

LOS PROBLEMAS DE LA ORALIDAD*

Dr. Jordi Nieva Fenoll**

1 Introducción

En una época en la que todavía no dejan de cantarse las glorias de la oralidad, si bien no con la fuerza inicial,¹ y en un tiempo en el que hace casi cien años que cualquier opinión discrepante con el principio de oralidad es tachada poco menos que de retrógrada, creo que ha llegado el momento de que se descubran algunos de los inconvenientes de este principio del procedimiento, no desde la pura teoría, sino desde la experiencia de lo que está siendo la oralidad en la práctica.

El recuento de desventajas ha sido casi siempre realizado con respecto al procedimiento escrito, porque es el que se había venido padeciendo desde hacía muchos siglos tanto en lo civil como en lo penal, e interesaba luchar contra algo que había provocado tantísimos retrasos – puramente burocráticos muchas veces – en el proceso.² Pero la oralidad no está exenta en absoluto de problemas. Lo que esencialmente acostumbra a provocar es precipitación y superficialidad,³

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación "Transmisión contractual de la Propiedad y mecanismos de garantía en Europa". DGIE, nº SEJ 2005-08987.

** Profesor titular de Derecho procesal, Universidad de Barcelona.

¹ Así lo señalaba en 1950 PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Oralidad y escritura en el proceso civil*, en: "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." También CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, traducción de Sentís Melendo de 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."

² Así lo reconoce CAPPELLETTI, *La oralidad*, cit. pp. 34, 52 y 85.

³ Es una crítica muy antigua, destacada y descartada por CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal*. Traducción de Casais a la tercera Edición de la obra "*Principii di Diritto Processuale*". Madrid 1977, p. 143.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 67	set. 2010 – dez. 2010	p. 237-257
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

fundamentalmente cuando las vistas están destinadas a durar poco tiempo. Aunque si necesariamente, por la enjundia de lo discutido, deben durar mucho esas vistas, al final lo que acaban provocando es el tedio de todos los asistentes, y en definitiva una muy superior farragosidad que la que hubiera sido de esperar si el procedimiento hubiera sido sustanciado por escrito.

Se trata la anterior de una materia que, justo es reconocerlo, no se ha analizado prácticamente nunca de manera neutral. Se nos ha dicho siempre que los principios consecuencia de la escritura eran el secreto, la dispersión y la mediación, todos ellos vocablos de altísimo contenido deliberadamente negativo. Sin embargo, cuando se habla de oralidad, como si se tratara de precondicionar las conciencias, mágicamente todos los vocablos se tornan positivos, puesto que se argumenta que principios-consecuencia de la oralidad serían la publicidad, la concentración y la inmediación, todas ellas palabras que suenan bien a cualquiera.

Todo ello, en el fondo, no es más que una lógica reacción doctrinal contra tantos siglos de procedimiento escrito, reacción que en algunos momentos ha sido incluso visceral. Pero dicha reacción, por bienintencionada que sea – que lo es – deja completamente de lado que los procedimientos orales también pueden ser secretos, *de iure* cuando se celebran a puerta cerrada, o *de facto* cuando simplemente nadie está interesado en acudir a las vistas, o quien acude no entiende absolutamente nada, que es lo que suele suceder. Se prescinde también del hecho de que los procedimientos orales muchas veces son dispersos, cuando la vista dura varias sesiones, y el tribunal no puede celebrar dichas vistas en días seguidos, para seguir atendiendo debidamente el resto de asuntos del órgano jurisdiccional. Por último, un procedimiento no goza auténticamente de la inmediación si los jueces no prestan completa atención en las vistas (lo que es imposible cuando se realizan sesiones maratónicas). Y tampoco existe auténtica inmediación si a la hora de dictar sentencia, los jueces no vuelven a repasar la grabación de la vista⁴ si existe algún detalle que no recuerdan. Puede suceder incluso que ni siquiera exista grabación que revisar, sino solamente un acta críptica que tomó el fedatario público judicial, lo que acaba provocando que la supuesta inmediación sea perfectamente inútil, junto con la oralidad misma.

Todo lo anterior va a ser objeto de análisis en este trabajo. Voy a intentar centrar las desventajas de la oralidad, no con la finalidad, en absoluto, de que sea suprimida, sino con el objetivo de que se tome verdadera consciencia de en qué precisos momentos del proceso es beneficiosa la oralidad y por qué, y en qué otras fases es completamente contraproducente. También se hará debida referencia a la necesaria preparación – escrita – que debe conllevar cualquier procedimiento oral para que sea auténticamente eficaz.

⁴ Obliga a realizar la misma el art. 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2 La fascinación por la oralidad

Se dice que la oralidad habría sido característica de los procesos romanos⁵ hasta que se instauró la *appellatio*, momento en el cual, como consecuencia de la necesidad de revisión, por parte del órgano jurisdiccional superior, de lo actuado por el inferior, se hizo necesaria la protocolización de los procesos.⁶ La evolución tiene un punto de inflexión en 1215,⁷ en el proceso italo-canónico, con una razón de fondo casi idéntica a la romana, centrada sobre todo en la constancia de todas las actuaciones: interesaba que se hiciera constar en acta lo acaecido en el juicio, a fin de que posteriormente no pudiera ser negado falsamente.⁸ Y así se ordenó en la Decretal de Inocencio III del año citado.

La idea del Derecho canónico de levantar acta de las actuaciones – en un inicio no se trataba más que de eso – se difundió tanto en las zonas de más influencia romana, como en las que se habían regido bajo la influencia del proceso germánico, dado que en ambas áreas se dejaba sentir ya entonces el peso del Derecho canónico sobre el Derecho secular.⁹ Pero la idea se exageró con los años, implantándose paulatinamente la escritura, abandonando casi por completo la oralidad, y culminando la evolución con la versión más férrea de aquel *quod non est in actis non est in mundo*, que fue siendo reflejado, a veces en las leyes, y siempre en la práctica del proceso, sobre todo renunciando los jueces a estar presentes en la práctica de las declaraciones de personas, pese a que las leyes no solían excusar su presencia, ni mucho menos, como explicaré a continuación.

⁵ Desconozco si la razón real fue porque la mayor parte de la población, jueces incluidos, era analfabeta, tal y como argumenta JAUERNIG, Othmar, *Zivilprozeßrecht*, München 2002, p. 102. Desde luego, en un origen tuvo que ser así. Pero posteriormente, la propia realidad del proceso formulario parece descartar que fuera así, puesto que en el mismo, como es sabido, se tenían que redactar fórmulas de las que se han encontrado testimonios en láminas de bronce en la actualidad.

⁶ GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal (Jurisdicción. Acción y proceso)*, Madrid, 1981, p. 222-223.

⁷ Y no en 1216, como afirma con gran reiteración la doctrina. La referencia donde puede ser hallado el pasaje que citaré a continuación es: MANSI, Joannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Vol 22, Graz 1961, pp. 1023-1026. La referencia del Concilio es: Lateranense IV, Innocentius P.III, Cap. XXXVIII, anno Christi 1215.

⁸ “*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 dilationes, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentum productiones, interlocutiones, apellationes, renunciations, conclusiones et cetera quae occurrunt competenti ordine conscribenda, designando loca, tempora et personas...*”

⁹ Cfr. con el interesante aunque breve relato de ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, München 2004, p. 500-501.

No fue sino hasta el siglo XIX cuando se planteó en Francia la recuperación de la oralidad, a través de los códigos napoleónicos, aprovechando la reforma que traería la Ilustración a las leyes procesales, haciéndolas salir de la Edad Media, a través del *Code de procédure civile* de 1806 y el *Code d'instruction criminelle* de 1808. La influencia de esos códigos se desplazará a otros países como Alemania, donde se manifiesta sobre todo en la *Prozeßordnung* de Hannover de 1850, así como en la actual ZPO, que data de 1877.¹⁰ También se dejó notar en Franz KLEIN, autor de la ZPO austríaca de 1895. Eran los primeros referentes importantes posteriores a los códigos napoleónicos, y su influencia se sintió especialmente en la doctrina posterior.

Sin embargo, la escritura como principio del procedimiento se arrastró durante mucho tiempo después en la mayoría de Estados europeos, porque de hecho, lo que sucedió es que, o bien no se realizaron reformas sustanciales de las leyes procesales, o si se realizaron, fue poco más que para compilar lo que ya existía, introduciendo simplemente algo de orden y fijeza en los procedimientos. En cualquier caso, la oralidad se introducía timidamente, como ocurrió en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y algunas de sus reformas posteriores,¹¹ pero la fuerza del uso forense¹² heredado de la anterior época hacía que fuera sistemáticamente olvidada en la práctica. Y es que pese a que las leyes obligaban a la presencia del Juez durante las declaraciones de partes y testigos,¹³ los jueces rarísima vez estaban presentes. Ello solamente se corrigió ya en el siglo XXI, cuando una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dispuso en el año 2000 de forma tan clara un proceso por audiencias, que pese a sus defectos de técnica jurídica – especialmente en los juicios verbales –, no se pudo excusar por más tiempo la asistencia de los jueces a las vistas.

La historia de otros Estados es similar, con diferentes avatares que modifican los tiempos del relato. Pero lo que finalmente casi todos los Estados tienen en común, es la presencia de un proceso escrito de origen medieval, que pese a que fue mejorado con reformas de los siglos XIX y XX, sigue conservando la escritura en muchos de sus trámites.

¹⁰ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 501.

¹¹ Especialmente la que introdujo la comparecencia preparatoria en los art. 691 y ss de aquella Ley de Enjuiciamiento Civil. Vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume, *La comparecencia preparatoria en el juicio de menor cuantía*, Barcelona 1992.

¹² Se trataba de un uso forense simplemente, puesto que las leyes exigían desde muy antiguo a la presencia del Juez en la toma de declaraciones, obligación sistemáticamente incumplida en la práctica. Vid. Novísima Recopilación, Libro XII, Título XXXII, Leyes XVIII, XIX y XX.

¹³ Decía el art. 254 de la LEC de 1881: “Los jueces y magistrados ponentes, en su caso, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba. (...) Ninguno de ellos podrá cometerlas a los secretarios o escribanos, sino en los casos autorizados por la ley.” Y remachaba el art. 570 del mismo cuerpo legal: “Toda diligencia de prueba, incluso la de testigos, se practicará en audiencia pública y previa citación de las partes con veinticuatro horas de antelación por lo menos, pudiendo concurrir los litigantes y sus defensores.”

Esa era también la realidad procesal en Italia a finales del siglo XIX y principios del XX. De ahí que CHIOVENDA, inspirado a buen seguro en el Derecho alemán¹⁴ y en las estadísticas de duración de procesos que se manejaban en Alemania y en Austria, iniciara una campaña doctrinal¹⁵ en favor de la oralidad que tanto influyó en la doctrina italiana, española, y finalmente latinoamericana.

Pero falleció CHIOVENDA. Fallecieron sus discípulos directos. Fallecieron muchos de los que siguieron a sus discípulos y abogaron también por la oralidad. Pero la sana fascinación por la oralidad que el maestro italiano había contagiado a tantos procesalistas, nunca se detuvo, ni de hecho se ha detenido en realidad. Sin embargo, pese a que la admiración por la oralidad ha llegado hasta el punto de hacer de ella un principio político en ocasiones, habiendo quedado reflejada en no pocas Constituciones,¹⁶ debe decirse que no siempre se ha implantado dicha fascinación en las leyes de todos los Estados, y por ello el movimiento pro-oralidad tuvo que seguir adelante. Hasta el punto de silenciar que en el país cuyo Derecho más influyó en las ideas de CHIOVENDA, Alemania, tras una fase inicial de procedimiento estrictamente oral nacida con la ZPO de 1877, se produjeron sendas reformas en 1909 y en 1924 que fueron haciendo escritas algunas fases del procedimiento, ante los inconvenientes provocados por la oralidad.¹⁷

Pero de esa marcha atrás no se dio completa noticia,¹⁸ y se siguió adelante con la defensa de la oralidad sin demasiados matices. Sin embargo se va detectando, poco a poco, que la fascinación de años atrás ha flaqueado, especialmente en los países que vienen disfrutando de la oralidad desde hace ya tiempo, porque se observan los problemas prácticos que produce, pese a lo que dijera en un principio la Doctrina al respecto, desde la estricta teoría.

¹⁴ Léase la p. 138 del manual de WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. T. I, Leipzig 1885, y se verá que así es: “*Sie ist gebaut auf die Gedanken der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit – Unmittelbarkeit der richterlichen Wahrnehmung – ...*”

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan, *La oralidad entre el mito y la realidad (o de la ideología autoritaria)*, en: “Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad”, Valencia 2006, p. 45, le atribuye a CHIOVENDA la conversión de la oralidad en mito, identificando el trabajo donde el propio autor italiano se atribuye a sí mismo el mérito de haber iniciado la propaganda a favor de la oralidad, para la reforma del proceso civil italiano. En español puede localizarse en CHIOVENDA, Giuseppe, *Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno*, en: “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires 1949, p. 155, nota al pie. SATTA, Salvatore (con Carmine PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, p. 332, reconoce también el mérito de CHIOVENDA.

¹⁶ Entre ellas la venezolana de 1999 (art. 257), o la española de 1978 (art. 120.2).

¹⁷ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 501.

¹⁸ No obstante, Leonardo PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ publicó una traducción de un artículo de SCHOCH, llamado “la reforma del procedimiento civil en Alemania”, *Revista de Derecho Privado*, 1931, p. 113, donde se recogen estas críticas a la oralidad.

Con ello, las antiguas defensas encendidas en favor de la oralidad ya no se leen en los manuales de Derecho Procesal más modernos. La exposición del principio viene siendo cada vez más fría, y casi siempre existe un tímido y breve apartado que realiza un recuento de algunos de los inconvenientes. Veámoslos, porque de su correcta comprensión depende que no se acabe perdiendo la esencia de un principio que, aplicado en sus justos términos, es muy beneficioso para la eficacia del procedimiento.

3 Algunos inconvenientes de la oralidad

En la realidad práctica del proceso se ha observado que la estricta oralidad es imposible. Es ilusorio pensar que un Juez atiende únicamente a un proceso, como perciben los ciudadanos en las películas cinematográficas, sino que lleva multitud de casos. Por ello, aunque esté presente en las vistas y tenga, por tanto, la máxima inmediación, es imposible que retenga en su memoria todos los datos que ha visto en cada proceso a la hora de dictar sentencia. Además, los asuntos que se ventilan no siempre son tan sencillos como para resolverlos en una audiencia, siendo conveniente que exista una fase de preparación escrita – para el Juez y para las partes – previa a la vista.¹⁹

Por otra parte, la oralidad es sabido que suele conllevar publicidad. Pues bien, desde el punto de visto psicológico, e incluso sociológico, muchos litigantes no entienden por qué su vida privada debe ser hecha pública en una sala de vistas, y no solamente cuando se trata de asuntos de familia o similares, sino en cualesquiera otros supuestos.²⁰ Ello ha conducido, por ejemplo, a que en algunos ámbitos donde quizás los requerimientos técnicos del Derecho Procesal no son tan conocidos, como en los arbitrajes de consumo, se haya prescindido normativamente de la publicidad,²¹ lo que no puede dejar de sorprender incluso negativamente, aunque tiene su explicación en las razones psicológicas y sociológicas que mencionaba.

Además, la oralidad supone una desventaja en las actuaciones en las que las partes deben o pueden defenderse por sí mismas, por su posible dificultad de expresión que no siempre va a poder ser superada debidamente por el Juez o por su Letrado. Pero también pueden producirse problemas asistiendo los

¹⁹ Observa estos puntos débiles JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 102.

²⁰ JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 105.

²¹ **Art. 12.1. del** Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo: “Constituido el colegio arbitral, en el plazo máximo de tres meses, se dará audiencia a las partes, la cual tendrá carácter privado.”

abogados, y no por el tradicional tópico de que la mejor retórica de un Letrado pueda hacer ganar un pleito – aunque a veces sea lamentablemente así²² –, sino porque ser experimentado en las vistas es esencial, al no tener el abogado demasiado tiempo para reaccionar debidamente a las alegaciones de la parte contraria. Y es que cuando sucede que abogados poco experimentados acuden a las vistas, o incluso es el Juez el que cuenta aún con poca experiencia, lo cierto es que las ventajas de la oralidad no se aprovechan o se aprovechan en menor medida.²³ Sin contar con la pérdida de tiempo y eternas esperas que se experimentan en la asistencia a las vistas, que por mucho que quieran ser corregidas, debe decirse que es muy difícil que cada vista se inicie exactamente a la hora en que estaban citadas las partes.

Por añadidura, parece bastante obvio que hay procesos en los que la oralidad dificulta los trámites más que los simplifica. 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, porque honestamente no resta nada más que decir, ni siquiera que replicar. Ello sucede en buena parte de los incidentes de la ejecución de resoluciones judiciales, o incluso en las primeras fases de los procesos declarativos, como sucede en el proceso español en la audiencia previa. En la misma, tras los escritos de demanda y contestación, puede intentarse una conciliación; además deben resolverse las excepciones procesales, deben fijarse los hechos controvertidos, pueden realizarse alegaciones meramente complementarias y puede solicitarse la práctica de medios de prueba.

Pues bien, podrá deducirse fácilmente de lo anterior que una audiencia previa, con esos contenidos, requiere una debida preparación por parte del Juez. Sucede en la práctica que esa preparación, en ocasiones, lamentablemente no se realiza. No se intenta la conciliación, porque llegados a ese punto del proceso las partes no suelen desear conciliar. No se fijan hechos controvertidos, puesto que es posible el Juez no los conozca bien todavía – si ha leído sólo superficialmente los escritos dispositivos – y además las partes no suelen mostrarse dispuestas a colaborar en ese punto, ante el temor de admitir involuntariamente un hecho que les perjudique. Ello dificulta muchísimo la debida apreciación judicial en la admisión de medios de prueba. En cuanto a las alegaciones complementarias, algunos Jueces – los mismos

²² Pero justo es reconocer que ocurre exactamente lo mismo con la escritura. Un abogado que redacte mejor tendrá ventaja sobre el que realice relatos más pobres. Y eso también es retórica, aunque sea por escrito.

²³ Cfr. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 502. Incluso cuando se trata de abogados experimentados, si con carácter previo a la celebración de la vista no ha existido una completa fase de alegaciones, la vista puede convertirse en una auténtica trampa.

que analizaron superficialmente los escritos dispositivos – tienen una tendencia a inadmitirlas, por temor a que se conviertan, sin ser ellos plenamente conscientes, en auténticas rectificaciones o en nuevas peticiones. Y finalmente, acostumbra a suceder que cuando las partes van a plantear alguna excepción procesal ya anunciada en la contestación, está sucediendo que algunos Jueces, o bien las inadmiten de plano para no complicar el proceso, o bien suspenden la vista para otro día en que puedan estar debidamente preparados, puesto que confiaban en que la parte acabaría renunciando a sus excepciones, lo que a veces sucede, pero a veces claramente no.

Todo lo anterior lo expreso desde el máximo respeto, y no deseo con ello generalizar, ni mucho menos, sino simplemente poner de buena fe al descubierto, para resolverlas, algunas deficiencias que en ocasiones produce el sistema. Se pueden cerrar los ojos a la realidad, y decir que esos males no son culpa de la oralidad, sino de jueces mal preparados, o de abogados que plantean excepciones poco serias. Pero la indebida práctica es, a veces, tan alarmantemente frecuente, que quizás haya que llegar a la conclusión de que supone un esfuerzo quizás innecesario, el hecho de que el Juez deba preparar concienzudamente tantas audiencias previas como tiene que celebrar a lo largo de la semana. Quizás la oralidad en ese momento procesal sea a veces inoportuna. Más adelante profundizaré en este punto.

Otra de las desventajas de la oralidad es que requiere una dotación de medios humanos y materiales muy alta,²⁴ lo que hace aumentar los presupuestos de justicia. Reconózcase que es más rápido leer un escrito que escuchar la lectura del mismo. Si se han de celebrar más vistas, se necesitarán más jueces. Y si no se aumenta la plantilla, los retrasos irán creciendo paulatinamente, como de hecho ya se está observando en algunos lugares de España, pese a que inicialmente, en el año 2001, la introducción de la oralidad abrevió, ciertamente, los antiguos tiempos de espera.

Pero con todo, y pese a lo que de buena fe declarara CHIOVENDA en sus *Principii* hace más de 100 años,²⁵ debe decirse con claridad que la oralidad genera en no pocas ocasiones superficialidad y precipitación. El maestro de maestros, no sin algo de ingenuidad, impresionado negativamente por el uso forense de los antiguos jueces del procedimiento exclusivamente escrito, imaginaba un Juez verdaderamente ideal, que tendría siempre en cuenta los escritos de las partes antes de entrar en la vista, que intervendría en la misma y corregiría los excesos de los Letrados. Y ojalá fuera así siempre, pero lo que debe reconocerse es que en ocasiones – a veces demasiadas – no es así. El

²⁴ Así lo estima VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Los principios del proceso civil*, Justicia 93, III-IV, 1993, p. 640.

²⁵ CHIOVENDA, *Principios*, cit. p. 143.

Juez, como cualquier otro ser humano, tiende a simplificar excesivamente la realidad para comprenderla mejor – especialmente cuando tiene que decidir rápido como en una vista –, tratando de resolver problemas complejos.²⁶ Lo anterior no es ningún reproche, sino una costumbre común de todo el género humano. Ello puede provocar que escuche a las partes de manera a veces superficial, si ya ha leído los escritos dispositivos y tiene pensada la solución del caso concreto. Y si se da el lamentable caso de que no lo ha hecho, es posible que la vista no le aporte nada porque no comprenda bien lo que le están diciendo como consecuencia de la falta de estudio previo del caso. Ello le puede llevar también a esa solución superficial.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, como antes decía, que el hecho de que un Juez tenga más de un caso pendiente – lo que prácticamente siempre sucederá –, provocará que en esa misma mañana en la que se celebran vistas, tenga, por ejemplo, 5 ó 6 vistas en el mejor de los casos. Por bien preparado que esté para todas ellas, es materialmente imposible que ni siquiera el más excelente de los Jueces preste la misma atención en todas las comparecencias.²⁷ Y llegará un momento en que sentirá una lógica fatiga y deseará acabar, sobre todo si alguna de las vistas se prolonga más de lo que pensaba en un principio. En esa situación, es posible que caiga en la tentación de cortar el uso de la palabra a los Letrados, o les inquiera directamente sobre lo que desea oír exclusivamente. Y ello le conducirá a la precipitación, obteniendo un conocimiento sesgado del asunto, dándole, como digo, una solución precipitada.

Por añadidura, creo que cualquiera que haya estado en una vista habrá observado cómo existen abogados de discurso absolutamente tedioso. Pues bien, el Juez también encontrará soberanamente aburrido ese discurso, y puede llegar a perder la atención. Si estuviera ante un escrito y perdiera el hilo, volverá atrás en la lectura. Pero estando en un procedimiento oral, puede llegar a pensar que ya completará lo que no haya entendido con la práctica de la prueba, o con la lectura de los escritos dispositivos, lo que en ocasiones no es más que una vana e ilusoria esperanza. Sin embargo, puede verse inclinado a evitar volver a preguntar al Letrado sobre un punto confuso, más que nada para impedir que inicie otro discurso infinito sin la debida hilación.

²⁶ GARNHAM, Alan / OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, trad. de Eva Juarros Daussá de la obra *Thinking and reasoning* de 1994, Barcelona 1996, p. 288.

²⁷ Decía, para Alemania, SCHOCH, *La reforma del proceso civil en Alemania*, trad. de Prieto Castro de 1931, cit. p. 113: “*La realidad es hoy esta: en las sesiones de los Juzgados, en los cuales hay señalados cada día de ochenta a cien casos, la discusión concienzuda de cada uno es poco menos que imposible.*” Existe una pequeña referencia a este trabajo en PRIETO CASTRO, Leonardo, *Precisiones sobre escritura y oralidad en el Derecho Procesal Español*, en: “*Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*”, Madrid 1950, p. 95, nota 6.

Ello se ha observado, en ocasiones, con la práctica del procedimiento verbal. El mismo pasa por ser el más simple del ordenamiento jurídico, y se compone de una demanda sucinta, una vista donde se contesta a la demanda y se practica la prueba, y una sentencia. Supongo que cualquiera podrá darse cuenta de que, tras la práctica de la prueba, es esencial que los Letrados puedan formular conclusiones sobre lo que han visto. Pues bien, aprovechando la existencia de una supuesta laguna legal,²⁸ muchos juzgadores pretextan que en el procedimiento verbal no establece el legislador conclusiones, y por tanto no pueden celebrarse. Hasta recuerdo un Juez de primera instancia que en una conferencia dijo públicamente que no dejaba celebrar conclusiones, simplemente porque “le aburría” lo que dijeran los Letrados, y que él por sí mismo, sin ayuda de los abogados, podía perfectamente saber lo que había ocurrido en la práctica de la prueba... Todo un patético testimonio, aunque por fortuna aislado, de la realidad que estoy intentando describir.

Por último, como antes referí, se está observando en la práctica que algunos jueces tienden a no leer demasiado los escritos dispositivos iniciales de las partes, confiando en que la vista se lo aclarará todo. Lo que acaba ocurriendo es que terminan por decidir el caso concreto simplemente *prima facie*, según las primeras impresiones que les haya provocado lo que escucharon decir a los letrados, sin más reflexión. Tras la vista, y con las cuatro notas que hayan tomado en la misma, redactan un proyecto de sentencia que prescinde completamente, como digo, de las alegaciones escritas de las partes y, por tanto, de buena parte de su argumentación jurídica. Con ello acaban redactando una sentencia breve, superficial, precipitada en suma, haciendo que el derecho de defensa no se haya podido ejercer debidamente. Podría pensarse que vuelven a ver las grabaciones de las vistas antes de dictar sentencia. Pero ello puede no suceder, como ya indiqué, porque en justicia debe reconocerse volver a ver toda una grabación es inviable en términos de tiempo, si quieren respetar un ritmo de trabajo aceptable. Y ver esa grabación a saltos tiene el inconveniente de que muchas veces no pueden recordar en qué partes de la vista se dijo lo más relevante. En definitiva, como digo, puede tenderse a no revisar las vistas.

En aras de un discurso más ortodoxo, y por miedo de que alguien pudiera reprocharme que intento con estas líneas que se vuelva al procedimiento escrito, podría verme inclinado a silenciar todo lo anterior. Pero mi voluntad no es realizar una inútil y redundante defensa de la oralidad, sino contribuir humildemente a descubrir sus defectos para que pueda seguir practicándose de forma que resulte verdaderamente útil. Por ello quiero expresar muy

²⁸ Que no es tal acudiendo al art. 185.4 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

claramente que el proceso puede y debe seguir aprovechándose de la oralidad en alguno de sus trámites procedimentales que después señalaré. Pero no puede mantenerse por más tiempo la idea de que la oralidad soluciona todos los males. Por esa razón me disculparé el lector que no haya realizado un recuento de las ventajas de la oralidad, que las tiene y muchísimas, pero que pueden ser halladas con facilidad en prácticamente cualquier manual de Derecho Procesal, y por tanto reproducirlas aquí resultaría completamente ocioso.

4 Algunas ventajas de la escritura

En cambio, no es innecesaria, todo lo contrario, la exposición de algunas de las ventajas de la escritura.

La principal es, sin duda, que la escritura contribuye a centrar y fijar con bastante claridad el objeto del juicio,²⁹ haciendo bueno el antiguo brocardo “*scripta manent*”. Pero no sólo eso, sino que los escritos permiten que un Letrado exprese mucho mejor su defensa, porque tiene mucho más tiempo para reflexionar.³⁰ Ello, por sí solo, serviría sin duda para proclamar las ventajas de la escritura. Pero tampoco debe exagerarse esa ventaja, como antes vimos que hizo el Derecho canónico en el siglo XIII (1215), tratando de luchar contra una situación completamente distinta a la que vino después, en la que la oralidad había corrompido la buena marcha de los procesos.

Otra ventaja de la escritura es que simplifica algunos trámites, porque evita la celebración de vistas. Antes me refería a algunos de ellos, y volveré a referirme después a los mismos. Pero quisiera sacar a colación en este momento, sin concretar todavía, que existen algunos procesos cuyo objeto del juicio es tan sumamente sencillo, que no requiere la convocatoria y celebración de una vista. Ello sucede cuando el demandado no tiene, en realidad, nada que oponer, pese a lo cual acude a la vista y agota el trámite inútilmente. Puede parecer que es lo contrario, pero si el trámite es escrito, no se produciría esa pérdida de tiempo. Me explicaré.

Si el demandante presenta una demanda en la que, sin duda, está reclamando lo obvio – lo que sucede en muchísimas más ocasiones de lo que puede imaginarse – el demandado, si tiene que redactar un escrito, no lo hará, porque ello requiere un estudio y preparación del caso. Sin embargo, si se trata de acudir simplemente a una vista sin argumentos, improvisar retóricamente sobre la marcha puede no ser tan complicado. En el fondo no se busca ganar el proceso – aunque a veces suceda – sino simplemente hacer que pase el tiempo.

²⁹ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 501.

³⁰ Vid. VÁZQUEZ SOTELO, *Los principios*, cit. p. 641.

Si la ley dice que el demandado tiene un plazo de 10 días para presentar un escrito, si no lo hace, todo habrá acabado ahí, incluso aunque lo haga, porque tras ello vendrá la sentencia. Pero si se convoca una vista, el demandado no tendrá que hacer absolutamente nada hasta el día de la vista. Y en dicho día puede allanarse, o simplemente realizar una defensa ficticia. En cualquier caso, ninguna vista será convocada en un simple plazo de 10 días. La conclusión clara es que se habrá perdido un tiempo precioso en un trámite perfectamente inútil. Nuevamente la escritura habrá producido lo inesperado: la aceleración y simplificación del procedimiento.

Por último, he dicho antes que la escritura le da a las partes la oportunidad de reflexionar sobre el objeto del juicio. Al Juez también, porque si, como antes he indicado, no repasa la grabación de una vista en absoluto, o sólo la repasa parcialmente, si en cambio dispone de un escrito, podrá leerlo y releerlo en un plazo muy breve, y hasta aprovechar partes de ese escrito para elaborar su propia respuesta judicial. Con una vista, eso no podrá hacerlo jamás.

Si ello es así, ¿cómo es posible que la escritura acabara estando tan sumamente desprestigiada en el siglo XIX? La razón es muy sencilla, aunque no se haya destacado excesivamente. Lo que irritaba a casi todos los operadores jurídicos sensatos de la época no era, en realidad, la escritura en sí misma considerada, sino el tedioso y sobrecargado procedimiento del *solemnis ordo iudiciarius*, por una parte. Ese procedimiento permitía recurrir casi todas las resoluciones interlocutorias, lo que evidentemente hacía el proceso interminable.³¹

Pero es que, además, lo más importante, lo que hacía a ese proceso una herramienta que provocaba manifiestas injusticias, eran las disposiciones legales, y a veces simplemente los usos forenses contrarios a la ley, que hurtaban la figura del Juez de la práctica de la prueba. De ese modo, el Juez no escuchaba las declaraciones, y solía prescindir de las mismas. En lo civil, el Juez se situaba al margen de casi todas las testificales, que concebía como falsas o, en el mejor de los casos, inútiles. Y desde luego, prescindía también de la prueba de declaración de las partes, absolutamente encorsetada por lo general en la llamada “confesión en juicio”, sin libertad real para elaborar debidamente un interrogatorio que mereciera ese nombre, y, como digo, sin la presencia del Juez, lo que le impedía valorar, no ya la veracidad de las declaraciones de las partes, sino la propia justicia de sus pretensiones, observando la práctica de esas declaraciones.

³¹ Vid. el antiguo proceso catalán, que como sus hermanos europeos, padecía de esas insoportables reclamaciones interlocutorias, en NIEVA FENOLL, Jordi, *El proceso jurisdiccional catalán de 1714 a 1835. Breve reseña histórica*, Justicia, 2005, nº 1-2, pp. 57 y ss.

El Juez, que pasa por ser el principal destinatario de la prueba, resultaba, en estas condiciones, ajeno a la misma, lo que en el pasado podría haber propiciado incluso, como argumentan algunos autores, la extensión del sistema de prueba legal, apreciándose la prueba prácticamente a peso,³² como fue el caso hace siglos, despreciando toda posibilidad de realizar la actividad de valoración que legalmente siempre le ha correspondido, corrompiendo toda la finalidad de la actividad probatoria. E incluso despreciando lo que de bueno tiene el sistema de prueba legal, cuando la máxima de experiencia fijada en la ley está bien dispuesta por el legislador, y no ha quedado desactualizada, como finalmente también acabó siendo el caso con muchas de las vetustas regulaciones sobre la prueba, algunas de las cuales databan incluso de época gótica, cuando no de periodos muy anteriores.

En resumen, creo que se perdió la perspectiva. Se atacó la forma sin incidir en el fondo, por decirlo de algún modo. Se trataba de depurar una regulación, sacándola del pasado, pero lo que en realidad se intentaba con más fuerza era cambiar los hábitos de los jueces y de los abogados. Quizás en aquel momento histórico, introducir la oralidad era la única forma sociológica de suprimir radicalmente los remedios contra las resoluciones interlocutorias, las inacabables oportunidades de alegación de las partes, así como de hacer que el Juez estuviera presente en la práctica de la prueba. El problema, insisto, no era solamente de los jueces, sino también de los abogados, que habían adoptado inveteradas costumbres que, con un esfuerzo quizás no tan grande, les permitía ir elaborando escritos y más escritos para justificar indebidamente sus costas.

Pero superado ese periodo histórico, debe hacerse un esfuerzo por recuperar la dignidad del principio de escritura. No debiera ser tan difícil, si se tiene en cuenta que la mayoría de los autores, pasando por el propio CHIOVENDA, no aconsejaron nunca un abandono total de la escritura. Fue la exacerbación, muchas veces política, de esas ideas la que finalmente provocó que la escritura haya permanecido en el terreno del descrédito. Hora es ya de ser consecuente con lo que, de hecho, ya viene diciendo la doctrina desde hace tiempo con respecto a las ventajas de algunos trámites escritos, dejando de atribuir consecuencias siempre negativas a la escritura, que es lo que se ha venido haciendo, en general, al tratar la problemática “oralidad-escritura”.

³² CAPPELLETTI, *La oralidad*, cit. pp. 41-42. MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, Barcelona 1993, p. 69, nota 41.

5 ¿Principios-consecuencia de la oralidad?

La doctrina mayoritaria se refiere a la oralidad y a la escritura extrayendo unos principios que se derivarían de las mismas³³ o “principios-consecuencia”,³⁴ siguiendo probablemente, una vez más, las enseñanzas de CHIOVENDA en este sentido.³⁵ De esa forma, la inmediación, la concentración y la publicidad, serían consecuencia de la oralidad. Y la mediación, la dispersión y el secreto, consecuencias de la escritura. Pero sin embargo, aunque en línea de principio pueda defenderse lo anterior, desde el punto de vista práctico no parece conveniente el seguimiento estricto de esa orientación.

Empecemos con la inmediación, traducción del italiano *immediatezza*,³⁶ que a su vez era la traducción del alemán “*Unmittelbarkeit*”.³⁷ La inmediación sólo implica que el Juez tiene percepción directa de las actuaciones procesales, sin intermediarios, especialmente, por lógica, de las actuaciones probatorias,³⁸ que son las que históricamente ya hemos visto que estaban en el origen de la crisis de la escritura.

Pues bien, como demostró GIMENO SENDRA,³⁹ ello no siempre es así: Una prueba testifical practicada por Juez comisionado es oral, pero mediata para el Juez que debe dictar sentencia. Siendo las cosas de ese modo, es imposible afirmar una correlación necesaria entre oralidad e inmediación.

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 del perito, reflejados en el escrito, y el Juez? Realmente ninguna, y por ello su análisis de esta prueba también se realiza con inmediación, pese a ser escrita.

³³ MONTERO AROCA, Juan, *El principio de oralidad y su práctica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Justicia 1983, nº II, pp. 269 y ss.

³⁴ BERZOSA FRANCO, M^a Victoria, *Principios del proceso*, Justicia 1992, III, p. 612.

³⁵ VÁZQUEZ SOTELO, *Los principios*, cit. p. 639.

³⁶ “...y estas confieren al proceso oral la especial figura que es consecuencia lógica del principio de la oralidad, sin ser designada inmediatamente con ese nombre.” CHIOVENDA, *Principios*, cit. p. 139.

³⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I (reedición de la 2^a ed, Napoli, 1960) y II, Napoli 1936, p. 390.

³⁸ JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 103.

³⁹ Vid. BERZOSA FRANCO, *Principios del proceso*, cit. p. 613.

³⁹ GIMENO SENDRA, *Fundamentos*, cit. p. 227.

Lo que se quiso decir con la expresión “inmediación”, elevada después a la categoría de principio, fue simplemente que el Juez ya no encargaba la práctica de las declaraciones testificales ni de las partes al personal de su oficina judicial, sino que las escuchaba por sí mismo. Ciertamente, no existe otro modo de percibir la declaración de un testigo que escuchándole, en directo o a través de una grabación.⁴⁰ Pero si lo que se hace es leer un resumen de la declaración realizado por el personal de la oficina judicial, salvo que se trate de una perfecta transcripción, ciertamente la inmediación deja de existir. E incluso con una transcripción absolutamente fiel, carente de valoración alguna por parte de quien la hizo – lo que no ocurre con un resumen – existe una inmediación incompleta, puesto que falta ese contacto personal del Juez con el testigo, quien observando sus reacciones, podrá valorar mejor la veracidad de su testimonio.

Por tanto, no parece conveniente hablar de que la inmediación es principio-consecuencia de la oralidad si, primero, no siempre es así, y segundo, existen actos escritos de los que también puede predicarse la inmediación.

Algo parecido sucede con el resto de “principios-consecuencia”. La concentración es ciertamente un correlato de la oralidad, pero siempre que la vista se celebre ordenadamente y en unidad de acto. Ambas cosas son necesarias. De lo contrario, si la vista no sigue un orden, será víctima de la dispersión, lo cual se percibirá cuando concluya la misma y se intente elaborar un resumen razonable de lo acaecido. Por otra parte, la falta de unidad de acto es lo que hace que tantas veces, la oralidad provoque más dispersión incluso que un procedimiento escrito. Desde luego, cuando en el antiguo proceso existía el libelo, la contestación, la *replicatio*, la *duplicatio*, la *triplicatio*, etc.,⁴¹ la dispersión se hacía patente. Pero si la fase de alegaciones se **concentra** en una demanda y una contestación, a efectuar en el mismo plazo por todas las partes, esa fase será mucho más concentrada que una vista que se va suspendiendo por no haber concluido las alegaciones de las partes. Y esas suspensiones acaecen, y con frecuencia con tantos días entre vista y vista que es completamente imposible que el Juez recuerde los detalles de lo que vió en la primera vista. Imagínese cuando la fase oral se distribuye en diversas audiencias que se prolongan durante bastante tiempo. La dispersión que provocan esas sesiones se puede contemplar con una mera lectura del acta de las vistas.

⁴⁰ Y dependiendo de la calidad de la grabación, la inmediación también puede ser puesta en tela de juicio en este caso.

⁴¹ Vid. CAPPELLETTI, *La oralidad*, cit. p. 37.

Y con respecto a la publicidad, creo que también ha sido el arrastre del pasado el que ha hecho que se relacione este principio exclusivamente con la oralidad. Un procedimiento escrito, en la actualidad, puede ser tan público, o incluso mucho más, que un procedimiento oral.⁴² En la antigüedad, no tan remota, las partes solían padecer la lacra del analfabetismo, por lo que todo aquello que fuera escrito no les era directamente accesible. Además, aparte de que en algunos territorios se usaba el latín como lengua de procedimiento, lengua ajena a las partes,⁴³ por añadidura la actitud de los tribunales era obstruccionista en cuanto a dejar acceso a los autos, aunque también debe comprenderse que ello fuera así, puesto que la fotocopiadora no existía, y el ejemplar de los autos que obraba en poder del Juzgado podía ser el único, con el riesgo cierto de que se perdiera o se deteriorara si se daba acceso incondicional a las partes. Actualmente ya no es así.

Todo ello, ciertamente, no sucedía cuando se celebraba una vista, y de ahí que el Conde de MIRABEAU pronunciara sus mil veces repetidas palabras,⁴⁴ y de ahí también que la publicidad se elevara entonces a principio político, apareciendo posteriormente en tantísimas normas fundamentales. Pero aunque en la actualidad dicho principio siga teniendo su debido peso, debe tenerse presente, como indiqué al inicio, que las partes que acuden a una vista judicial no entienden mucho de lo que allí sucede, por lo que la garantía de la publicidad acaba convirtiéndose en algo completamente inefectivo, en una farsa en definitiva. No ya por el lenguaje jurídico, sino porque el contenido de las vistas tiene una importante parte que alguien que no sea jurista no va a entender, exactamente igual que le ocurre a cualquiera que no sea médico cuando observa la realización de una intervención quirúrgica.

Además, debe tenerse en cuenta que nadie, en general, acude a las vistas, salvo las propias partes, por lo que existe sólo escasamente la tradicional garantía de rechazo social al Juez si comete una arbitrariedad, salvo que se autorice, como se debe, la presencia de los medios de comunicación en las audiencias. Sólo recientemente se oyen voces que claramente defienden lo anterior,⁴⁵ porque es justamente lo que permite en la actualidad el acceso de la sociedad a la labor judicial. Sin embargo, hasta no hace mucho se negaba injustificadamente la presencia de dichos medios, vulnerándose de ese modo la publicidad en su sentido más amplio.⁴⁶

⁴² Cfr. MONTERO AROCA, *La oralidad entre el mito*, cit. p. 64.

⁴³ CAPPELLETTI, *La oralidad*, cit. p. 39.

⁴⁴ *Donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez: peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public.*

⁴⁵ MONTERO AROCA, *La oralidad entre el mito*, cit. p. 64.

⁴⁶ No obstante, se siguen produciendo limitaciones, en cuya concreta justificación no me corresponde entrar en este momento. En *La Vanguardia*, sección "Gente", del día 13-3-2007, p.

Pero en el fondo, reconozcamos que nadie suele interesarse por la generalidad de los procesos, incluso si hubiera un canal permanente de procesos judiciales que pudiera sintonizarse desde el televisor de cada domicilio. Sin embargo, actualmente sí que existe un medio que puede permitir esa completa publicidad, y no solamente con respecto a las actuaciones orales, sino también con las escritas. Me estoy refiriendo, lógicamente, a internet.

La red mundial permite actualmente depositar una enorme cantidad de información escrita,⁴⁷ siendo plenamente accesible a todo el mundo, salvo que esté protegida. Pues bien, la documentación judicial, si se escaneara debidamente, podría ser perfectamente objeto de dicha publicidad, lo que haría ya definitivamente imposible no relacionar el principio de publicidad con la forma escrita.

Pero es que con respecto a las actuaciones orales ocurre lo mismo. Si actualmente existen colegios que permiten que los padres tengan un acceso permanente a las imágenes de sus hijos mientras están en clase, lo mismo exactamente se podría hacer en los juzgados, si bien con la debida inversión económica. Ello, que no es ciencia-ficción ni muchísimo menos, podría ser el último paso hacia la consecución de la auténtica publicidad del procedimiento. Quizás no tardemos tanto tiempo en disponer de una página-web donde existan vínculos a la cámara de la sala de vistas de cada juzgado, así como a la documentación judicial que vaya generando dicho órgano jurisdiccional, lo que actualmente ya sucede en parte con respecto al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional en España, con sendas páginas que recogen algunos de esos contenidos, accesibles de modo completamente gratuito. Sucede lo mismo en otros tribunales europeos, como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

Asunto completamente distinto es que lo anterior no deba conocer limitación alguna, para no situarnos en una especie de sociedad como la imaginada por ORWELL en su novela “1984”. Pero ello ya se aleja completamente del cometido de este trabajo.

11, se alude a un acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que condiciona, según la noticia con límites muy estrechos, la presencia de medios de comunicación en las vistas.

⁴⁷ Una reflexión similar a la que voy a realizar fue formulada en la 12ª Alsberg-Tagung de Berlin, celebrada del 21 al 23 de octubre de 1999 (MICHALKE, Regina, *Der Strafprozess vor neuen Herausforderungen – Über den Sinn oder Unsinn von Unmittelbarkeit und Mündlichkeit im Strafverfahren*, NJW 2000 n° 28, p. 2004), reunión en la que ante la ingente cantidad de información obrante en las bases de datos policiales, se expresaron dudas sobre el sentido de la oralidad y la inmediación en el actual proceso penal.

Lo único que deseaba evidenciar es que no parece conveniente hablar de principios consecuencia de la oralidad o de la escritura, en las condiciones actuales. Y que por ello, quizás sea oportuno empezar a estudiar esta materia de los principios del procedimiento prescindiendo de que el origen de todo sea la oralidad o la escritura, porque ello otorga una imagen teórica que no se compagina con la realidad de las cosas.

6 Fases procesales para las que es recomendable la oralidad

Visto todo lo anterior, no queda más que concretar las fases procesales, e incluso los procedimientos, en los que debe prevalecer la oralidad o la escritura. Empecemos con la oralidad.

Empezando por las fases de un procedimiento ordinario, entiendo que la oralidad debería ser propia exclusivamente de la fase probatoria, habiéndose realizado la solicitud de los medios de prueba en los escritos dispositivos. Lo que provocó el descrédito del antiguo proceso, como ya indiqué, fueron las infinitas reclamaciones interlocutorias escritas, así como el distanciamiento del juez con respecto a la prueba. Pues bien, dejando al margen el primer tema de momento, es imprescindible la celebración de una vista para la práctica de los medios de prueba que la precisen, fundamentalmente las declaraciones de personas, las pruebas periciales en cuanto a la declaración del perito, y la prueba de reconocimiento judicial. En ellas tiene que adoptar el Juez una postura activa, preguntando a los intervinientes lo que no le sea accesible de cuanto observa, haciendo de ese modo que el destinatario de la prueba no sea un simple convidado de piedra, sino un auténtico juez que no sólo juzga en la sentencia, sino que va formando su juicio paulatinamente, conforme va avanzando el proceso.

Por otra parte, parece necesaria la oralidad en los recursos, una vez elaborados los escritos de interposición e impugnación. Toda la prueba ha sido ya practicada, normalmente, en la primera instancia, por lo que solamente es necesario garantizar la existencia de una fase que permita tener a todo el tribunal reunido, desactivando de este modo, en la medida de lo posible, la siempre perniciosa “dictadura del ponente”. Es el momento del debate entre las partes, que ya conocen el tema, que ya expusieron sus argumentos en primera instancia, y que ahora intentan expresar al tribunal cuáles fueron los errores y aciertos de la anterior instancia. En esa vista se garantiza, además, la oportunidad de los jueces de consultar a las partes sobre las dudas que les provoque el caso. Si no existe vista, esa actividad no podrán llevarla a cabo jamás, con lo que puede resentirse la justicia de su decisión, al no haber tenido esa oportunidad de contraste.

Por lo demás, la oralidad puede aplicarse también a los procesos cuyo objeto del juicio sea muy simple, pero que precisen una mínima actividad probatoria que requiera su práctica. Es decir, en los procesos sencillos donde sea de esperar que las partes o los testigos deban declarar, y en los que el objeto del juicio sea claramente previsible por ser muy reiterativo, parece que una vista podría simplificar muchísimo las cosas, porque le permitiría al Juez una resolución rápida del asunto en cuestión, pudiendo incluso llegar hasta el punto de pronunciar sentencia *in voce*, si la urgencia del caso así lo requiere.

Ejemplos de ello, son la mayoría de los procesos matrimoniales contenciosos – si vienen precedidos por una fase escrita de alegaciones –, así como sus discrepancias posteriores en cuanto a los efectos del divorcio, o los procesos de incapacitación – con esa misma fase escrita previa –, o los procesos posesorios en los que se reclama recobrar la pacífica posesión de un inmueble, o se está pidiendo la paralización de una obra nueva. En estos procesos el objeto del juicio suele ser diáfano, requiere urgencia el pronunciamiento, y además es de esperar la práctica de las pruebas a las que antes me refería.

Pero siempre es posible que el proceso se complique. En los casos en que sea así, la vista podría suspenderse, decretándose la transformación de las actuaciones en un proceso ordinario, a criterio del Juez. Además, en estos procesos, el hecho de que se trate de situaciones muchas veces comprometidas, pero que son de acaecimiento reciente, es posible incluso que el Juez introdujera la posibilidad de intentar conciliaciones y mediaciones, lo que revertiría muy positivamente en beneficio de la economía procesal.

7 Fases procesales para las que es recomendable la escritura

La escritura, sin embargo, es lo perfecto para las fases de mayor enjundia jurídica, en especial, los escritos iniciales de alegaciones de las partes,⁴⁸ añadiéndose la posibilidad de realizar una réplica y dúplica que, de un lado, podría evitar la celebración de una audiencia previa, puesto que las partes podrían fijar más claramente sus discrepancias, así como discutir las excepciones procesales planteadas por el demandado. Ello impediría, además, que renaciera un régimen odioso de remedios interlocutorios, por fortuna casi superado en la actualidad, pero que renace oralmente con las protestas que se realizan en las vistas, o incluso con el planteamiento de auténticos recursos de reposición orales que las leyes, en ocasiones, obligan al Juez incluso a resolver por escrito.⁴⁹

⁴⁸ Así lo reconoció también CAPPELLETTI, *La oralidad*, cit. p. 87-88.

⁴⁹ Es el caso del art. 210 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha resucitado absurdamente, en parte, un extraño régimen de recursos contra resoluciones interlocutorias. Dice el precepto: “1. *Salvo que la ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la*

En la misma línea de pensamiento, la escritura también es la forma procedimental adecuada para la fase de conclusiones, a fin de resumir reflexivamente – y no superficialmente – la resultancia probatoria. La misma escritura puede propugnarse con respecto a las fases de interposición e impugnación de los recursos devolutivos.⁵⁰ Se ha celebrado ya, al menos, una instancia. Y en esas condiciones, parece lógico pensar que la argumentación debe ser debidamente reflexionada, habida cuenta de que ya ha habido por lo menos una resolución judicial que consideró detenidamente el tema. No es, por tanto, momento de precipitaciones, sino el instante de ver cómo puede discutirse esa resolución judicial, rebatiendo los argumentos que haya dado el Juez en la sentencia. Y si el Juez no los dio por falta de motivación, ofreciendo las partes dichos argumentos omitidos de forma que los jueces que no participaron en la instancia y tienen que decidir ahora el recurso, puedan incorporarlos en su sentencia, dando la razón al recurrente. Todo ello, insisto, requiere el sosiego que confiere la escritura.

Por otra parte, tienen que evitarse las vistas también en la celebración de la mayoría de incidentes. Como el propio concepto indica, el incidente es una cuestión puntual que, en la enorme mayoría de ocasiones, puede ser resuelta con un intercambio de escritos de las partes. Se puede pensar que dicho intercambio dilatará el procedimiento. Pero más lo dilata la convocatoria de la vista, puesto que hay que encontrar un día libre en la agenda del Juzgado, espera que resulta absurda si, al final, las partes se limitan a repetir oralmente cuanto dijeron por escrito, porque no queda mucho más que decir. Sólo cuando sea altamente probable que las partes lleguen a un acuerdo en la vista, podría pensarse en su celebración.

Por último, existen algunos procesos muy sencillos en los que la práctica de prueba es solamente documental, y suele constreñirse a la acompañada con la demanda, y en su caso, con la contestación. En estos supuestos, la celebración de vista es absolutamente ociosa. Cuando el objeto del juicio es tan sumamente concreto, al demandado solamente le queda allanarse, o bien oponerse fundadamente. Y si realiza esa oposición, según lo que alegue, será el momento de valorar la oportunidad de introducir la oralidad, según las necesidades probatorias fundamentalmente.

celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones. 2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el juicio estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, el tribunal declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada. (...)

⁵⁰ JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 102.

Es el caso, por ejemplo, del procedimiento monitorio, que viene reconocido por la propia doctrina como un procedimiento íntegramente escrito,⁵¹ cuando cumple su misión, evidentemente. Pero escritos podrían ser también otros procedimientos en los que la oposición del demandado es muy poco probable. En los desahucios en general, pero en particular cuando son por falta de pago, el demandado acostumbra a no comparecer jamás, pese a lo cual hay que esperar al momento de la vista a ver si comparece, lo que revierte en una pérdida de tiempo absurda y frustrante. Si se aplicara la técnica monitoria a estos procesos, quizás también la escritura podría resultar útil en asuntos en los que, ciertamente, la oralidad no hace sino dilatar el proceso.

8 Conclusión

En la actualidad carece de sentido una defensa encendida del principio de oralidad, habida cuenta de que la misma ha sido implantada en la mayoría de nuestros procedimientos. Contamos, por tanto, con una experiencia práctica que es necesario aprovechar, a fin de que la oralidad pueda seguir siendo practicada en los procesos, pero solamente en aquellas fases en las que sea útil, descartándola de los momentos en que no supone más que un obstáculo a la economía procesal y, por tanto, resulta completamente contraproducente. No debe rechazarse, en definitiva, la escritura como algo indeseable, sino que debe aceptarse, más que como un principio del procedimiento, como una técnica más de expresión del pensamiento que permite, en diversas ocasiones y empleada racionalmente, que los procesos se desarrollen incluso de forma más concentrada, inmediata, pública, detenida y reflexiva, que si se utilizara la oralidad. No obstante, debe evitarse que, como sucedió en el pasado, la escritura se convierta en un instrumento que favorezca el indebido planteamiento chicanoso de ilusorios incidentes que ralenticen la buena marcha del proceso, o que permita la inaceptable ausencia del Juez en la práctica de las pruebas.

⁵¹ JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, cit. p. 103.