los procedimientos en los que se solicita la habilitación del menor no emancipado para comparecer en juicio (arts. 1994 a 2001 LEC/1881) parece razonable sostener la oralidad, al menos en los supuestos en que el padre y la madre se nieguen a representar en juicio al hijo. En ellos, el Juez debe oír la declaración verbal de los padres tanto cuando lo solicite el menor cuanto sean los padres quienes comparezcan espontáneamente en el procedimiento pidiendo ser oídos. Igualmente, en los procedimientos de emancipación judicial de los hijos mayores de dieciséis años debe entenderse preponderante la forma oral puesto que, de conformidad con el art. 320 CC, es preceptivo que el Juez oiga la declaración verbal de los padres.

La oralidad también está presente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria sobre derechos reales. Así, en los expedientes de dominio el Juez tiene la obligación de citar a una audiencia a «aquellos que, según la certificación del Registro, tengan algún derecho real sobre la finca, a aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fueren conocidos, y al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor, y convocará a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos» para que puedan alegar verbalmente lo que a su derecho convenga (art. 201.3 LH).

En los procedimientos testamentarios también es posible apreciar la forma oral, aunque algo más atenuada debido a la necesaria acentuación de la forma escrita. En efecto, en la apertura del testamento cerrado y en la protocolización del testamento ológrafo parece evidente la acentuación de la forma escrita pues, en ambos casos, el procedimiento tiene por objeto la autenticación de un documento. En cambio, en el procedimiento de apertura del testamento cerrado los testigos del mismo deben declarar verbalmente si reconocen como legítima la firma y rúbrica que con su nombre aparece en el pliego

---

<sup>835</sup> Entre este tipo de procedimientos podemos citar, entre otros: las habilitaciones para comparecer en juicio (arts. 1994 a 2001 LEC/1881); la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacciones acerca de sus derechos (arts. 2011 a 2030 LEC/1881); el reconocimiento de la filiación no matrimonial (arts. 120 a 126 CC); el acogimiento y la adopción (arts. 172 a 180 CC); la emancipación judicial del menor (art. 320 CC); etc.



cerrado que el Juez les pone de manifiesto (art. 1960 LEC/1881), pues no cabe que hagan dicha declaración por escrito ya que el pliego cerrado que contiene el testamento está en poder del Juez.

Por su parte, el procedimiento de protocolización del testamento ológrafo consiste fundamentalmente en la adveración del testamento, es decir, en una prueba testifical —o pericial en caso de no hallarse testigos válidos o si éstos dudan— acreditativa de la autenticidad del testamento. Así, para la correcta tramitación del procedimiento de protocolización del testamento ológrafo el Juez debe comprobar su autenticidad por medio de la declaración verbal de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y que declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo (art. 691 CC). Pero además, el art. 692 CC también obliga al Juez a citar al acto de adveración del testamento ológrafo al cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, a los hermanos para que presencien la práctica de dicha diligencia y puedan hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Dentro de los procedimientos testamentarios cabe hacer una especial mención del procedimiento de elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra (arts. 1943 a 1955 LEC/1881). En este procedimiento está claro que impera la oralidad precisamente por carecerse en él, en la mayoría de las ocasiones, de un documento en que se haya plasmado el testamento. Pues bien, en este procedimiento el Juez debe dictar una providencia mandando comparecer a los testigos y al Notario, en su caso, en el día y hora que señale, a los que examinará separadamente y de que no tengan conocimiento de los declarado por los que les hayan precedido (arts. 1946 y 1949 LEC/1881). Para evitar toda influencia que guíe o desvirtúe su declaración, el Juez debe invitar separadamente a cada testigo a narrar «viva voce» lo que recuerde de los hechos relativos al otorgamiento del testamento y, una vez hecho, el Juez puede hacerle las preguntas o pedirle las aclaraciones que estime convenientes para completar su declaración o esclarecer los extremos que estime oportunos. Además, si al otorgar el testamento de palabra se hubiere tomado nota o apunte de las disposiciones del testador, dicha cédula memoria se pondrá de manifiesto a los testigos para que digan si es la misma que se les leyó, y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto (art. 1952 LEC/1881). Por último, el Juez declarará como testamento lo que de las declaraciones verbales de los testigos resulte, hasta tal punto que si en dichas declaraciones existen divergencias el aprobará como testamento aquello en que todas estuvieran conformes, mandando protocolizar el expediente.

También en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria en Derecho mercantil predomina la oralidad sobre la escritura. Así ocurre, por ejemplo, en una serie de procedimientos innominados relativos a Derecho societario: tanto en el procedimiento para el nombramiento judicial de auditor de cuentas en las Sociedades Anónimas (art. 206 LSA) como en el procedimiento relativo a la liquidación de sociedades (arts. 269 LSA, 110.3 LSRL, 71.3 LCoop y 18.2 LODA) es conveniente la audiencia de al menos el auditor cuya revocación se pide y del auditor cuyo nombramiento se solicita en el primer caso y del liquidador de la sociedad en el segundo, para darles ocasión de defender sus intereses, alegando verbalmente los hechos que estimen conducentes a su defensa y ofreciendo las justificaciones correspondientes.

Aunque nada prevé la LEC/1881 sobre el particular, se puede sostener, siguiendo a Ramos Méndez<sup>836</sup>, que en los procedimientos para el depósito de efectos mercantiles el Juez ha de citar al solicitante y los interesados a una audiencia para que declaren verbalmente lo que consideren oportuno en defensa de sus intereses para velar por la contradicción (arg. ex art. 2111 LEC/1881); en los procedimientos de liquidación de avería a la gruesa, cuando así lo solicite algún interesado no conforme con ella, el Juez debe citar en dos ocasiones a todos los interesados para que expresen lo que más convenga a sus intereses, en primer lugar en la fase inicial de calificación de las averías (arts. 847 CdC y 2136 LEC/1881), y después en la fase de liquidación de las averías, una vez hayan presentado los peritos los estados de la cuenta (arts. 847 CdC y 2142 LEC/1881).

Para terminar el análisis casuístico sobre la preponderancia de la forma oral en los procedimientos de jurisdicción voluntaria debemos referirnos ineludiblemente al procedimiento relativo a la declaración de ausencia regulado en los arts. 2031 a 2047 LEC/1881. En nuestra opinión, resulta evidente el predominio de la oralidad en este procedimiento puesto que la no presencia, es decir la falta de noticias sobre una persona, resulta sumamente difícil de probar documentalmente, por lo que con toda seguridad requiere una declaración verbal de testigos. Dicha presunción resulta confirmada si acudimos a la regulación de dicho procedimiento puesto que, por expresa disposición del art. 2032 LEC/1881, «se resolverá siguiendo los trámites del juicio verbal» ahora contenidos en los arts. 437 a 447 LEC. En concreto, iniciado el expediente por solicitud de parte interesada o del Ministerio Fiscal, el Juez acordará el anuncio de la incoación del expediente y la práctica de las pruebas ofrecidas por los sujetos interesados. Entre las pruebas a practicar debe incluirse en todo caso una testifical de las personas que convivían habitualmente con la persona de la que ahora se insta su declaración de ausencia. Dicha prueba testifical consistirá en la declaración verbal del cónyuge del ausente no separado legalmente, de los parientes consanguíneos hasta cuarto grado o cualquier otra persona interesada —singularmente, por estimar que tiene sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte— (arts. 2032, 2038 LEC/1881, 443 LEC, 181 y 182 CC). Practicadas las pruebas, se oirá también al Ministerio Fiscal y se dictará el auto correspondiente.

## **2. Oralidad y jurisdicción voluntaria: situación actual.**

La conclusión de lo hasta aquí expuesto es evidente: en los procedimientos de jurisdicción voluntaria impera la forma oral sobre la escrita. Ello debe ser así necesariamente si se reinterpreta el Libro III de la LEC/1881 de acuerdo con la legislación procesal vigente. La Disposición derogatoria única 1.1º, párrafo cuarto, de la LEC establece que «las referencias al proceso contencioso precedente contenidas en el Libro III [de la LEC/1881] se entenderán hechas al juicio verbal». Pero, además, debe sostenerse que la LEC es de aplicación supletoria a los procedimientos de jurisdicción voluntaria en todo lo no previsto por el Libro III de la LEC/1881, que es no es poco como se habrá comprobado. Así pues, debemos sostener que los procedimientos de jurisdicción voluntaria se deben asemejar en gran medida a los trámites previstos en los arts. 437 a 447 LEC para los juicios verbales. Con esta interpretación integradora podemos argumentar que hoy carecen de sentido algunos trámites y reglas recogidos en vetustas disposiciones legales que no aportan nada a una resolución eficiente de los expedientes de jurisdicción voluntaria. El mantenimiento de estos arcaicos trámites trae consigo la ralentización de

---

<sup>836</sup> Vid. Ramos Méndez, F., *La jurisdicción voluntaria...*, cit., pp. 60, 110, 111 y 121.

unos procedimientos que deberían satisfacer rápida y eficazmente los derechos o intereses legítimos de quienes solicitan su incoación.

Para una correcta aplicación de la forma oral a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, de entre todas las disposiciones arcaicas sobresale, sin duda, el segundo párrafo art. 1815 LEC/1881 del que cabe argumentar que ha quedado tácitamente derogado. En el Derecho procesal civil moderno el Ministerio Fiscal debe tener en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que interviene las mismas oportunidades de actuación procesal que los demás sujetos e interesados para exponer al Juez sus alegaciones y para proponer las pruebas que considere pertinentes. Por tanto, no se puede seguir manteniendo que en las comparecencias el representante del Ministerio Fiscal emita su dictamen por escrito, para lo cual se le entregará el expediente, cuando el resto de los interesados deben comparecer y expresar verbalmente lo que su derecho o interés legítimo convenga.

### **3. Oralidad y jurisdicción voluntaria: propuesta de futuro**

El Gobierno tiene aún pendiente el cumplimiento de la obligación impuesta por la Disposición final decimoctava de la LEC de remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria. Con el objetivo de contribuir al pronto cumplimiento de esta obligación legal, en el presente subepígrafe nos proponemos realizar una propuesta «de lege ferenda» con el objetivo de que en futuras reformas legislativas se pueda llegar a consagrar un procedimiento general de jurisdicción voluntaria regido principalmente por la oralidad

En este sentido, para que quede garantizada la oralidad en el sistema procesal civil español, estimamos que cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria debería cumplir, en esencia, los siguientes trámites fundamentales:

— El procedimiento debe ser iniciado mediante solicitud formulada por persona con un derecho o interés legítimo. Una vez acordada su admisión por el Juez, éste citará a una comparecencia, que se debe celebrar en un corto periodo de tiempo no superior a 15 días, a los interesados y a quienes hayan de intervenir en el procedimiento, incluido el Ministerio Fiscal en su caso.

— Durante la comparecencia, el Juez debe oír la declaración verbal del solicitante, de las personas que la ley disponga y de los demás interesados cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. Si en las diversas declaraciones se plantearan cuestiones que pueden impedir la válida prosecución del expediente, el Juez las deberá resolver si es posible en el mismo acto, tras haber oído a todos los comparecientes.

— La intervención del Ministerio Fiscal, en el caso en que fuera precisa por estar afectado el estado civil o la condición de una persona o por estar comprometido el interés de un menor o incapaz, también deberá producirse de forma oral. Además, la intervención del menor cuando ésta sea factible se hará por separado.

— Una vez realizada la práctica de las diversas pruebas que hayan sido solicitadas o que el Juez estime oportuno practicar, el Juez debe permitir que los interesados formulen oralmente sus conclusiones. En el mismo sentido, si la práctica de la prueba se tiene que realizar con posterioridad al trámite de comparecencia —piénsese en un reconocimiento judicial no previsto en la solicitud de incoación del procedimiento, por ejemplo—, el Juez deberá establecer un trámite de audiencia al respecto.

— Terminada la comparecencia o practicada la última diligencia prevista, el Juez debe resolver el expediente de jurisdicción voluntaria en un breve plazo de tiempo dando

así una efectiva satisfacción a los sujetos que solicitaban la realización de sus derechos o intereses legítimos.

Por lo demás, la vigencia de la oralidad en los procedimientos de jurisdicción voluntaria debe llevar aparejada la aplicación de los arts. 145, 146 y 147 LEC, en el sentido de que el desarrollo de toda la comparecencia, y de la práctica de aquellas pruebas que deban realizarse fuera de aquélla, se debe registrar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, debiendo levantar asimismo el Secretario Judicial acta de todas las actuaciones procesales realizadas, acta que debe ser firmada por todos los concurrentes. Con estas medidas se garantiza la protocolización del procedimiento de cara a la interposición de recursos de apelación contra los autos que ponen fin a estos procedimientos (arts. 1819 a 1821, 2112 a 2115 LEC/1881 y 387 a 393 LEC) o a la incoación de procesos civiles para la defensa jurisdiccional de los derechos o intereses legítimos en juego. Así, se puede solicitar del Secretario Judicial, que tiene la obligación legal (ex arts. 145.1.2º y 147.2 LEC) de custodiar las actas y las grabaciones de imagen y sonido de lo acontecido en la comparecencia, la reproducción de los videos cuando sea necesario documentarse sobre lo que ocurrió en la tramitación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en cuestión.

### III. LA INMEDIACIÓN Y LA CONCENTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Las consecuencias de la oralidad en los procedimientos de jurisdicción voluntaria son dobles, En primer lugar, la inmediación o presencia directa del Juez en la comparecencia y en la práctica de las pruebas. Una segunda derivación de la forma oral es la concentración de las alegaciones de los sujetos interesados en el procedimiento y de la práctica de las pruebas por ellos solicitadas en una sola audiencia, o en varias próximas en el tiempo. De acuerdo con esto, para terminar de estudiar las formas de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en el presente epígrafe, haremos un recorrido por las principales manifestaciones de su inmediación y la concentración.

#### 1. La inmediación

Como ya se ha apuntado, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria la inmediación significa básicamente que la comparecencia de los interesados y la práctica de las pruebas han de transcurrir ante la presencia directa del Juez competente<sup>837</sup>. Puesto que la inmediación es la otra cara de la oralidad, los procedimientos de jurisdicción voluntaria estarán presididos por la inmediación si el Juez que deba resolver el expediente escucha las alegaciones de los sujetos interesados, presencia, e incluso interviene personalmente, en la práctica de las pruebas, sin delegar dicha facultad en persona alguna.

Para acreditar la concurrencia de la inmediación en la jurisdicción voluntaria basta con traer a colación el análisis casuístico de diversos procedimientos de esta índole que ya se ha llevado a cabo en las páginas precedentes. Así, en los supuestos ya mencionados el Juez tiene que convocar a todos los sujetos interesados a una audiencia presidida por él mismo en la que deben exponer lo que a su derecho mejor convenga.

---

<sup>837</sup> Cfr. Gimeno Sendra, J. V., Principios..., cit., p. 227; Fairén Guillén, V., Teoría General..., cit., pp. 401-402; Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., Derecho Procesal Civil, cit., p. 39; Montero Aroca, J., Gómez-Colomer, J. L., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S., Derecho Jurisdiccional I, cit., pp. 381-382; De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., Derecho Procesal. Introducción, Madrid 2004, p. 82.

En efecto, uno de los ejemplos más claros de que la inmediación impera en la jurisdicción voluntaria lo podemos encontrar en el procedimiento de elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra. Durante su trámite de audiencia, el Juez debe examinar directa y separadamente a los testigos, y al Notario en su caso, que haya mandado comparecer (arts. 1946 y 1949 LEC/1881). El Juez debe invitar a cada testigo a que le narre «viva voce» lo que recuerde de los hechos relativos al otorgamiento del testamento y, una vez hecho, el Juez puede hacerle las preguntas o pedirle las aclaraciones que estime convenientes para completar su declaración o esclarecer los extremos que estime oportunos.

La inmediación en los procedimientos de jurisdicción voluntaria también se muestra patente en el art. 2132 LEC/1881 al regularse el trámite de la audiencia en el procedimiento de calificación y liquidación de avería gruesa en el buque puesto que «el Juez (...) con citación y audiencia de todos los interesados presentes o de sus consignatarios, recibirá declaración a los tripulantes y pasajeros, en el número que estime conveniente acerca de los hechos consignados por el Capitán...». Del tenor literal del precepto transcrito se deduce que el Juez debe escuchar de primera mano la declaración no sólo de los sujetos directamente interesados en el procedimiento, sino también de todos los testigos que él considere oportunos. Es evidente que, en todo caso, el Juez podrá hacer las preguntas y pedir las aclaraciones que estime convenientes.

En todo caso, dado que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria rige la oralidad, las alegaciones de los sujetos interesados, la práctica de la prueba y las conclusiones se deben realizar a la presencia del Juez. Ésta es, además, la necesaria conclusión a la que se llega si se realiza una interpretación integradora del Libro III de la LEC/1881 con el resto del ordenamiento procesal vigente. Así, el art. 229.2 LOPJ reconoce la inmediación de los procedimientos judiciales al disponer que «las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificaciones de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley». Igualmente, el art. 137 LEC ratifica la obligatoriedad de la presencia del Juez en las declaraciones, las pruebas y las comparecencias, esto es la obligatoriedad de la inmediación en los procedimientos judiciales, sancionando su desconocimiento con la pena de nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones.

Por lo tanto, podemos concluir que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria rige la inmediación en las declaraciones de los sujetos, en la práctica de las pruebas y en las posibles conclusiones que puedan presentar, por lo que el Juez que esté tramitando el procedimiento deberá presenciarlas directamente, so pena de que las actuaciones en que no esté presente sean nulas de pleno derecho.

## **2. La concentración.**

La segunda consecuencia esencial del hecho de que predomine la oralidad en los procedimientos de jurisdicción voluntaria es su concentración<sup>838</sup>. La concentración de las

---

<sup>838</sup> Hasta tal punto es importante la concentración que Adolf Wach, uno de los «padres de la oralidad», sostenía que «el ideal del proceso oral es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de todas las afirmaciones, proposiciones de prueba, excepciones de las partes y, si fuera posible, la práctica de la prueba. Este ideal es inasequible, y la tarea del legislador y del tribunal que aplica la ley sólo puede consistir en aproximar lo más posible los procedimientos a la idea», citado por Fairén Guillén, V., *Teoría general...*, cit., pp. 403-404.

actuaciones es un elemento capital para conseguir realmente la inmediación, que comporta necesariamente la forma oral.

Al igual que en los procedimientos contenciosos, también en los procedimientos de jurisdicción voluntaria la concentración debe suponer que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia, si es posible, o en todo caso en unas pocas audiencias, próximas temporalmente entre sí, con el objetivo de que la práctica de las pruebas y las manifestaciones realizadas de palabra por los sujetos interesados ante el Juez permanezcan fielmente en la memoria de éste, a la hora de dictar el auto que ponga fin al procedimiento<sup>839</sup>.

Con el fin de acreditar si en los procedimientos de jurisdicción voluntaria rige la concentración, hemos de descender al casuismo imperante en el Libro III de la LEC/1881 para comprobar si su ley reguladora apuesta por la concentración.

Las manifestaciones de la concentración en la tramitación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria son muchas. No obstante, por su claridad meridiana, nos referiremos aquí exclusivamente al procedimiento para la calificación y liquidación de la avería gruesa recogido en lo sustancial en el art. 2132 LEC/1881: «Presentado [por el Capitán del buque] el escrito [de protesta], el Juez, si posible fuera en el mismo día, con citación y audiencia de todos los interesados presentes o de sus consignatarios, recibirá declaración a los tripulantes y pasajeros, en el número que estime conveniente acerca de los hechos consignados por el Capitán y, practicada la información, dará licencia para abrir las escotillas».

En todo caso, como es bien sabido, todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria se rigen subsidiariamente por las normas del juicio verbal. Pues bien, la concentración resulta evidente en el juicio verbal regulado en los arts. 437 a 447 LEC en la que destaca la reducción de plazos y el exhorto al Juez para que se celebre la audiencia en un solo trámite, si resulta posible. Por lo tanto, cabe concluir que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria también rige la concentración de actuaciones, puesto que esta institución también debe proporcionar a los ciudadanos una garantía real de sus derechos.

#### IV. CONCLUSIÓN

La institución de la jurisdicción voluntaria, cuyo estudio sistemático ha sido largo tiempo olvidado debido probablemente a la ausencia de una regulación sistemática y técnica y a su consecuente dispersión normativa, supone sin embargo en la práctica un gran número de procedimientos. De lo expuesto en el presente trabajo se infiere que los procedimientos de jurisdicción voluntaria están regidos por la oralidad, la inmediación y la concentración.

Las páginas precedentes pretenden ser, en suma, una pequeña aportación en torno a la evolución de la forma que adoptan los procedimientos de jurisdicción voluntaria, con el objetivo de contribuir a acercar su regulación vigente, fragmentaria e inconexa, a los parámetros legislativos del siglo XXI y a la necesidad de una justicia eficiente, que cumpla

---

<sup>839</sup> Cfr. Montero Aroca, J., Gómez-Colomer, J. L., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S., *Derecho Jurisdiccional I*, cit., pp. 383. Vid., en el mismo sentido, Gimeno Sendra, J. V., *Principios...*, cit., p. 233; Fairén Guillén, V., *Teoría general...*, cit., p. 403; Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 42; De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., *Derecho Procesal*, cit., p. 81

con las expectativas de los ciudadanos, al satisfacer sus intereses y pretensiones de modo eficaz.

En efecto, ya a finales del siglo XIX, dichos procedimientos se concibieron precisamente para que los sujetos vieran efectivamente garantizados sus derechos e intereses jurídicos de modo fácil y rápido. Siendo para ello necesaria la sencillez y simplicidad de sus trámites, dichos procedimientos se configuraron de tal manera que en ellos rige la forma oral y, consecuentemente, la inmediación y la concentración.

La nueva legislación procesal civil del siglo XXI no ha hecho sino confirmar, y aclarar en algunos supuestos, la necesidad de la forma oral, de la inmediación y de la concentración en la tramitación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Por la propia configuración de sus trámites, la oralidad, la inmediación y la concentración se han de continuar predicando de todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria como garantes de su eficiencia, sobre todo por la necesidad de adecuarse al nuevo ordenamiento procesal civil español.

Todo ello no es óbice, no obstante, para dejar constancia desde estas páginas de la necesidad de acometer urgentemente una profunda reforma de esta parcela de nuestra legislación procesal civil para acabar, de una vez por todas, con el «laberinto normativo» en que se ha convertido el estudio de la jurisdicción voluntaria, restando eficiencia a la dogmática y, por tanto, a su operatividad práctica.

## LA ORALIDAD Y LA SEGUNDA INSTANCIA CIVIL

CARLOS MARTÍN BRAÑAS

Profesor Contratado Doctor. Departamento de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

### I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, se confecciona bajo la clara intención de introducir una serie de principios que ayuden a superar el conjunto de disfuncionalidades de las que, durante más de un siglo de vigencia, la antigua Ley Rituaria había demostrado adolecer. Entre esos principios destacan la oralidad, publicidad e intermediación, cuya íntima relación resulta innegable, pudiéndose afirmar que es muy difícil encontrar supuestos en los que se aprecie la presencia de uno de ellos con exclusión de alguno de los otros<sup>840</sup>.

Semejante deseo puede vislumbrarse, sin ningún género de duda, realizando una breve revisión a la Exposición de Motivos de la LEC 2000, especialmente a su apartado I, donde nuestro legislador se expresa en los siguientes términos:

“La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la Justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales -nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia-, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación. Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran.”

Si bien es cierto que esa modernización, adecuando la nueva normativa procesal civil a los principios antedichos, parece lograrse de forma óptima en las actuaciones seguidas en la Primera Instancia del proceso civil, sin embargo, no parece que el legislador logre ese mismo objetivo a la hora de regular la Segunda. De hecho, muy al contrario, si nos fijamos, en concreto, en la sustanciación del procedimiento diseñado para el recurso de apelación, descubriremos como se desarrolla casi exclusivamente con arreglo al principio de escritura, lo que contrasta con la idea anticipada en la propia Exposición de Motivos de

---

<sup>840</sup> Íntima relación puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina científica, vid., entre otros: CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, (Trad. Alcalá Zamora y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, p.278; de igual forma, CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, (Trad. Sentís Melendo), Vol. II, Buenos Aires, 1949, p.254. En términos similares Díez-Picazo Jiménez, Ignacio, “Algunas reflexiones acerca de la regulación de los procesos declarativos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *ICADE*, mayo-agosto 2000, núm. 50, p.84; Montero Aroca, Juan, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad”, *Revista de Derecho Procesal*, 2001, p.593; Herrera Abián, Rosario, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Granada, 2006, p.9, etc..



la Ley y con la regulación que efectivamente se ha introducido al regular la Primera Instancia<sup>841</sup>.

### **1. Vigencia del principio de oralidad en la sustanciación del actual recurso de apelación civil**

En estos momentos, bastará con realizar un rápido repaso a la normativa reguladora del recurso de apelación contenido en la LEC 1/2000 para comprobar que la oralidad, aunque existe, sin embargo se encuentra limitada de una forma más que evidente.

Si acudimos al artículo 464 LEC, comprobamos, de inmediato, que la única actuación oral prevista en el procedimiento seguido en segunda instancia es la “vista”, celebrándose necesariamente ésta “si hubiere de practicarse prueba” y, potestativamente “si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida” y, siempre “que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario”.

Atendiendo a lo previsto en el art. 464.1 LEC, si fuese preciso celebrar la vista ésta se tramitará conforme a lo establecido en los arts. 442-444 del texto procesal civil, preceptos que regulan dicha actuación en el juicio verbal. No debemos olvidar que también será de aplicación lo establecido en el art. 147 LEC, relativo a la documentación de las actuaciones orales y vistas mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y sonido.

De inmediato, antes de continuar, nos surge la duda sobre la mayor o menor idoneidad de esta remisión hecha por el legislador a las reglas que regulan la vista en el juicio verbal. Semejante incertidumbre puede encontrar su fundamentación en diversos elementos: a) Existen normas generales que regulan las vistas en cualquier tipo de proceso –arts. 182 y ss. LEC (“De la sustanciación, vista y decisión de los asuntos”)-; b) se plantean evidentes problemas de coherencia si pretendemos aplicar determinados preceptos previstos para la vista del juicio verbal a las del recurso de apelación (ej. Art. 443 LEC); c) el propio art. 185 LEC, precepto integrado en la regulación prevista para el régimen general de las vistas, prevé como debe llevarse a cabo su celebración, realizando mención expresa al recurrente y al recurrido, aspecto este que nos puede hacer pensar que el legislador al redactar el artículo 464 LEC ha olvidado que la celebración de la vista en apelación ya está regulada en este art. 185 LEC, con carácter general<sup>842</sup>.

---

<sup>841</sup> También ponen de manifiesto esta cierta contradicción existente entre la intención primigenia del Legislador y la regulación final del recurso de apelación en la vigente Ley procesal civil, entre otros: Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, “La segunda instancia en el Anteproyecto de Ley”, en *El proceso civil y su reforma*, dirigido por MORÓN PALOMINO, M., Madrid, 1998, pp. 334-346; SAAVEDRA GALLO, PABLO MANUEL, “El recurso de apelación”, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinado por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Vol.II, Barcelona, 2000, p. 670; HOYA COROMINA, JOSÉ, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2002, p. 158; ESPARZA LEIBAR, IÑAQUI., *La Instancia de Apelación Civil. Estudio Comparativo entre España y Alemania. (Dos modelos para el S. XXI)*, Valencia, 2007, pp. 196-198; GARCÍA PAREDES, ANTONIO, “Un nuevo recurso de apelación”, *Diario La Ley*, Nº 6952, Sección Tribuna, 23 de mayo 2008, Año XXIX, Ref. D-161 (La Ley 16938/2008), p. 1.

<sup>842</sup> Vid., de esta opinión, ARAGONESES ALONSO, PEDRO Y GISBERT POMATA, MARTA, *La apelación en los procesos civiles (antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Madrid, 2003, pp. 554-555. También HOYA COROMINA, *El*

### ***A) Celebración de la vista***

Una sucinta lectura del art. 464 LEC, nos servirá para corroborar que, salvo que hubiere de practicarse prueba en segunda instancia, supuesto en el que la celebración de ésta aparece como inexcusable, la Ley hace recaer la responsabilidad de su celebración en la concurrencia de alguna de las dos posibles causas siguientes: a) bien por haberlo solicitado cualquiera de las partes o, b) en todo caso, cuando el propio órgano ad quem, estimándolo necesario, así lo ordene, ya se lo hayan solicitado o no las partes en sus respectivos escritos de alegación.

En relación con el segundo detonante y ante el silencio de la Ley, no queda otra opción mas que asentir que los criterios que deben presidir la labor intelectual del órgano ad quem a la hora de determinar la mayor o menor necesidad de la celebración de vista, quedan al libre arbitrio del propio juzgador, pudiendo alegarse un amplísimo elenco de motivaciones (la naturaleza del caso, la complejidad del supuesto, el tipo de pretensión ejercitada, la necesidad de aclaración o corrección de alguno de los escritos de alegaciones de las partes, la subsanación de una falta que pudiera llevarse a cabo en el acto de una vista al precisar la colaboración de las partes, cuando alguna de las alegaciones o motivos del recurrente o del recurrido presente alguna imprecisión, ambigüedad u oscuridad, etc.)<sup>843</sup>.

Con esta celebración tasada de la vista en apelación, se sustrae a los magistrados integrantes del Tribunal ad quem la oportunidad de conocer de forma directa, y en todo caso, los motivos de disconformidad aducidos por las partes con la sentencia de primera instancia, así como la oportunidad de conocer de viva voz los elementos básicos del pleito, sobre todo de aquellos que más influencia hayan tenido o puedan tener en la resolución del propio recurso. Fueren cuales fueren los criterios que debieran seguirse al momento de decidir sobre la necesidad de ordenar la práctica de esa vista, estamos de acuerdo con aquellos que sostienen que debería mantenerse un criterio amplio y favorable a su celebración, “buscando potenciar la oralidad e intermediación en el recurso, y contribuir con ello a que el Tribunal ad quem tenga una mejor percepción de las razones que asisten a las partes”<sup>844</sup>. Criterio amplio que, por otro lado, ha seguido nuestro legislador al regular la

---

*recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 161. En el mismo sentido, OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros*, Barcelona, 2002, pp. 237-238; ESPARZA LEIBAR, *La Instancia de Apelación Civil...*, op. cit., nota 262, p. 210.

<sup>843</sup> A modo de ejemplo, pueden consultarse respecto a la discrecionalidad de esta decisión: OLIVA SANTOS, ANDRÉS. DE LA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p.799; HOYA COROMINA, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p.160; TASENDE CALVO, JULIO J.: “*Algunas cuestiones sobre el recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 529/2002; ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., p. 507; ESPARZA LEIBAR, *La Instancia de Apelación Civil...*, op. cit., p. 211, etc..

<sup>844</sup> Vid. ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., p. 507. También GARCÍA PAREDES, “Un nuevo recurso de apelación”, op. cit., p. 2. Aunque, en todo caso, no faltan críticos a este posicionamiento, a modo de ejemplo, vid. SAAVEDRA GALLO, *El recurso de apelación*, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil ...*, Vol. II, op. cit., p. 679.

segunda instancia en aquellos procesos especiales que versan sobre la capacidad de las personas, en donde esa instancia se tramitará siempre con práctica de prueba y, por tanto, con celebración de vista, al establecerlo así el art. 759.3 LEC (respecto de las pretensiones de reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación, ver art. 761.3 LEC).

### ***B) Actuaciones a sustanciar en la vista de forma oral***

Una vez ordenada la celebración de la vista por parte del juzgador ad quem, se practicarán, primando la forma oral, las siguientes actuaciones:

#### *a) Informes*

El acto de la vista dará comienzo cuando el Juez o Presidente declare que se procede a celebrar la misma de forma pública, de inmediato el Secretario Judicial relacionará sucintamente los antecedentes del caso o las cuestiones que hayan de tratarse (art. 185.1 LEC). A continuación, se iniciará la exposición del material del proceso realizada por las partes y sus defensores, primero la parte apelante y después la apelada. Esta actuación, a la que la naturaleza de la vista imprime las características que le son propias –oralidad e intermediación–, recibe el nombre de “informe”(art. 185.2 LEC).

El contenido de estos informes se conformará reiterando lo alegado en los respectivos escritos iniciales del recurso<sup>845</sup>, en concreto podemos destacar:

- El ámbito del recurso queda acotado con las actuaciones de preparación y formulación realizadas ante el Tribunal ad quem.

- En la vista, el recurrente, puede reiterar o aducir nuevos fundamentos sobre los extremos en que han sustentado su recurso pero, en ningún caso, podrán ampliar los ya aducidos con anterioridad en la primera instancia o en los escritos de interposición e impugnación.

- También será factible en la vista reducir el ámbito del recurso, renunciando la parte de manera clara y precisa a algunos extremos de su impugnación, ya que la inconcreción del alcance de la impugnación del apelante, dota al Tribunal de apelación de facultades para entrar a conocer de todas las cuestiones planteadas en el pleito y que resultaron desfavorables para la parte en la sentencia recurrida.

- Las partes podrán deducir en la vista pretensiones incidentales (p. ej. infracciones de forma cuyo primer momento procesal en el que ponerlas de manifiesto sea éste porque se han producido a lo largo de la tramitación de la apelación).

---

<sup>845</sup> Contenido afirmado, entre otros, por: ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., pp. 569-573.

También nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de señalar en reiterada doctrina estos elementos vid., entre otras muchas, las SS de 23 de junio de 1948 (R 963), 10 de octubre de 1952 (R 1849), 30 de mayo de 1961 (R 2344), 27 de octubre de 1982 (R 5576), 6 de marzo de 1984 (R 1201), 25 de septiembre de 1999 (RJ 6607), 7 de junio de 2002 (RJ 7929), 10 de noviembre de 2004 (RJ 6723), 15 de marzo de 2006 (RJ 5425), 6 de julio de 2006 (RJ 4620), 30 de enero de 2007 (RJ 709), 1 de febrero de 2007 (RJ 704), 21 de febrero de 2008 (RJ 1212), etc..

- Las alegaciones contenidas en el informe no pueden tratar de introducir nuevas pretensiones de la parte no deducidas, en su momento oportuno, en primera instancia o en la formulación del recurso. Todas estas peticiones han debido ser puestas de manifiesto con anterioridad a la celebración de la vista de apelación, por ello son ahora inadmisibles y, si se solicitan, el Tribunal ad quem no las tendrá en cuenta. Quedando vedado para las partes:

\* La solicitud de nuevas pruebas, porque estas debieron solicitarse en los escritos de interposición, oposición y/o impugnación.

\* El planteamiento de nuevas cuestiones, pues ello debió hacerse en el momento procesal oportuno de la primera instancia, debido al carácter revisorio de la apelación, sin que sea posible modificar sustancialmente el contenido de las pretensiones de impugnación.

\* La reproducción de la denuncia de una falta cometida en la primera instancia, ya que esta denuncia debió realizarse en el escrito de interposición, oposición y/o impugnación del recurso.

- Si bien las Audiencias al conocer de la apelación, pueden resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, esto sólo es posible en tanto en cuanto la sentencia del Tribunal inferior no haya sido consentida por las partes en alguno de los extremos objeto de debate.

#### *b) Práctica de prueba*

Como prevé el art. 185.3 LEC, si se hubiera admitido prueba para el acto de la vista se procederá a su práctica conforme a lo dispuesto en las normas que la regulan, esto es, según las previsiones contenidas en los arts. 289 y ss. LEC (contradictoriamente en vista pública).

Lo primero que debemos destacar es que este recibimiento no se dará de una forma preceptiva e incondicional, sino que sólo se ordenará de forma subsidiaria en las condiciones excepcionales a que se refiere el art. 460 LEC<sup>846</sup>, conllevando esto una clara violación del principio de inmediación y, en consecuencia, de la oralidad que, como hemos visto, debería primar a lo largo de todo el proceso civil<sup>847</sup>. Excepcionalidad que se manifiesta en orden a la hora de establecer los requisitos necesarios para su adopción, tales

---

<sup>846</sup> Hecho destacado por, entre otros: PICÓ I JUNOY, JOAN, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 72; SOLÉ RIERA, JAUME, “El recurso de apelación y la segunda instancia en el Anteproyecto de LEC”, en *Presente y futuro del Proceso Civil*, dirigido por PICÓ I JUNOY, JOAN, Barcelona, 1998, pp. 295 y 296; SAAVEDRA GALLO, “El recurso de apelación”, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil...*, Vol.II, op. cit., p.662; ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., p. 509; HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal...*, op. cit., p. 66; ESPARZA LEIBAR, *La Instancia de Apelación Civil...*, op. cit., pp. 215-217.

Excepcionalidad puesta de manifiesto también por nuestra jurisprudencia: vid. SSTS de 21 de noviembre de 1963 (RJ 4957), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

<sup>847</sup> Clara ruptura del principio de inmediación que es destacado por diversos sectores de la doctrina científica, entre otros: CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Madrid, 1992, p. 198; HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal...*, op. cit., pp. 67 y 69, etc..

como su carácter taxativo o la prohibición de llevar a cabo una interpretación analógica al momento de ordenar su celebración<sup>848</sup>.

En este punto, se hace preciso destacar que al tratar sobre la proposición y práctica de prueba en apelación, el actual artículo 464 LEC coincide básicamente con el contenido de los antiguos artículos 862 y 863.2º LEC/1881, por ello es factible aplicar en bloque toda la jurisprudencia generada sobre esta materia antes de la vigencia de la actual ley procesal civil. Precisamente de la lectura de la doctrina jurisprudencial emanada de nuestros tribunales durante la vigencia de la antigua LEC de 1881, es posible concluir que sólo podrá ordenarse el recibimiento a prueba en segunda instancia si se cumplen tres premisas que adquieren el carácter de irrenunciables:

a) Que se de alguno o varios de los eventos especialmente contemplados en la Ley Rituaria Civil (actual art. 460 LEC).

b) Que los hechos que mediante la prueba se intenta acreditar, guarden la debida relación de congruencia con las peticiones deducidas por el actor o con las excepciones aducidas por el demandado, ya que, no olvidemos, que al amparo de esa excepcional prueba a celebrarse en apelación, no cabe intentar con éxito modificación alguna en los términos en que quedó planteado el debate y, en relación a los cuales, fue resuelta la litis en la primera instancia del juicio<sup>849</sup>.

c) Que la influencia de estos hechos en el pleito sea tan notoria que de no poder advenirse sobreviniera indefensión de la parte que pretende demostrarlos, por tender a establecer un punto capital de la cuestión litigiosa<sup>850</sup>.

Para finalizar este apartado, resulta de interés señalar como nuestro Legislador muestra una permisibilidad mucho más amplia, en esta materia, cuando estamos ante un proceso especial sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores, en donde “sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas (pruebas) estime pertinentes” facultad que “será aplicable asimismo a la segunda instancia”(art. 752 LEC).

Más en concreto, en los procesos de incapacitación de las personas “además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas en las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”(art. 759.1 LEC). Dichas disposiciones en materia de prueba serán de aplicación, preceptivamente,

---

<sup>848</sup> En este sentido pueden consultarse las SSTS de 20 de noviembre de 1961 (RJ 4105), 24 de enero de 1964 (RJ 360), 2 de febrero de 1965 (RJ 521), 17 de febrero de 1971 (RJ 911), 18 de febrero de 1977 (RJ 503), 10 de abril de 1990 (RJ 2714), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

<sup>849</sup> Así se pronuncia nuestro Alto Tribunal en SSTS de 21 de noviembre de 1963 (RJ 4957), 18 de noviembre de 1965 (RJ 5103), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

<sup>850</sup> Requisito de indefensión que ya ha sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, vid. SSTC 104/2003, de 2 de junio; 122/2003, de 16 de junio; 135/2003, de 30 de junio. En los mismos términos la Sala Primera del TS, vid. SS de 19 diciembre de 2001 (RJ 9371), 14 noviembre de 2002 (RJ 9922), 5 diciembre de 2002 (RJ 10431), 24 de noviembre de 2003 (RJ 8087), 15 de julio de 2005 (RJ 9237), etc..

tanto en primera como en segunda instancia, tal y como hemos visto al referirnos al acto de la vista en dicha fase procesal (arts. 759.3 y 761.3 LEC).

*c) Segunda intervención para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular conclusiones.*

Finalmente, el juzgador volverá a conceder la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas (art. 185.4 LEC).

Del análisis de este precepto debemos entresacar diversas situaciones que pueden darse en la práctica:

- a) Si no se practicó prueba: en este caso, se producirá una nueva intervención de las partes con la única finalidad de “rectificar” hechos o conceptos, como apunta el propio art. 185 LEC.

- b) Si se practicó prueba: de haberse practicado prueba, la Ley otorga a las partes la posibilidad de formular “concisamente” las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas<sup>851</sup>.

## **2. Posición jurisprudencial en relación con la vigencia de la oralidad en segunda instancia**

Una cuestión como la que estamos tratando, evidentemente de indiscutible importancia práctica, no ha escapado de la necesaria valoración jurisprudencial. En este sentido, podemos apuntar los siguientes pronunciamientos<sup>852</sup>.

### ***A) La apelación y los principios de inmediación, concentración y oralidad***

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de emitir alguna resolución relativa a la segunda instancia, entrando a valorar la mayor o menor necesidad de respetar en el recurso de apelación las garantías de inmediación y contradicción y, en consecuencia, de oralidad.

El Alto Tribunal, no sin ciertas reticencias iniciales<sup>853</sup>, ha terminado configurando una clara línea argumentativa que, en principio, busca su fundamentación, a su vez, en la doctrina que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido construyendo sobre la base de la aplicación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo

---

<sup>851</sup> Debemos mostrar nuestro desacuerdo con aquellos que afirman la aplicación analógica, en este punto, del art. 433 LEC (así, ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., pp. 575-576), que regula las actuaciones de las partes en la vista del juicio ordinario tras la práctica de la prueba y que su amplitud es mucho mayor que la previsión contenida en el art. 185.4, donde tan solo es posible introducir alguna alegación concisa respecto de las pruebas practicadas.

<sup>852</sup> Línea jurisprudencial que ya era destacada y analizada en sus comienzos por MORAL GARCÍA, ANTONIO Y SANTOS VIJANDE, JESÚS MARÍA, en *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada, 1996 (en especial págs. 176-230).

<sup>853</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional, hasta hace relativamente poco tiempo, se ha mostrado distante de la emanada del TEDH. A modo de ejemplo, vid. SSTC 102/1994, de 11 de marzo, FJ 3º; 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4º; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2º.

razonable por un Tribunal independiente e imparcial...”)<sup>854</sup>. En lo que al objeto de este trabajo afecta, el posicionamiento del Tribunal Europeo consiste en afirmar que toda persona tiene derecho a que su causa sea *oída públicamente* en todas las instancias y no únicamente en la primera<sup>855</sup>.

De forma breve, como la extensión de este trabajo exige, señalaremos que el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que en el desarrollo del recurso de apelación previsto en nuestro Ordenamiento Jurídico, se observen escrupulosamente las garantías constitucionalizadas y, especialmente, las de intermediación y contradicción en la valoración de las pruebas de cargo cuando tal valoración se haya de producir conforme a las previsiones legales. En este sentido, afirma el Alto Tribunal que se infringiría el art. 24.2 CE si el órgano judicial modifica un “factum de sentido absolutorio por otro de sentido condenatorio valorando pruebas sin la garantía de intermediación, sea porque el órgano judicial entienda que la Ley le impide la práctica de la prueba, sea porque no aprecie como oportuna o necesaria tal práctica”<sup>856</sup>.

Sin embargo, el Tribunal va más allá y afirma que la intermediación no debe ser la única garantía constitucional del proceso que debe respetarse en fase de apelación, sino que, muy al contrario, “deben respetarse todas las garantías del proceso, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales” (oralidad, intermediación, contradicción y publicidad)<sup>857</sup>.

### ***B) la traslación de la doctrina constitucional al ámbito civil de la jurisdicción***

Al objeto del presente trabajo, será necesario, por último, hacer alguna puntualización respecto de la doctrina anteriormente esbozada, ya que, resulta ineludible precisar que toda ella es confeccionada dentro del ámbito penal de la jurisdicción.

En primer lugar, se impone como inexcusable señalar que la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal de Estrasburgo es tajante a la hora de exigir la celebración de vista pública en la segunda instancia de los procesos celebrados en el ámbito penal de la jurisdicción, posicionamiento que, como hemos podido comprobar, ha sido seguido por nuestro Tribunal Constitucional. Sin embargo, esa misma doctrina admite en los procesos de otra naturaleza, por tanto también en los civiles, la posibilidad de renunciar, de forma expresa o tácita, a la celebración de una audiencia oral<sup>858</sup>.

---

<sup>854</sup> Pueden consultarse, entre otras, las SSTEDH de 8 de febrero de 2000, asunto Stefanelli contra San Marino, § 20; 18 de mayo de 2004, asunto Destrehem contra Francia, § 43.

<sup>855</sup> Declaración mantenida por la jurisprudencia europea de forma constante. A modo de ejemplo, vid. SSTEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Monnell y Morris, § 58; 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani, § 24.

<sup>856</sup> Vid. STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 5º. En los mismos términos la STC 167/2002, de 18 de septiembre, así como el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3º.

<sup>857</sup> Vid. STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 6º. En los mismos términos las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 94/2004, de 24 de mayo, FJ 2º; 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2º; 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3º. Así como el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3º.

<sup>858</sup> Vid. SSTEDH de 24 de junio de 1993, asunto Schuler-Zgraggen contra Suiza, § 29; 21 de septiembre de 1993, asunto Zumtobel contra Austria, §§ 19 y 33; 23 de febrero de 1994, asunto Fredin contra Suiza, §§ 9, 12, y 22.

Esta postura de la doctrina jurisprudencial europea nos sirve para comprobar el diferente alcance que se le da a los principios de oralidad e inmediación, dependiendo del ámbito de la jurisdicción en el que nos encontremos, resultando mucho más flexible su virtualidad en el proceso civil que en el penal. Esta laxitud manifestada en los procesos civiles, casa perfectamente con el análisis que hemos avanzado de nuestro recurso de apelación civil. Baste recordar que nuestro ordenamiento jurídico configura una segunda instancia, en donde no se respeta ni el principio de inmediación, ni la necesaria oralidad prevista por la Exposición de Motivos de la propia Ley, no permitiéndose repetir la práctica de aquella prueba celebrada en primera instancia.

En consecuencia, la doctrina elaborada por nuestro Tribunal Constitucional respecto del actual art. 790 LECr. (anterior art. 795), referida a la jurisdicción penal, de momento, no debemos extenderla más allá de dicho ámbito, al menos, mientras el propio Tribunal Constitucional no abra dicha posibilidad, integrando dicha inmediación y oralidad en el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías<sup>859</sup>.

### **3. La posible solución: los nuevos medios de reproducción de la imagen y el sonido**

Llegados a este punto y, a nuestro parecer, habiendo quedado claramente demostrado que la actual regulación del recurso de apelación, prevista por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, queda lejos de cumplir con los iniciales objetivos perseguidos por el Legislador del año 2000, sólo nos queda hacer alguna alusión a los elementos que, de alguna forma, intentan paliar esta clara confusión.

En un principio, se nos plantea, como primera opción, acudir a aquellos instrumentos que ya la propia Ley en su exposición de motivos planteaba como uno de los elementos más novedosos que se introducía en nuestro sistema judicial. Dicha Exposición señala que<sup>860</sup>:

“La documentación de las actuaciones podrá llevarse a cabo, no sólo mediante actas, notas y diligencias, sino también con los medios técnicos que reúnan las garantías de integridad y autenticidad. Y las vistas y comparecencias orales habrán de registrarse o grabarse en soportes aptos para la reproducción.”

No resulta difícil encontrar, ante la situación descrita, partidarios de intentar solventar los problemas puestos de manifiesto mediante el uso de los propios mecanismos que la nueva LEC ha puesto a nuestro servicio, en especial los nuevos medios técnicos de reproducción y documentación que podrían ayudar al órgano ad quem a llevar a término una más correcta actividad revisora<sup>861</sup>. Sin embargo, no tenemos más remedio que subrayar

---

<sup>859</sup> Pensamiento defendido por HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal...*, op. cit., p. 225.

<sup>860</sup> Previsión efectuada por la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 en su apartado IX, referido al Título V de la Ley.

<sup>861</sup> Entre otros, podemos citar como defensores de esta posibilidad: GÓMEZ MARTÍNEZ, “Artículos 1 al 280” en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coordinados por Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombáu, Barcelona, 2000, pág. 605; MUÑIZ CALAF, BERNARDINO, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, 2002, p. 365.



la evidente disparidad existente entre la práctica de una serie de actuaciones celebradas de forma oral y la revisión de esas mismas actuaciones plasmadas en diversos formatos.

En todo caso, a pesar de las limitaciones que plantea esta reproducción (no podrán percibirse con la misma claridad las expresiones, tonos y gestos de los individuos que como testigos, partes y peritos intervengan en el desarrollo de las pruebas, ni tampoco podrá el tribunal, al hilo de las declaraciones, hacer cualquier pregunta que le resuelva alguna duda), no puede negarse que si el juez ad quem, al revisar el juicio fáctico del juzgador de primera instancia, cuenta con la posibilidad de visualizar la práctica de la prueba a través del vídeo, la ruptura de los principios de inmediación y oralidad será menor que cuando sólo se cuenta con el reflejo documental del acta.

En realidad, ante la fragilidad en la que ha quedado la inmediación en la segunda instancia, debido a la reducción a su mínima expresión de la necesaria oralidad, sólo nos queda abogar, como hace parte de nuestra doctrina, por que “el Juez a quo motive y justifique ampliamente en la sentencia su valoración, sobre todo en aquellos aspectos más unidos a la inmediación. Una buena y detallada motivación puede constituir un freno a la posible discrepante valoración del tribunal de alzada. Del mismo modo debe exigirse que el tribunal de apelación fundamente de forma exhaustiva los cambios de valoración que adopte.”<sup>862</sup>

---

<sup>862</sup> Vid. HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal...*, op. cit., pp. 70-71. Con el mismo parecer, vid. RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL, “La segunda instancia en el Anteproyecto de LEC”, en *Presente y futuro del Proceso Civil*, dirigido por PICÓ I JUNOY, JOAN, Barcelona, 1998, pp. 297-298.

## THE DISADVANTAGES OF ORALITY

JORDI NIEVA FENOLL

Profesor titular de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona

Since more than a hundred years ago, authors have been telling us how suitable orality was for the procedures. In the Latin area it was CHIOVENDA<sup>863</sup> who passionately defended that opinion, and influenced the authors that came after him. But the idea was actually coming from the German experience, which was observed by the above mentioned author and penetrated to the Latin area. The above mentioned experience, maybe not as pleasant as CHIOVENDA was thinking<sup>864</sup>, was influenced by the procedural Napoleonic laws of the beginning of the 19th century. Nevertheless, since CHIOVENDA wrote his doctrine, authors have been practically unanimous in favour of orality<sup>865</sup>. As a result, the principle has been incorporated even in fundamental laws, such as art. 120.2 of the Spanish Constitution. And the authors who have discussed some of the presumed virtues of orality, have been immediately accused of being reactionaries, not always with scientific criteria.

Nevertheless, CHIOVENDA writes at the beginning of the 20th century. In that moment the main purpose was fighting against the persistence of an odious, tedious and inefficient written procedure that had been based on a well-meaning text of 1215 (and not of 1216 as it has been repeatedly said), a Decretal of the Pope Innocentius III<sup>866</sup>, which introduced the obligation of writing the procedural acts, with the noble purpose of bringing juridical safety in the trials<sup>867</sup>. Notwithstanding, in the future centuries the principle of written form was exaggerated, up to the point of causing a paralysis in almost any process.

---

<sup>863</sup>CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal*. Translation by Casais of "*Principii di Diritto Processuale*". Madrid 1977, p. 143.

<sup>864</sup>Vid. PRIETO CASTRO, Leonardo, *translation of SCHOCH, la reforma del procedimiento civil en Alemania*, Revista de Derecho Privado, 1931, p. 113.

<sup>865</sup>But not always: Vid. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Oralidad y escritura en el proceso civil*, "Trabajos y orientaciones prácticas de Derecho Procesal", Madrid 1964, p. 209: "...ha pasado el tiempo en que, incondicionalmente, se atribuía la preferencia a la oralidad." CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, translation by Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, p. 5: "el interés y el antiguo entusiasmo por la oralidad procesal se han ido amortiguando en los años alrededor de la mitad de nuestro siglo."

<sup>866</sup>MANSI, Joannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Vol 22, Graz 1961, pp. 1023-1026. Lateranensis IV, Innocentius P.III, Cap. XXXVIII, anno Christi 1215.

<sup>867</sup>"Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator, quandoque non potest veram negationem probare, cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut dos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, videlicet citationes et dilaciones, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentum productiones, interlocutiones, apellationes, renunciaciones, conclusiones et cetera quae occurrunt competenti ordine conscribenda, designando loca, tempora et personas..."

This situation brings us to the beginning of the 20th century, when CHIOVENDA writes as it has already been said. And unfortunately, it is still possible to find nowadays that situation in many places: an absolutely ineffective written procedure, full of phases, so many interlocutory steps, interlocutory appeals, and a pathological separation of the judge from the procedure. The judge, in fact, only approached to the process at the moment of pronouncing the judgment. He was absolutely unaware of what had been happening before, specially –and this was the most grievous thing– the evidence.

All this constituted the perfect situation to make authors claim for the introduction of orality, as a way of making procedures efficient, improving them and making them more accessible. In several places the doctrinal claim was successful and orality was actually brought in the processes.

Nevertheless, the results have not been optimal, and this is something that should not be ignored by Governments and Parliaments of those States which have not still introduced orality in procedural laws. It has been repeatedly said that orality would bring immediacy to the processes, publicity and concentration of judicial acts. This would cause, respectively: the awareness of the Judge of the whole process; the availability of the procedures to the parties; the briefness of processes.

But on the contrary, the immediacy that brings orality is not always real. In long or even boring hearings, or after multiple trials celebrated in the same day, the Judge, as any other human being, is not able of paying the same attention at any time. In addition, as the Judge attends all the hearings, he tries quite often to build opinions that cause prejudices, not paying much attention to the allegations, oral or written, of the defenders of the parts. This produces superficialness in the jurisdictional judgments. All this makes of immediacy, when this happens, a completely useless principle.

On the other hand, real publicity is not always brought by orality. Parties do not come to the trials, if they can avoid it. And if they come, they are not used to deal with judicial matters and, as a result, they don't understand what's happening. Furthermore, if publicity is aimed to the "people" in general, as it has been very often demagogically said, it must be admitted that citizens do not usually attend hearings, as everybody knows. And therefore, publicity turns into a kind of sly secret, confirming the old journalistic sentence: if there is something you want to remain secret, just publish it.

Finally, orality does not always make procedures shorter. Trials must be often suspended due to procedural faults or unexpected problems that can compromise the principles of fair trial. In such situations the trial is postponed to another day, but it is not always easy to find a blank in the tribunal's agenda so as the trial can take place soon. While the trial takes place, the Judge cannot obviously do anything else as attending it. As a result his/her efficiency in doing other things, i.e. writing judgments, decrease remarkably. All this, unfortunately, partially contradicts the supposed virtues of orality that many authors have assumed as obvious.

This is not only my opinion. All this is reality in Spain, a country where orality was introduced definitively in the year 2001 in civil processes. At the beginning, an acceleration of the procedures was observed. But today, in the year 2008, in cities like Barcelona or Madrid the first hearing of a process is celebrated after a year of the presentation of the claim, and this is completely disastrous. Orality needs a considerable increase of personal means, i.e., it requires the existence of many judges. As the public budget does not normally consider this to be possible, courts are overloaded, being close to collapse some day if some solution is not adopted before.

In spite of everything that has been said, it shall not be considered, in any case, that orality is a dreadful principle. Obviously it is not. It is just necessary to know very well where to introduce it, as it is also necessary to know where a written phase is more suitable.

Writing is convenient for pleadings, and of course for the judgment. In civil processes, for example, writing will allow to elaborate the claim and the defendant's answer in a better way. After the evidence, some written conclusions would allow the judge to analyze more precisely the details of the case. This would avoid the ambiguities and losses of attention that not rarely cause the attorney's speeches. Nevertheless, orality is completely necessary in the evidence that need the appearance of a person, such as the depositions of parties and witnesses, and declarations of experts, in order to be questioned. Orality, likewise, is fundamental in appeals, in which it is often forgotten: the oral allegations of the barristers criticizing the judgment will allow the judge to make questions to them. Through these questions the judge will be able to analyze the details of the legal or factual errors that they invoke.

Therefore, orality is not rejectable as a principle of the procedure. It is just necessary not to insist on the ingenuous fascination for old ideas (hundred years old) pretending that they were recent. We must observe the reality of the processes and precise in which moments orality can really bring efficiency to the procedures.



## FORMA DEL PROCESO Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

FRANCISCO RAMOS ROMEU

Profesor Lector. Doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona

### I. INTRODUCCIÓN

Tres de las dimensiones principales por las que se valora el proceso son su duración, sus costes y la calidad del resultado. Por regla general, queremos procesos que duren poco, que tengan pocos costes y que nos den una justicia de calidad. La forma del proceso, oral o escrito, puede tener efectos importantes sobre estos parámetros, y sin embargo, parece que no existe acuerdo en la doctrina respecto de los efectos de la forma del proceso en estos.

Algunos autores, que normalmente son parte de lo que se ha dado a conocer como la corriente de “publicación” del proceso que tiene su origen en Klein, sostienen que los procesos orales duran menos que los procesos escritos, cuestan menos, y dan lugar a una justicia de mayor calidad (Chiovenda 1925: 127; Cappelletti 1970: 60, 90). Esto ha tenido sus repercusiones prácticas.<sup>868</sup> Sin embargo, otros autores han insistido en que existen *trade-offs* o compensaciones, de forma que el uso de la escritura puede tener una menor rapidez y un coste menor, pero conllevar una justicia de mayor calidad (Nieva Fenoll 2007).<sup>869</sup> Parece que incluso se podría sostener, con Matirolo, que el proceso escrito dura en realidad menos, cuesta menos y tiene mayor calidad (Nieva Fenoll 2007). Se ha llegado a hablar de que modernamente por fin ha caído el mito de la oralidad (Montero Aroca 2001: 150), que había venido con una gran campaña de propaganda (Prieto-Castro y Ferrándiz 1982: 537). De hecho, a pesar de las supuestas ventajas de la oralidad, la doctrina ha aducido que es difícil encontrar un proceso exclusivamente oral (Cappelletti 1970: 11-12), o incluso a decir que ese tipo de proceso era “imposible” (Nieva Fenoll 2007: 294-295). Pero las pruebas aducidas por uno y otro lado, tratando de mostrar los efectos de la forma sobre el funcionamiento del proceso, han sido siempre anecdóticas y vinculadas a la experiencia local.

El presente trabajo trata de realizar una reevaluación de los efectos de la forma del proceso sobre las tres dimensiones principales por las que se valora la administración de justicia –la duración del proceso, los costes, y la calidad del resultado– y sobre los *trade-offs* que pueden subyacer. Dado que la cuestión planteada es eminentemente empírica, tiene que ser respondida con datos, y por este motivo, vamos a utilizar los datos que hay disponibles de distintas fuentes internacionales, entre ellas principalmente el Banco Mundial, sobre la situación de la justicia civil en el mundo, y sobre las características del proceso. Los datos reales son los que en última instancia deben inclinarnos por una u otra

---

<sup>868</sup> Sobre esta base se formularon diversas reformas procesales durante los últimos años del siglo XIX y durante todo el siglo XX y principios del XXI (Chiovenda 1925-128-129; Cappelletti 1970: 53-59). Incluso las constituciones han llegado a mostrar una preferencia por el modelo de proceso oral (Ver art. 120 CE; Montero Aroca 1982: 101:102).

<sup>869</sup> Cappelletti (1970: 7) observa que ya había voces críticas sobre la oralidad en la doctrina alemana del último cuarto del Siglo XX.

forma procesal, sin olvidar que pueden existir otras consideraciones a la hora de tomar una decisión.<sup>870</sup>

El plan del estudio es el siguiente: en el apartado 0 examinamos algunos de los debates sobre los efectos de la forma del proceso sobre su funcionamiento. En el apartado 0, observamos la forma del proceso que se da en el mundo hoy, y en el apartado 0 estudiaremos las relaciones de la forma del proceso con otras reglas procesales, para evitar confundir efectos. Por fin en el apartado 0, presentamos los índices y variables que utilizaremos para medir los efectos y los resultados. El apartado 0 concluye que el uso de la escritura se asocia a un proceso más largo y más costoso, pero que ello no tiene necesariamente un reflejo en una justicia mejor.

## II. DEBATES SOBRE LOS EFECTOS DE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

No es difícil apreciar que existen divergentes postulados en la doctrina sobre los efectos de la oralidad y la escritura sobre la duración del proceso, costes y calidad de la justicia.

La doctrina favorable a la oralidad suele afirmar que el uso de la oralidad lleva a procesos de menor duración o a una justicia más rápida comparado con los procesos escritos (Cappelletti 1970: 59-66; Prieto-Castro y Ferrándiz 1982: 537; Fairén Guillén 1992: 402 cita a Klein; Colmenares Uribe 2007: 317; Buitrago Márquez 2007: 342), pero los contrarios observan que, por varios motivos, esto en la práctica puede no ser así, por la mayor necesidad de presencial judicial (Picó i Junoy 1999: 418-419; Ruiz-Michelle Azuaje 2007: 190 y 194-196) o por la complejidad de los asuntos (Nieva Fenoll 2007: 290, 297).

En relación a los costes, se trata de un aspecto menos estudiado. Algunos autores sostienen que la intervención de los profesionales en un proceso escrito será más cara que en un proceso oral (Chiovenda 1925: 141; Prieto-Castro y Ferrándiz 1982: 537; Fairén

---

<sup>870</sup> El trabajo se enmarca dentro de una línea de investigación que trata de estudiar los efectos del funcionamiento del sistema jurídico sobre el crecimiento económico, y también sobre la mejor forma de diseñar los procesos judiciales. En este ámbito es inevitable referirse a Djankov y otros (2002), de los que obtenemos la mayor parte de los datos que utilizamos aquí. Estos autores no estudian los efectos de la oralidad y la escritura en el proceso, sino que estudian los efectos de una variable más compleja que ellos llaman “formalismo”, y que entre otras cosas incluye el uso de la forma oral o escrita. El trabajo de Djankov y otros (2002) sin embargo adolece de ciertos problemas de fondo relacionados con la variable “formalismo”, que se tratan de superar en el presente. La variable “formalismo” que utilizan engloba multitud de aspectos que no necesariamente juegan en el sentido de dar una preeminencia a las formas sobre la sustancia, que es el sentido en que usualmente se entiende este término (Prieto-Castro y Ferrándiz 1982: 537 habla de “*el excesivo prurito de exactitud, de regularidad y de orden formal*”). Por ejemplo, los autores tienen en cuenta aspectos que poco tienen que ver con el grado de “formalismo” del proceso: si el juez puede introducir pruebas o no en el proceso, quién realiza los interrogatorios, o si existe una conciliación pre-judicial. También utilizan variables en un sentido que posiblemente sería el contrario a lo que cabría esperar. Para ejemplificar, según estos autores, un proceso ante un tribunal general sería más formalista que un proceso ante un tribunal especializado, cuando podríamos pensar que un juez más técnico sería más formal. También consideran que si el juez de apelación puede hacer una revisión libre de lo que se ha hecho en la instancia es más formalista que si tiene limitaciones, cuando lo natural para que sea lo contrario. Todo ello sugiere que es deseable desgajar los aspectos de la variable “formalismo”, tal y como se hace aquí, para poder llegar a una mejor comprensión de los efectos de la forma sobre el funcionamiento del proceso.

Guillén 1992: 402 cita a Klein), pero otros afirman que el proceso escrito puede ser más barato por la innecesidad de celebrar vistas, que a la postre resultan caras (Bujosa Vadell 2007: 259<sup>871</sup>; Nieva Fenoll 2007: 301-302). Es más, se dice que la oralidad es más cara para el Estado porque implica la necesidad de un mayor número de jueces para atender a la litigiosidad creciente, y los jueces son caros (Berzosa Francos 1992: 612; Vázquez Sotelo 1993: 640; Nieva Fenoll 2007: 297).<sup>872</sup>

En fin, en cuanto a la calidad de la justicia, la doctrina favorable a la oralidad afirma que a través del proceso oral se imparte una justicia más humanizada (Vázquez Sotelo 1993: 640; Colmenares Uribe 2007: 317), y que es más difícil que se pueda engañar al juez (Chioyenda 1925: 131-132). También se habla de mayor transparencia, y menos corrupción judicial, con un proceso oral (Montero Aroca 1982: 100; Ruiz-Michelle Azuaje 2007: 193). Pero los críticos en cambio apuntan a que la oralidad afecta negativamente a la calidad de la justicia. La oralidad se asocia a mayor precipitación y superficialidad en el juicio, simplificación de problemas, favorecimiento de descuidos (Nieva Fenoll 2007: 289 y 298-300), y posibles errores por falta de capacidad de reacción (Vázquez Sotelo 1993: 640; Nieva Fenoll 2007: 295-296). De forma indirecta, la oralidad, unida a la sobrecarga de trabajo de los tribunales, da lugar a resoluciones más rápidas y más probablemente incorrectas (Ruiz-Michelle Azuaje 2007: 196-197). Y finalmente, se dice que en realidad la escritura previene la arbitrariedad de los intervinientes en el proceso (Vázquez Sotelo 1993: 639), y aporta seguridad jurídica (Montero Aroca 1982: 91-92; Buitrago Márquez 2007: 340; Nieva Fenoll 2007: 291), lo que hace que el proceso sea mejor.

### III. EL USO DE LA FORMA ORAL Y ESCRITA EN EL MUNDO HOY

La base de datos *Lex Mundi* del Banco Mundial ha sido recopilada a partir de cuestionarios realizados a abogados de 109 países del mundo, preguntados sobre las reglas y características de los procesos de reclamación de cantidad y de desahucio, a partir de un supuesto de hecho estándar (Djankov y otros 2002). Entre otras cosas, contiene información sobre el uso de la forma escrita en distintos momentos procesales: la demanda, la notificación de la demanda, la oposición, la proposición de pruebas, las conclusiones finales, la sentencia, la notificación de la sentencia, y la ejecución. La Tabla 1 refleja los datos globales de cada momento procesal.

Tabla 1. Frecuencia de uso de la escritura en distintos momentos procesales

	Reclamación de cantidad (n = 109)	Desahucio (n = 109)
Demanda escrita	97%	99%
Notificación de demanda por escrito	100%	100%
Oposición escrita	76%	76%
Pruebas por escrito	34%	30%
Conclusiones finales escritas	30%	23%
Sentencia escrita	73%	78%
Notificación de sentencia por escrito	52%	55%

<sup>871</sup> El autor por ejemplo se centra en las reclamaciones transfronterizas, en que la celebración de vistas es cara por implicar grandes desplazamientos. Claro que el desplazamiento es un coste que asume la parte directamente, no el abogado, que puede ser local.

<sup>872</sup> No se explica muy bien el por qué. El proceso escrito necesita también de jueces para leer los escritos.



¿Qué modelo de proceso han adoptado los Estados hoy? Cappelletti (1970: 36) distinguía cuatro grandes grupos de conjugaciones de oralidad y escritura: (1) aquellos sistemas en que predomina la escritura en una primera fase pre-juicio, y después la oralidad en el juicio; (2) sistemas en que predomina la oralidad en todas las fases; (3) aquellos en que predomina la oralidad durante el proceso, aunque las conclusiones después sean escritas y la decisión se base en lo que ha quedado reflejado por escrito; (4) los sistemas esencialmente escritos en todas sus fases.

Resulta difícil clasificar los modelos escogidos por los Estados a partir de los datos que tenemos porque no son suficientemente explícitos sobre el desarrollo del proceso.<sup>873</sup> Además, existen combinaciones no contempladas por Cappelletti pero que sí se dan en la realidad. Por este motivo, hemos decidido formar tres grupos de países: los que adoptan un modelo escrito –porque prescriben la escritura para todos estos actos–, un modelo oral –porque establecen la oralidad en todos estos momentos–, y un modelo mixto. La Tabla 2 muestra las distribuciones.

Tabla 2. Distribución de modelos procesales

	Reclamación de cantidad	Desahucio
Modelo escrito	13 (14%)	10 (10%)
Modelo oral	18 (20%)	20 (20%)
Modelo mixto	59 (65%)	68 (69%)
Total	90 (100%)	98 (100%)

Vemos que la mayor parte de los Estados adoptan un modelo mixto que combina oralidad y escritura en distintas fases. El segundo modelo más utilizado es el oral, y el escrito es el menos frecuente, aunque no está tan lejos del oral.

Estos datos sugieren algunas reflexiones generales. En primer lugar, los procesos tienden a mezclar la forma oral y escrita, lo que es un aspecto que los comparativistas ya habían identificado (Cappelletti 1970: 11-12; Berzosa Francos 1992: 609; Vázquez Sotelo 1993: 639). Parece que efectivamente son pocos los países que adoptan un proceso totalmente oral, pero también son pocos los que lo adoptan totalmente escrito. En segundo lugar, existen ciertos tipos de actos procesales que la mayor parte de los Estados coinciden en que deben ser realizados de forma escrita: la interposición de la demanda, la notificación de la demanda, y el inicio de la ejecución. En tercer lugar, de los datos globales del uso de la escritura o la oralidad, se puede decir que entre los Estados predomina el uso de la escritura para las alegaciones iniciales de las partes, y después prevalece la oralidad para el juicio y las conclusiones. Si las decisiones de los demás Estados nos relevan que es lo que parece que está funcionando mejor, quizá estos datos nos sirvan para delinear el proceso “tipo” ideal. En cuarto lugar, la variedad de formas que se

<sup>873</sup> Se ha tratado de realizar clasificaciones automáticas de los Estados a partir de los algoritmos Kmeans y Kmedians de Stata 9.0 sobre el uso de la oralidad o al escritura en cada momento. Los datos sugerían que una clasificación en cuatro grupos era la que maximizaba las diferencias entre grupos. Sin embargo, era muy difícil caracterizar el modelo de proceso de los grupos de países resultantes en términos de la clasificación de Cappelletti.

aprecian en la práctica sugiere que los Estados tratan de responder a necesidades concretas de los actos procesales en su sistema.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA FORMA DEL PROCESO

Como había dicho Chiovenda (1925: 131), hablar de la oralidad o de la escritura no es sólo hablar del uso de la forma oral o de la forma escrita, sino que es una fórmula breve para referirse a toda una serie de consecuencias estructurales que se derivan de la forma del proceso. Entre las consecuencias del uso de la oralidad, identificadas con el movimiento de “publicación” del proceso, estarían las siguientes: la concentración de las actuaciones procesales, la intermediación judicial, la publicidad del proceso, la atribución de poderes al juez en materia probatoria, la utilización de la sana crítica para la valoración de la prueba, la atribución al juez de poderes disciplinarios, y la inexistencia de recursos devolutivos contra las decisiones interlocutorias que se dictan en el proceso (Chiovenda 1925: 131-135; Fairén Guillén 1992: 399-410; Vázquez Sotelo 1993: 639-640; Montero Aroca 2001: 156-161; Colmenares Uribe 2007: 330-331; Ruiz-Michelle Azuaje 2007: 191-192; Nieva Fenoll 2007: 293). Para el movimiento de la “publicación” del proceso, estos aspectos estarían vinculados a la forma del proceso como si de una verdadera relación “causa-efecto” se tratara.

Ahora bien, en la doctrina más moderna, se ha puesto en duda esto. Existen autores que afirman que desde un punto de vista teórico no existe una correlación necesaria entre el uso de la forma oral o escrita y estos otros distintos aspectos del proceso (Nieva Fenoll 2007: 304-309), que los principios o instituciones que se propugnan derivados de la oralidad y la “publicación” serían compatibles con un modelo escrito y “privatizado” de proceso (Montero Aroca 2001: 171-188; Montero Aroca 2006: 138), aunque también se reconoce que la oralidad y estos otros aspectos son claramente complementarios (Cappelletti 1970: 21 y 31-33; Berzosa Francos 1992: 612-613). Esto ha llevado quizá a distinguir con mayor detalle entre los distintos aspectos. Así, por regla general se sigue considerando que la intermediación, la concentración y la publicidad son consecuencia de la oralidad (Berzosa Francos 1992: 612-620; Vázquez Sotelo 1993: 642; Colmenares Uribe 2007: 317). En cambio, la atribución de mayores poderes al juez se ha dicho que nada tiene que ver con la oralidad (Montero Aroca 2001: 160-161). El resto parece que también podría ser objeto de elección.

En el fondo, más allá de las relaciones teórico-filosóficas entre estas instituciones, es una cuestión empírica si la oralidad va correlacionada con otras características del proceso, bien porque el Estado al implementar la oralidad incorpora el resto de principios del movimiento de la “publicación”, bien porque la oralidad necesita esas otras reglas para su correcto funcionamiento. Un estudio del grado de correlación en la práctica entre estos aspectos puede ayudarnos a esclarecer esta cuestión, que es importante para nosotros que queremos estudiar los efectos de la forma del proceso sobre su duración, coste y calidad, porque en la medida en que algunas de estas otras instituciones sean consecuencia de la forma, tendremos que descartarlas como factores independientes.<sup>874</sup>

A partir de la información de la base de datos *Lex Mundi*, podemos ver el grado de correlación entre la forma del proceso y la mayoría de estos otros aspectos. *Índice de*

---

<sup>874</sup> En otras palabras, el efecto de la forma del proceso sobre la duración, el coste o la calidad, es en última instancia el que se deriva del uso de la oralidad o la escritura, junto con todas las consecuencias inherentes a la forma. Si introdujéramos estos otros aspectos indisolublemente unidos a la oralidad en la ecuación, estaríamos errando en la estimación del verdadero efecto de la oralidad o la escritura.

*Escritura* varía entre 0 y 1, con valores mayores indicando el predominio de la escritura.<sup>875</sup> *Poderes probatorios del juez* es un índice entre 0 y 1 de los poderes que tiene el juez en este ámbito.<sup>876</sup> *Dispersión del proceso* es una variable que mide el número de acciones procesales independientes desde la notificación de la demanda hasta la sentencia. *Justificación legal* es una variable entre 0 y 1 que mide el grado de motivación legal exigido en el proceso, mayores valores indicando mayor necesidad de justificación.<sup>877</sup> *Plazos obligatorios*, índice que varía entre 0 y 1, mide el número de plazos preclusivos previstos en la ley.<sup>878</sup> *Recursos contra interlocutorias* indica si se permiten los recursos contra resoluciones interlocutorias, siendo 1 en caso positivo y 0 en caso contrario. Y *Prueba tasada* indica que la autenticidad y la valoración de la prueba documental vienen fijadas por la ley, en cuyo caso la variable es igual a 1, y 0 en caso contrario. La Tabla 3 muestra el grado de correlación en función del tipo de variable.

Tabla 3. Índices de correlación entre forma del proceso y publicación del proceso  
(p-valor entre paréntesis)

	Índice de escritura (Reclamación de cantidad)	Índice de escritura (Desahucio)
Poderes probatorios del juez	.178 (.079)	.119 (.249)
Dispersión del proceso	.398 (.000)	.394 (.000)
Plazos obligatorios	.434 (.000)	.452 (.000)
Justificación legal	.638 (.000)	.446 (.000)
Recursos contra interlocutorias	-.231 (.100)	.036 (.808)
Prueba documental tasada	.505 (.000)	.380 (.006)

Vemos que el proceso con mayor predominio de la escritura es menos concentrado, prevé normas sobre plazos preclusivos, implica la necesidad de mayor motivación, y también implica que el valor de la prueba documental sea tasado, relaciones estadísticamente significativas. Sobre estos aspectos, podemos pensar que efectivamente se

<sup>875</sup> Dicha variable ha sido construida a partir del uso de la forma escrita u oral en los distintos momentos del proceso. Cada uno de los momentos procesales se representa mediante una variable dicotómica, 0 si es oral, 1 si es escrito. *Índice de Escritura* es la media de todas ellas.

<sup>876</sup> Se trata de una variable construida por nosotros. Se tienen en cuenta para calcular esta media (1) el poder del juez para introducir pruebas en el proceso, (2) el poder del juez para rechazar pruebas irrelevantes, (3) el control judicial previo obligatorio de las preguntas a los testigos, y (4) la realización de los interrogatorios sólo por el juez.

<sup>877</sup> La variable se compone de tres aspectos: (1) si la demanda debe estar fundada en derecho, (2) si la sentencia debe ser motivada, y (3) si la sentencia debe ser motivada en derecho.

<sup>878</sup> La variable está construida a partir de (1) si existe un plazo para la admisión de la demanda, (2) si existe un plazo para la proposición de prueba, (3) si existe un plazo para presentar la oposición, (4) si existe un plazo para dictar la sentencia, (5) si existe un plazo para notificar la sentencia.

trata de consecuencias de la forma del proceso. Pero, contrariamente a lo que cabría esperar, el predominio de la escritura va asociado a mayores poderes del juez, una relación estadísticamente significativa para reclamaciones de cantidad, y a la inexistencia de recursos contra interlocutorias en reclamaciones de cantidad, con una relación moderadamente significativa. Estos aspectos podemos por tanto pensar que no necesariamente son consecuencia de la forma del proceso.

En conclusión, la oralidad tiene una serie de consecuencias inmediatas sobre el proceso, a través de las cuales también tiene efectos sobre su funcionamiento, pero otras deben descartarse y eventualmente tienen que ser consideradas instituciones independientes.

## V. EFECTOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL PROCESO

Para estudiar los efectos de la forma del proceso y la existencia de *trade-offs* o compensaciones utilizaremos los datos del Banco Mundial: en el primer sub-apartado, explicaremos las variables que miden la duración, los costes y la calidad de la justicia; en el siguiente apartado explicaremos qué variables explicativas y de control se utilizan; después, se calculan, analizan y discuten los resultados.

### 1. Medición de la duración, los costes y la calidad de la justicia

La base de datos *Lex Mundi* contiene dos medidas de la duración del proceso. La más directa es la duración del proceso en sí. Los abogados encuestados reflejaron la duración media en días de los procesos de reclamación de cantidad y desahucio desde la demanda hasta la sentencia, variable que llamaremos *Duración del Proceso*. Esta variable incluye el tiempo de notificación de la demanda. También contiene las respuestas de la *Encuesta Global del Entorno de Negocios*, realizada por el Banco Mundial entre representantes y socios y propietarios de pequeñas y medianas empresas en distintos países, a la pregunta si *Los tribunales son rápidos*. Las respuestas se graduaban de 1 a 6, con una mayor puntuación implicando un mayor grado de acuerdo con la afirmación de que los tribunales son rápidos.

Para medir el coste del proceso, también utilizaremos dos variables. La primera variable se llama *Coste del proceso* y proviene de la base de datos *Haciendo Negocios* del Banco Mundial. Dicha variable es el porcentaje que representan los costes de un proceso respecto de la cuantía de la reclamación, que se asume que es igual al 200% de la renta per cápita de un país.<sup>879</sup> Nosotros utilizaremos el logaritmo del porcentaje, dado que hay que pensar que los efectos tendrán un rendimiento marginal decreciente. Los datos nos permiten distinguir entre el porcentaje de los costes que se refieren a costes del tribunal y el que se refiere a costes de las partes. Sin embargo, se refieren sólo a reclamaciones de cantidad, por lo que estudiaremos únicamente éstas. La segunda medición del coste del proceso será la variable *Los tribunales son asequibles*, de la *Encuesta Global del Entorno de Negocios*. Se trata de las respuestas a dicha pregunta en una escala de 1 a 6, con mayores números indicando un mayor grado de acuerdo entre los encuestados con la afirmación de que los tribunales son asequibles.

---

<sup>879</sup> Puede verse más sobre los detalles del caso que se utiliza para calcular los costes en <http://www.doingbusiness.org/MethodologySurveys/EnforcingContracts.aspx>. Según la base de datos, se incluyen sólo los costes oficiales requeridos legalmente, incluyendo los costes del tribunal y de ejecución, y los costes medios de los honorarios de abogado cuando el uso de abogado es obligatorio o habitual.

Más difícil es medir la calidad de la justicia en muchas de las dimensiones que serían importantes, como por ejemplo el grado de acierto o corrección de las decisiones que se adoptan. Posiblemente esto sea imposible de medir directamente. Sin embargo, la base de datos *Lex Mundi* contiene multitud de otras variables que están relacionadas con el funcionamiento de los tribunales y los resultados del proceso. Nos estamos refiriendo a variables como *Los tribunales son justos e imparciales*, *Los tribunales son honestos y no corruptos*, *Los tribunales son coherentes*, *La justicia es de calidad*, y *Se puede confiar en los tribunales*. Estas variables son las respuestas a las preguntas correspondientes provenientes de la *Encuesta Global del Entorno de Negocios*, donde una mayor puntuación implica una mejor posición sobre dicha dimensión. A estas variables podemos añadir la variable *Estado de derecho*, que mide el grado de implantación del Estado de derecho en un determinado país. La construyen Kaufmann, Kray y Mastruzzi (2007) a partir de otros índices. Puede verse también como un conglomerado de varias de las variables anteriores.<sup>880</sup>

## 2. Variables que pueden afectar a la duración, costes, y calidad de la justicia

Los efectos de la forma los mediremos a través de dos variables. En primer lugar, el *Índice de escritura* que ya hemos visto en apartados anteriores. No es exactamente el contenido en Djankov y otros (2002) porque éste estudio no pudo recabar todos los datos para todos los países y nosotros nos limitamos al estudio de aquellos países para los que tenemos datos completos. En segundo lugar, utilizaremos la variable “modelo de proceso” que hemos construido en el apartado 0.

El funcionamiento de la administración justicia puede verse afectada por otros factores que sería deseable tener en cuenta. En particular, en países más desarrollados, podemos pensar que por regla general la administración de justicia tenderá a funcionar mejor. Por ello, tendremos en cuenta la riqueza del país, a través de una variable de control en las regresiones que es el logaritmo del *PIB medio por habitante* en el año 1997, dado que podemos asumir que los efectos serán marginalmente decrecientes. Esto nos permitirá destilar los efectos de la forma del proceso una vez hayamos descartado los del grado de desarrollo del país.

## 3. Resultados y discusión

Dado que *Duración del Proceso* es una variable temporal, con el efecto de que cuanto más tiempo pase, más probable es que llegue el final del proceso, utilizaremos un modelo de supervivencia para la regresión, en particular un modelo de riesgo proporcional de Cox.<sup>881</sup> Para el resto de variables, un modelo de regresión OLS es el método adecuado

---

<sup>880</sup> Consideramos que no es difícil correlacionar estas variables con el grado de corrección de la justicia a través de la forma del proceso. Un proceso escrito puede constreñir mucho más al juez e impedirle arbitrariedades o la toma de decisiones sobre motivos espurios, lo que debería implicar una mejor puntuación en las variables *Los tribunales son justos e imparciales* o *Los tribunales son honestos y no corruptos*. O, alternativamente, un proceso oral en que los testigos se ven de forma directa por el tribunal, y los abogados tienen un contacto directo y diálogo con el juez, puede llevar a que sea más difícil engañar al juez y burlar a la justicia, por lo que al final estos países deberán tener mejores puntuaciones sobre estas variables. Cuál de estos efectos predominará, o cuál es la relación *real* entre forma del proceso y estas variables, es parte de lo que se quiere determinar en este trabajo. Algo similar ocurre con el resto.

<sup>881</sup> Se trata del comando `stcox` en Stata 9.0. El test para saber si era sostenible el presupuesto de riesgo proporcional no permitía descartarlo.

de estimación. Cuando ello es posible, hemos juntado los datos para reclamación de cantidad y desahucios para mejorar la eficiencia de la estimación de los efectos de la forma del proceso. La Tabla 4 reproduce los resultados para las distintas variables que hemos visto para reclamaciones de cantidad y desahucios conjuntamente.

Tabla 4. Modelos de la forma del proceso sobre duración, costes y calidad de la justicia

(Reclamaciones de cantidad y desahucio)

	Índice de escritura	de PIB Medio por Habitante	Constante	F	Adj.-R <sup>2</sup>	N
<b>RAPIDEZ DEL PROCESO</b>						
Duración del proceso	.109*** (.052)	1.017 (.054)	n.a.	22.02*** <sup>882</sup>	-.790.841 <sup>883</sup>	188
Los tribunales son rápidos	-1.436*** (.335)	.059 (.043)	2.961*** (.402)	9.72***	.1132	116
<b>COSTES DEL PROCESO</b>						
Costes totales del proceso	.003 (.315)	-.280*** (.037)	5.144*** (.383)	28.54***	.4139	79
Costes de la parte	-.270 (.368)	-.262*** (.043)	4.991*** (.447)	18.47***	.3093	79
Costes del tribunal	1.974** (.841)	-.304*** (.094)	1.683* (.983)	8.10***	.1611	75
Los tribunales son asequibles	-.849*** (.274)	-.091** (.036)	4.403*** (.330)	8.73***	.1186	116
<b>CALIDAD DE LA JUSTICIA</b>						
Los tribunales son justos e imparciales	-2.016*** (.388)	.124** (.050)	3.981*** (.466)	15.64***	.2029	116
Los tribunales son honestos y no corruptos	-2.314*** (.391)	.251*** (.051)	3.138*** (.469)	27.61***	.3164	116
Los tribunales son coherentes	-1.534*** (.345)	.124*** (.044)	3.328*** (.414)	12.81***	.1704	116
La justicia es de calidad	-1.419*** (.316)	.054 (.041)	4.201*** (.380)	10.52***	.1421	116
Se puede confiar en los tribunales	-.530* (.312)	.148*** (.040)	3.071*** (.375)	7.75***	.1050	116
Predomina el Estado de Derecho	-.497*** (.181)	.559*** (.021)	-3.886*** (.221)	348.20***	.7932	182

\* p < .1 \*\* p < .05 \*\*\* p < .01

Los resultados muestran que la forma escrita entraña una mayor duración del proceso. Estos efectos se aprecian tanto para la variable *Duración del proceso* como *Los tribunales son rápidos*.<sup>884</sup> Esto coincide con lo que esperado por los autores dentro de la corriente de publicación del proceso.

<sup>882</sup> LR Chi<sup>2</sup>.

<sup>883</sup> Log-verosimilitud.

<sup>884</sup> Se han realizado regresiones teniendo en cuenta otras variables independientes como el grado de especialización del tribunal y de los profesionales intervinientes en el

También creo que puede concluirse que el uso de la escritura va asociado a un proceso más caro. Vemos que el uso de la escritura no aumenta los costes totales del proceso, y quizá reduce los costes para la parte, pero sí se aprecia que un mayor uso de la escritura aumenta los costes del tribunal e igualmente entraña que los ciudadanos manifiesten que la justicia es menos asequible.<sup>885</sup> Parece que esto es lo contrario de lo que la doctrina normalmente espera.

En fin, los resultados invariablemente muestran que un mayor uso de la escritura va asociado a una justicia de peor calidad. Cuando aumenta el uso de la escritura los ciudadanos, según los resultados de la encuesta, manifiestan que los tribunales son menos justos, más corruptos, menos coherentes, las resoluciones de menor calidad, la gente piensa que se puede confiar menos en ellos y el predominio del Estado de Derecho es menor. La importancia de estos resultados no debe desdeñarse, dado que hemos tenido en cuenta la riqueza del país. Estamos pues ante relaciones como las que postulan los autores de la “publicación del proceso.”

¿Y un proceso que mezcle oralidad y escritura, como es frecuente que ocurra en la práctica, es mejor? (Fairén Guillén 1992: 402; Nieva Fenoll 2007: 304 y 313). Podemos ver qué ocurre cuando se mezclan ambas formas, a partir de los grupos delimitados en el apartado 0. En la Tabla 5 se reflejan las medias de las distintas variables de interés en función del modelo procesal para reclamaciones de cantidad y desahucios conjuntamente.

Tabla 5. Modelos procesales y funcionamiento de la justicia

	<i>Modelo Escrito</i>	<i>Modelo Oral</i>	<i>Modelo Mixto</i>
<b>RAPIDEZ DEL PROCESO</b>			
Duración del proceso	224.85	98.30	184.21
Los tribunales son rápidos	1.984	2.488	2.426
<b>COSTES DEL PROCESO</b>			
Costes totales del proceso	3.208	2.850	2.821
Costes de la parte	2.929	2.723	2.612
Costes del tribunal	1.458	.424	.507
Los tribunales son asequibles	2.875	3.330	3.079
<b>CALIDAD DE LA JUSTICIA</b>			
Los tribunales son justos e imparciales	2.871	3.608	3.568
Los tribunales son honestos y no corruptos	2.683	3.646	3.482
Los tribunales son coherentes	2.703	3.385	3.216
La justicia es de calidad	3.231	3.756	3.623
Se puede confiar en los tribunales	3.738	3.978	3.817
Predomina el Estado de Derecho	-.102	.580	.339

proceso, los poderes del juez en materia probatoria, y si las notificaciones se realizan por el tribunal sin que los resultados se vieran afectados, por lo que no se reproducen aquí.

<sup>885</sup> Se ha probado si los resultados se mantenían después de incluir otras variables como la experiencia del tribunal y la obligatoriedad del uso de abogado y procurador y así ocurrió, por lo que no se reproducen aquí.

Podemos apreciar que el modelo oral tiene las mejoras medias en prácticamente en todas las medidas, excepto respecto de los costes totales del proceso, lo que sugiere que el modelo de proceso oral funciona mejor que el escrito y el mixto. Ahora bien, también podemos apreciar que en la mayor parte de las medidas el proceso mixto se encuentra más cerca de las del modelo oral que de las del modelo escrito. Esto sugiere que la introducción de la oralidad en los aspectos adecuados rápidamente puede mejorar el funcionamiento del proceso. Es posible que existan combinaciones de oralidad-escritura que sean mejores que un proceso oral.

## VI. CONCLUSIONES

Para concluir, el proceso oral parece superar al proceso escrito tanto en términos de duración, de costes, como de calidad de la justicia. No se aprecian en la realidad *trade-offs* o compensaciones significativas entre la rapidez y el coste de la justicia y su calidad, porque los efectos del uso de la oralidad son constantes y consistentes respecto de los tres parámetros. Alternativamente, si existen *trade-offs*, estos son marginales, y las mermas de calidad no parece que hagan desmerecer las ventajas de la oralidad en términos de duración y costes. Los países que mezclan oralidad y escritura parecen tener un proceso que funciona de forma similar al oral, por lo que valdría la pena investigar más a fondo si existen combinaciones de oralidad y escritura que en última instancia son mejores.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BERZOSA FRANCOS, Victoria, *Principios del proceso*, Revista Justicia nº 3 (1992).

BUITRAGO MÁRQUEZ, Brenda Yamilé, *¿Por qué la necesidad de un proceso civil por audiencias?*, en *Pruebas y oralidad en el proceso* (Rodrigo Rivera Morales Coord.), Librería J. Rincón, Venezuela (2007).

BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Aceleración y simplificación del proceso civil: los juicios rápidos*, en *Pruebas y oralidad en el proceso* (Rodrigo Rivera Morales Coord.), Librería J. Rincón, Venezuela (2007).

CAPPELLETTI, Mauro, *Procédure orale et procédure écrite, Rapport Général présenté au VIIIe Congrès International de Droit Comparé, Section II-C-2*, Dott. Giuffré Editore, Milano (1970).

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil, Tomo II*, Editorial Reus, Madrid (1925).

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto, *La oralidad en el proceso*, en *Pruebas y oralidad en el proceso* (Rodrigo Rivera Morales Coord.), Librería J. Rincón, Venezuela (2007).

DJANKOV, Simeon, LA PORTA, Rafael, LOPEZ-DE-SILANES, Florencio and SHLEIFER, Andrei, *Courts: The Lex Mundi Project*, National Bureau of Economic Research Working Paper nº 8890 (2002).

FAIRÉN GUILLÉN, VICTOR, *Teoría general del derecho procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (1992).

KAUFMANN, Daniel, Aart KRAAY, Massimo MASTRUZZI, *Governance Matters VI: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2006*, World Bank Policy Research Working Paper nº WPS4280 (2007).

MONTERO AROCA, Juan, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Ed. Civitas, Madrid (1982).



MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2001).

NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, en *Pruebas y oralidad en el proceso* (Rodrigo Rivera Morales Coord.), Librería J. Rincón, Venezuela (2007). Publicado también en *Revista Justicia* nº 1 (2007).

PICÓ I JUNOY, Joan, *Análisis crítico de la situación actual de la justicia civil*, *Revista Justicia* nº 3-4 (1999).

PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de derecho procesal civil, Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi, Pamplona (1982).

RUIZ-MICHELLE AZUAJE, Gustavo, *Axiología crítica del proceso oral*, en *Pruebas y oralidad en el proceso* (Rodrigo Rivera Morales Coord.), Librería J. Rincón, Venezuela (2007).

VAZQUEZ SOTELO, José Luís, *Los principios del proceso civil*, *Revista Justicia* nº 4 (1993).

## MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL: LAS OFICINAS DE SEÑALAMIENTO INMEDIATO Y LAS NUEVAS ATRIBUCIONES DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES

BENITO REVERÓN PALENZUELA

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de La Laguna

LOURDES V. MELERO BOSCH

Doctora en Derecho. Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad de La Laguna

### I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTUDIO

La consecución de un proceso civil eficiente debe situarse en un marco superior de actuación de los poderes públicos en relación con el diseño de una Administración de Justicia igualmente eficiente, implicando tal eficiencia la concurrencia de las siguientes notas: “en primer lugar, que sea accesible, es decir, que carezca en la mayor medida posible de toda (...) traba o barrera que impliquen discriminación en la obtención de una adecuada tutela y protección judicial. En segundo lugar, que dé solución razonablemente diligente a los conflictos que le son presentados: es decir, que sea eficaz<sup>886</sup>. Y en tercer lugar que garantice la adecuada y puntual ejecución de sus sentencias: o lo que es igual, que sea efectiva”<sup>887</sup>.

Una justicia dotada de medios personales y materiales adecuados, así como de una organización de dichos medios capaz de lograr la meta perseguida. Para ello, entendemos también, que debe realizarse el esfuerzo necesario por conseguir de una vez por todas, la modernización de nuestra justicia, en general, y de la justicia civil en particular, entendiendo que “una justicia civil moderna ha de cumplir con las exigencias constitucionales, consistentes en prestar, en primer lugar, una justicia «material» (porque la tutela que han de dispensar los Jueces ha de ser exclusivamente «de los derechos e intereses legítimos»); en segundo lugar, derecho a un proceso «sin dilaciones indebidas», y

---

<sup>886</sup> Sobre lo que debe entenderse por eficacia de la justicia, ya hace tiempo que los procesalistas se habían pronunciado respecto de ese particular: Así GIMENO SENDRA, para quien “una Administración de justicia es eficaz cuando en ella concurren las siguientes notas o garantías esenciales: a) libre ejercicio del derecho de acción y de defensa, b) solución del conflicto en un plazo razonable (sin dilaciones indebidas) por un órgano independiente y mediante la aplicación del Derecho a la relación jurídico-material debatida, y c) existencia en los procesos de unas medidas cautelares y de ejecución que posibiliten la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (...)”, concluyendo que “celeridad, economía y justicia material conforman los postulados del modelo procesal del Estado Social y de Derecho (...)”. GIMENO SENDRA, J. V., “Causas históricas de la ineficacia de la justicia”, *JUSTICIA*, 1987, 3, pp. 579-580. También del mismo autor, “La reforma urgente y la «aceleración» del procedimiento civil”, *JUSTICIA*, 1985, 2, pp. 341-370. En el mismo sentido, incidiendo sobre la necesidad de dotar a nuestra Administración de justicia de medios adecuados, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “La falta de medios materiales y personales en la Administración de Justicia”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1991, 2, pp. 131-139. Y también GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Consideraciones sobre la proyectada reforma de la oficina judicial”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, 584, pp. 1-8.

<sup>887</sup> TOHARIA, J. J., “¿Qué esperan los ciudadanos de la justicia?”, *Poder judicial y servicio público*, Estudios de Derecho Judicial, 2006, 109, p. 36.

finalmente de «eficacia», lo que implica la sujeción de las partes a los fines del proceso, así como el establecimiento de todo un conjunto de medidas cautelares y de ejecución que aseguren y hagan practicable la sentencia”<sup>888</sup>.

El problema de la ineficacia de nuestra justicia no es un problema de nuestros días. Ya se abordó en el conocido como Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por los dos partidos mayoritarios en nuestro arco parlamentario el 28 de mayo de 2001, en el que respecto de los temas que a nosotros nos interesan ahora comienza señalando que “se persigue que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados”. Para después añadir en su apartado 12º, dedicado a la Oficina Judicial<sup>889</sup>, que “se reformará en profundidad la Oficina Judicial, modernizándola de manera que ofrezca una atención de calidad a los ciudadanos”, señalando que, entre otros, uno de los principios sobre los que se asienta el nuevo diseño de dicha oficina se encuentra en que en su estructura “se diferenciarán los servicios de apoyo directo y atención especializada a cada órgano judicial de los servicios comunes o compartidos por distintos Jueces y Tribunales de un mismo territorio”, así como las actuaciones en el terreno de la “modernización, informatización y ofimatización de la Oficina Judicial”, llegando incluso a indicar que se convertirá en obligatorio “el uso de los medios informáticos y telemáticos (...) en todos los órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia”.

A estas cuestiones se refiere también la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, de 5 de marzo de 2002, cuya aprobación y elaboración venía anunciada en el Pacto de Estado analizado, en la que reconoce que “en los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados”, para concretar, en su apartado 19º, que “el ciudadano tiene derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten, que deberán resolverse dentro del plazo legal, y a conocer, en su caso, el motivo concreto del retraso”, atribuyendo a los ciudadanos, en su apartado 21º, “el derecho a comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales”.

Dentro del marco señalado anteriormente, pretendemos abordar algunas cuestiones en relación con lo que desde hace algunos años se han venido a denominar como “juicios rápidos civiles”<sup>890</sup>, utilizando la misma denominación que hiciera fortuna en el año 2002

---

<sup>888</sup> GIMENO SENDRA, “Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, núm. 6700, 25 abril 2007, p. 1.

<sup>889</sup> Para una aproximación general a la nueva Oficina Judicial: MARTÍN CONTRERAS, L., “Un nuevo diseño para la oficina judicial”, *La Ley*, núm. 6119, 3 noviembre 2004, pp. 1-6. RAYÓN BALLESTEROS, M. C., “La nueva oficina judicial para el siglo XXI”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2007, pp. 303-322. GARRIDO CARRILLO, F. J., *La oficina judicial. Análisis de su nuevo diseño*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

<sup>890</sup> Una regulación que no ha estado exenta de polémica como puede verse, entre otros, en los siguientes trabajos: SARAZÁ JIMENA, R., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de arrendamientos y los «juicios rápidos civiles»: legislando

con las reformas operadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim), para la instauración en nuestro proceso penal del enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas (LO 8/2002 y Ley 38/2002, ambas de 24 de octubre).

Y, concretamente, dentro de la reforma que ha dado lugar a los juicios rápidos civiles, aunque debemos advertir ya que no se trata realmente de instaurar nuevos juicios, sino que más bien se proponen medidas de agilización de la justicia civil en determinados asuntos, para cuya efectividad es necesario proceder a una profunda revisión de la configuración actual de lo que conocemos como oficina judicial; decíamos que, dentro de estos aspectos, dedicaremos las siguientes páginas al estudio de las llamadas Oficinas de Señalamiento Inmediato (OSI), y a las nuevas atribuciones que se pretende que asuman los Procuradores de los Tribunales en los aspectos relativos a la ejecución de actos de comunicación procesal. Dos singularidades de la última gran reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), con los que el legislador pretende ofrecer una tutela judicial efectiva en el plano civil que debe significar, evidentemente, que contemos, por un lado, con un modelo procesal respetuoso y pleno de garantías procesales pero que, por otro lado y al mismo tiempo, sea capaz de dar al justiciable una respuesta eficaz y pronta ante sus demandas de tutela, en el ánimo de conseguir también el respeto de otra de las garantías procesales contenidas en nuestro texto constitucional: el derecho a obtener la resolución judicial en un plazo razonable o, como expresamente señala el art. 24.2 de la Constitución española: “el derecho a un proceso (...) sin dilaciones indebidas”.

## II. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL EN MATERIA DE NUEVA OFICINA JUDICIAL Y MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Debemos empezar señalando que si bien puede afirmarse que con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (LEC), se había creado un modelo de enjuiciamiento rápido, el legislador ha entendido que para determinados asuntos, según veremos después, se debía hacer un esfuerzo de agilización y de reforma de determinados aspectos del proceso civil en orden a ofrecer una mayor protección a través de un instrumento más eficaz.

Así llegamos a la reforma contenida en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación (y tendríamos que añadir “en profundidad”) de la LOPJ.

En la discusión parlamentaria de la LO 19/2003, en sede del Senado, a través de la enmienda número 756 del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Senado, Serie II, de 14 de octubre de 2003)<sup>891</sup>, se introdujo, a través de su Disposición Adicional 12ª, una nueva Disposición Adicional 5ª en la LEC, relativa a la introducción en nuestro proceso civil de “medidas de agilización de determinados procesos civiles”. Entre las que, en opinión de Ochoa Monzó, “la modificación más importante que se incorpora, con estos mecanismos de agilización radica en la creación de las llamadas Oficinas de Señalamiento Inmediato

---

para la galería”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, 629, pp. 1-4. GONZÁLEZ ARMENGOL, J.L., “Crítica a la reforma de juicios rápidos civiles”, *IURIS*, 2005, 95, pp. 21-24. RUÍZ MARTÍNEZ, L.C., “¿Qué hace falta para poner en marcha los juicios rápidos civiles?”, *IURIS*, 2005, 95, pp. 25-27.

<sup>891</sup> En relación con los aspectos de la tramitación señalada ante el Senado: MAGRO SERVET, V., “Los nuevos juicios rápidos civiles: las «oficinas de señalamiento inmediato» en la reforma de la LOPJ”, *La Ley*, núm. 5887, 6 noviembre 2003, pp. 1-13.

(...) encargadas de la tramitación de las materias que caen bajo su campo de conocimiento previsto expresamente en la D.A. 5.<sup>a</sup><sup>892</sup>.

A partir de esta reforma el Ministerio de Justicia elabora un plan de implantación de los juicios rápidos civiles al que se anunció que se dotaría con 100 millones de euros, previéndose, entre otras cosas, la modificación de aquellas disposiciones normativas que puedan verse afectadas (LOPJ, Lecrim, LEC, etc...) <sup>893</sup>, el desarrollo de sistemas informáticos como LEXNET o Infored, así como el comienzo de experiencias piloto en determinadas Comunidades Autónomas, en principio aquellas en las que la Administración de Justicia es aún gestionada por el Ministerio de Justicia, fijándose la implantación del nuevo modelo de oficina judicial en todo el territorio nacional durante el año 2008.

Y así, en este camino normativo, entendemos que han de destacarse las siguientes disposiciones:

-El Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2005), que dedica su Título VII a la regulación de los servicios procesales comunes (arts. 103 a 107).

-La Orden JUS/3244/2005, de 18 de octubre, por la que se determina la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2005).

-La Orden JUS/52/2007, de 19 de enero, por la que se crea la Comisión de Implantación de la Nueva Oficina Judicial (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2007).

-Y el RD 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2007) <sup>894</sup>.

---

<sup>892</sup> OCHOA MONZÓ, V., “El juicio de desahucio por falta de pago a la luz de las nuevas reformas de la LEC”, *Práctica de Tribunales*, 2004, 2, p. 20.

<sup>893</sup> A tal fin se envía a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 69-1, de 27 de enero de 2006). Un proyecto que caducaría como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria del último proceso electoral. Sin embargo, parte de su regulación se ha salvado, entre otras, con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2007), de modificación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del mercado hipotecario y financiero, en cuya Disposición Final Sexta, con el objeto de realizar adaptaciones al nuevo modelo de oficina judicial, se modifican, entre otros, los arts. 135, 151, 154, 162, 267, 268, 274, 276, 278 y 318 LEC.

<sup>894</sup> El apartado 1º de la Disposición Transitoria única del RD 84/2007 que señala que “la implantación del sistema (Lexnet) se llevará a cabo de forma gradual en función de las posibilidades técnicas y presupuestarias del Ministerio de Justicia, respecto de aquellas Oficinas Judiciales y tipos de procedimientos incluidos en cada fase del proceso de despliegue”, es criticado por GIMENO SENDRA en el sentido de que demuestra un escaso

Finalmente, con carácter más reciente se ha promulgado el RD 438/2008, de 14 de abril<sup>895</sup>, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, refiriéndose concretamente en su art. 2 al Ministerio de Justicia, en el cual, dentro de la Secretaría de Estado de Justicia se crea una Secretaría General de Modernización y relaciones con la Administración de Justicia, a la que se atribuyen funciones de impulso, dirección y seguimiento de actuaciones tendentes a la modernización de la Administración de Justicia.

Se trata de una Secretaría General que depende directamente de la Dirección General de modernización de la Administración de Justicia.

### III. LAS OFICINAS DE SEÑALAMIENTO INMEDIATO

Como ya hemos repetido con anterioridad, en la LO 19/2003, se contienen una serie de normas que hacen referencia a las distintas medidas adoptadas por el legislador procesal en orden a la puesta en funcionamiento de los llamados “juicios rápidos civiles”. Éstas pueden ser clasificadas como:

Medidas de carácter orgánico.

Medidas de carácter procesal.

En relación con las medidas de carácter orgánico nos interesan las relativas a la nueva estructura y diseño de la oficina judicial y, particularmente, a las OSI. Mientras que en relación con las medidas de carácter procesal sólo incidiremos en las nuevas atribuciones a los Procuradores de los Tribunales en el ámbito de la ejecución de los actos de comunicación procesal.

#### **3.1 Medidas de carácter orgánico: Las oficinas de señalamiento inmediato en el nuevo modelo de oficina judicial**

Dentro de lo que comúnmente se conoce como aspectos orgánicos del proceso, esto es, toda la regulación que afecta a la organización, composición y funcionamiento de Juzgados y Tribunales, la gran novedad de la reforma procesal que estudiamos se centra, como se acaba de decir, en el nuevo modelo de oficina judicial y, particularmente, en la creación dentro de este modelo de las llamadas oficinas de señalamiento inmediato, las OSI, verdadero eje sobre el que va a girar la configuración y funcionamiento de estos juicios.

Así, la oficina judicial se constituiría como un género que comprende las siguientes especies: las unidades procesales de apoyo directo y los llamados servicios comunes procesales.

Es en el terreno de los llamados servicios comunes procesales donde nos interesa profundizar, pues es en su seno donde aparecen como tales las OSI.

---

compromiso de las Administraciones públicas en la dotación de medios a la Justicia, a la que sigue llamado “pariente pobre de la Administración”. GIMENO SENDRA, “Análisis crítico de la Ley...”, ob. cit., n.p.p. 18.

<sup>895</sup> BOE núm. 92, de 16 de abril de 2008. El RD entró en vigor el mismo día 16 de abril de 2008, día de su publicación.

En efecto, uno de los grandes aspectos destacados de la reforma, si no el que más, es la nueva redacción de los Libros V y VI de la LOPJ, dedicados a la nueva regulación sobre “los secretarios judiciales, la oficina judicial y los cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de justicia” (arts. 435 y siguientes).

Además, con el término oficina judicial merece destacarse primeramente, el abandono definitivo del término tradicional de “secretaría”, aunque ya en la redacción originaria de la LOPJ se utilizó el término de oficina judicial, pero sin la regulación que ahora tenemos. Esto supone ya un reflejo directo del cambio que quiere darse en la llamada Administración de Justicia desde el punto de vista de la organización del servicio público de la Justicia. Un cambio de denominación al que se acompaña también la nueva organización de los cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de justicia que también cambian tanto de denominación como al respecto de la nueva reorganización de sus funciones. Ahora nos encontramos con los siguientes cuerpos: “Gestión procesal” (antiguos oficiales), “tramitación procesal” (antiguos auxiliares) y “auxilio judicial” (antiguos agentes). Sus funciones principales se relacionan en los arts. 476, 477 y 478 LOPJ.

Desde el punto de vista organizativo la oficina judicial constituye la que hemos denominado como categoría general. Dentro de esta categoría general se establecen dos especies:

1. Las “unidades procesales de apoyo directo”, cuyas funciones se refieren al auxilio y asistencia directa a jueces y magistrados, estableciéndose tantas como juzgados o secciones de tribunales haya, y que básicamente responden al esquema actual que se pretende abandonar con esta reforma.
2. Y los “servicios comunes procesales”.

Con estos servicios comunes se pretenden introducir, también en la Administración de Justicia, medidas de racionalización y actualización respecto de los medios personales y materiales al servicio de la Justicia. Un aspecto que desde la STC 56/1990, de 29 de marzo, viene a constituir la llamada “administración de la administración de justicia”, terreno en el que se ha producido el efecto descentralizador que ha provocado en otros poderes la distribución territorial del Estado en Comunidades Autónomas (CCAA). Un campo donde éstas, o algunas de ellas, han asumido competencias. Reflejo de lo cual se habla también en la LOPJ de la existencia de “unidades administrativas” (art. 439 LOPJ) que dependen de las CCAA y que se constituyen, dice la LOPJ, para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la Oficina Judicial, pudiendo también constituirse para ofrecer servicios comunes no procesales como podrían ser las oficinas de asistencia a víctimas, información al ciudadano, servicios de traducción, de peritación, etc...

En cuanto a los servicios comunes procesales, definidos en el art. 438.1 LOPJ como “toda aquella unidad de la Oficina judicial que sin estar integrada en un órgano judicial concreto, asume labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales”, se les atribuyen labores de registro y reparto de asuntos, la práctica de actos de comunicación, práctica de actos de auxilio judicial, ejecuciones y actos de jurisdicción voluntaria básicamente (art. 438.3 LOPJ). A las que también podrían añadirse, en el diseño que está pensando actualmente el Ministerio de Justicia, las oficinas de estadística judicial, actos de conciliación, caja judicial, oficina del jurado, servicios de ordenación del procedimiento y depósito y archivo judicial.

No obstante esta posibilidad de que las CCAA participen en la elaboración del nuevo diseño de la oficina judicial, el art. 435.2 LOPJ se encarga de señalar que “la

estructura básica de la Oficina judicial (...) será homogénea en todo el territorio nacional como consecuencia del carácter único del Poder al que sirve”<sup>896</sup>.

Dentro de este entramado administrativo nos interesa detenernos en las OSI ya que las mismas van a ser la pieza clave del funcionamiento de los juicios rápidos civiles<sup>897</sup>, constituyéndose como servicios comunes procesales.

Las OSI asumen las siguientes funciones: registro, reparto y señalamiento de vistas y comparecencias.

Para su plena efectividad es imprescindible desarrollar no sólo el modelo, sino los instrumentos necesarios de coordinación (reglamentos y protocolos del CGPJ), así, entre otros, el diseño de una Agenda Programada de Señalamientos (APS), las normas de funcionamiento de los juzgados constituidos en Turnos de Asistencia Continuada (TAC), lo que va a suponer en la práctica la creación en el orden civil de “juzgados de guardia”, y además, será necesario establecer la adecuada coordinación con los colegios profesionales en orden a realizar una prestación efectiva e inmediata del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Estas OSI sólo van a ser creadas en aquellos partidos judiciales en los que exista separación entre Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

El elemento esencial del funcionamiento de la nueva oficina judicial recaerá en el sistema programado de señalamientos que diseñe el CGPJ, y el establecimiento de turnos de asistencia continuada entre los Juzgados de Primera Instancia, ya que será a estos últimos a los que se atribuirá el conocimiento de los llamados juicios rápidos civiles.

Podemos afirmar, efectivamente, que las OSI constituirán la pieza fundamental para que funcionen los juicios rápidos civiles, aunque algunos autores se preguntan si con esto será suficiente<sup>898</sup>.

---

<sup>896</sup> El Ministerio de Justicia ha elaborado un “Plan de actuación para la implantación de juicios rápidos civiles” en el que señala como elementos esenciales de la reforma la constitución de las Oficinas de Señalamiento Inmediato (OSI), el establecimiento de Turnos de Asistencia Continuada (TAC) y un turno especial de Asistencia Jurídica Gratuita de Abogados y Procuradores.

<sup>897</sup> Como ya se había dicho antes, realmente no se trata de nuevos juicios civiles sino de especialidades procesales en la práctica de las siguientes actuaciones: 1. Las reclamaciones de cantidad a las que se refiere el art. 250.2 LEC. Como sabemos se trata de aquellos juicios verbales que vienen determinados por criterios objetivos puramente cuantitativos, donde se reclaman cantidades dinerarias hasta 3.000 €, y que ya por sí mismos responden al esquema de lo que podría entenderse por un juicio rápido: concentración de actuaciones, oralidad e intermediación y, en principio, asuntos de escasa complejidad. 2. Los juicios de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas y en su caso reclamación acumulada de dichas cantidades (con independencia de la cantidad reclamada). 3. En materia de procesos matrimoniales y de familia: Medidas cautelares previas o simultáneas a la demanda en procesos sobre guarda y custodia de hijos menores o alimentos para los mismos reclamados en su nombre; medidas cautelares previas o simultáneas a las demandas de nulidad, separación o divorcio y en procesos matrimoniales de mutuo acuerdo o instados por un cónyuge con el consentimiento del otro.

<sup>898</sup> MUERZA ESPARZA, J., “Sobre los juicios «rápidos» civiles”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, 621, p. 3.



Creemos que uno de los problemas que puede influir en la apuesta decidida por la modernización y la agilización se encuentra en la concurrencia de varias administraciones que tienen que ponerse de acuerdo para poner en marcha las OSI. En el apartado 1º de la DA 5ª LEC se señala que “el Ministerio de Justicia, de acuerdo con la comunidad autónoma correspondiente con competencias en la materia, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, podrá crear Oficinas de Señalamiento Inmediato en aquellos partidos judiciales con separación entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción”<sup>899</sup>. En la coordinación y la apuesta decidida de estos organismos se encuentra también la clave del futuro de nuestra justicia civil.

En cuanto a medidas de agilización, si se atiende a las especialidades puramente procedimentales previstas en la DA 5ª LEC, podemos distinguir entre reglas comunes a los distintos procesos señalados en tal disposición, y reglas particulares de cada una de las especialidades.

Así, en primer lugar, en cuanto a reglas comunes, cabe destacar que tanto las demandas como las solicitudes sobre adopción de medidas deberán presentarse ante las OSI, y éstas, con carácter previo a la admisión de la demanda por el Juzgado correspondiente:

-Registrarán tales demandas o solicitudes.

-Acordarán el reparto de los asuntos señalando el día de celebración de las vistas y las comparencias correspondientes.

-Ordenarán la práctica de citaciones y oficios a través de los servicios comunes de notificación, salvo lo que luego se dirá respecto de los Procuradores.

-Remitirán la demanda o la solicitud de medidas al juzgado correspondiente.

Como puede observarse todo este tipo de actuaciones que se realiza con carácter previo a la admisión a trámite por el juzgado supone un avance de agilización del procedimiento que dependerá, en primer lugar de la admisión a trámite por el juzgado y, en segundo lugar, de las bondades del sistema, sobre todo de informatización de los procedimientos y de racionalidad de la programación de los juicios, pues de lo contrario se tendrían que dejar sin efecto los señalamientos realizados, con lo que nada o poco se habrá ganado.

Y, en segundo, lugar, en relación con lo que podemos calificar como reglas particulares, cabe destacar algunas especialidades sobre el juicio de desahucio de finca urbana basado en la falta de pago y, en su caso, la acumulación de la reclamación de rentas, debido a que dicho tipo de juicio había sido modificado recientemente, como ya dijimos, a través de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuya disposición final tercera procede a la modificación de determinados preceptos de la LEC en relación con el juicio de desahucio.

---

<sup>899</sup> Sobre este particular, entre otros: MONTÓN REDONDO, A., “Pero ¿qué son las oficinas de señalamiento inmediato?”, *La Ley*, núm. 6076, 1 septiembre 2004, pp. 1-3. CARRILLO FUILLERAT, D.A., “Consejo General del Poder Judicial y servicios comunes procesales”, *La nueva oficina judicial*, Estudios de Derecho Judicial, 2006, 105, pp. 113-130. MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Las oficinas de señalamiento inmediato: ¿crónica del fracaso de una reforma?”, *La Ley*, núm. 6495, 1 junio 2006, pp. 1-5.

Así, por ejemplo, se había previsto alguna modificación en materia de enervación del desahucio reduciendo a dos meses el plazo para requerir de pago al arrendatario.

También respecto de la solicitud de asistencia jurídica gratuita, relativa a la aceleración de la tramitación de su designación haciéndose referencia ahora a la asistencia de un turno especial en los colegios profesionales en los cuales figurarán los abogados y procuradores encargados de este tipo de asuntos.

La designación de la vivienda o local arrendado como domicilio del demandado a efecto de practicar actos de comunicación.

Las posibilidades de un desalojo prácticamente inmediato a cambio del ofrecimiento del arrendador de condonar la deuda en todo o en parte y las costas.

Y, entre otras especialidades, la reducción a cinco días (5) del plazo para dictar sentencia.

Reiteramos, finalmente, que esta pieza clave de la modernización y la agilización de la justicia civil depende del acuerdo al que lleguen Ministerio de Justicia, CCAA con competencias en la materia de Administración de Justicia y el CGPJ, al que le corresponde el desarrollo reglamentario, como ya se anunció con anterioridad, de aspectos esenciales como lo son la regulación relativa a la Agenda Programada de Señalamientos (APS), las normas de funcionamiento de los juzgados constituidos en Turnos de Asistencia Continuada (TAC), y la adecuada coordinación con los colegios profesionales en relación con la prestación del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

#### IV. LAS NUEVAS ATRIBUCIONES DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES

Finalmente, como habíamos señalando al comienzo de la presente comunicación, dentro de las llamadas medidas de reforma de carácter procesal, queremos hacer referencia a las nuevas atribuciones que pueden asumir los Procuradores de los Tribunales en el marco de los juicios rápidos civiles, como medida de agilización y eficiencia en el ámbito de la Administración de Justicia, en general, y particularmente en el ámbito de nuestra justicia civil<sup>900</sup>.

En tal sentido, el apartado 4º, regla quinta, de la DA 5ª LEC, en la redacción dada por la LO 19/2003, señala que:

“En las actuaciones realizadas en el ámbito de esta disposición adicional, los procuradores de las partes personadas podrán practicar, si así lo solicitan y a costa de la parte que representen, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, por cualquiera de los medios admitidos con carácter general en esta ley.

Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario.

A estos efectos, el procurador acreditará, bajo su responsabilidad personal, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice.

---

<sup>900</sup> En general: ESTÉVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA, J.C., “Aspectos procesales de la reforma del funcionamiento de la oficina judicial y el nuevo papel a desempeñar por los procuradores”, *http://www.cej.es/pdf/publicaciones/secretarios\_judiciales/SECJUD40.pdf*, pp. 5459-5471.

En las comunicaciones por medio de entrega de copia de la resolución o cédula en el domicilio del destinatario, se estará a lo dispuesto en el artículo 161 en lo que sea aplicable, debiendo el procurador acreditar la concurrencia de las circunstancias contempladas en dicho precepto, para lo que podrá auxiliarse de dos testigos o de cualquier otro medio “idóneo”<sup>901</sup>.

Estas nuevas atribuciones están en consonancia con el nuevo art. 543 LOPJ, según la redacción dada al mismo por la LO 19/2003, en el que, siguiendo la idea ya contenida en el art. 3.2 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por RD 1281/2002, de 5 de diciembre, realzan la figura del Procurador como colaborador de la Administración de Justicia<sup>902</sup> al atribuirse al mismo, además de la función de representante procesal de la parte en el proceso, “el cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que, como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes”<sup>903</sup>.

En esta nueva regulación se realza, lo que Sánchez García denomina como “faceta pública de la actividad de los procuradores”<sup>904</sup>.

El problema se encuentra en la declaración que hace la LEC en el sentido de entender que el Procurador asume la responsabilidad de la práctica de los actos de comunicación, en los aspectos de identidad y condición del receptor de la comunicación y cuidando de que en la copia quede constancia de la firma del receptor y la fecha en que se realiza. Es en este aspecto donde entendemos que podrían surgir algunos problemas para dar efectividad práctica a esta medida que, sin duda, contribuiría a la agilización de los procedimientos. Y ello es así porque el Procurador carece del carácter de autoridad que tiene el personal al servicio de la Administración de Justicia comisionado para la ejecución de los actos de comunicación, que incluso puede dejar constancia de la negativa a firmar la copia del acto de comunicación y, sin embargo, el Procurador podría incurrir en supuestos de responsabilidad, no sólo disciplinaria sino civil (art. 168.2 LEC<sup>905</sup>).

Además, estos actos, señala la LEC, se practicarán a costa de la parte, lo que no quiere decir otra cosa que constituirán, y en ese sentido serán considerados “gastos

---

<sup>901</sup> Por “medio idóneo” entiende SÁNCHEZ GARCÍA que deben ser “los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil misma para la práctica de los actos de comunicación y documentación de las actuaciones”. SÁNCHEZ GARCÍA, J. C., “La función pública de los procuradores y los actos de comunicación”, *Revista de Procuradores*, Diciembre de 2005, p. 43.

<sup>902</sup> ARIZA COLMENAREJO, M<sup>a</sup>. J., “El procurador en el ámbito de los «juicios rápidos civiles»”, *La Ley*, núm. 6316, 12 septiembre 2005, p. 2.

<sup>903</sup> Lo que debe ponerse en relación con el art. 37.1 del Estatuto de los Procuradores de los Tribunales cuando, al relacionar sus deberes esenciales señala expresamente que “es deber del procurador desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende y cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados”.

<sup>904</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, “La función pública de los procuradores...”, ob. cit., p. 39.

<sup>905</sup> También defienden algunos que podría aplicarse el art. 247.4 LEC que en relación con la buena fe procesal prevé la imposición de multas cuando los Jueces “entendieren que su actuación es contraria a las reglas de la buena fe”. FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 277.

procesales”, pero en ningún caso podrán ser reconocidos en concepto de costas procesales a los efectos previstos en el art. 241 LEC.

Nos parece, en definitiva, que a pesar de la buena acogida que ha tenido inicialmente esta reforma por el Consejo General de los Procuradores de los Tribunales de España, la ausencia de capacidad de certificación, y que incluso doctrinalmente se haya defendido la idea de que “se ha considerado que, atribuyendo estas funciones a otros profesionales (en referencia a los Procuradores), puede obtenerse un mayor grado de eficacia y rapidez, sin que se produzca una merma en las garantías de las partes”<sup>906</sup>, la “gravedad” de la inclusión de la responsabilidad personal del Procurador en la práctica de actos de comunicación procesal, y el no poder repercutir los gastos ocasionados con ocasión de esta actuación en concepto de costas procesales, puede llevar a que su utilización no se corresponda con las expectativas iniciales previstas por el legislador.

---

<sup>906</sup> ARIZA COLMENAREJO, “El procurador en el ámbito de...”, ob. cit., p. 3.



## LA ORALIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA

IÑAKI RIAÑO BRUN

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Pública de Navarra

### I. INTRODUCCIÓN

Resulta tradicional la existencia de un debate entre la aplicación de la oralidad o de la escritura en el proceso civil, en un marco de discusión que toma como referencia la obtención de una mayor eficacia en el desarrollo de este proceso. Teniendo en cuenta que el concepto de eficacia, en palabras de la Exposición de Motivos de la LEC, se resume en la obtención de “mejores sentencias que, dentro de nuestro sistema de fuentes del Derecho, constituyan referencias sólidas para el futuro y contribuyan así a evitar litigios y a reforzar la igualdad ante la ley, sin merma de la libertad enjuiciadora y de la evolución y el cambio jurisprudencial necesarios”<sup>907</sup>. En este contexto, la inclinación por una u otra forma de plantear el proceso se ve apoyada por la alegación de ciertas ventajas que justifican la opción a escoger. Así, la oralidad cuenta en su haber con argumentos tan sólidos como la espontaneidad, la simplicidad y la inmediación. Frente a ello, la escritura cuenta asimismo con ciertos elementos favorables, fundamentalmente ligados a la precisión; el escrito «informa mejor al juez y a las partes porque exige una preparación sólida y reflexiva»<sup>908</sup>. Una y otra, por tanto, constituyen el reflejo de un debate de mayor altura cuyos términos – o extremos- se sitúan entre un proceso desarrollado con rapidez y economía procesal, y un proceso un tanto más lento, pero a la vez más seguro en sus planteamientos.

En realidad, tal cuestión se circunscribe a determinar no tanto la eventual imposición de un modelo puro basado en uno u otro principio, sino en establecer la preponderancia de cualquiera de ellos en la configuración del proceso civil. Tal y como señala MAURO CAPPELLETTI, en ningún caso puede hablarse de un sistema procesal en el que la forma oral domine en su absoluta pureza; como tampoco es posible hablar de un sistema en el que la escritura sea la única forma de expresión. En un sentido diverso, se hace precisa una necesaria coexistencia entre elementos escritos y elementos orales que, combinados, sirvan a la mejor eficacia del proceso civil desde el doble punto de vista que

---

<sup>907</sup> “Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos [...]. La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer [...] estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y la falta de presupuestos procesales –nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria en la instancia-, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e inmediación.”

<sup>908</sup> CAPPELLETTI, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972. Página 10. Frente a la escritura, este autor señala que «la palabra es más viva; ella llama la atención del juez sobre los puntos esenciales del litigio; se presta mejor a la discusión y a la persuasión; tiene la ventaja de la simplicidad; evita la pesadez y la complejidad del formalismo que engendran los escritos».

mencionábamos con anterioridad: economía y seguridad, en la búsqueda de una eficacia real en el desarrollo del proceso<sup>909</sup>. Por tanto, la elección más razonable es aquella escogida por nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que, manteniendo la escritura para determinados actuaciones –de hecho, para aquéllas a las que ésta les conviene-, se introduce la oralidad a través de concretas previsiones que agilizan la tramitación del proceso. Mientras la escritura es preferible en los actos iniciales de alegación (demanda y contestación) o los recursos en los que debe desarrollarse una compleja argumentación fáctica y jurídica», determinadas actuaciones orales, como «la comparecencia de las partes y de sus Abogados y la posibilidad de ser interrogados por el Juez sobre aspectos fácticos, puede ayudar a la justicia del fallo<sup>910</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, sin desterrar la escritura, ha efectuado una apuesta decidida por la introducción de la oralidad en el proceso civil, posibilitando una convivencia razonable entre ambos principios. Ahora bien, siendo esto así, y reconociendo las bondades que ofrece la renovación legislativa efectuada, es preciso hacer mención a una circunstancia que cuando menos ha de conducir a la reflexión, si no al planteamiento de pronunciamientos de carácter crítico; circunstancia referida a la reducción de la oralidad en la segunda instancia del proceso civil. En esta fase del proceso, la celebración de vista se configura como necesaria en los casos –excepcionalmente previstos por la ley- en los que sea necesario practicar prueba; y opcional cuando no se dé la circunstancia mencionada. Un cambio de tendencia con relación a la normativa anterior de 1881, en la que la comparecencia constituía una regla general y de obligado cumplimiento, que únicamente podía no llevarse a efecto y sustituirse por los correspondientes escritos de alegaciones –como señalaba el artículo 876- «cuando todas las partes personadas lo pidieran y la Sala lo estimara indispensable para la recta administración de justicia, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las circunstancias concurrentes». Previsión justificada en la doctrina del Tribunal Constitucional con base en el principio de audiencia, de manera que las partes podían así «hacer valer sus derechos e intereses legítimos, siendo éste el momento oportuno, no sólo para que el recurrente expusiera los argumentos que, en orden a los hechos, pruebas y normas jurídicas, produjeran la estimación de su recurso, sino también para que el recurrido pudiera oponerse a dichos argumentos, sosteniendo la improcedencia del recurso y su interés en la configuración de la resolución impugnada» (STC 37/1990 de 1 de marzo. La Ley 1990-2 161 [1451-TC]).

## II. CELEBRACIÓN DE LA VISTA PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. ART. 464.1

En la actualidad la celebración de una vista en la segunda instancia viene inicialmente determinada en aquellos casos en los que sea necesario, a juicio del tribunal, la práctica de prueba en esta fase del proceso; según establece el artículo 464.1 de la LEC. Esta previsión legal ha de ponerse en relación con la limitación que la ley establece en la práctica de la prueba en segunda instancia.

---

<sup>909</sup> CAPPELLETI, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972. Páginas 9/10.

<sup>910</sup> Esta posición se ve ratificada por la opinión común manifestada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, y resumida por Cappelletti en la siguiente aseveración: «Allí donde se trata de formular las pretensiones, la forma escrita resulta requerid, por el hecho de que es precisa y duradera, mientras que la oralidad se hace necesaria allí donde hay que asegurar una concentración del procedimiento y garantizar un contacto directo del tribunal con las partes». CAPPELLETI, M. *Ob.cit.*, página 10.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por un sistema de apelación limitada, con ciertas concesiones al *ius novorum*. Es decir, que si bien el objeto de la apelación es el mismo que en primera instancia, el artículo 460 LEC permite la práctica de determinadas pruebas y la aportación de hechos nuevos, que se hallen en determinadas circunstancias. De manera que será posible: 1) la práctica de aquella prueba que fue indebidamente denegada en primera instancia; 2) aquella que fue admitida pero no practicada; 3) y, por último, aquella relativa a hechos producidos o conocidos tras el comienzo del plazo para dictar sentencia en esta fase del proceso. El objetivo último de la apelación, por tanto, es que otro Juez –superior- emita un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia y a la vista de los hechos alegados y de las pruebas practicadas en aquella. De este modo el Juez de apelación se sitúa en una posición parecida a la que tenía el Juez de primera instancia en el momento de dictar sentencia.

Desde luego, en el momento de proceder a la aprobación de la actual LEC en el año 2000, el legislador podía haber optado por una segunda instancia en la que pudiera realizarse, sin limitación, cuantas nuevas peticiones pudieran estimar oportunas las partes, alegarse cuantos nuevos hechos se desee y practicarse prueba sobre estos nuevos hechos o sobre los ya alegados con anterioridad. Lo cual vendría a significar que las preclusiones acaecidas para la primera instancia no regirían para la segunda. Y, como alternativa, el legislador podría asimismo haber optado por un sistema en el que se descartara la posibilidad de alegar en segunda instancia cualquier hecho nuevo, así como la opción de practicar prueba sobre hechos alegados en primera instancia. Pero no hizo ni lo uno ni lo otro, optando por un camino intermedio de apelación limitada, en la línea de lo que ya venía establecido en la LEC de 1881 y al amparo de un reconocimiento sobre su validez constitucional<sup>911</sup>. Un camino cuya justificación se halla, posiblemente, en la voluntad de establecer un grado mayor de confianza en los pronunciamientos obtenidos en primera instancia. Ya manifestada en la propia Exposición de Motivos de la LEC –con ocasión de la referencia que efectúa a la ejecución provisional- cuando expresa que «la presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados. Ni las estadísticas disponibles ni la realidad conocida por la experiencia de muchos profesionales –Jueces, Magistrados, abogados, profesores de derecho, etc.– justifican una sistemática, radical y general desconfianza en la denominada «Justicia de primera instancia». Y, por otra parte, si no se hiciera más efectiva y se responsabilizara más a esta Justicia de primera

---

<sup>911</sup> «El TC ha considerado ajustado a la CE el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretenden practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, máxime cuando se trate, como en el caso, de procesos civiles en los que el régimen de la prueba se rige por el principio dispositivo, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso, y el recibimiento a prueba en la segunda instancia sólo cobra sentido cuando se trata de hechos acaecidos después de la sentencia y que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, o cuando las pruebas propuestas no pudieron ser practicadas y la imposibilidad de la práctica no cabe imputarla a quienes la pretenden después (STC 131/1995 de 11 de septiembre)» *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Jurisprudencia aplicable y legislación complementaria*. Ed. Bosch, Barcelona, Año 2000. Página 749.



instancia, apenas cabría algo distinto de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuestiones de detalle, aunque fuesen muchas e importantes».

Siendo esto así –hallándonos en un sistema de apelación limitada-, el órgano judicial que conoce del recurso de apelación toma como referencia, con carácter general, el material probatorio proveniente de la primera instancia. Lo cual se traduce en una ausencia de las garantías que el principio de inmediación representa con vistas a la obtención de una resolución judicial justa. Se ha alegado, en este sentido, que los avances tecnológicos permiten en la actualidad la grabación de las actuaciones orales desarrolladas en primera instancia y su traslado al órgano judicial que ha de resolver el recurso. Con lo cual esta mencionada ausencia de inmediación podría verse atenuada en un cierto grado con la visualización del archivo de vídeo correspondiente. Nada más lejos de la realidad. En estos casos, la inmediación no es completa, ya que si la entendemos en un sentido integral, debe encontrarse referida no sólo a un contacto pasivo del juez con las actuaciones, sino también a la posibilidad efectiva de intervenir en ellas, y solucionar así las dudas que pudieran generarse. Además, hay que tener en cuenta que lo más normal es que sea únicamente el magistrado ponente el que proceda a la visualización de las actuaciones; lo cual –como dice GÓMEZ MARTÍNEZ<sup>912</sup>- coloca en riesgo la colegialidad de la decisión y, con ello, la completa, aunque atenuada, inmediación pretendida. Es por ello por lo que la previsión recogida en el artículo 147 de la LEC no puede, no debe, servir de ninguna manera como razón que justifique la reducción de la oralidad en la segunda instancia.

### III. CELEBRACIÓN DE LA VISTA A DISCRECIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL. ART. 464.2

Ahora bien, junto a la posibilidad de que se celebra una vista para la práctica – excepcional- de prueba, cabe también la opción de que en segunda instancia se celebre una vista en aquellos casos en los que «así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario»; en lo que constituye según el dictado legal una facultad del órgano jurisdiccional que no se encuentra condicionada por la voluntad de las partes. Desde luego, la redacción de esta segunda parte del precepto es sumamente defectuosa; y, como suele suceder en aquellos casos en los que la expresión escrita resulta imperfecta, obedece a un error en la técnica legislativa empleada. El proyecto original de la LEC señalaba en su texto primigenio la posibilidad de que se produjera vista en segunda instancia siempre que así lo hubiera solicitado alguna de las partes y la Sala lo considerase necesario. Es decir, cuando -como requisito previo- las partes solicitaran la comparecencia y el órgano judicial estimase justificada su petición. Sin embargo, tras el trámite de enmiendas en el Congreso, se modificó –con carácter discutible en el fondo, y de manera errónea en la forma- la expresión legal, y se introdujo una conjunción disyuntiva que carece de sentido pues, en cualquier caso, la celebración de la vista dependerá de la decisión de la Sala. Tal conjunción disyuntiva lo único que hace es excluir, en su literalidad, la voluntad de las partes como requisito imprescindible para la vista; y si esto hace, bien podría haberse llevado a efecto eliminando la referencia a las partes y estableciendo un texto del tenor de: «podrá acordarse la celebración de la vista cuando el tribunal lo considere necesario». No

---

912 Gómez Martínez, Carlos. La grabación del sonido y la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador. <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/la-grabaciondesonido.pdf>, p.12.

lo hace así, y en su corrección hacia un significado distinto, deja resquicios de la fórmula que pretende eliminar. Y con ellos, problemas de interpretación<sup>913</sup>.

En aquellos casos en los que no hay que practicar prueba en segunda instancia, los interrogantes se centran en determinar aquellos casos en los que pueda resultar conveniente la celebración de una vista. Aunque la norma deja al arbitrio del órgano judicial la celebración o no de vista, puede en determinados casos resultar conveniente: 1) cuando el tribunal lo considere oportuno con vistas a obtener una mejor formación de su criterio a la hora de resolver el recurso. Una circunstancia que puede darse: a) cuando que la dificultad o complejidad del asunto así lo aconsejen; b) o cuando «alguna de las alegaciones o motivos del recurrente o del recurrido presente alguna imprecisión, ambigüedad u oscuridad»<sup>914</sup>, cuya aclaración se revele necesaria para la adecuada resolución del pleito. 2) Asimismo, también puede resultar conveniente en aquellos casos en los que el apelado haya presentado escrito de oposición al recurso y este escrito contenga alegaciones respecto de las cuales resulte procedente –y equitativo– escuchar al apelante<sup>915</sup>. Claro que, *a sensu contrario*, la Sala puede no acordarla al estimar que nada nuevo aportará al constar ya en los escritos de las partes con la suficiente claridad sus pretensiones impugnatorias y defensas con los correlativos argumentos y fundamentos dirigidos a obtener un pronunciamiento favorable<sup>916</sup>. A pesar de reconocer que, en ausencia de prueba, la celebración de la vista puede venir determinada por los motivos antes enunciados, determinados autores consideran que «lo más probable sea que esta posibilidad a la que se refiere el artículo 464.2 LEC no se prodigue casi nunca en nuestra práctica forense»<sup>917</sup>. Algo que viene corroborado por la propia estadística judicial.

---

<sup>913</sup> De hecho, se han propuesto dos interpretaciones con relación a este segundo apartado del artículo 464. La primera, basada en la utilización del término «siempre», subraya la vinculación del órgano jurisdiccional con relación a la solicitud de las partes; mientras que otra posición –más acertada, en nuestra opinión– resalta la facultad exclusiva de la Sala, sin resultar vinculada por la solicitud que al efecto formulen todas o alguna de las partes. Vid. a este respecto, con cita de doctrina, ILLESCAS RUS / PÉREZ LÓPEZ. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo II (Fernández Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau)*.Página 2181.

<sup>914</sup> HERRERO PEREZAGUA, J. F.. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, volumen I*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001. Página 1.591.

<sup>915</sup> ILLESCAS RUS / PÉREZ LÓPEZ. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo II (Fernández Ballesteros/Rifá Soler/Valls Gombau)*. Páginas 2181/2182. En el mismo sentido DE LA OLIVA SANTOS establece que «puede considerarse necesaria o muy conveniente si el apelado ha presentado escrito de oposición al recurso y este escrito contiene alegaciones respecto de las cuales resulta equitativo y de interés escuchar al apelante (que puede responder a la impugnación, según el apartado 4 del artículo 461, pero no a la mera oposición). Por lo demás el tribunal, al acordar la celebración de la vista, puede tener presente la conveniencia de dar ocasión a precisar las pretensiones o sus fundamentos. Tampoco es descartable que la importancia y dificultad del asunto aconsejen al tribunal disponer de todas las posibilidades que conduzcan a una mejor formación de su criterio» (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 2001. Página 799).

<sup>916</sup> HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, volumen I*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001. Página 1.591.

<sup>917</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIRECTOR). *Los procesos civiles, volumen 3*. Ed. Bosch, Barcelona, 2001. Página 732.

#### IV. CONCLUSIÓN

La entrada en vigor de la LEC 1/2000 ha invertido los términos, produciéndose de forma paralela a la entrada del principio de oralidad en una primera instancia tradicionalmente escrita, la reducción de la oralidad en la segunda instancia. Hasta el punto de que, hoy por hoy, puede afirmarse que esta segunda fase del proceso resulta predominantemente escrita. Sin que existan unas razones de peso que justifiquen la falta de seguimiento de un principio constitucional que, asociado a la inmediación, había de guiar al legislador en la configuración del proceso civil.

Se ha querido justificar la reducción en la aplicación de este principio mediante una referencia al artículo 147 de la LEC y la necesaria documentación de las actuaciones orales (vistas y comparencias) en soportes aptos para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. De manera que el traslado de este instrumento al juzgador en segunda instancia permitiría, de alguna manera, preservar un cierto grado de inmediación y trasladar las garantías de una oralidad “indirecta” a la segunda instancia. Sin embargo, tomando como referencia el adecuado significado del término inmediación ello no puede ser tenido en seria consideración. Porque, en el fondo, el contacto del órgano judicial con las actuaciones, en concreto con las pruebas de naturaleza personal, ha de permitir al juzgador una interacción con los sujetos intervinientes que permita obtener información con vistas a la resolución judicial que haya de dictarse.

## LA ORALIDAD, SUS LÓGICAS EXIGENCIAS Y ALGUNOS INCONVENIENTES DEL AUXILIO JUDICIAL

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia

### I. INTRODUCCIÓN. AVANCE DE INTENCIONES.

Los autores que dedican sus esfuerzos al estudio del Derecho Procesal suelen diferenciar los conceptos de proceso, procedimiento y juicio al entender –acertadamente a nuestro parecer– que, siendo nociones ciertamente relacionadas, en absoluto resultan coincidentes, definiendo a tal efecto el *proceso* como “la serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto”<sup>918</sup>, el *procedimiento* como el método o conjunto de reglas conforme al cual se lleva a cabo el proceso antes definido, y el *juicio* como “la acción o efecto de juzgar”<sup>919</sup>.

Y es a propósito del primero de estos conceptos –el de proceso, que junto con los de jurisdicción y acción, constituye uno de los ejes básicos de esta disciplina–, y más en concreto en torno a la peculiar estructura del mismo, cuando suele estudiarse la forma en que se desarrollan los actos que lo integran, analizándose si la actividad procesal se lleva a cabo de forma predominantemente oral o predominantemente escrita<sup>920</sup>.

Es éste el aspecto que ahora nos interesa, ya que nos proponemos analizar en sus líneas más gruesas cuál fue la apuesta que en este campo realizó el legislador español al promulgar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y si ésta se asumió con todas sus consecuencias o, por el contrario, con importantes reservas, lo que, en su caso, debería ser objeto de reflexión y posiblemente dar lugar a alguna modificación.

### II. FORMAS DEL PROCESO: FORMA ESCRITA Y FORMA ORAL.

Con todo, y con anterioridad a lo que se acaba de apuntar, resulta preciso concretar cuándo se entiende que un proceso es oral y cuándo por el contrario se manifiesta de forma escrita, lo que depende, según se apuntó anteriormente, de la manera en que se manifiesten los actos que integran el proceso.

Es éste el aspecto que ahora nos interesa, ya que nos proponemos analizar en sus líneas más gruesas cuál fue la apuesta que en este campo realizó el legislador español al promulgar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y si ésta se asumió con todas sus consecuencias o, por el contrario, con importantes reservas, lo que, en su caso, debería ser objeto de reflexión y posiblemente dar lugar a alguna modificación.

---

<sup>918</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), 3ª ed., Madrid, 2004, p. 44.

<sup>919</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal. Introducción*, *ob. cit.*, p. 453. En parecidos términos, MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte general* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 14ª ed., Valencia, 2005, p. 295.

<sup>920</sup> En la actualidad no resulta imaginable un proceso enteramente oral o absolutamente escrito, siendo por el contrario mucho más ajustado –y sin duda más realista– hablar de un proceso en el que predomina una u otra nota característica sobre la otra.

De ahí que se diga que un proceso es escrito o que tiene forma escrita cuando los actos que lo integran se manifiestan predominantemente en esa forma, afirmación de la que se derivan básicamente dos exigencias. De un lado, la necesidad de que los actos procesales se desarrollen de manera ordenada en el tiempo, conforme a las previsiones legales que señalen para cada uno de ellos un concreto momento de realización o un determinado período o ciclo (término o plazo). De otro, y con el propósito de garantizar ese desarrollo ordenado al que se acaba de hacer referencia, la imposibilidad de que se realice un acto procesal con posterioridad al momento legalmente establecido, so pena de considerarlo absolutamente ineficaz (preclusión), regla que sin embargo no es absoluta, toda vez que admite algunas matizaciones con el propósito de que no se produzcan posibles injusticias o pérdidas de derechos como consecuencia de la rigidez preclusiva a la que acaba de hacerse referencia, lo que explica que, en determinados supuestos, sea posible subsanar los actos procesales defectuosos o acumular eventual o subsidiariamente dos o más acciones.

La referida subsanación permite que, en determinados casos, puedan corregirse en el proceso civil los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que éstas hubiesen manifestado su voluntad de cumplir los requisitos legalmente exigidos en relación con ellos (art. 231 de la LEC de 2000).

A su vez, la admisión de la acumulación eventual de pretensiones, de medios de defensa o de argumentos fácticos o jurídicos permite que puedan formularse con carácter subsidiario acciones, alegaciones o fundamentos incompatibles entre sí con el propósito de que, si el tribunal no estima los que se hubiesen expresado con carácter principal, se pronuncie sobre el que se formuló para el supuesto de que aquél no se estimase (art. 71.4 de la LEC de 2000)<sup>921</sup>.

Por el contrario, se dice que un proceso es oral o que tiene forma oral “cuando la actividad procesal se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada”<sup>922</sup>, lo que requiere que ésta se lleve a cabo en una o varias sesiones celebradas en días seguidos o muy próximos (*concentración*), de acuerdo con el orden legalmente establecido.

La oralidad y la lógica concentración de la actividad procesal que aquélla implica requiere a su vez necesariamente la inmediación o presencia personal del juez o tribunal en las actuaciones, lo que le permitirá alcanzar por sí mismo las conclusiones que la impresión directa de aquélla pueda determinar y conlleva necesariamente dos exigencias: la de que los juzgadores estén presentes en la práctica de las pruebas que hayan sido propuestas y admitidas, y la de que sean ellos mismos los que, con base en el juicio que de todo lo anterior pueda deducirse, dicten las correspondiente sentencia o resolución final del caso.

Pero la oralidad significa también que el proceso sea público, y consiguientemente la imposibilidad de que pueda seguirse un proceso sin que pueda llegar a ser conocido por personas ajenas a las implicadas en él, lo que sólo encuentra su excepción, lógica por otra parte, en aquellos casos en que sea necesario para proteger el orden público, los intereses

---

<sup>921</sup> Aunque el precepto se refiere tan sólo a la acumulación eventual de acciones, es evidente que también pueden acumularse con tal carácter los medios de defensa que el demandado desee formular, así como los argumentos de hecho o de derecho que cualquiera de las partes estime oportuno.

<sup>922</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal. Introducción*, ob. cit., p. 81.

de los menores, la vida privada de las partes u otros derechos, intereses o libertades dignos de protección<sup>923</sup>.

### III. LA APUESTA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000.

Sentado cuanto antecede, debemos preguntarnos si la oralidad y sus lógicas consecuencias de concentración e intermediación han sido acogidas en la nueva ley procesal civil española del año 2000, lo que no puede responderse sino afirmativamente, aun cuando realizando de inmediato importantes matizaciones, toda vez que el legislador ha establecido notables excepciones a las mismas que enmiendan en gran medida esa impresión inicial. Ya que, aunque es cierto que dicha regulación ha establecido dos procesos declarativos ordinarios en los que prima claramente la oralidad sobre la escritura, no lo es menos que sus lógicas derivaciones de concentración e intermediación han sido asumidas con notables particularidades que, si bien con carácter general pueden resultar razonables, a nuestro entender no siempre resultan convenientes.

Que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha preferido la forma oral sobre la forma escrita se manifiesta con claridad observando la manera en que se desarrolla cada uno de los dos procesos declarativos ordinarios que regula.

Así, en el denominado “juicio ordinario”, tras la demanda y contestación a la misma, que necesariamente han de formularse por escrito (cfr. los arts.399 y 405 de la norma antes citada), el objeto del proceso y los términos del debate entablado por las partes quedan determinados en un acto oral llamado audiencia previa que, usualmente, concluye con el señalamiento de una fecha para la celebración de un juicio en el que ha de practicarse la prueba propuesta y admitida como paso previo a la resolución del pleito.

De igual modo, en el otro proceso declarativo ordinario al que antes nos referíamos, al que la ley denomina “juicio verbal”, previsto para asuntos de menor entidad económica que el anterior y para la tramitación y resolución de diversos asuntos por razón del objeto, la oralidad se manifiesta tanto en su denominación como en su regulación y naturaleza.

Sin embargo, como antes apuntábamos, la ley no ha asumido hasta sus últimas consecuencias las notas de concentración e intermediación que líneas arriba decíamos que forman con la oralidad un conjunto inescindible.

En efecto, la concentración, que constituye sin duda la principal característica externa de todos aquellos procesos que adoptan la forma oral, se acoge en nuestra legislación al disponer que el objeto del proceso, los términos del debate y la determinación de los medios de prueba que las partes pretendan utilizar en defensa de sus argumentos han de fijarse en un solo acto y que todos aquellos medios probatorios que hayan sido admitidos por el órgano jurisdiccional llamado a resolver la controversia han de practicarse en otro acto distinto a aquél (denominado “juicio” en el juicio ordinario y “vista” en el juicio verbal). Lo que, rectamente entendido, supone que las partes, los testigos y los peritos deberán acudir a la sede y local del tribunal el día que éste a tal efecto indique, independientemente del lugar donde tengan su domicilio o efectivamente residan.

Sin embargo, esta importante regla, de indudable influencia sobre la forma del proceso, se ve matizada en la ley a través de algunas excepciones:

- Así, y en primer lugar, al admitir ésta que, en determinadas circunstancias, pueda procederse a la práctica de las pruebas antes del momento legalmente requerido

---

<sup>923</sup> En tal sentido, véanse los artículos 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal españolas.

(esto es: en el juicio o vista, según el proceso en que nos encontremos), supuesto en el cual el tribunal habría de señalar con una antelación mínima de cinco días la fecha, la hora y, en su caso, el lugar en que aquélla deberá practicarse (artículos 290 y 429.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)<sup>924</sup>.

- Y, en segundo término, al prever diversas circunstancias cuya concurrencia autoriza la celebración de la prueba propuesta y admitida en lugar distinto a aquel en el que el tribunal tiene su sede, lo que se permite cuando debe interrogarse a alguna de las partes en su domicilio o residencia (artículo 311 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), deba tomarse declaración domiciliaria a algún testigo por causa de enfermedad u otro motivo justificado (artículo 364 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) o deba practicarse la prueba fuera de la circunscripción del tribunal, supuesto en el cual habrá de acudir al llamado auxilio judicial (artículos 169 a 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)<sup>925</sup>.

Pero si importantes son estas excepciones a la mencionada regla de unidad de acto, por más que puedan estimarse –y así las entendemos– como absolutamente razonables y entradas en razón para una adecuada y recta administración de justicia, aún son más notables las previstas para la regla que dispone que el tribunal competente para dictar sentencia ha de haber presidido la práctica de las pruebas que, oportunamente propuestas, han sido autorizadas.

#### IV. POSIBLES SOLUCIONES A LA QUIEBRA DE LA INMEDIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE AUXILIO JUDICIAL.

En efecto, tan relevante norma, consecuencia natural de la regla de unidad de acto antes citada, se manifiesta cuando se dispone que las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el juez o los magistrados que integren el tribunal que conozca del asunto (artículo 137.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), y que las pruebas pertinentemente propuestas y admitidas han de practicarse en el juicio o vista (artículo 431 para el “juicio ordinario” y 443 para el “juicio verbal”, ambos de la repetida ley procesal civil de 2000), ya que *“en un proceso oral, tan solo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar sentencia”*<sup>926</sup>.

---

<sup>924</sup> Además de estas previsiones generales, el artículo 291 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 dispone: “aunque no sean sujetos u objetos de la prueba, las partes serán citadas con antelación suficiente, que será de al menos cuarenta y ocho horas”.

<sup>925</sup> Esta hipótesis está prevista en el caso de que por enfermedad “o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera ésta comparecer en la sede del tribunal”.

<sup>926</sup> Vid. la STC núm. 64/1993, de 1 de marzo, de la que fue ponente el Sr. Gimeno Sendra; y la STC núm. 215/2005, de 12 de septiembre, Pte. Sr. Aragón Reyes, que a lo anteriormente dicho añade: *“o dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial”* y que *“la validez de esta doctrina, que enlaza con el contenido medular del derecho fundamental a una efectiva tutela judicial no se ciñe exclusivamente al ámbito de los órganos judiciales unipersonales, sino que es igualmente predicable de los órganos judiciales de conformación pluripersonal”*. Ello explica por el contrario que, en los procesos presididos por la forma escrita, la totalidad del contenido de lo actuado pueda ser examinado por el juez que dictó sentencia aunque no fuera el que presidió la tramitación de procedimiento (en tal sentido, cfr. el ATC núm. 209/2002, de 28 de octubre).

Sin embargo, al igual que en el supuesto anteriormente mencionado, tampoco en este caso el legislador ha entendido conveniente exagerar “la importancia de la intermediación en el proceso civil” ni aspirar “a la utopía”, y ello pese a reconocer que “la ordenación de los nuevos procesos civiles impone concentración de la práctica de la prueba y proximidad de dicha práctica al momento de dictar sentencia”<sup>927</sup> y que la ley “diseña los procesos declarativos de modo que la intermediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas”<sup>928</sup>, lo cual, aun cuando puede parecer ajustado a la realidad, a nuestro juicio implica un claro alejamiento de lo que ha de constituir el procedimiento ideal.

Pues, a nuestro parecer, la posibilidad de que pueda acudir al auxilio judicial para la práctica de cualquiera de los medios de prueba admitidos por nuestro ordenamiento (el reconocimiento judicial, cuando el tribunal no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad de desplazarse fuera de su circunscripción territorial –posibilidad a la que le faculta los artículos 169.2 y 129.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y 275 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, y el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación por los peritos del dictamen que previamente hayan emitido cuando por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento, las circunstancias personales de la parte o cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del tribunal) supone una importante merma de la regla de la intermediación –que sólo debe ser ignorada en supuestos ciertamente excepcionales– que en modo alguno colabora a disminuir las posibilidades de yerro judicial, propósito al que nunca ha de dejar de aspirarse.

De ahí que consideremos necesario que, en aquellos casos en que deba interrogarse en su domicilio a alguna de las partes por vía de auxilio judicial (posibilidad prevista en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), y en aquellos otros en que se acuda a ella para tomar declaración domiciliaria a algún testigo por concurrir alguno de los supuestos legalmente permitidos o para pedir al perito que haya emitido un informe que conste en autos que se ratifique en el mismo y dé las explicaciones que se estimen necesarias<sup>929</sup> (lo que resulta igualmente admisible conforme al artículo 169 de dicha ley procesal civil), no sólo se registre dicha actividad a través del oportuno soporte audiovisual –lo que nos parece imprescindible al tratarse de actuaciones orales– sino también que se habilite lo necesario para que el órgano judicial exhortante pueda presenciarse a través de los medios técnicos adecuados –el sistema más lógico sería el de la videoconferencia– en todos aquellos casos en los que efectivamente comparezcan las partes y sus letrados.

Para entender adecuadamente lo que acaba de proponerse resulta preciso tener en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 autoriza el interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial cuando la parte que hubiere de responder al mismo resida fuera de la demarcación judicial del tribunal encargado de resolver la causa y concurra alguna de las circunstancias que la propia norma enumera en su artículo 169, regulándolo de modo

---

<sup>927</sup> Cfr. el apartado IX de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

<sup>928</sup> Cfr. el apartado XII la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

<sup>929</sup> Nótese que, según la ley (artículo 347.2 de la LEC de 2000), también el tribunal puede formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto de su dictamen, lo que muy difícilmente podrá solicitar un juez distinto a aquel que efectivamente conozca los pormenores de la cuestión debatida.



distinto según concurra o no la parte que lo hubiera propuesto, disponiendo a tal efecto que, si efectivamente lo hace, ésta formulará en el acto las preguntas que estime necesarias, las cuales “deberán ser declaradas pertinentes por el tribunal que conozca del asunto” (artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), circunstancia que obliga a preguntarse –como atinadamente ha señalado JIMÉNEZ CONDE– sobre cómo podrá asumir con el rigor que se precisa dicha tarea un juez que ignora por completo los pormenores del asunto que se discute<sup>930</sup>. Lo que pasa forzosamente por reconocer que, no siendo ello posible, resulta preciso buscar alguna solución razonable que permita paliar dichos inconvenientes, propugnando en tal sentido dicho autor la posibilidad de que se permita utilizar el sistema de video-conferencia, el cual facilitaría que el órgano judicial exhortante, que es al que corresponde valorar la prueba, pudiera presenciar por esta vía el desarrollo del interrogatorio, salvando así, siquiera sea mínimamente, la regla de la inmediación<sup>931</sup>.

Semejante solución, válida como se ha apuntado para solventar los problemas que a este respecto puede provocar el interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial, constituye igualmente la idónea –a nuestro parecer– para paliar los inconvenientes que pudieran surgir en aquellos casos en que por idéntica vía se solicite la declaración domiciliaria de testigos o la ratificación del dictamen pericial previamente emitido (posibilidades permitidas por el artículo 169 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), toda vez que sólo así podrá respetarse, aunque sea parcialmente, los requerimientos propios de la intermediación judicial, que, como antes se dijo, constituye una máxima intrínseca a los procesos dominados por la nota de la oralidad.

De ahí que defendamos una adecuación de la regla de la intermediación a la realidad que permita acudir al mecanismo del auxilio judicial para la practica de las pruebas previamente propuestas y admitidas tan solo cuando sea estrictamente necesario, lo que debería razonarse y justificarse debidamente a fin de minimizar en la medida de lo posible la quiebra de la intermediación que el recurso al auxilio judicial en tales casos supone.

---

<sup>930</sup> JIMÉNEZ CONDE, F., *La nueva prueba del interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2006, p. 95.

<sup>931</sup> JIMÉNEZ CONDE, F., *La nueva prueba del interrogatorio de las partes en el proceso civil*, *ob. cit.*, p. 95.

## ORALIDAD Y ESCRITURA EN EL PROCESO DECLARATIVO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA<sup>932</sup>

BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ

Profesora Titular Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

### I. INTRODUCCIÓN

“No hay campo en el que un extranjero se sienta más a disgusto que el juicio; porque aquí tiene de frente no sólo un adversario, sino el poder jurisdiccional de otro estado”<sup>933</sup>. Esta frase de Chiovenda sintetiza la razón de ser de la política de cooperación judicial civil<sup>934</sup> puesta en marcha por la Unión Europea a partir del Tratado de Amsterdam de 1997 (en vigor desde 1999), pues ciertamente estas dificultades aumentan en los litigios transfronterizos. Un ciudadano español puede sufrir un accidente mientras disfruta de sus vacaciones en otro Estado miembro de la Unión Europea, o mientras se desplaza a Londres para hacer unas compras, y los bienes allí adquiridos pueden resultar defectuosos, el dueño de un hotel del Levante español puede encontrarse con una factura que los huéspedes de otro Estado de la Unión Europea ha dejado impagada ... Igualmente un consumidor puede encargar por internet mercancías procedentes de otro Estado de la Unión Europea que nunca han sido enviadas o que han resultado defectuosas...<sup>935</sup>.

Para los ciudadanos y las pequeñas y medianas empresas de los Estados miembros de la Unión Europea, los sistemas judiciales son demasiado costosos, lentos y complicados. El peso de los inconvenientes (obstáculos, costes, retrasos...) es inversamente proporcional a la cuantía del litigio. Pretender litigar en otro Estado distinto del de origen hace necesario contratar el servicio de al menos dos abogados (uno en el Estado de residencia y otro en el del foro), así como traductores e intérpretes. Eventualmente también es preciso sufragar los gastos de desplazamiento de los litigantes y sus representantes, de testigos o de peritos...

De manera que, cuanto menor es la cuantía objeto de desacuerdo mayor es la desproporción para el particular entre la satisfacción de la tutela judicial debida y su coste. Sin embargo las reclamaciones de cuantías pequeñas constituyen la mayor parte de los

---

<sup>932</sup> Esta comunicación se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional del Ministerio de Educación y Ciencia sobre “*La construcción del espacio judicial europeo: presente y futuro en el ámbito procesal civil y procesal penal*”, SEJ2006-02180/JURI.

<sup>933</sup> CHIOVENDA, G., “Las reformas procesales y ...”, cit., p.163.

<sup>934</sup> He trabajado este tema en “La política comunitaria de cooperación judicial civil”, *El Tratado de Roma en su 50 aniversario (1957-2007). Un balance socioeconómico de la integración europea*, granada 2007, pp.309-326. Sobre el origen y evolución de la política de cooperación judicial civil vid. también JIMENO BULNES, M., “Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea”, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. JIMENO BULNES, M, Barcelona 2007, pp. 29-65

<sup>935</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, cit., vid. particularmente p.49 y ss.

problemas que se plantean entre los justiciables. Estos litigios menores constituyen la inmensa mayoría de las ocasiones en las que los ciudadanos necesitan la administración de justicia, por lo que la calidad y eficacia de las respuestas dadas en estos casos influye significativamente en la percepción y confianza que los ciudadanos tienen en el sistema legal<sup>936</sup>. Por ello se ha llegado a afirmar que no veremos un escenario económico verdaderamente único hasta que el nivel y las vías de protección de los créditos derivados de las relaciones comerciales no se equiparen en todo el territorio de la Unión<sup>937</sup>. En estas circunstancias se hace necesario un instrumento jurídico que despliegue sus efectos a nivel del territorio de la UE, que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los europeos en cualquier punto del territorio de la Unión.

La materia de cooperación judicial civil está comunitarizada desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam<sup>938</sup>. Por tanto este instrumento jurídico puede ser una Directiva o un Reglamento. La opción por uno u otro depende de la voluntad política de los Estados miembros en el seno del Consejo de la Unión, y tiene diferentes consecuencias<sup>939</sup>.

## II. LOS PROCESOS DE ESCASA CUANTÍA EN LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

La preocupación por adecuar los instrumentos procesales al objeto de litigio (evitar matar moscas a cañonazos) está presente en todos sistemas judiciales de los Estados de nuestro entorno, aunque regulados con diversos matices. No todos prevén procesos específicos con este objeto. Algunos establecen medidas de simplificación de los procesos ordinarios cuando se trata de cuantías por debajo de un umbral económico específico o de escasa o nula complejidad<sup>940</sup>. También hay Estados cuya legislación no contempla ninguna especialidad.

---

<sup>936</sup> CORTÉS DIÉGUEZ, J.P., “El acceso a la justicia...”, cit.

<sup>937</sup> LOREDO COLUNGA, M. “¿Hacia un derecho procesal europeo?...”, cit.

<sup>938</sup> Tratándose de cooperación judicial civil también hay que tener en consideración, por su utilidad en la aplicación del PEEC, el Reglamento 1393/2007 sobre notificaciones y traslado de documentos entre los Estados miembros en materia civil y mercantil, así como el Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en otro Estado miembro en materia civil y mercantil. Para un conocimiento más profundo de estos instrumentos, consúltese DE HOYOS SANCHO, M., “Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales”, pp.167-190, y VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Obtención de pruebas”, pp.191-214, ambos capítulos en la obra colectiva: *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. JIMENO BULNES, M, Barcelona 2007.

<sup>939</sup> El Reglamento se aplica directamente y es regulación idéntica para todos los Estados, pero se superpone a la regulación nacional, no armoniza las legislaciones de los Estados miembros. La Directiva sólo vincula en cuanto a los objetivos y además exige su transposición al derecho interno, con ello provoca un efecto de acercamiento entre las legislaciones nacionales.

<sup>940</sup> Existe como tipo procesal en atención al umbral económico en Alemania, España, Eslovenia, Francia, Holanda, Luxemburgo, Suecia, Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte. En cambio, el tipo procesal se establece por la materia o por este criterio, con independencia de la cuantía en Finlandia. Están previstas simplificaciones respecto del proceso ordinario cuando se trata de cuantías por debajo de una determinada cantidad en Italia, Austria, Hungría. Bélgica no prevé ninguna especialidad, se sigue el procedimiento ordinario que es muy simple

Pero todos ellos tienen en común que están previstos para litigios domésticos. Cuando en un asunto aparece un elemento extranjero todo se complica, desde el traslado de documentos y notificaciones hasta las traducciones de todo lo actuado, y la ejecución de lo resuelto.

### **1. Oralidad o escritura en los procesos de escasa cuantía de los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>941</sup>**

En algunas ocasiones la regulación nacional prima la oralidad por encima de la escritura, en otras sucede al contrario. Y en muchas encontramos ambas posibilidades, según exista o no petición de parte de una audiencia oral. Planteando la cuestión desde la convicción de que si se permite la supresión de un acto procesal oral importante, como es una vista o audiencia oral, según la conveniencia de las partes, no estamos ante un proceso regido por el principio de oralidad, cabe clasificar los procedimientos existentes en los Estados miembros en alguna de las tres categorías siguientes:

#### ***A) Procesos de escasa cuantía predominantemente orales***

En Francia el proceso especial de escasa cuantía se denomina “déclaration au greffe”, y puede ser realizada verbalmente o por escrito (existe un impreso para ello), por reclamaciones inferiores a 3800€. Recibida la secretaría convoca a las partes a una audiencia en el curso de la cual el juez intenta una conciliación.

En Italia no existe un tipo procesal específico. Corresponde conocer de las demandas de cuantía pequeña al juez de paz<sup>942</sup>, el cual tiene la obligación de oír libremente a las partes y de intentar una conciliación. Por ello se considera este tipo de procesos como orales.

La situación de Holanda es peculiar, pues el procedimiento específico para demandas de escasa cuantía (hasta 5000€) puede celebrarse ante los Juzgados municipales tanto oralmente como por escrito. El procedimiento comienza con el escrito de demanda, tras lo cual las partes pueden presentar sus alegaciones oralmente o por escrito (presentando los documentos en el registro antes de la fecha fijada para la vista. En este caso se denomina “procedimiento postal” o “procederen per post”). En los asuntos complejos se advierte a las partes de la conveniencia de exponer sus alegaciones por escrito. Cuando así lo hacen, el juez puede ofrecer a las partes, en el curso de la vista, la oportunidad de responder otra vez por escrito. Si lo hacen tienen derecho a formular nuevas alegaciones oralmente.

Aunque la información suministrada por Grecia afirma que el procedimiento puede ser tanto oral como escrito, de la lectura de su comunicación se deriva que el procedimiento para demandar cuantías pequeñas (de valor no superior a 1500€) es predominantemente oral. Las resoluciones se pronuncian oralmente, por lo general en la misma sesión inmediatamente después del debate.

El Código de procedimiento civil de Luxemburgo contempla un procedimiento de cobro simplificado de las deudas de cuantía inferior a 10.000€, siempre que el deudor resida en el Gran Ducado. Se inicia mediante una simple declaración, verbal o escrita, en la Secretaría del Juzgado de Paz acompañada de los documentos en los que el acreedor funda

---

<sup>941</sup> Esta información ha sido obtenida de la página web de la Red Judicial Europea: [http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif\\_accelerat\\_procedures](http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures).

<sup>942</sup> Litigios sobre bienes muebles por valor inferior a 2583€, reclamaciones de daños y perjuicios causados por vehículos y embarcaciones de cuantía inferior a 15.494€

su derecho. Si el deudor presenta un escrito de oposición y el acreedor persiste en su intención de litigar, es obligatoria la celebración de un juicio en audiencia pública.

### ***B) Procesos de escasa cuantía predominantemente escritos***

En Alemania, el órgano jurisdiccional puede optar por seguir un procedimiento simplificado cuando la cuantía del litigio es inferior a los 600€, o no. Es posible el procedimiento exclusivamente escrito, pero si una de las partes lo solicita, debe celebrarse una fase oral.

El procedimiento especial previsto en Finlandia no atiende a la cuantía de la deuda sino al contenido cualitativo de la pretensión. El procedimiento puede resolverse con la intervención de un juez único, sin una vista preparatoria o por un procedimiento enteramente escrito, si su resolución no exige vista oral y ninguna de las partes se opone a ello. En caso de procedimiento puramente escrito sólo se tienen en cuenta las pruebas escritas.

También en Suecia el tribunal puede resolver basándose en un procedimiento escrito cuando se trata de procesos especiales para demandas de menor cuantía, aplicables para deudas de valor inferior a unas 20.000 coronas suecas, que no versen sobre materia de familia, y siempre que ninguna de las partes solicite el procedimiento oral.

En Inglaterra y Gales el juez que conoce del proceso de escasa cuantía: “small claims track” (en principio demandas hasta 5000 libras esterlinas, pero aunque la cuantía sea inferior no se aplica si es un asunto complejo, y si es muy sencillo se aplica aunque la cuantía sea superior) puede decidir seguir el procedimiento sin audiencia oral y basando su resolución en pruebas escritas exclusivamente. Si alguna de las partes se opone entonces el asunto tiene que examinarse en audiencia, pero la falta de respuesta expresa dentro del plazo dado es interpretada como consentimiento a la resolución del asunto por medios escritos.

Asimismo en Irlanda del Norte el procedimiento para asuntos de escasa cuantía (hasta 2000 libras esterlinas, exceptuando determinadas materias) puede resolverse sobre la base de pruebas escritas exclusivamente, cuando no hay oposición

El procedimiento especial de la legislación de Eslovenia está previsto para reclamaciones de poca cuantía (hasta 200.000 SIT o 500.000 si se trata de litigios mercantiles). En este procedimiento, si después de recibida la contestación a la demanda y los escritos preparatorios de las partes el juez considera que no hay ningún problema en cuanto a los hechos de modo que puede adoptar ya una decisión, resuelve el asunto sin audiencia de las partes.

### ***C) Mixtos***

El proceso ordinario belga puede ser oral cuando se trata de asuntos urgentes o muy simples, en otro caso se fija una fecha para otra audiencia previamente a la cual se habrán realizado por escrito las alegaciones así como las conclusiones de las partes<sup>943</sup>.

La legislación austriaca prevé una simplificación del procedimiento para pretensiones económicas mínimas, cuya cuantía oscila entre 1000 y 2000€. En principio parece que en Austria el procedimiento es predominantemente oral, aunque puede verse

---

<sup>943</sup> El Ministerio de Justicia y Servicio Público Federal de Justicia de Bélgica publica unos folletos muy ilustradores para los ciudadanos, de su sistema judicial. Puede obtenerse más información en la web: <http://www.just.fgov.be>.

limitada dicha oralidad singularmente en materia de pruebas, pues existe la posibilidad de presentar por escrito las declaraciones de los testigos, pasando a tener entonces la consideración de un prueba documental en lugar de testifical. Incluso es posible, cuando la cuantía de la pretensión es inferior a 1000€, que el tribunal prescinda de las pruebas presentadas por las partes, adoptando su decisión sobre la base de los resultados del conjunto de las actuaciones. La ley procesal austriaca permite la emisión verbal de la sentencia, en presencia de ambas partes.

## **2. Oralidad o escritura en el “proceso de escasa cuantía” del ordenamiento jurídico español**

Según la información transmitida por España a la Comisión se trata del llamado “juicio verbal” regulado en los arts.437 a 447 de la LEC. En la regulación comunitaria se establece que no es preceptiva postulación para estos procesos, por ello para algunos autores<sup>944</sup>, solamente puede ser considerado PEC el juicio verbal de cuantía inferior a 900 €, en el cual los litigantes pueden reclamar haciendo uso de los impresos normalizados existentes en las sedes de los juzgados.

La reforma de la LOPJ operada por la LO 19/2003 de 26 de diciembre introdujo la nueva Disposición adicional 5ª LEC que lleva por título “*Medidas de agilización de determinados procesos civiles*”, y que supuso la incorporación en el ámbito de la jurisdicción civil de mecanismos procesales similares a los llamados juicios rápidos penales. Los llamados “juicios verbales rápidos”<sup>945</sup>, que una vez en funcionamiento pasarán a ser los PEC españoles cuando la cuantía litigiosa no exceda de 3000€.

En el juicio verbal español impera el principio de oralidad. El único escrito es el de la demanda, pues todas las alegaciones se realizan verbalmente en la vista, en la cual se resuelven en primer lugar todas las cuestiones procesales y, solventadas éstas, se entra a debatir el fondo de la cuestión. Se practica la prueba de forma concentrada en el mismo acto de la vista, y finalmente las partes emiten sus conclusiones.

### **III. EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA (PEEC)**

El proceso europeo de escasa cuantía (PEEC) establecido por el Reglamento 861/2007 es un instrumento opcional que se añade a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros<sup>946</sup> para facilitar la obtención de una sentencia rápida y poco costosa en demandas de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, así como para eliminar todo obstáculo al reconocimiento y ejecución de tal sentencia en el territorio de otro Estado miembro. Así se declara en al art.1 del Reglamento por el que se establece un PEEC<sup>947</sup>.

---

<sup>944</sup> CORTÉS DIÉGUEZ , “Acceso a la Justicia para los consumidores ...”, cit.

<sup>945</sup> Se articuló un nuevo servicio procesal común, desarrollado por las Oficinas de Señalamiento inmediato (OSI), con la función de anticipar los trámites de mera ordenación del proceso (registro, reparto y citaciones) y de fijar un calendario de actuaciones vinculante para los órganos judiciales del orden civil, para prestar un turno de asistencia continuada, introduciendo también para ello un “sistema programado de señalamiento” entre las OSI y los Juzgados de 1ª instancia.

<sup>946</sup> Considerando nº8 del Reglamento 861/2007.

<sup>947</sup> “... con el fin de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, y de reducir los costes. (...). El reglamento elimina asimismo los procedimientos intermedios necesarios para el reconocimiento y la ejecución en otros

Se aplica esta regulación solamente a aquellas demandas civiles y mercantiles cuyo valor no sea superior a 2000€ y no se trate de materias excluidas<sup>948</sup>, cuando al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional que conoce del asunto<sup>949</sup>.

El Reglamento establece que no puede ser obligatoria la asistencia de letrado ni procurador. En este punto se produce una contradicción con la legislación procesal interna española. Dado que en España sí es preceptiva la postulación cuando se trata de cuantías superiores a 900€, en los casos en que se trate de un litigio transfronterizo (por cuantía hasta 2000€), este precepto de la ley de enjuiciamiento civil no se aplicará, como consecuencia del principio de primacía del derecho comunitario.

Al tratarse de un instrumento comunitario de cooperación judicial en materia civil y mercantil, este Reglamento no vincula a Dinamarca en tanto no lo manifieste expresamente y así se declare por el Consejo de la Unión Europea.

#### IV. ORALIDAD Y ESCRITURA

Oralidad y escritura son expresión de dos conceptos distintos de la función judicial y de la finalidad del proceso: la primera romana, la segunda germánica<sup>950</sup>. Como pone de manifiesto CHIOVENDA<sup>951</sup>, la naturaleza del procedimiento está estrechamente vinculada con la función que tiene la prueba. La oralidad del proceso romano respondía a íntimas exigencias del propio proceso, pues al estar la prueba dirigida a formar la libre convicción del juzgador tenía que desarrollarse ante él, lo que hacía necesariamente oral y concentrado el procedimiento. En cambio la oralidad en el proceso germánico era debida al lugar (la asamblea) y al modo de administrar justicia así como al escaso conocimiento de la escritura. La prueba germánica, formal, que dio origen al sistema de prueba legal, también provocó la deformación del proceso oral en escrito. El juez ante la prueba (juramento, juicio de Dios) se limita a constatar pasivamente el resultado. Con la divulgación del uso de la escritura se encontró más cómodo la elaboración de las pruebas por escrito que oír en audiencia a las partes y sus testigos.

### 1. Principio de Escritura

---

Estados miembros de una sentencia dictada en un Estado miembro en un proceso europeo de escasa cuantía”.

<sup>948</sup> Art.2 Reglamento 861/2007. Están expresamente excluidas las materias fiscal, aduanera y administrativa. En materia civil no se aplica cuando, con independencia de la cuantía, el litigio verse sobre estado y capacidad jurídica de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos, sucesiones, alimentos, arrendamiento de bienes inmuebles que no sea reclamación de cantidad, vulneraciones del derecho al honor, intimidad y propia imagen. En materia mercantil están excluidos los litigios en materia concursal. También se excluyen los litigios en materia de seguridad social y derecho laboral. O arbitraje.

<sup>949</sup> Art.3.1 Reglamento 861/2007, que define litigio “transfronterizo”. El domicilio se determina de acuerdo con lo prevenido en el Reglamento 44/2001 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>950</sup> PRIETO CASTRO, L., “Precisiones sobre escritura y oralidad en el Derecho Procesal español”, *Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol. I, Madrid 1950, P,78.

<sup>951</sup> “Relación sobre el proyecto de reforma ...”, cit., p.248.

Los muchos siglos en los que ha imperado este principio procedimental han permitido precisarlo en sus menores detalles hasta alcanzar una estructura completamente acabada. Dada su adaptabilidad, los sistemas procesales basados en la escritura se extendieron por toda Europa continental y después por ultramar. Se trataba de simples traducciones del modelo medieval italiano<sup>952</sup>.

En el proceso escrito la escritura es la “forma” de las alegaciones. Una actuación no es válida si no es hecha por escrito, y aunque exista audiencia oral no cambia la “forma”, las declaraciones hechas en la audiencia se hacen por escrito<sup>953</sup>.

#### **A) Caracteres y manifestaciones**

En el sistema escrito la actividad procesal se dispersa en actuaciones temporalmente separadas que quiebran la unidad y dilatan el proceso, estando el juez alejado de las partes y de los elementos de la causa. Como consecuencia, las formas de los escritos son complejas y estrictas, convirtiéndose en fuente de continuos incidentes cuyas decisiones son a su vez impugnadas<sup>954</sup>.

Si la palabra se usa entre presentes, la escritura entre ausentes<sup>955</sup>. Históricamente la “mediación” se va introduciendo por la vía de la delegación en un juez u oficial la tarea de recibir declaraciones de quienes residían lejos de la sede del tribunal, de modo que éste adquiriría conocimiento de los testimonios por el informe elaborado por el funcionario o el juez delegado<sup>956</sup>. Excepto en el Derecho anglosajón donde se consagró el principio contrario desde el momento en que se impuso el juicio por jurados.

Una característica de este proceso es la escasa ingerencia del juez en la dirección de la litis y en la formación de la prueba<sup>957</sup>.

#### **B) Ventajas y desventajas**

La escritura tiene la ventaja de permitir que se fije y quede registrado el material procesal, haciendo posible su conservación en el tiempo y su verificación por los tribunales superiores en caso de recurso. Además las partes pueden estudiar y plantear serenamente y con fundamentos sólidos sus pretensiones y sus conclusiones. Desde el punto de vista del juez, éste puede examinar con tranquilidad y detenimiento los argumentos de las partes y los materiales probatorios. Todo ello lleva a afirmar que el método escrito es, sin duda, el más eficiente para la discusión estrictamente jurídica<sup>958</sup>.

Pero tiene desventajas de mucho peso: la lentitud del proceso, su rigorismo formal y su complicación, convierten el proceso en una tentación para su uso con fines dilatorios y litigación temeraria. Además es muy complicado alcanzar acuerdos o conciliaciones. Otra

---

<sup>952</sup> PRIETO CASTRO, L., “Precisiones...”, cit., p.76.

<sup>953</sup> “Relación sobre el proyecto de reforma...”, cit., p.253.

<sup>954</sup> En este sentido, EISNER, I., *La intermediación en el proceso*, cit., p.65.

<sup>955</sup> Palabras de CHIOVENDA, “Relación sobre el proyecto..”, cit., p.253.

<sup>956</sup> Sobre esta evolución vid. EISNER, I., *La intermediación ...*, cit., pp. 45-51.

<sup>957</sup> CHIOVENDA, G., “Estado actual del proceso civil en...”, cit., p.179.

<sup>958</sup> Vid. en este sentido, EISNER, I., *La intermediación...*, cit., p.66.



desventaja reseñable es que aleja la publicidad, con lo que acentúa la desconfianza de los ciudadanos en la justicia<sup>959</sup>.

## **2. Principio de oralidad**

Recoge EISNER una descriptiva definición del procedimiento oral como “un espejo que refleja los hechos con notable precisión”<sup>960</sup>.

En el procedimiento oral las pretensiones de los litigantes, la producción de las pruebas y los alegatos o conclusiones son formuladas verbalmente en una audiencia, o varias muy próximas, en presencia y con intervención del juez, que dirige el debate público. Las formas son simples, y la sentencia se pronuncia lo más cerca posible del término del debate, si es posible en la misma sesión<sup>961</sup>.

Como pone de manifiesto PRIETO CASTRO<sup>962</sup>, la oralidad presupone la observancia de dos principios anexos: concentración e inmediación, pero ambos con dos objetivos, la concentración para alcanzar la economía, la inmediación para alcanzar la justicia. La oralidad asegura un conocimiento inicial del negocio en su aspecto fáctico y jurídico y el fallo rápido del mismo, a través de la concentración de actuaciones y es apta para garantizar que dicho fallo se produzca bajo la impresión reciente de lo debatido y probado.

Pero la oralidad no excluye del todo la escritura. Resalta CHIOVENDA<sup>963</sup> el doble oficio que ésta desempeña en el procedimiento oral: preparar el examen de la causa (la demanda, primer escrito preparatorio, tiene que indicar los elementos subjetivos y objetivos del proceso y los medios de prueba de manera que permita al demandado defenderse, pues en otro caso tiene que ser inadmitida), y en segundo lugar el de documentación de lo que ocurre en las actuaciones. Eso sí, los escritos preparatorios no son la “forma” de la declaración sino simplemente su anuncio, sólo son jurídicamente relevantes las declaraciones vertidas en la audiencia<sup>964</sup>.

### ***A) Caracteres y manifestaciones***

La concentración es la principal característica del proceso oral. En palabras de PRIETO CASTRO<sup>965</sup> esta manifestación constituyen el mayor beneficio que la oralidad presta al proceso, aumentando su utilidad y su eficacia social, singularmente evitando la impugnación separada de las cuestiones incidentales. Los incidentes tienen que ser decididos en la audiencia en la que se concentra el proceso, y solamente pueden ser impugnados conjuntamente con la sentencia definitiva.

Para que esta concentración no se desvirtúe es necesaria la concesión al juez de facultades amplias en la dirección del proceso, que le permitan negar aquellas diligencias que considere innecesarias y, por otra parte, suplir eventuales omisiones de las partes cuya

---

<sup>959</sup> Idem, p.66.

<sup>960</sup> Idem, p.67.

<sup>961</sup> Ibidem, p.65.

<sup>962</sup> “Precisiones sobre escritura y oralidad en ...”, cit. p.100.

<sup>963</sup> “Relación sobre el proyecto de reforma...”, cit., p.252.

<sup>964</sup> Las mismas ideas aunque expresadas con otras palabras las encontramos en su artículo sobre “Estado actual del proceso civil en Italia...”, cit., pp.197-201.

<sup>965</sup> “Precisiones sobre escritura y oralidad en...”, cit., p.91.

práctica sea necesaria para la regularidad del procedimiento<sup>966</sup>. Por ello se afirma que el aumento de los poderes del juez está estrechamente vinculado con la oralidad y la concentración<sup>967</sup>. El principio de intermediación solamente tiene sentido cuando el juez recupera su papel activo en el proceso, valorando libremente los resultados probatorios, en cuanto órgano que desempeña una función del Estado, impartir justicia, porque el Estado está interesado no en el objeto de la litis, sino en el modo en que ésta se desarrolla<sup>968</sup>. El ejercicio de esta potestad se facilita en un procedimiento que permite e incita el contacto continuo e inmediato del juez con las partes y con sus representantes.

### **B) Ventajas y desventajas**

CHIOVENDA, el gran defensor de la oralidad, exponía vivamente sus ventajas con los siguientes argumentos: “con abreviar las litis, con hacer al juez más vivamente participe de la relación procesal y más inmediato su contacto con las partes en causa, se aproxima la justicia a las clases menos pudientes mucho más que con preparar organismos de defensa del pobre (...)”<sup>969</sup>.

Pero a continuación reconocía sus puntos débiles: “las necesidades de la defensa (es decir los errores que se cometen por las sorpresas que se presentan<sup>970</sup>), la (falta de) precisión, la (in)madurez de las decisiones, la idea de que las garantías procesales puedan quedar disminuidas...”<sup>971</sup>.

La ventaja más resaltada por EISNER es la de constituir un medio que conduce a una más exacta expresión de la realidad de los hechos, dando mayor claridad y naturalidad a la exposición<sup>972</sup>. Hay mayores probabilidades de lograr una sentencia rápida y justa en los procesos en los que el juez ha estado en permanente y estrecho contacto con las partes y con los materiales probatorios<sup>973</sup>. Y se alcanzan muchas conciliaciones.

Entre las desventajas está, además de las destacadas por Chiovenda, la de la fugacidad de la impresión de la palabra hablada (“verba volant, scripta manent”). Además está comprobado que el sistema oral que sirve para un país no es adaptable a otro, al contrario que los procedimientos escritos.

## **V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y MANIFESTACIONES DESCRITOS AL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA (PEEC)**

El fin buscado con el Reglamento es abreviar la duración de los procesos de cuantía pequeña mediante la concentración de las actuaciones, y simplificar los trámites para abaratar los costos.

---

<sup>966</sup> Recogido por EISNER, I. *La intermediación en el proceso*, cit., p.75.

<sup>967</sup> CHIOVENDA, G., “Estado actual del proceso civil ...”, cit., p.210.

<sup>968</sup> CHIOVENDA, G., “Las reformas procesales y ...”, cit., p.162.

<sup>969</sup> “Estado actual del proceso civil en Italia...”, cit., p.177.

<sup>970</sup> “Otra duda a la que puede dar lugar el proceso oral es que las partes se encuentren, más fácilmente que en el proceso escrito, expuestas a sorpresas, omisiones y errores”: CHIOVENDA, G., “Estado actual del proceso civil...”, cit., p.209.

<sup>971</sup> Idem. Las aclaraciones dentro de los paréntesis son mías.

<sup>972</sup> *La intermediación en el proceso*, cit., p.67.

<sup>973</sup> EISNER, I., *La intermediación en el proceso*, cit., p.63.

A la concentración y celeridad sirve sin ningún género de dudas la oralidad del procedimiento. Sin embargo el art.5 del Reglamento deja claramente establecido que el procedimiento para su tramitación se desarrollará por escrito<sup>974</sup>.

¿Por qué?

En el Libro Verde<sup>975</sup>, la Comisión de las Comunidades Europeas, planteaba a los Estados miembros la pregunta de si existía la posibilidad de un procedimiento exclusivamente escrito, porque en litigios transfronterizos el procedimiento oral perjudica a la parte que no reside en el Estado del foro, pues al ser necesaria su presencia física ante el tribunal le impone unos gastos que necesariamente desaniman para litigar.

Pero hay más razones. Según se ha afirmado más arriba, porque no es posible un proceso oral pluriestatal. Si se quiere un tipo procesal adaptable a las singularidades de los Estados miembros, sólo puede ser escrito.

Ello no significa renunciar a los beneficios de la oralidad, sino su adaptación a las necesidades sociales a las que ha de responder este tipo procesal. Como decía CHIOVENDA<sup>976</sup>, si la aplicación de la oralidad produce daños mayores que las ventajas, el principio teórico debe ser sacrificado a la utilidad práctica... y puede haber procesos fundados exclusivamente sobre pruebas documentales en los que el debate no tiene apenas importancia.

Un aspecto importante del principio de oralidad arriba reseñado es la necesidad de otorgar al juez amplios poderes de dirección del proceso para negar aquellas diligencias que considere innecesarias y por el contrario ayudar a las partes en el cumplimiento de los requisitos procedimentales. Estos poderes han sido recogidos en el Reglamento 861/2007 en el art.5.1 (que le permite decidir sobre la celebración o no de vista oral, sin que su decisión sea impugnabile más que con la sentencia definitiva), y en el art.12.2 (recoge el deber del juez de informar a las partes sobre las cuestiones procesales, en caso necesario). Pero estos poderes del juez se limitan de modo expreso ante una barrera infranqueable: el derecho fundamental al debido proceso, en su concreta manifestación de principio de contradicción. Por ello el Considerando nº9 del Reglamento proclama que “el órgano jurisdiccional debe respetar el derecho a un juicio justo y el principio contradictorio, especialmente cuando se pronuncie sobre la necesidad de una vista oral, sobre los medios de práctica de la prueba y sobre el alcance de la práctica de la prueba”. Y tiene que ser así porque se trata de un principio incardinado en el propio concepto de Estado de Derecho, como garantía de que cada una de las partes tiene el derecho y la oportunidad de hacerse oír en sus argumentos y de ofrecer sus pruebas, así como la de oponerse y refutar los de su adversario. Con estas advertencias parece que hay un especial interés en resaltar que aunque por razones prácticas se ha optado por una tramitación escrita no se renuncia a las garantías propias del principio de oralidad.

---

<sup>974</sup> Las proclamaciones que se hacen en los Considerandos del Reglamento parecen contradecir la escritura que se consagra en el art.5. Ha constatado asimismo estas divergencias ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. “Breves notas críticas...”, cit. P.13, cuando habla de “disonancias” entre el preámbulo y el articulado del Reglamento.

<sup>975</sup> *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, de 20 de diciembre de 2002, COM(2002)746 final.

<sup>976</sup> “Relación sobre el proyecto de reforma...”, cit., p.261-262.

Otra de las ventajas es la inimpugnabilidad de las resoluciones interlocutorias. Sólo desde esta perspectiva se explica que proclamando que el procedimiento será escrito, simultáneamente prohíba la impugnación separada de las resoluciones interlocutorias (de no celebrar la vista oral, del art.5.1; desestimando la excepción de inadecuación del procedimiento, del art.5.5; por inadmisión de la reconvencción, del art.5.7,II).

#### VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL TEXTO:

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Breves notas críticas sobre el proceso europeo de escasa cuantía regulado en el Reglamento (CE) 861/07”, *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007, pp. 11-34. CHIOVENDA, G., “Las reforma procesales y las corrientes del pensamiento moderno”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, 1949, pp. 155-173. “El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, 1949, pp.175-218. “Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de posguerra”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, 1949, pp. 219-269. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, de 20 de diciembre de 2002, COM(2002)746 final.. CORTÉS DIÉGUEZ, J.P., “Acceso a la Justicia para los consumidores en la era de internet”, *RGDE (Revista General de Derecho Europeo) Iustel*, nº 15, 2008. EISNER, I., *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, 1963. FLORES TREJO, F., “El principio de oralidad en el proceso”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 6, 1988, pp.113-122. DE HOYOS SANCHO, M., “Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales”, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. JIMENO BULNES, M, Barcelona 2007, pp.167-190; “Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea: el Reglamento 1348/2000 y la propuesta de modificación”, *Revista de Estudios Europeos*, nº4, 2006, pp.73-98; “Firma digital y comunicaciones procesales”, *Actualidad jurídica Aranzadi. Monográfico nuevas tecnologías*, nº571, 2003. JIMENO BULNES, M., “Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea”, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. JIMENO BULNES, M, Barcelona 2007, pp. 29-65. LOREDO COLUNGA, M., “¿Hacia un Derecho Procesal Europeo?. Reflexiones en torno al proyecto de procedimiento europeo de escasa cuantía”, *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, 2006. MONTERO AROCA, J., *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia 2006. “Los principios del procedimiento”, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia 2006, pp. 378-395. PRIETO CASTRO, L., “Precisiones sobre escritura y oralidad en el Derecho Procesal español”, *Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol. I, Madrid 1950, pp. 75-107. Red Judicial Europea: [ec.europa.eu/civiljustice/simplif\\_accelerat\\_procedures](http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures). SILVOSA TALLÓN, J.M., “El proceso europeo de escasa cuantía”, *Noticias Jurídicas.com*, abril 2008. VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Obtención de pruebas”, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. JIMENO BULNES, M, Barcelona 2007, pp.191-214; “La política comunitaria de cooperación judicial civil”, *El Tratado de Roma en su 50 aniversario (1957-2007). Un balance socioeconómico de la integración europea*, granada 2007, pp.309-326.

**International  
Association  
of Procedural  
Law (IAPL)**



FACULTAT DE DRET

5 0 0  
D'ESTUDIS



A N Y S  
JURIDICS