

Garantías, eficiencia y formas del proceso civil: La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española de 2000 en el contexto europeo

Manuel Ortells Ramos



Garantías, eficiencia y formas del proceso civil: La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española de 2000 en el contexto europeo

Manuel Ortells Ramos

COMITÉ CIENTÍFICO

Director:

Magistrado Francisco Javier Mendoza Torres
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Consejo Editorial:

Dr. Hugo Alejandro Campos Cantú
Lic. Juan Pablo Raigosa Treviño
Consejeros de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Coordinadores de edición y publicaciones

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Dra. Jaanay Sibaja Nava
Lic. Joaquín Hernández Pérez
Lic. Leonardo Marrufo Lara

Diseño Editorial

Lic. Cecilia Elvira Arellano Luna



Coordinación
Editorial

Poder Judicial del Estado de Nuevo León

Primera edición: Noviembre 2017
D.R. © Consejo de la Judicatura
del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente
Entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro Monterrey,
Nuevo León
México, C.P. 64000
Impreso y hecho en México.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. El trabajo publicado no expresa necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad del autor.

AGRADECIMIENTOS

El autor agradece al Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León que haya considerado que este trabajo tiene interés y utilidad para ser publicado en la Colección Jurídica que patrocina la alta institución. Es un honor.

El agradecimiento se dirige también a todos los que, a lo largo de muchos años, han hecho posible que el autor comparta el estudio y la investigación sobre temas de Justicia y proceso con sus colegas mexicanos. Las oportunidades han sido abundantes y es debido recordarlas ahora. Desde el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cuernavaca, 1992), hasta el XX Congreso Mexicano de Derecho Procesal, organizado por el Poder Judicial del Estado de Durango, el Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal (Victoria de Durango, 2014), pasando por los Congresos XV (Santiago de Querétaro, 1997), XVI (Guanajuato, 1999) y XVII (Ciudad de México, 2004), y por seminarios internacionales organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y por la Procuraduría General de la República (Ciudad de México, 1994) y por la Universidad de Morelia (Morelia, 2003), el autor ha participado en foros de debate sobre aquellos temas, intentando aportar, pero sobre todo aprendiendo y enriqueciéndose con la calidad humana de quienes empezaron como colegas y llegaron a ser amigos.

Manuel Ortells Ramos

El Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos es Catedrático de Derecho Procesal en la Universitat de València (España) desde 1985, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal -Secretario General Ejecutivo de la misma entre 2011 y 2014-, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal –vicepresidente entre 2011 y 2014- y de la *Société de Législation Comparée*. Completó su formación post-doctoral en el *Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht* de *Freiburg im Breisgau* (1978).

Ha sido magistrado suplente de la Audiencia Territorial de Valencia (1986-1990), Secretario General de la Universitat de València (1990-93), Secretario General del Departamento de Educación y Ciencia del Gobierno regional de la Comunitat Valenciana (1993-95), Subsecretario para las Administraciones Públicas en el Gobierno de España (1995-96) y miembro del Consejo de Administración de Telefónica de España S.A. (1995-96).

Es autor principal de *Introducción al Derecho Procesal* (once ediciones) y de *Derecho Procesal Civil* (diecisiete ediciones desde 2000), autor exclusivo de las monografías *El embargo preventivo*, *Las medidas cautelares*, *El proceso penal abreviado* y

La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de más de cien trabajos la mayor parte de los cuales recopilados en seis volúmenes de estudios (<http://ortellsramos.bubok.com>). Es coautor de *Las medidas cautelares en Derecho de la competencia*, de *Proceso Civil Práctico* (gran comentario a la Ley Procesal Civil española de 2000, con varias ediciones desde 2002) y codirector y coautor de *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*.

Ha sido profesor visitante de las principales Universidades chilenas y ha impartido conferencias y cursos de postgrado en Universidades y otras instituciones jurídicas de diversos países iberoamericanos -México, Colombia, Perú, Uruguay, Brasil y Venezuela- y europeos -*Albert-Ludwig Universität de Freiburg im Breisgau*, *Università degli Studi di Bologna*, *Università di Roma Tor Vergata*, Universidad de Vilnius, *Cour de Cassation francesa* y *Hogue Raad* holandés-.

Índice

1. FORMAS DE LOS ACTOS PROCESALES Y FORMAS DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	5
2. FORMAS DE LOS ACTOS Y FORMAS DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESO CIVIL. UN PANORAMA DE DERECHO COMPARADO	9
2.1. Demanda y contestación	13
2.2. De la contestación de la demanda hasta la práctica de la prueba	21
2.3. Actos relativos a la prueba, en especial a su práctica cuando es necesaria	31
2.4. Alegaciones finales y sentencia	47
3. UNA APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS RECTORES DE LAS OPCIONES NORMATIVAS SOBRE LAS FORMAS DE LOS ACTOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESO CIVIL	53
3.1. La prioridad de las garantías fundamentales del proceso civil y las exigencias que derivan respecto de las formas del procedimiento.....	57
3.2. Eficiencia y formas de los actos procesales según su función	77

3.3. Forma predominante y eficiencia de los tipos de procedimiento y del sistema procesal civil	95
4. EL PREDOMINIO DE LA ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA TUTELA JURISDICCIONAL DECLARATIVA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC) ESPAÑOLA DE 2000: FACTORES Y RESULTADOS DE UN CAMBIO HISTÓRICO.....	109
4.1. La ordenación jurídica: ¿Cómo predomina la oralidad en la mayor parte de los procedimientos? El ámbito del predominio de la escritura	110
4.2. Los resultados obtenidos: la mejora en la duración de los procesos civiles	130
4.3. Una referencia al gasto público destinado al servicio de justicia.....	133
5. FUENTES	135

1. FORMAS DE LOS ACTOS PROCESALES Y FORMAS DE LOS PROCEDIMIENTOS

La relación o la situación jurídica procesal – según se prefiera –, en definitiva, el vínculo jurídico entre juez y partes se constituye, se desarrolla y termina mediante actos jurídicos de aquel y de estas. La regulación de los actos se proyecta, entre otros aspectos, sobre la forma de su expresión, manifestación o exteriorización. La regulación del requisito de la forma del acto procesal puede ser muy compleja; pienso, p.e., en la exacerbación formal que, en no pocos ordenamientos, rodea al acto de interposición de un recurso de la clase del de casación. En todo caso, inevitablemente versa sobre un aspecto muy genérico: si el lenguaje, como manera de exteriorizar el pensamiento o la voluntad, ha de ser oral o escrito para que el acto sea jurídicamente válido.

Adicionalmente, el vínculo jurídico entre juez y partes no se desenvuelve en un acto único, sino a través de una serie de actos jurídicamente interrelacionados que forman un procedimiento. Respecto del requisito de la forma, en el aspecto más genérico que se acaba de apuntar, se abren nuevas cuestiones: ¿Todos los actos de la serie han de tener la misma forma? ¿Debe diversificarse la forma de los actos y en atención a qué razones es mejor imponer una u otra forma? Presupuesto que esté regulada una diversidad

de formas para los diferentes actos que lo componen ¿Es correcto calificar el conjunto del procedimiento como “oral” o como “escrito” o es más acertada una descripción más matizada?

En el apdo. 2 de este trabajo¹ describiré, con una inevitable generalidad, cómo responden a estas cuestiones varios ordenamientos del proceso civil, con especial atención al derecho francés, alemán e italiano.

El apdo. 3 es una reflexión sobre los criterios valorativos que deben ser - o merecen ser - tomados en consideración al realizar la opción normativa sobre las formas de los actos procesales y sobre su imposición diversificada en los diferentes procedimientos.

El apdo. 4 vuelve a tener, en primer lugar, una finalidad descriptiva, pero centrada en las formas del proceso civil tal como ha sido regulado por la LEC española de 2000. Esta ley quebró, en el plano normativo, una larga tradición histórica en la materia, lo cual hace interesante que, como hacemos principalmente en los sub-apartados 4.2 y 4.3, consideremos si ha producido un cambio real,

¹ Ponencia invitada sobre el tema, “Oralidad y escritura en los procesos civil y de familia” presentada en el XX *Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, celebrado en Victoria de Durango, Dgo., del 26 al 28 de noviembre de 2014.

qué factores, además de la ley, han sido necesarios para ello y qué valoración puede hacerse de ese cambio tras una experiencia de catorce años.

Siglas utilizadas en el trabajo: CADH: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; CEDH: *Convenio Europeo de Derecho Humanos*; CDFUE: *Carta de los Derechos Fundamentales* (publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 14 de diciembre de 2007); CE: *Constitución Española de 1978*; CEPEJ: *Commission Européenne pour l’efficacité de la Justice*; CPCF: *Code de Procédure Civile*; CPCI: *Codice di Procedura Civile*; DUDH: *Declaración Universal de Derechos Humanos*; LEC: *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*; PIDCP: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; ZPO: *Zivilprozessordnung*.

2. FORMAS DE LOS ACTOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESO CIVIL. UN PANORAMA DE DERECHO COMPARADO

Indicaba CALAMANDREI que “según la forma de los actos procesales singulares que constituyen la serie y según el orden y la relación en que se suceden, el proceso puede asumir diversas figuras típicas”. Lo que caracteriza esa tipicidad es el predominio del elemento oral o del escrito, que viene a convertirse en el primer problema del procedimiento².

También es antigua la constatación de que ni los sistemas procedimentales vigentes, ni las pretensiones de reforma se orientan hacia el establecimiento en su estado puro de alguna de las formas citadas, sino que más bien reflejan y tienden a una combinación de formas orales y escritas. “El problema de la oralidad y de la escritura en el procedimiento se plantea a menudo como un problema de predominio o de coordinación y no de exclusión total”³.

² La cita de CALAMANDREI, P., corresponde a sus *Instituciones de Derecho...*, pg. 382. La incidencia de los elementos orales o escritos como determinante de la calidad del procedimiento la menciona CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho...*, pg. 154.

³ CAPPELLETTI, M. *Procédure orale et...*, pg. 12.

Pasado el tiempo, se continúa manteniendo por la doctrina procesal que la cuestión de las formas procedimentales es cuestión de combinación y de predominio⁴.

Consiguientemente, se ofrece al observador un panorama muy amplio de modelos procedimentales. Estos modelos pueden ser calificados como escritos u orales según la forma de los actos que predomine y la función de los actos que se realicen con arreglo a cada una de las formas. La sola existencia de un debate oral, no convierte en oral un procedimiento, porque, aparte de su irrelevancia cuantitativa comparada con la forma escrita de la mayor parte de actos, la oralidad cumple una función secundaria respecto a la aportación contradictoria del material procesal que consta por escrito y respecto al cual se limita a ser un resumen crítico y conclusivo. De igual modo la utilización de la escritura no desnaturaliza un procedimiento oral, si el carácter de los actos escritos es el de preparación de la vista oral o el de documentación de lo que en ella acaece y es constatado por su relevancia para posteriores instancias o recursos.

⁴ Así, KIP, H. G. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip...*, pg. 152; y, ARENS, P. *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung...*, pg. 47; LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds). *Oralidad y escritura...*, pgs. 76-78; TARUFFO, M. “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds). *Oralidad y escritura...*, pgs. 203-204; PEYRANO, J. W. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds). *Oralidad y escritura...*, pg. 152.

Ni el significado literal de los términos “oralidad” y “escritura”, ni la observación de que en los diversos ordenamientos estas formas se presentan combinadas, proporcionan, sin embargo, una idea suficiente de la forma del procedimiento. Oralidad y escritura no son principios individuales, sino que designan sendos sistemas integrados por series respectivas de principios entre sí coordinados. La doctrina alemana se ha orientado, desde luego sin olvidar la interconexión que entre ellos existe, al estudio aislado de cada uno de los principios, profundizando en su individualidad conceptual⁵. La doctrina italiana, por el contrario, ha insistido preferentemente en que oralidad y escritura designan un sistema orgánico de principios procedimentales; y, así, pudo decir DENTI que “en efecto, el predominio de la discusión oral del pleito, con la conexas función meramente preparatoria y de documentación de los escritos, solo tiene sentido si el juez que ha de decidir la controversia es el mismo que ha asistido al desarrollo de la prueba y ha entrado en relación directa con las partes, si el tratamiento del pleito se desenvuelve en audiencias cercanas, de tal modo que permita la valoración directa de las actividades procesales por parte del juez”⁶. Esta misma orientación ha sido seguida por la doctrina española⁷.

⁵ GRUNSKY, W. *Grundlagen des Verfahrensrecht...*, pg. 213; y, ARENS, *Mündlichkeitsprinzip...*, pg. 27.

⁶ DENTI, V. “L’oralità nelle riforme del processo civile”, *Processo civile e giustizia...*, pg. 123.

⁷ FAIRÉN, V. “Elaboración de una doctrina general de los principios

Atendidas estas consideraciones ¿Con qué nos encontramos al revisar – obviamente en líneas generales – el estado normativo de esta materia en el derecho comparado? La Asociación Internacional de Derecho Procesal celebró, a finales de 2008, un coloquio internacional en Valencia (España) precisamente sobre el tema general “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”. Las aportaciones realizadas al coloquio son, por el prestigio de sus autores y por la diversidad de procedencia de la información, de gran utilidad para ofrecer un panorama del estado de la cuestión en el derecho comparado⁸. Partiré de las mismas, aunque añadiré información complementaria respecto del proceso civil francés, italiano y alemán.

Componentes de escritura y de oralidad están diferentemente presentes en las distintas etapas de los procedimientos para el otorgamiento de la tutela declarativa. La intensidad de esa diferencia es variada y también lo son los presupuestos normativos de los que depende una mayor presencia de la oralidad o de la escritura.

del procedimiento”, *Estudios de Derecho...*, pgs. 265 y ss.; PRIETO, L. “Precisiones sobre oralidad y escritura”, *Estudios y comentarios...*, pgs. 78 y ss.; y, ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 228-237.

⁸ Las ponencias generales, los informes nacionales y las abundantes comunicaciones aportadas, han sido publicadas como *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Dado que la edición está agotada es útil informar de que los textos siguen siendo accesibles en <https://www.uv.es/coloquio/>.

2.1. Demanda y contestación

En la etapa inicial del proceso, predomina la forma escrita de los actos de demanda y de contestación, y hay manifestaciones de la sujeción de esa forma escrita a modelos o formularios que facilitan el cumplimiento de los requisitos legales⁹.

La forma oral para uno y otro de estos actos iniciales está excepcionalmente prevista para asuntos de pequeña cuantía, pero el acto es documentado en la oficina del tribunal y, además, atendido el uso efectivo de esta forma excepcionalmente autorizada, los autores coinciden en que su utilización es mínima¹⁰.

⁹ LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”, pgs. 58-59, 62; véanse, también, los informes nacionales de EINHAUS, S. “The introductory phase and the procedural contract- England and Wales”, pgs. 241-244; HONMA, M. “The preliminary phase an the trial agreement in Japan”, pgs. 254, 255; JUNGHO, O. “Mündliche und schriftliche Elemente bei der Klageerhebung nach der koreanischen Zivilprozessordnung”, pgs. 263-264, 268; MANIOTIS, D. N. “Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure”, pgs. 269; REINHARD, J. “Civil Procedure in the USA”, pgs. 281-282; y, TAVOLARI, P. “La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano”, pgs. 296, 298; todos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

¹⁰ Informes nacionales de MANIOTIS, D. N. “Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure”, pgs. 274, 277; WANG, H. “Civil pre-trial procedure in China”, pgs. 298-300;

2.1.A) En especial, en Derecho francés

El acto de parte dirigido a la iniciación del proceso presenta cuatro modalidades: *assignation*, *requête conjointe*, *simple requête*, *déclaration au greffe*¹¹.

Las cuatro modalidades están sujetas a la forma escrita, aunque en la *déclaration au greffe* pueden ser los servicios de la secretaría los que documenten la declaración del demandante para su posterior comunicación al demandado.

Las diferencias son importantes por lo que se refiere a la determinación del objeto del proceso y de las alegaciones relevantes para resolver sobre el mismo. La *assignation* y la *requête conjointe* – la *présentation volontaire* de las partes es similar a la última (art. 860 del CPCF, respecto del *tribunal de commerce*) – han de expresar, respectivamente, las pretensiones del demandante o de ambas partes y también exponer los *moyens* (alegaciones) de hecho y de derecho destinadas a fundar la estimación de las pretensiones o, en su caso, la desestimación de las pretensiones de la parte adversa; han de indicar o acompañar, además, las *pièces* (documentos). Dado que la ley establece que esos actos tienen el valor de *conclusions* (actos expresivos de pretensiones con sus

CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

¹¹ La exposición del texto se basa en GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 730-737, 805-807, 864, 866-868, 896-897 y 904-906; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 445-449, 684-688, 707-709, 720-721, 726-729, y 734-735.

fundamentos de hecho y derecho y documentos en que se basan), en las modalidades de iniciación conjunta el proceso podría estar inmediatamente en condiciones de que se dicte sentencia. Si el acto de iniciación solo lo ha realizado el demandante, con su comunicación al demandado este recibe la información necesaria para preparar su defensa.

En forma diferente, la simple *requête* y la *déclaration* solo deben indicar el objeto de la demanda, no su fundamentación, si bien en algún supuesto la *requête* ha de contener una sumaria exposición de motivos y ser acompañada de las *pièces* que apoyan las pretensiones (art. 843 del CPCF).

La forma de la reacción defensiva del demandado depende del procedimiento que debe seguir el tribunal competente. Muy sintéticamente:

a) Ante el *tribunal de grande instance*, que funciona normalmente con órganos colegiados, puede seguirse un procedimiento *à jour fixe*, en el que el demandado es citado a una audiencia con tiempo para preparar su defensa y aportar documentos; su abogado puede presentar sus *conclusions* defensivas incluso oralmente y, en la misma sesión, puede procederse a las *plaidoires*.

La regla general, sin embargo, es que se inicie una etapa de instrucción del asunto, de diferente complejidad, pero que en el supuesto más simple estará integrada por un intercambio de *conclusions* y de *pièces* fundamentadoras. Si el acto inicial no vale como *conclusions*, el demandante deberá

presentar un escrito con ese valor. Salvo en los casos de iniciación conjunta, el demandado que quiera defenderse presentará *conclusions* por escrito.

En una primera audiencia, el presidente del órgano colegiado conferenciará con los abogados y decidirá si el asunto está suficientemente instruido. De ser así puede hacer señalamiento inmediato de *audience de plaidores*. En otro caso los actos de instrucción proseguirán como veremos en el apdo. 2, 2, A.

b) El procedimiento ante el *tribunal d'instance* – órgano unipersonal – es oral, dice el art. 846 del CPCF. Y lo mismo está previsto para el procedimiento ante el *tribunal de commerce* – órgano colegiado – (art. 860-1 del CPCF).

Eso significa que las partes han de presentar oralmente sus pretensiones y los *moyens* en la audiencia y han de cuidar de que se hagan constar correctamente en el acta. El demandante puede remitirse a la *assignation* o a cualquier otro acto inicial que valga como *conclusions* (art. 446-1 del CPCF). El demandado puede formular sus *conclusions* por escrito y remitirse a ellas en la audiencia¹² o expresarlas en esta.

c) El procedimiento ante el *conseil de prud'hommes* – competente en materia laboral, órgano colegiado – es también oral (art. R 1453-3 del *Code du Travail*), pero

¹² GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pg. 897.

la oralidad es más estricta que en los procedimientos mencionados en el inciso b). Según el art. R 1453-4 del *Code du Travail* las pretensiones de las partes y las referencias a las que hubieran formulado por escrito serán anotadas en el *dossier* o consignadas en acta. Así se complementará el acto inicial del demandante si lo necesita y así se expresará la primera reacción defensiva del demandado.

2.1.B) En especial, en Derecho italiano

Las dos modalidades de actos de iniciación del proceso de declaración (*citazione y ricorso*) son actos que la parte debe realizar por escrito¹³.

El contenido de estos actos por lo que ahora interesa, comprende la determinación del objeto de la demanda y también la exposición de los hechos y del Derecho que la fundamentan, así como las conclusiones que derivan. La indicación de los medios de prueba puede hacerse también, pero este acto no es preclusivo al respecto.

No obstante, en los procedimientos ante el *giudice di pace* – de limitada competencia, tanto por cuantía, como por materia – la ley permite que no se invoquen fundamentos jurídicos, aunque sí deben alegarse los hechos relevantes e indicarse los documentos básicos; también autoriza

¹³ Para la exposición de esta materia hemos considerado a SASSANI, B. *Lineamenti del processo...*, pgs. 99-111 y 175-186; BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pgs. 282-285 y 293-302; y, MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A. *Corso di Diritto...*, pgs. 9-32.

a que la parte exponga su demanda verbalmente ante la secretaría, cuyos servicios levantarán acta, copia de la cual será comunicada al demandado¹⁴.

La reacción del demandado, en términos de entablar controversia, es también escrita (*comparsa de risposta*) y su contenido – excepciones procesales y de fondo, que no sean apreciables de oficio, reconvencción y petición de llamamiento de tercero – está sujeto a preclusión en este acto.

En el procedimiento ante el *giudice di pace* la contestación es oral y se documenta en el acta de la audiencia. En ese momento se producen las preclusiones¹⁵.

2.1.C) En especial, en Derecho alemán

El acto de iniciación del proceso es, salvo la regla especial que mencionaré en el procedimiento ante el *Amstgericht*, un acto escrito elaborado por la parte – por su abogado – (*Klageschrift*) y presentado ante el tribunal. Este acto ha de contener, además de la identificación de las partes y la indicación del tribunal, la precisa exposición del objeto y de los fundamentos de la pretensión que se interpone. Por “fundamentos” no se entiende la mención de una relación

¹⁴ *Ibidem*, pgs. 249-250.

¹⁵ *Ibidem*, pg. 251.

jurídica, una argumentación jurídica, sino la exposición del conjunto de hechos que han ocurrido y que dan base para que se acceda a la petición formulada¹⁶.

Notificada la demanda al demandado, la contestación de este también debe ser presentada por escrito, pero el tiempo de la presentación depende de que la preparación de la audiencia principal (*Hauptverhandlung*) deba realizarse – es decisión del presidente del tribunal – mediante una audiencia preliminar (*frühe erste Termin*) o en un procedimiento previo escrito (*schriftliche Verfahren*)¹⁷.

En la primera modalidad de tratamiento, el presidente puede fijar un plazo al demandado para contestar por escrito antes de la audiencia preliminar o invitarle a anticipar por escrito los medios de defensa de los que se valdrá. En el caso de que esa audiencia no acabara por operar como audiencia principal y por conducir a la terminación del proceso, al demandado se le fijará plazo para contestación escrita, si no se hubiera hechos antes. En su contestación, el demandado tiene la carga de hacer valer, todas y de una

¹⁶ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 629-632; y, STEIN, F., JONAS, M. y ROTH, H. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pgs. 98-142.

¹⁷ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 692-698; y, STEIN, F., JONAS, M., y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 506-544.

vez, las defensas relativas a la admisión de la demanda, así como declarar si admite o no como ciertos los hechos alegados por el actor¹⁸.

En la segunda modalidad de tratamiento no se señala, de momento, ninguna audiencia, sino que se establece un primer plazo para que el demandado manifieste por escrito si va a oponerse a la demanda. La falta de respuesta o la respuesta en términos de reconocimiento de la pretensión permitirá que se dicte sentencia sin celebración de audiencia. La respuesta afirmativa conduce a conceder un segundo plazo para presentación de contestación escrita. Para garantizar una celebración eficiente de la audiencia principal, el presidente o el juez unipersonal adoptan medidas preparatorias con el fin de que en la audiencia que se señala puedan ser aclaradas cuestiones de hecho controvertidas e incluso ser practicada prueba. Trataremos de esto en el apdo. 2, 3, C).

En el procedimiento ante el *Amstgericht* no es preceptiva la asistencia de abogado, salvo en asuntos de derecho de familia. Esto explica que deba prestarse a las partes una asistencia, que se manifiesta, *inter alia*, en la posibilidad de que demanda y contestación no deban ser presentadas por escrito, sino expresadas oralmente en la secretaría, que las protocolizará y las notificará a la contraparte. No obstante, en el procedimiento de mínima cuantía el juez puede

¹⁸ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 621-622; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 619-622.

decidir, para facilitar la tramitación, que el procedimiento se desarrolle por escrito, aunque la tramitación deberá ser oral – y del modo antes dicho – si una parte lo solicita¹⁹.

2.2. De la contestación de la demanda hasta la práctica de la prueba

La etapa preparatoria del acto del juicio, que subsigue a la demanda y la contestación es muy diversificada desde el punto de vista de la forma²⁰. En algunos ordenamientos predomina la oralidad – en el sentido de que la preparación se lleva a cabo en una audiencia –²¹; en otros, la preparación es escrita²²; en otros, por fin, la preparación puede ser escrita

¹⁹ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. y GOTTWALD, P; *Zivilprozessrecht...*, pgs. 733-736; y, STEIN, F., JONAS, M. y ROTH, H. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pg. 104; STEIN, F., JONAS, M., y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed.2008), pg. 537; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 1999), pgs. 590-595, 598-599.

²⁰ LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 64-74.

²¹ Informe nacional de TAVOLARI, P. “La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 289-291, aunque sus referencias se hacen solo a algunos códigos y, en algún caso, a proyectos de códigos.

²² Informes nacionales de MANIOTIS, D. N. “Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure”, pgs. 274, 277; y, WANG, H. “Civil pre-trial procedure in China”, pgs. 298-300; en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

– con posibilidad de convocar audiencias – o escrita u oral según determinadas características del asunto litigioso²³.

2.2.A) En especial, en Derecho francés

Las alegaciones de ataque y de defensa de las partes y las recíprocas reacciones de estas, así como la formulación de demandas incidentales – que son aquellas que guardan una suficiente vinculación con el objeto de la demanda inicial – no están sujetas en derecho francés a preclusión legal²⁴.

Las *défenses de fond* pueden hacerse valer en cualquier estado de la causa (art. 72 del CPCF) y lo mismo se establece para los *fins de non recevoir* (art. 118 del CPCF). Solo las *exceptions de procédure* precluyen si no son hechas valer antes de las defensas mencionadas en el primer inciso de este párrafo (art. 74 del CPCF).

²³ LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”, pgs. 65-66; véanse, también, los informes nacionales de EINHAUS, S. “The introductory phase and the procedural contract- England and Wales”, pgs. 244-245; HONMA, M. “The preliminary phase an the trial agreement in Japan”, pgs. 257-258; JUNGHO, O. “Mündliche und schriftliche Elemente bei der Klageerhebung nach der koreanischen Zivilprozessordnung”, pg. 268; REINHARD, J. “Civil Procedure in the USA”, pgs. 282-283; todos estos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

²⁴ La exposición del texto se basa en GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 198-215, 787-795, 813-843, 867-870, 893-894, 879-900 y 907-909; y, CADIEU, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 348-353, 357-366, 453, 687-699, 709-710, 721-722 y 734-735.

Las demandas incidentales pueden ser presentadas en forma de *conclusions* (arts. 67, 68 y 69 del CPCF) y en cualquier estado de la causa.

Esto conduce a una estructura de intercambios sucesivos de *conclusions*, acompañadas de sus correspondientes *pièces* y, en su caso, conteniendo peticiones de práctica de pruebas. El juez puede ordenar la práctica de pruebas en cualquier estado de la causa si considera que no hay elementos suficientes para resolver (art. 144 del CPCF). Estos elementos suficientes solo han podido resultar de la concordancia de las partes en admitir hechos relevantes, o de lo que prueban las *pièces* aportadas.

El desarrollo procedimental de tan amplias posibilidades de ataque y de defensa es diferente según el procedimiento aplicable ante el tribunal que conoce del asunto y, dentro de ese procedimiento, en función de que el asunto esté o no maduro para ser objeto de *plaidores* y de la posterior sentencia. Específicamente:

a) Ante el *tribunal de grande instance* los asuntos de más sencilla tramitación pueden tener un solo intercambio de *conclusions* – que son acto escrito – antes de la audiencia de *plaidoires*. Es el caso de la *procédure à jour fixe* y el del llamado *circuit court*, que se sigue cuando el presidente del órgano colegiado, después de examinar el asunto con los abogados en una primera audiencia, considera que en asunto está listo para debate final.

En caso de seguir el *circuit moyen*, el presidente señala otra audiencia y, hasta su celebración, fija plazos para un nuevo intercambio de *conclusions* y de aportación de *pièces*, con los que estima que el asunto quedará listo para debate final.

El conocido como *circuit long* comporta la remisión del asunto, dentro del órgano colegiado, a un *juge de mis en état*, que dirigirá nuevos intercambios de actos escritos de *conclusions* y resolverá sobre la admisión de los medios de prueba, la práctica de los cuales tendrá lugar ante él. La figura del *juge de mis en état* tiene como objetivo compaginar las amplias posibilidades de ataque y defensa de las partes con la agilización del procedimiento, pero no persigue la finalidad de concentrar en una audiencia, o en audiencias sucesivas, la fijación de hechos controvertidos y la práctica de las pruebas.

El resultado de la actividad de esta etapa son las sucesivas *conclusions* de las partes, que el *Code* impone que recapitulen los contenidos de las *conclusions* precedentes que las partes quieran mantener y las correspondientes actas (*procès verbaux*) que recogen los resultados de la práctica de los medios de prueba, a la que nos referiremos en el apdo. 2, 3, A).

b) Como ya indiqué, el procedimiento ante el *tribunal d'instance* y ante el *tribunal de commerce* es oral. Eso, en principio, debería conducir a que la amplia libertad de ataque y defensa que hemos mencionado se sustanciara en sucesivas audiencias, que deberían ser señaladas para

garantizar la contradicción de cada parte respecto de las manifestaciones hechas en una audiencia por la parte contraria. No obstante, desde una reforma de 2010, las partes pueden ser autorizadas a presentar sus *conclusions* por escrito, sin tener que comparecer en la audiencia; además, si el asunto no está en condiciones de debate final después de la primera audiencia, el juez organiza un intercambio de *conclusions*, *moyens* y *pièces* por escrito y en plazos que el juez señala, en una especie de versión simplificada del *circuit long*. Este intercambio precede a la audiencia de *plaidoires*.

A la oralidad, y a la intermediación y concentración en la práctica de la prueba nos referiremos después.

c) A la oralidad que rige en el procedimiento ante el *conseil de prud'hommes* no le son aplicables las normas de la apuntada reforma de 2010. Como consecuencia, dado que la libertad en la presentación de los medios de ataque y defensa no deja de regir en este proceso (arts. R 1451-1 y 1451-2 del *Code du Travail*), se producen situaciones de conflicto entre el objetivo de agilizar el desarrollo del procedimiento y la garantía de la contradicción²⁵.

No obstante, como después veremos, esta oralidad no conduce, si hay que practicar prueba, a establecer la intermediación y la concentración.

²⁵ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 960 y 870; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pg. 730.

2.2.B) En especial, en Derecho italiano

La *comparsa de risposta* no cierra las posibilidades de alegación de hechos relevantes para la sentencia, de formular algunas nuevas pretensiones y, como anticipamos, no precluye la proposición de prueba. No obstante, las subsiguientes posibilidades procesales de las partes están acotadas por las preclusiones que mencionamos en el apdo. 2, 1, B) y son distintas según los procedimientos adecuados para tratar el asunto. Sintéticamente:

a) En el *processo ordinario* ante el *tribunale* – que puede actuar en composición colegiada o unipersonal, siendo la segunda la más frecuente²⁶ – se celebra una audiencia en la que, tras descartarse o subsanarse defectos de constitución de las partes o de llamamiento al proceso de todos los que deben serlo, y de intentar conciliación o proponer que se intente mediación, el juez – *giudice istruttore* en el caso de que la sentencia deba ser dictada por órgano colegiado – somete a las partes, para oírlas, cuestiones que entiende que deben ser consideradas de oficio. Además, las partes tienen oportunidad de realizar cambios limitados de sus actos iniciales. Las nuevas demandas están excluidas, salvo la contra –reconvención, si el demandado hubiera interpuesto esta, pero no las precisiones, ni las modificaciones que no

²⁶ SASSANI, B. *Lineamenti del processo...*, pgs. 193-207; BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pgs. 305-313; y, MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A. *Corso di Diritto...*, pgs. 54-71.

superen el ámbito de las demandas y defensas inicialmente planteadas. No obstante, no siempre es sencillo establecer ese límite con precisión.

En el aspecto formal, para someter esos cambios a la debida contradicción, el juez concede tres plazos sucesivos para intercambiar *memorie* escritas.

La proposición de la prueba puede hacerse en la audiencia que he mencionado al principio o en las *memorie*, y precluye con estas últimas.

b) Un *processo sommario* – que lo es en sentido impropio, dado que su resolución produce cosa juzgada – es admisible si el demandante pide esa tramitación y el juez, vista la defensa del demandado, considera que la demanda inicialmente presentada puede ser decidida sin una compleja instrucción probatoria²⁷. Para mantener esa tramitación simple el juez puede separar la reconvencción, si el demandado la hubiera planteado.

Por lo demás, el juez procederá, oídas las partes, omitiendo toda formalidad no esencial para el principio de contradicción, a los actos de instrucción relevantes para la resolución del asunto. No son admisibles las *memorie* mencionadas en el inciso a), y la prueba, si hubiera que practicar alguna – en los criterios de adecuación del procedimiento está que eso no sea necesario, al menos

²⁷ SASSANI, B. *Lineamenti del proceso...*, pgs. 631-36; y, BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pgs. 596-601.

en exceso – será practicada en la primera audiencia, o en una siguiente, a cuya cierre se resolverá con *ordinanza*, tipo de resolución más sencillo que la *sentenza*, y que puede expresarse oralmente con documentación en el acta de la audiencia.

c) En el *processo del lavoro*²⁸ la preclusión ligada a los actos iniciales se acentúa, tanto por lo que se refiere a las alegaciones y peticiones – la reconvencción se admite, y, en tal caso, la contestación a la misma; pero los cambios limitados de la demanda y contestación iniciales solo serán admisibles si los autoriza el juez por concurrir motivos graves –, como por lo que se refiere a la aportación de documentos y a la proposición de prueba; todo ello solo será admisible si las aportaciones o proposiciones no hubieran sido posibles en los actos iniciales.

d) En los casos de competencia del *giudice di pace*, las precisiones definitivas de los hechos fundadores de demanda y excepciones, la aportación de documentos y la proposición de prueba tienen lugar en la audiencia²⁹.

²⁸ SASSANI, B. *Lineamenti del proceso...*, pgs. 617-620; y, BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pgs. 541-544.

²⁹ MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A. *Corso di Diritto...*, pgs. 251.

2.2.C) En especial, en Derecho alemán

Además de la demanda y la contestación, o modificando estos actos, las partes pueden formular otras peticiones y alegaciones con influencia sobre el desarrollo y terminación del proceso.

En principio estos actos deberían manifestarse oralmente en una o en sucesivas audiencias. No obstante, para garantizar el derecho de contradicción de las partes respecto de los actos de la contraria y, al mismo tiempo, evitar dilaciones en el desarrollo del procedimiento ~~de~~, reformas de la original *Zivilprozessordnung* han establecido disposiciones destinadas a preparar la audiencia y agilizar el procedimiento, aunque sin llegar a instaurar una estricta preclusión *ex lege*.

Sobre la forma de estos actos en el procedimiento ante el *Amtsgericht* – incluido el de mínima cuantía – cabe remitirse, por brevedad, a lo dicho en el apdo. 2, 1, C) –. Lo que sigue se refiere, pues, al procedimiento ante el *Landgericht*, en composición colegiada o unipersonal, según asuntos.

En la modalidad de tratamiento de audiencia preliminar (*frühe erste Termin*), si fue fijado plazo para contestación escrita del demandado, al actor se le dará plazo para réplica por escrito antes de la celebración de la audiencia, en la

propia audiencia o después de ella, lo último en caso de que el plazo de contestación también hubiera sido posterior a la audiencia³⁰.

Si el tratamiento ha sido el de procedimiento previo escrito (*schriftliche Vorverfahren*), el presidente ha podido señalar un plazo para réplica por escrito después de la recepción de la contestación escrita del demandado³¹.

Para el tratamiento de posibilidades de petición y alegación, por lo que se refiere a su forma y a su realización en la audiencia o fuera de ella, hay que distinguir:

a) Las modificaciones de la demanda (*Klageänderung*), consisten en cambios en los elementos de la pretensión inicialmente interpuesta (petición y/o fundamento) o en la adición de otra u otras pretensiones, y son admisibles, bajo ciertas condiciones, hasta la finalización de la última audiencia. Lo mismo puede decirse de la reconvencción que puede formular el demandado (*Widerklage*). En ambos casos, la formulación puede hacerse mediante un escrito en forma de demanda o mediante declaración en una audiencia, que se protocolizará, con señalamiento de otra audiencia para que el demandado prepare su contestación.

³⁰ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 693-694; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 517-518.

³¹ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pg. 694; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 533-534.

A estas posibilidades procesales de las partes no les son aplicables las normas sobre deberes de las partes y poderes del tribunal orientadas a garantizar, simultáneamente, la contradicción y la agilización del procedimiento³².

b) Los medios de ataque y de defensa (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*) no innovan el objeto del proceso, sino que son alegaciones, peticiones y medios de prueba destinados a favorecer el éxito de la posición procesal de la parte, pero sin tener la calidad de las modificaciones consideradas en el inmediato anterior apartado a). Cada parte tiene que hacerlas valer en la audiencia con una diligencia acorde con la situación procesal y con su deber de colaboración en el impulso del procedimiento. Además, si tienen una calidad que impediría que la parte contraria pudiera tomar postura frente a ellas en caso de conocerlas por vez primera en la propia audiencia, la parte que pretenda utilizarlas debe anticipar por escrito la información a la contraparte. El incumplimiento de esas exigencias puede dar lugar a que el juez no admita o rechace las correspondientes aportaciones. Para evitar, si no es procedente la inadmisión, tener que señalar otra audiencia para que la contraparte pueda reaccionar sobre

³² ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 661-667, 638-641; STEIN, F., JONAS, M. y ROTH, H. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pg. 351; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2004), pg. 356.

la base de una suficiente información, se permite que el tribunal conceda un plazo a esa parte para que reaccione por escrito frente a la aportación sorpresiva³³.

2.3. Actos relativos a la prueba, en especial a su práctica cuando es necesaria

La etapa del proceso destinada, principalmente, a practicar las pruebas sobre cuyos resultados se fundará la sentencia, constituye el auténtico *punctum dolens* de la elección de las formas apropiadas para el procedimiento. Es cierto que el significado de práctica de la prueba es más amplio, pero aquí no incluimos la prueba documental, que salvo imposición de deberes de exhibición e impugnaciones de autenticidad, no necesita de actos de práctica; consideramos, principalmente, los medios de prueba que se realizan a través de declaraciones personales.

Esa especie de patetismo³⁴ que envuelve el tema de las formas procedimentales para esta etapa procesal presenta varias manifestaciones, que pueden resumirse en las siguientes constataciones:

³³ STEIN, F., JONAS, M. y ROTH, H. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pgs. 612-619, 624-626, 842-881.

³⁴ Quiero resaltar con esta expresión las tensiones que denotan la notable divergencia, que se detecta en esta materia, entre las previsiones normativas y la realidad aplicativa y la perceptible dificultad de realización de unos objetivos de política jurídica que, por lo general, se consideran plausibles.

- 1.^a) En algunos ordenamientos, la oralidad ha acabado imponiéndose para esta etapa procesal³⁵.
- 2.^a) No obstante, lo que prevalece, en muchos ordenamientos, es la escritura – y esto significa, principalmente, dispersión de los actos de práctica y mediación –, aunque en algunos de ellos se ha previsto la oralidad para procesos sobre litigios de pequeña cuantía o que versen sobre determinadas materias (familia, relaciones laborales)³⁶.
- 3.^a) Incluso, si en un ordenamiento se ha optado por la oralidad para esta etapa, la concentración y la inmediación que se requieren para que esa opción sea efectiva suelen fallar porque faltan medios personales y materiales en la organización judicial y por reticencias de los profesionales que actúan en el proceso. Esta quiebra puede producirse sea por simple divergencia entre la previsión normativa y el funcionamiento real del proceso, sea porque

³⁵ Véanse los informes nacionales para Uruguay, de SIMÓN, L. M. *Oralidad y escritura...*, pgs. 391-402; y para Perú, de MONROY, J. *Oralidad y escritura...*, pgs. 333-341.

³⁶ Informes nacionales de QUINTERO, M. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, gs. y, 325-331; y, TAVOLARI, R. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pgs. 403-404; estos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, además de los autores que serán citados en la nota siguiente.

la ordenación normativa permite o no impide excepciones a favor de la escritura que, en la práctica, llegan a tener una amplia aplicación³⁷.

2.3.A) En especial, en Derecho francés

Destacaré los aspectos relevantes para ilustrar la proximidad de la ordenación a la forma oral – con sus anexos de inmediación y concentración – (o a la escrita) – con mediación y dispersión –. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que nos referimos a los medios de prueba que necesitan actividad de práctica, lo que excluye las *pièces*, salvo incidentes sobre su autenticidad.

a) Con relevancia sobre los aspectos de concentración-dispersión, los medios de prueba pueden ser propuestos en cualquier estado de la causa³⁸ y no hay previsiones para concentrar su práctica en una audiencia o en audiencias próximas, aunque está dispuesto que, si es posible, se

³⁷ TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, pgs. 194-195, 197-198, véanse, igualmente, los informes nacionales sobre Italia, de BIAVATI, P. “Oral and written evidence in Italian civil procedure law”, pgs. 313-323; sobre Argentina, de OTEIZA, E. “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, pgs. 419-424; sobre México, de OVALLE, J. “Oralidad y escritura como factores de eficiencia procesal”, pgs. 427-428, 431; sobre Venezuela, de QUINTERO, M. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pgs. 371-389; todos estos en en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

³⁸ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 948.

practiquen simultáneamente las pruebas admitidas (art. 158 del CPCF), y, respecto de la prueba testifical, el juez fija un calendario de práctica para evitar demoras³⁹.

b) Por la vinculación que a veces se ha afirmado que existe entre oralidad y extensión de los poderes oficiales del juez respecto de la prueba conviene dejar constancia, ahora, de que el régimen procedimental que estamos describiendo coexiste con la potestad del juez de ordenar pruebas de oficio y, en general, con amplios poderes en la práctica de la prueba⁴⁰.

c) En cuanto a aspectos específicos relevantes de la práctica de los diferentes medios de prueba, hay que resaltar que, respecto de la *comparution des parties*, el *Code* no conserva el antiguo interrogatorio *sur faits et articles*, pero es el juez quien pregunta, mientras que las partes están limitadas a pedir preguntas adicionales; no hay interrogatorio cruzado⁴¹. La prueba testifical puede practicarse por escrito (presentación de *attestations*), pero, en su más frecuente práctica oral, si la pide una parte, ha de fijar los hechos sobre los que ha de versar, lo que no excluye los poderes de oficio del juez; se practica a preguntas del juez, de las que las partes pueden pedir

³⁹ *Ibidem*, pgs. 976-977.

⁴⁰ *Ibidem*, pgs. 628-629; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 468-469.

⁴¹ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 971-972; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pg. 476.

complemento, aunque no hay interrogatorio cruzado⁴². De las tres modalidades de prueba pericial, el resultado de la *constatation* y de la *consultation* se expresa normalmente por escrito, aunque puede expresarse oralmente con documentación en el acta⁴³; respecto del resultado de la *expertise* las reglas son similares y, adicionalmente, quien hubiera emitido el dictamen puede ser llamado a la audiencia para aclaraciones⁴⁴.

d) Muy destacable porque afecta a la inmediación-mediación es que, en los abundantes casos en los que la competencia para sentenciar corresponde a un órgano colegiado, la prueba, por regla muy general, es ordenada y practicada no por y ante ese órgano, sino por y ante el *juge de mis en état* – competencia del *tribunal de grande instance* –, el *juge chargé de suivre l'affaire* – competencia del *tribunal de commerce* – y el *conseiller rapporteur* – pueden ser dos, dada la importancia de la paridad en materia de trabajo; competencia del *conseil de prud'hommes*⁴⁵ –. Incluso cuando

⁴² GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 973-975, 979-980; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 481-483.

⁴³ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pg. 989; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pg. 491.

⁴⁴ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pgs. 997-998; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pg. 497.

⁴⁵ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pgs. 825, 899, 908; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit*

el acto de práctica hubiera sido ordenado por el órgano colegiado, la práctica puede tener lugar ante un miembro de este o ante su presidente⁴⁶.

e) Consecuencia de lo anterior es que el órgano que dicta la sentencia conocerá el resultado de los medios de prueba practicados bien por el texto escrito en el que esos resultados han sido presentados en los casos de *attestations* e informes periciales, bien por el acta que habrá sido levantada. También está previsto que pueda hacerse una grabación de sonido, de imagen o audiovisual del acto de práctica⁴⁷. Es destacable, igualmente, que si la práctica se produce ante el tribunal que va a sentenciar y la sentencia no es apelable, la constancia se limita a la mención sintética de lo ocurrido en el texto de la sentencia⁴⁸.

2.3.B) En especial, en Derecho italiano

Respecto de la prueba, principalmente sobre su admisión y práctica, dado que ya se dijo algo sobre su proposición en el apdo. 2, 2, B), es también necesario distinguir según procedimientos.

Judiciaire Privé..., pgs. 697, 722 y 734.

⁴⁶ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pg. 956.

⁴⁷ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pgs. 959-960, 972, 980-981, 989, 997; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 476, 482, 491, 497.

⁴⁸ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile...*, pgs. 972, 980-981, 989 y 997.

a) En el *processo ordinario* ante el *tribunale*⁴⁹, la admisión compete al juez unipersonal o al juez instructor – si ha de dictar sentencia un órgano colegiado –, en una audiencia subsiguiente a las *memorie* en las que se han acabado de fijar los hechos y ha precluido la posibilidad de proposición. El juez tiene amplias potestades para acordar pruebas de oficio; si lo hace, las partes pueden completar sus proposiciones de prueba.

Aunque el art. 202 del CPCi muestra preferencia porque las pruebas sean practicadas en la misma audiencia en la que han sido admitidas, en el funcionamiento real se celebran varias audiencias con ese fin y los resultados de la práctica se documentan, de forma no siempre satisfactoria.

Debe resaltarse, por su importancia en la conexión entre oralidad e intermediación, que, aunque la sentencia deba ser dictada por un órgano colegiado, la prueba no habrá sido practicada ante el mismo, sino ante el *giudice istruttore*.

También merece destacarse, para apreciar el grado de oralidad en la práctica de los medios de prueba personales, que las partes – en el interrogatorio formal de las mismas – y los testigos – para los que incluso se ha previsto una posibilidad de declaración por escrito, de escaso uso –

⁴⁹ SASSANI, B. *Lineamenti del processo...*, pgs. 209-220 y 235-246; BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pgs. 313-316, 327-339 y 345-346; MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A. *Corso di Diritto...*, pgs. 76-81 y 170-190.

no son interrogados por los abogados, sino por el juez, aunque sobre pauta de cuestionarios precisos presentados por escrito por las partes.

La *consulenza tecnica* da lugar a resultados aportados mediante informes escritos, en relación con los cuales las partes aportan observaciones bajo las mismas formas, que el perito considera, por escrito, en un informe final complementario. No es frecuente que perito informe oralmente.

b) En el llamado *processo sommario*, dados los presupuestos de los que depende su adecuación, o bien no se practica prueba por no ser necesario – bastan las alegaciones de las partes o los documentos aportados –, o la escasa actividad de práctica se lleva a cabo en la misma primera audiencia o en otra próxima⁵⁰.

c) El régimen del *processo del lavoro* está orientado a concentrar tanto la admisión de la prueba, que, como se recordará, ha debido ser propuesta como regla en el *ricorso* y en la *memoria difensiva* iniciales, como la práctica de las pruebas en la primera audiencia y, solo si es necesario, en otra audiencia próxima que permita la concentración temporal de audiencia y sentencia, que debe ser dictada de

⁵⁰ SASSANI, B. *Lineamenti del processo...*, pg. 635; y, BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pg. 601.

modo inmediato al concluir aquella. En el funcionamiento real del proceso no siempre se consigue terminar en la primera audiencia y evitar reenvíos a otras posteriores⁵¹.

2.3.C) En especial, en Derecho alemán

En cierto sentido, es incorrecto y reduccionista incluir la sintética referencia a la regulación del proceso civil alemán sobre esta materia bajo un epígrafe de actos de práctica de la prueba o de etapa procesal en la que esa práctica tendría lugar. Incorrecto, porque en el proceso civil alemán no hay una etapa para practicar prueba, separada de una etapa de alegación⁵². Reduccionista, porque la audiencia principal (*Hauptverhandlung*) no solo reúne la práctica de la prueba, sino también la formulación de actos de petición y de alegación, como se ha descrito en los apdos. 2, 1, C) y 2, 2, C). A pesar de eso, la sistemática por la que he optado es la más adecuada. A diferencia de lo que hemos visto al tratar la ordenación de esta materia en derecho francés y en derecho italiano, reformas ya antiguas del proceso civil alemán – la *Vereinfachungsnovelle* de 1976 – se han dirigido a superar la antigua práctica de sucesivos

⁵¹ BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pgs. 544-546 y 549-552. Se refiere BIAVATI a que la previsión del art. 422 CPCI, que permitía sustituir la documentación en acta de declaraciones personales por la grabación en cinta magnetofónica, ha sido escasamente aplicada, a pesar de que permite constatar actitudes y dudas del declarante que escapan a la frialdad de la constancia en acta.

⁵² ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pg. 508.

señalamientos de audiencias, que muchas veces quedaban vacías de contenido, y a poner los medios convenientes para que, después de algunos actos escritos, a veces solamente preparatorios, el tratamiento del asunto y la práctica de la prueba se concentren en una sesión de la audiencia principal – o en el menor número de sesiones posibles – ante el tribunal en la composición – colegiada o unipersonal – que ha de dictar la sentencia⁵³.

Respecto de la parte de la audiencia principal que no se refiere a la práctica de la prueba, pero que es importante para comprender las implicaciones de la oralidad en el proceso civil alemán, debe resaltarse que, en el *Hauptverhandlung*:

a) El tribunal ha de intentar que las partes arreglen la controversia, en su totalidad o en parte, de manera amistosa. Para conseguir resultados efectivos en este sentido, necesitará haber estudiado el asunto suficientemente y hará comparecer a las partes, pues el trato directo con las mismas facilita alcanzar la conciliación. El intento debe realizarse al comienzo de la audiencia, pero, de no tener éxito, el tribunal debe reasumirlo en cualquier estado de la causa si considera que, atendida la situación procesal, hay perspectivas de que se llegue a un acuerdo⁵⁴.

⁵³ SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. II.1; y, KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pgs. 57-58.

⁵⁴ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pg. 699; SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación

b) Las partes presentan sus peticiones, las explican y justifican, tanto en cuanto a los hechos, como en cuanto al Derecho. Esa explicación se inserta en una estructura de debate, en el que participa el presidente del órgano colegiado o el juez unipersonal en su caso, así como la parte contraria. La palabra es concedida a los abogados y también a la parte misma, si la asistencia de abogado no es preceptiva y también si lo es – en este caso, el abogado ha de estar presente al intervenir la parte –. En esta exposición y debate las partes pueden remitirse a escritos previos, incluidos los simplemente preparatorios, si el tribunal lo estima adecuado y la contraparte no se opone y exige una exposición oral más detallada. La toma en consideración de lo que las partes expongan oralmente, en cuanto consista en medios de ataque y defensa, está sometida al régimen someramente expuesto en el apartado 2, 2, C)⁵⁵.

Ya en cuanto a la práctica de la prueba, que la misma pueda tener lugar, como regla, en la audiencia principal, no es un resultado casual, sino un objetivo perseguido por el legislador, que ha puesto al servicio del mismo diversos instrumentos⁵⁶:

en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. II.4; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 544-565.

⁵⁵ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pg. 699; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2004), pgs. 212-216.

⁵⁶ STEIN, F., JONAS, M. y BERGER, C. *Kommentar zur*

a) Al estar previstos actos previos en forma escrita y escritos preparatorios de los medios de ataque y defensa que las partes se proponen hacer valer en la audiencia – y que, bajo ciertos presupuestos, pueden ser inadmitidos si no han sido anunciados con antelación a la misma –, el tribunal está en condiciones de determinar qué hechos necesitan prueba y ordenar los medios de prueba que le hayan sido propuestos o indicados por las partes o que el tribunal pueda ordenar de oficio.

b) El tribunal puede dictar, antes de la audiencia principal, resolución ordenando la práctica de medios de prueba determinados (§ 358a del ZPO) y adoptar las medidas necesarias para que las pruebas puedan ser de hecho practicadas durante la audiencia principal (§ 273 del ZPO).

Estas normas van dirigidas a hacer efectiva la concentración del tratamiento del asunto en una o en pocas audiencias. Sin embargo, si este objetivo no pudiera ser alcanzado, la actividad realizada en las diferentes audiencias no pierde validez a causa del elevado número de las mismas y/o de la separación temporal entre ellas⁵⁷.

Zivilprozessordnung..., pgs.78-83; y, STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 493-504.

⁵⁷ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 507-509; SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial*.

Junto a las normas para hacer efectiva la concentración, los §§ 355 (las pruebas serán recibidas por el tribunal del juicio, salvo excepción legal) y 309 (la sentencia solo puede ser dictada por el juez ante el que se haya realizado la audiencia) establecen la regla de la inmediación.

No obstante, esa regla tiene limitaciones, algunas importantes. Son excepciones legales a la misma, aplicables en las circunstancias previstas por la ley, la recepción de la prueba por un juez integrante del colegio que ha de dictar sentencia (*beauftragte Richter*), la recepción mediante auxilio judicial (*ersuchte Richter*) y la figura del juez encargado de preparar la audiencia en procesos en los que la sentencia ha de dictarse por órgano colegiado en materia mercantil⁵⁸. De mayor interés me parece la solución que se da al problema radical del cambio de juez después de la recepción de la prueba. La ley no dispone expresamente que en ese caso la práctica de la prueba deba ser repetida ante la nueva composición del órgano juzgador. La opinión favorable a la repetición de la práctica es, además, minoritaria en la doctrina⁵⁹. Predomina la tesis de que

Revista..., apdo. II, 1; y, KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pgs. 54-55.

⁵⁸ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 517; y, KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pgs. 61-62.

⁵⁹ KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pg. 64; y, STEIN, F., JONAS, M. y BERGER, C. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pgs. 51-52.

corresponde al tribunal sentenciador decidir si le basta con atender al resultado documentado en el acta o si debe ser reiterada la práctica de la prueba, por la razón de que, para apreciar debidamente la prueba necesita conocer datos que no fueron documentados al ser prestadas las declaraciones⁶⁰.

Las dificultades prácticas para conseguir una efectiva concentración y la solución predominante al problema del cambio de juez conducen a resaltar la importancia de la calidad de la documentación en el acta, principalmente de la práctica de los medios de prueba personales⁶¹. Las opiniones no son muy favorables a la buena calidad de esa documentación, ni en cuanto a la correcta reproducción del contenido de lo declarado, y menos aun en cuanto a la constancia de datos relevantes para apreciar la credibilidad de la persona que ha declarado⁶². Aunque la ley permite el

⁶⁰ KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pg. 64; y, STEIN, F., JONAS, M. y BERGER, C. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pgs. 51-52.

⁶¹ ZEISS, W. y SHREIBER, K. *Zivilprozessrecht...*, pg. 74, indican que esta cuestión no es preocupante respecto de la documentación de peticiones, alegaciones y medios de ataque y defensa, porque habrán sido presentados mediante escritos previos, en su caso preparatorios; en cambio, la mejor acta no produce la impresión que se recibe de la directa percepción de la declaración de un testigo.

⁶² SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. III,1, f); y, KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pgs. 62-63.

uso de sistemas de grabación de sonido y de datos como medio provisional para elaborar el acta definitiva (§ 160a del ZPO), su utilización no es frecuente⁶³.

En cuanto a los aspectos relacionados con la oralidad y escritura del régimen de la práctica de los diferentes medios de prueba, basta resaltar lo siguiente:

a) En la prueba testifical se permite, aunque no es frecuente su uso, el testimonio por escrito. La regla es la prestación oral de la declaración, pero sin interrogatorio cruzado; el testigo responde a preguntas del juez ceñidas a hechos precisados en la resolución de admisión, aunque las partes pueden ser autorizadas a formular preguntas complementarias⁶⁴. La declaración de la parte, cuando esa prueba es admisible, es prestada en la misma forma que la del testigo⁶⁵.

⁶³ SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. III,1, f). Se reconoce, en cambio, que esa técnica de registro resolvería los inconvenientes apuntados en el texto: STEIN, F., JONAS, M. y ROTH, H. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pg. 448.

⁶⁴ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 832-834; y, SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. III, 1.

⁶⁵ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 853-860.

b) En la prueba pericial el dictamen ha de ser presentado por escrito, como regla general. Discrecionalmente, el tribunal puede admitir que se presente en forma oral y una declaración oral del perito puede ser ordenada por el tribunal si las partes han pedido aclaraciones o complementos al dictamen escrito, aunque el perito no responderá a interrogatorio cruzado⁶⁶.

2.4. Alegaciones finales y sentencia

2.4.A) En especial, en Derecho francés

La *audience de plaidoires*, muestra de oralidad tradicional del proceso civil francés, determinante de la influencia del *Code* de 1806 en algunas codificaciones europeas, no tiene por objeto la aportación de pretensiones, hechos y pruebas, sino el debate, la argumentación o la discusión sobre lo que ha sido aportado hasta el momento final de admisión de *conclusions*, sobre las *pièces* acompañadas a esos escritos y, en su caso, sobre las pruebas que hayan sido practicadas durante el procedimiento, todo ello en relación con las peticiones que las partes persiguen que la sentencia acoja. Con matices, después de la resolución de cierre de la instrucción, no son admisibles *conclusions*, ni aportación de *pièces* (art. 783 del CPCF)⁶⁷.

⁶⁶ ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 845-846; y, SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. III, 2.

⁶⁷ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile*.

Además de este matizado valor jurídico de la *audience de plaidoires*, hay que resaltar, también, que la ley permite, con mayores o menores condicionamientos, que, en supuestos en que la sentencia deba ser dictada por órgano colegiado, la *audience de plaidoires* se celebre ante el juez que ha estado encargado de la instrucción, que informará a sus colegas en la deliberación, o, incluso, que los abogados pidan que se dicte sentencia sin *audience de plaidoires*⁶⁸.

En procedimientos que la ley establece que son orales, la reforma citada de 2010 permite que el juez autorice a las partes a sustituir su intervención oral por la presentación de un escrito⁶⁹.

La sentencia es, en todo caso, escrita⁷⁰. La norma de que la sentencia solo puede ser dictada, o solo puede participar en su deliberación y votación – de ser colegiado el órgano que la dicta –, el juez ante el cual haya sido debatido el asunto (arts. 432, 444 y 447 del CPCF) parece destinada a

Droit..., pgs. 835-842, 900 – similarmente cuando no hay clausura formal de la instrucción –.

⁶⁸ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pgs. 843-847, 901; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 499-506 y 699-701.

⁶⁹ CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pg. 500, califican comprensiblemente esta previsión como “surprenant”.

⁷⁰ GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit...*, pg. 1054; y, CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pg. 556.

garantizar la intermediación personal, pero es discutible que realmente lo sea atendido cómo se ha practicado la prueba y la posibilidad, antes mencionada, de que la *audience de plaidoires* no tenga lugar ante el órgano colegiado, sino ante uno solo de sus integrantes.

2.4.B) En especial, en Derecho italiano

La forma de las alegaciones finales de las partes y, en algún supuesto, de la sentencia, depende de la clase de procedimiento y de la de órgano jurisdiccional que debe dictarla. En todo caso, hay que resaltar que esas alegaciones no pueden ampliar los materiales introducidos en el proceso hasta los momentos preclusivos establecidos en etapas anteriores⁷¹.

a) Si se sigue *processo ordinario*, y la sentencia debe ser dictada por órgano colegiado, el *giudice istruttore* señala audiencia para precisión de las *conclusioni* – concretas peticiones que se someten a sentencia considerando el resultado de la actividad instructoria realizada –. Después de esa audiencia, la causa es elevada al órgano colegiado y, además, se abren dos plazos para cada parte para presentación de *memorie conclusionali* y *repliche* a las de la contraparte, actos escritos justificativos de las *conclusioni* mantenidas. Las partes pueden pedir, adicionalmente, que la causa sea debatida en audiencia ante el órgano colegiado.

⁷¹ SASSANI, B. *Lineamenti del processo...*, pgs. 382-383; y, BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pg. 377.

Tras la deliberación y votación, en la que solo pueden participar los jueces que hubieran asistido a esa audiencia de discusión, la sentencia será escrita y firmada⁷².

b) Si el *processo ordinario* ha de terminar por sentencia de juez unipersonal las alegaciones finales pueden realizarse en tres formas distintas. La primera es la que ya se expuso en caso de sentencia por órgano colegiado. La segunda introduce en esos trámites la ligera variante de sustituir las escritas *memorie de replica* por una audiencia de discusión ante el juez. En la tercera, si el juez considera en la audiencia de precisión de las *conclusioni* que está en condiciones de sentenciar ordena la discusión oral de la causa en la misma audiencia o en otra siguiente y, al terminar, pronuncia la sentencia que se hace constar por escrito en el acta⁷³.

c) En el *processo del lavoro*, al terminar la práctica de prueba en la audiencia, el juez invita a las partes a precisar *conclusioni* de forma oral y a discutir la causa de la misma forma. Solo excepcionalmente puede autorizar *note difensive* escritas. Al final de la audiencia, el juez debe pronunciar la parte decisoria de la sentencia, que se documenta en el acta, y, en principio, también las razones de hecho y

⁷² SASSANI, B. *Lineamenti del proceso...*, pgs. 381-389; BIAVATI, P. *Argomenti di Diritto...*, pg. 379-380; y MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A. *Corso di Diritto...*, pgs. 103-108 y 197-200.

⁷³ SASSANI, B. *Lineamenti del processo...*, pgs. 395-398; BIAVATI, P. *Argomenti*, cit., pg. 397; MANDRIOLI, C. *Corso, II...*, pgs. 115-116.

derecho, que se hacen del mismo modo, aunque es posible que demore la motivación escrita por la complejidad de la causa⁷⁴.

2.4.C) En especial, en Derecho alemán

Al acabar la práctica de la prueba en la audiencia, el tribunal ha de debatir de nuevo el asunto con las partes, incorporando al debate, en esta oportunidad, la toma en consideración de los resultados de la prueba practicada (§ 279 III del ZPO)⁷⁵.

Las sentencias son escritas, pero no todas las partes son redactadas y comunicadas simultáneamente. La fórmula de sentencia (*Formel*) – es decir, el fallo o los pronunciamientos del tribunal – debe estar escrita antes de su publicación, salvo las sentencias que se dictan en rebeldía, por desistimiento-renuncia y por allanamiento-reconocimiento. La motivación puede ser redactada con posterioridad⁷⁶.

⁷⁴ BIAVATI, P. *Argomenti*, cit., pgs. 554-556; y, SASSANI, B. *Lineamenti del proceso...*, pgs. 623-624.

⁷⁵ STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2008), pgs. 568-569.

⁷⁶ *Ibidem*, pgs. 1055-1057 y 1096-1102.

3. UNA APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS RECTORES DE LA OPCIONES NORMATIVAS SOBRE LAS FORMAS DE LOS ACTOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESO CIVIL

Los criterios que condicionan, o que orientan, las opciones normativas sobre la forma oral o escrita de los actos procesales singulares o sobre el grado de presencia de esas formas en los diferentes procedimientos son de naturaleza muy diversa.

En primer lugar, se hallan las garantías fundamentales del proceso, que deben ocupar una posición preeminente dado que la forma se halla por su propia calidad al servicio de las garantías. Además, en muchos casos, esas garantías tienen un especial valor normativo por estar formuladas en textos constitucionales o en convenios internacionales sobre derechos fundamentales.

Sin embargo, las garantías procesales fundamentales no imponen, ni excluyen, en términos absolutos, una u otra forma para la actividad procesal. Las garantías funcionan como marco para las opciones sobre las formas de los actos y de los procedimientos, porque esas opciones en ningún caso podrán desconocer o menoscabar el contenido esencial de las garantías. Trataremos de estas cuestiones en el siguiente apdo. 3.1.

Dentro de ese marco, un criterio razonable⁷⁷ para optar entre las diferentes formas y sus combinaciones es el de la eficiencia del proceso; del proceso civil, en nuestro caso. La eficiencia del proceso expresa una relación entre, por un lado, el fin del mismo y los grados de calidad con los que puede ser alcanzado, y, por otro lado, los costes que origina el proceso, incluidos los que derivan de su duración. Por lo demás, el criterio de eficiencia no es solo, al menos en alguna de sus facetas, un criterio de política jurídica, sino que tiene valor normativo. Es el caso del derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable (art. 6.1 del CEDH; art. 8.1 de la CADH; art. 47 de la CDFUE) o a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE).

No obstante, por más que el criterio de eficiencia pueda considerarse acertado, encuentra obstáculos muy importantes y, además, puede resultar en exceso genérico.

⁷⁷ Un criterio continúa siendo necesario incluso en aquellos ordenamientos en los que la propia Constitución ya ha expresado la opción por la forma procedimental de oralidad. Ese es el caso del art. 120.2 de la CE, que dispone que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Como puede apreciarse el constituyente no cerró toda posibilidad de elección al legislador ordinario en materia de la forma de los actos y de los procedimientos del proceso civil, sino que dejó abierta una gradualidad. Por otra parte, la interpretación sistemática del precepto con los que reconocen derechos fundamentales en materia de justicia y, entre ellos, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, imponen la introducción de componentes de escritura.

Los obstáculos derivan de los propios términos que este criterio pone en relación.

Podremos convenir, de entrada, en que el fin del proceso civil no es simplemente dar una solución, cualquiera sea la misma, a la controversia existente entre las partes, sino en darle una solución correcta, acertada y justa⁷⁸. Pero lo que resulta más problemático es encontrar la manera de evaluar si ese fin se consigue, y con qué grado de calidad, en función de cuál sea la ordenación del proceso, en particular la de los aspectos formales del mismo⁷⁹.

El otro término de la relación (coste y duración del proceso) parece más objetivable, pero los elementos que forman parte de este término en referencia son muy complejos en sí mismos, y también es compleja la conexión o dependencia que los mismos pueden tener con una determinada ordenación del proceso civil⁸⁰.

⁷⁸ TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 187-188.

⁷⁹ Algunas indicaciones sobre esa dificultad de evaluación en ORTELLS, M. “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Ius et Praxis...*, pgs. 645-647.

⁸⁰ Para un apunte sobre la complejidad de los costes relacionados con el proceso civil, ORTELLS, M. “Efficiency of civil justice and appeals system: the Spanish reforms in the European context”, *Recent trends in...*, pgs. 172-175.

En definitiva, no es fácil llegar a conclusiones precisas sobre lo que influye en que un proceso civil sea más o menos eficiente. Una institución con la capacidad de acopio de datos y de valoración de los mismos como la CEPEJ, tras un trabajo de ocho años sobre eficiencia y calidad de la justicia en los sistemas judiciales europeos, ha reconocido que: *It is understood that these various issues deserve to be further studied, within the framework of an in-depth analysis that the CEPEJ will carry out in a second phase of this evaluation process*⁸¹.

En segundo lugar, relacionar las formas de actos procesales y procedimientos con la eficiencia del proceso civil en general, resulta excesivamente genérico. Es más útil analizar qué formas son las más idóneas para la mayor eficiencia de las diversas clases de actos procesales, atendida la finalidad de los mismos; qué formas son las más adecuadas para que los diversos procedimientos sean más eficientes, atendidas las clases de actos que los componen por las diferentes necesidades de debate y de prueba que plantea el asunto litigioso al que es aplicable cada procedimiento; en fin, valorar la eficiencia de un sistema de justicia civil, en atención, entre otros factores, a que tiene previstos procedimientos con diferentes formas, que son las más adecuados para los diferentes tipos de litigios.

⁸¹ The European Commission for the Efficiency of Justice. European judicial systems. *Edition 2012 (Data 2010). Efficiency and quality of justice.* CEPEJ Studies, n.º 18, 2012, pg. 385: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/textes/default_en.asp

A pesar de la dificultad de evaluar con precisión la incidencia de las formas sobre la eficiencia y aunque un programa tan exigente como el enunciado en el párrafo anterior no puede ser exhaustivamente cumplido en un escrito de esta naturaleza, la exposición de los apdos. 3.2 y 3.3 pretende ser una aproximación a ese modo de evaluar cuáles son las formas más adecuadas para la actividad procesal.

3.1. La prioridad de las garantías fundamentales del proceso civil y las exigencias que derivan respecto de las formas del procedimiento

Textos fundamentales de ámbito interno e internacional incluyen, en algunos supuestos, normas sobre la forma del procedimiento, y, casi siempre, derechos respecto de la duración razonable del proceso⁸². Volveremos sobre estos dos aspectos en los apdos. 3 y 4 de este trabajo. El objetivo de este apartado es mostrar cómo las garantías procesales fundamentales, a cuyo servicio están las formas de los actos y de los procedimientos, son compatibles con las diversas formas y resaltar qué es lo que requiere esa compatibilidad respecto de cada forma.

⁸² Art. 8.1 del PIDCP – publicidad con excepciones –; art. 6.1 del CEDH, art. 47, II de la CDFUE – publicidad con excepciones; plazo razonable –; art. 8.1 de la CADH – plazo razonable–; arts. 24.2 y 120 de la CE – sin dilaciones indebidas, publicidad con excepciones, oralidad predominante –.

3.1.A) Las garantías fundamentales se tienen ante y respecto de un tribunal y del ejercicio de su específica potestad (la potestad jurisdiccional)

La que podemos denominar garantía jurisdiccional es básica respecto de todas las garantías que consideraremos a continuación. Estas garantías las ostentan las personas frente, o con respecto, a unos órganos específicos del poder público y en cuanto estos son los que ejercen (los únicos que pueden ejercer) una potestad jurídico-pública también específica: los tribunales de justicia investidos de la potestad jurisdiccional.

Esta garantía no solo implica ciertos requisitos del juez – independencia, imparcialidad, predeterminación por ley –, sino también que un juez – quien responda a las características para ser tenido por tal en un ordenamiento – sea el real destinatario de las diversas aportaciones de las partes y de otros sujetos procesales que conforman la actividad procesal, sea el director de esa actividad – con una amplitud que puede ser diferente según ordenamientos – y, obviamente, sea quien esté investido de la potestad de dictar sentencia.

Lo que importa para la satisfacción de esta garantía es que sea el juez quien, de verdad, ostente y ejerza esos poderes. Eso se producirá, si las normas así lo establecen y son cumplidas, tanto si la forma de la actividad procesal mediante la que juez y partes se relacionan es escrita, como si es oral. En el primer caso, el juez tendrá el deber de

considerar el contenido de los “autos”, del “expediente”. Si la forma es oral, será necesario que el juez esté presente – hay que pensar que atentamente – durante el desarrollo de la actividad procesal.

Es cierto que, si pasamos del plano normativo al plano del cumplimiento real, cabe constatar que la forma escrita facilita de hecho el distanciamiento del juez respecto del desarrollo del proceso, que tiende a ser controlado por el personal auxiliar del tribunal, salvo las resoluciones de dirección procesal más importantes y, obviamente, la emisión de la sentencia⁸³. No obstante, esta no es una inevitable consecuencia de la forma escrita de los actos, sino una posible perversión de la misma.

3.1.B) La garantía de acceso a los tribunales

Varios de los textos normativos básicos (art. 10 de la DUDH; art. 14.1 del PIDCP; art. 8.1 de la CADH; art. 6.1 del CEDH) formulan la declaración de que toda

⁸³ ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 231-232; PRIETO, L. “Precisiones sobre oralidad y escritura”, *Estudios y comentarios...*, pg. 88; SERRA, M. “Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)”, *RDProIberoam...*, pg. 526; ALMAGRO, J. “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Justicia...*, pg. 21; y, VÁZQUEZ, J. L. “La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 259-261.

persona tiene derecho a ser oída por el tribunal para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil (o de otra naturaleza no penal).

El sentido de esta declaración comprende tanto la posición de la persona que insta la actuación de los tribunales, mediante una pretensión de tutela jurisdiccional relativa a aquella clase de derechos – y mediante otras aportaciones dirigidas a obtener su concesión –, como la posición de la persona frente a la que esa pretensión ha sido formulada y que, por consiguiente, tiene derecho a ser oída, a participar en el proceso con diversas aportaciones, para influir en la determinación de sus obligaciones, que, como resultado del proceso, realizará el tribunal.

En este apartado no me refiero a este significado más amplio de la que podemos llamar garantía de audiencia en justicia – del que trataré en los apdos. 3, 1, C) y D) –, sino a una garantía más específica, incluida en la anterior, pero que, en diversos textos normativos básicos, se formula de modo separado: el derecho a interponer una pretensión de tutela ante los tribunales, que dará origen a un proceso, en el que se resolverá sobre ella, con respeto al conjunto de garantías que aquí consideramos. Se trata del derecho a un recurso efectivo, al que se refieren el art. 8 de la DUDH y el art. 25 de la CADH, aunque limitadamente a la protección de los derechos fundamentales, y, sin esa limitación, del derecho a la tutela judicial efectiva (de los arts. 24 de la CE y 47 de la CDFUE). Este tratamiento separado se justifica

también, según veremos, por la mutuas implicaciones entre esta garantía y la forma del acto en el que se formula la pretensión de tutela.

En síntesis, esta garantía⁸⁴:

1.º) Comprende el derecho a plantear la pretensión ante los tribunales y a que estos deban pronunciarse sobre ese planteamiento, aunque sea en el sentido de inadmisión.

2.º) Además, incluye el derecho a que el tribunal se pronuncie sobre la pretensión misma, estimándola o desestimándola, siempre que hayan sido cumplidos los requisitos de los que las leyes procesales hacen depender la prosecución del proceso, hasta su terminación por sentencia, y la admisión de un pronunciamiento de fondo⁸⁵.

⁸⁴ Puede ampliarse la información en ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 137-141; PICÓ, J. *Las garantías constitucionales...*, pgs. 45-53; y, BONET, A. “El acceso a la justicia”, *Justicia: poder y...*, pgs. 95-118.

⁸⁵ Tales requisitos procesales no han de ser de imposible cumplimiento, absurdos o de cualquier otro modo contrarios a las normas fundamentales que establecen la garantía de acceso a los tribunales para obtener tutela judicial. Tratando este tema, con pronunciamientos en diferentes sentidos, pueden verse algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): Caso *Markovic y otros contra Italia*. Sentencia de 14 de diciembre de 2006; Caso *Gorraiç Lizarraga y otros contra España*. Sentencia de 27 de abril de 2004; Caso *Frydlander contra Francia*. Sentencia de 27 de junio de 2000; Caso *R. contra Bélgica*. Sentencia de 27 de febrero de 2001; Caso *Pellegrin contra Francia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1999; Caso *Al-Adsani contra*

Uno de los requisitos puede ser que la actividad procesal de la parte sea realizada por un profesional del Derecho, por un abogado. De los cuestiones que esto plantea en el tema tratado nos ocuparemos en el apartado 3, 1, E).

3.º) En fin, la garantía requiere que el pronunciamiento judicial sea motivado, que exponga las razones que justifican el sentido de la decisión⁸⁶.

¿Impone esta garantía una forma determinada para el acto procesal, o los actos procesales, mediante el que se pretende una tutela judicial, dando lugar al inicio del proceso? ¿La impone para el acto del juez que resuelve sobre la pretensión de tutela?

La función que estos actos cumplen en el proceso requiere que exista una constancia precisa y permanente de la tutela que ha sido pretendida y de lo que ha sido resuelto sobre tal pretensión. Estos resultados pueden alcanzarse tanto con la inmediata elaboración escrita de los actos correspondientes, como mediante la inicial formulación oral de los mismos, porque la oralidad no

Reino Unido. Sentencia de 21 de noviembre de 2001; Caso *Mc Elhinney contra Irlanda*. Sentencia de 21 de noviembre de 2001; y, Caso *Osman contra Reino Unido*. Sentencia de 28 de octubre de 1998.

⁸⁶ Sobre la relevancia de la motivación, y para el ámbito americano, véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, n.º 147-164; Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, n.º 118-122, 131-139.

excluye que los contenidos que se expresan en esa forma sean posteriormente documentados y, además, con diferentes grados de detalle en esa documentación.

3.1.C) La garantía de la contradicción

La garantía de la contradicción se expresa en los textos fundamentales como derecho a ser oído por el tribunal con justicia (art. 10 de la DUDH), con las debidas garantías (art. 14.1 del PIDCP; art. 8.1 de la CADH), equitativamente (art. 6.1 del CEDH; art. 47 de la CDFUE). En la CE encontramos su formulación en el art. 24: en su párr. 1, cuando prohíbe situaciones de indefensión; en su párr. 2, tanto de un modo genérico (derecho a un proceso con todas las garantías), cuanto de un modo específico, al establecer unos componentes parciales del principio no limitados al proceso penal.

La garantía asiste a los que pueden ser afectados por la cosa juzgada de la sentencia, por su eficacia ejecutiva o por sus efectos de otra naturaleza⁸⁷, sea cual sea la posición que ocupen en el proceso (actor o demandado)⁸⁸.

⁸⁷ GRUNSKY, W. *Grundlagen des Verfahrensrecht...*, pgs. 227-232; TROCKER, N. *Processo civile e...*, pgs. 423-448; SCHLOSSER, P. “Urteilswirkung und rechtliches Gehör”, *Juristenzeitung...*, pgs. 431-437; WOLF, M. “Rechtliches Gehör und die Beteiligung Dritter am Rechtstreit”, *Juristenzeitung...*, pgs. 405-409; y, ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 166-167.

⁸⁸ CHIAVARIO, M. *Processo e garanzia...*, pg. 74; y, CADIET, L., NORMAND, J. y AMRANI, S. *Théorie générale du...*, pgs. 628-633.

La garantía consiste, en primer lugar, en una posibilidad efectiva y real de llevar a cabo las actividades que luego veremos. Basta, ciertamente, con la posibilidad, pero esta no debe ser ficticia o formal, ni de difícilísimo aprovechamiento⁸⁹. Un completo análisis de la efectividad de los procedimientos de notificación y de la suficiencia de plazos y términos para la realización de las actividades procesales es evidente que no puede ser aquí asumido. Pero debe señalarse que una disciplina tan formal como la que se ocupa de ello puede comprometer la vigencia de la garantía de contradicción y que considerada como un tema en el que se manifiestan las tensiones entre el respeto a esta garantía y la exigencia de un funcionamiento ágil del proceso, viene a adquirir una importancia trascendental⁹⁰.

Esa efectiva posibilidad ha de proyectarse, en primer término, sobre la adquisición de conocimiento de lo que constituye el objeto del proceso y de los materiales fácticos y jurídicos que pueden incidir en la resolución sobre ese objeto. Este conocimiento es el necesario presupuesto para una puesta en práctica eficaz de los demás contenidos de la contradicción que después mencionaremos. La adquisición de conocimiento ha de referirse tanto a las

⁸⁹ TROCKER, N. *Processo civile e...*, pgs. 465-505; y, CADIET, L., NORMAND, J. y AMRANI, S. *Théorie générale du...*, pgs. 643, 648.

⁹⁰ Puede ampliarse la información sobre esto en PICÓ, J. *Las garantías constitucionales...*, pgs. 53-58; y, BONET, A. “El acceso a la justicia”, *Justicia: poder y...*, pgs. 54-59. Véase, además, del TEDH, Caso *Cañete de Goñi contra España*. Sentencia de 15 de octubre de 2002.

aportaciones de la contraparte, cuanto a los resultados de una actividad de investigación oficial si la ley establece esta última. También es consistente con el principio de contradicción que, con carácter previo al ejercicio de los poderes de oficio que la ley confiera al juzgador, este deba poner a debate la posibilidad de ejercitarlos, y el modo de hacerlo, en el caso concreto⁹¹.

El paso de esa situación de conocimiento al ejercicio de influencia sobre la resolución que vaya a dictarse, implica, como contenido mínimo, la posibilidad de formular alegaciones de hecho y de derecho acompañadas de las correspondientes peticiones⁹². Las alegaciones pueden referirse – han de poder referirse – tanto a la admisibilidad del pronunciamiento sobre el fondo, como al sentido (estimatorio o desestimatorio) de ese pronunciamiento.

Una mayor intensidad en la influencia sobre la resolución la supone la posibilidad de probar las alegaciones formuladas y de intervenir en la práctica de pruebas propias, de la contraparte y de las acordadas de oficio por

⁹¹ CADIET, L., NORMAND, J. y AMRANI, S. *Théorie générale du...*, pgs. 645-648; y, ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 169-172.

⁹² Sobre este contenido de la garantía de contradicción: TEDH: Caso *Súsanna Rós Westlund contra Islandia*. Sentencia de 6 de diciembre de 2007; Caso *Mc Michael contra Reino Unido*. Sentencia de 24 de febrero de 1995. ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 172-173; PICÓ, J. *Las garantías constitucionales...*, pgs. 95-96; y, CADIET, L., NORMAND, J. y AMRANI, S. *Théorie générale du...*, pg. 644.

el juez. Este aspecto de la garantía de la contradicción⁹³ plantea diversos problemas, por lo que conviene darle un tratamiento separado.

Una última cuestión es el régimen temporal de las posibilidades que integran el contenido de la garantía de contradicción. Será fácil convenir, al menos, en que sería contrario a la esencia del proceso que este se convirtiera en una actividad interminable, en una cadena sin fin de acciones y reacciones de las partes ante cualquier elemento relevante para la sentencia. Consiguientemente no es contrario al contenido esencial de la garantía de la contradicción que la ley discipline el ejercicio de las posibilidades que comporta, sometiéndolas a un régimen temporal que estimule la diligencia de los titulares de la garantía. Ese régimen temporal es diverso. Hay ordenamientos que optan por establecer plazos legales preclusivos para aprovechar las posibilidades de contradicción, aunque también establecen reglas que permiten al juez no aplicar la preclusión por causas justificadas. Otros prefieren habilitar al juez, con un acotamiento más o menos intenso de sus potestades, para establecer una solución justa de las concretas situaciones de tensión entre la garantía de contradicción y el desarrollo y terminación temporalmente adecuados del proceso. En fin, se pueden establecer etapas procesales en

⁹³ TROCKER, N. *Processo civile e...*, pgs. 510-517; ALMAGRO, J. “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Justicia...*, pgs. 33-34; ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pg. 73; y, CADIET, L., NORMAND, J. y AMRANI MEKKI, S. *Théorie générale du...*, pgs. 647-648.

las que las partes, que deberán haber sido suficientemente preavisadas, tendrán la posibilidad y la carga de realizar determinadas aportaciones.

La garantía de contradicción es compatible tanto con la forma escrita como con la oral del procedimiento. Lo decisivo es que la ordenación del mismo sea tal que, en definitiva, la garantía sea respetada.

En ese sentido, es común a todas las formas, por un lado, la efectividad del acto de comunicación por el que se llama al demandado al proceso, así como de los actos mediante los que se ponen en conocimiento de las partes los materiales relevantes para la resolución, y, por otro, la previsión de plazos suficientes para que las partes preparen y realicen sus aportaciones.

Presupuesto lo anterior, en un procedimiento escrito las formas de puesta en conocimiento son variadas: traslado o puesta a disposición de otro modo, de copias de los actos escritos de la contraparte y, en su caso, de los documentos acompañados, lo mismo respecto de las resoluciones del tribunal, la entrega temporal de los autos y la puesta de manifiesto de los mismos en la secretaría del tribunal por un cierto plazo.

La realización de la garantía de contradicción en un procedimiento oral se produce de modo más ágil que en uno escrito, al menos a primera vista. La simultánea presencia de las partes en las sesiones del juicio en el que se introduce todo el material procesal, permite una

inmediata toma de conocimiento y una también inmediata posibilidad de intervención. No obstante, para que esto sea así y, al mismo tiempo, la parte no vea mermada la eficacia de su defensa por tener que reaccionar ante cuestiones que la sorprendan, esa actividad oral ha de haber sido suficientemente preparada con anterioridad. Por otro lado, respecto a aquellos materiales que por su naturaleza – p. e., práctica de pruebas por auxilio judicial o por delegación – no han sido producidos en la propia audiencia, hay que establecer alguna previsión que posibilite advertir que dichos materiales serán tenidos en cuenta para dictar la sentencia, con el objeto de llamar la atención de las partes y provocar sus manifestaciones al respecto.

3.1.D) La garantía de la contradicción (sigue): el derecho a la prueba

La garantía de contradicción comprende – como se anticipó – el derecho a influir en el resultado del proceso mediante la prueba. En derecho español este alcance de la garantía se proclama expresamente por el art. 24.2 de la CE: “derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”⁹⁴.

La relación entre el derecho a la prueba y la forma de la actividad procesal a la que da lugar su ejercicio aconseja distinguir los diversos actos necesarios para la realización de la prueba.

⁹⁴ Vid. PICÓ, J. *Las garantías constitucionales...*, pgs. 143-151; y, *El derecho a la...*, pgs. 145-156.

Respecto de la forma de los actos de proposición y admisión de medios de prueba, y en su caso, los de preparación de la práctica de los mismos, la observación de más interés es la de que la utilización de la forma oral puede dificultar, salvo que vaya acompañada de una adecuada documentación, la actividad de preparación de la práctica de algunos medios de prueba⁹⁵.

La actividad que subsigue es la de práctica de los medios de prueba. Desde el punto de vista de la mayor calidad de los resultados probatorios, por una más perfecta valoración de la prueba practicada, podría decirse que para la de los medios de prueba consistentes en declaraciones personales – incluso para la pericial, por la posibilidad de obtener explicaciones complementarias o aclaratorias de un informe escrito – resulta más adecuada la forma oral. Pero ahora no se trata de apreciar la mejor adecuación, sino de comprobar si esa clase de medios de prueba solo tolera una práctica según las reglas de la oralidad. La conclusión ha de ser negativa porque, en esencia, lo que importa es aprovechar la capacidad informativa de la parte o del testigo (o del perito), lo que – particularmente si concurren circunstancias que no facilitan la oralidad – puede obtenerse suficientemente mediante una documentación fehaciente de la declaración del sujeto de la prueba.

⁹⁵ Por ejemplo, para que pueda practicarse eficazmente la citación judicial de testigos será necesario suministrar una serie de datos detallados, que pueden constar más fácil y seguramente por escrito; similarmente ocurre con la descripción de documentos y objetos de los que se pide al tribunal que expida requerimientos de aportación.

3.1.E) La garantía de la igualdad de las partes en el proceso:
igualdad de las posiciones jurídicas procesales y
condiciones reales de igualdad

Debo puntualizar, especialmente al tratar de la garantía de la igualdad⁹⁶, que mis reflexiones se centran en las garantías y en las formas del procedimiento del proceso de declaración, y no en las del proceso de ejecución⁹⁷. La garantía de la igualdad se formula en algunos textos normativos básicos de modo muy expreso (art. 10 de la DUDH, art. 14.1 del PIDCP), mientras que en otros textos hay que entenderla incluida en la referencia a que la audiencia debe ser “equitativa” (art. 6.1 del CEDH, art. 47 de la CDFUE) o a que el proceso, al que se tiene derecho, debe ser un proceso “con todas las garantías” (art. 24.2

⁹⁶ Esta garantía se formula en algunos textos normativos básicos de modo muy expreso (art. 10 de la DUDH, art. 14.1 del PIDCP), mientras que en otros textos hay que entenderla incluida en la referencia a que la audiencia debe ser “equitativa” (art. 6.1 del CEDH, art. 47 de la CDFUE) o a que el proceso, al que se tiene derecho, debe ser un proceso “con todas las garantías” (art. 24.2 de la CE, al que hay que añadir el reconocimiento de la igualdad en el art. 14) o “con las debidas garantías” (art. 8.1 de la CADH).

⁹⁷ Las razones son dos: primera, en el proceso de ejecución la forma procedimental de la oralidad no es adecuada; segunda, solo en el proceso de declaración las garantías que hemos considerado hasta ahora van acompañadas de la garantía complementaria de la igualdad. Para una ampliación de estas consideraciones, ORTELLS, M., y otros. *Derecho procesal civil...*, pgs. 545-548.

de la CE, al que hay que añadir el reconocimiento de la igualdad en el art. 14) o “con las debidas garantías” (art. 8.1 de la CADH).

La igualdad de las partes implica que toda persona tenga iguales posibilidades de acceso a los tribunales, para disponer de una *chance* igual de reconocimiento y tutela de los derechos e intereses que haga valer ante ellos; es decir: igualdad de trato en cuanto a la concesión de los derechos de acceder al proceso, formulando pretensiones de tutela, y de defenderse frente a las mismas. Requiere, después, a proceso iniciado, que las partes, situadas ante un juez imparcial, tengan iguales posibilidades y derechos, estén sometidas a las mismas cargas y se reparta entre ellas de modo igualitario el riesgo de resultado del proceso⁹⁸.

Aparte del significado estrictamente jurídico de la igualdad también es relevante examinar si las condiciones reales – personales, sociales y económicas – en las que se halla la persona a la que el ordenamiento reconoce la igualdad jurídica, pueden incidir negativamente en

⁹⁸ BÖTTICHER, E. *Die Gleichheit für...*, pgs. 9-20; STEIN, F., JONAS, M. y BREHM, W. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, pg. 105; STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D. *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, (Ed. 2004), pgs. 51-52; y, PRIETO, L. *Tratado de Derecho...*, pg. 8. Sobre desigualdades jurídicas de las partes en el proceso, véanse, TEDH: Caso *Kress contra Francia*. Sentencia de 7 de junio de 2001; y, Caso *Mc Michael contra Reino Unido*. Sentencia de 24 de febrero de 1995.

la eficacia de esta y de qué modo puede corregirse esa incidencia. Esta cuestión plantea problemas de diferente complejidad:

1.º) El carácter preceptivo de la actuación de un profesional del Derecho para defender directamente ante el tribunal la posición procesal de las partes contribuye, por un lado a reducir la incidencia de las desigualdades naturales de las partes, pero, por otro, da ocasión para que incida la desigualdad socioeconómica, porque no todos los justiciables disfrutan de una situación económica que les permita atender a la retribución de estos profesionales. El tratamiento de esta manifestación de desigualdad no es solo jurídico, sino que requiere una prestación del Estado, un servicio de defensa jurídica gratuita⁹⁹.

2.º) Mucho más compleja es la apreciación de que el conjunto de la ordenación de un proceso civil puede situar en estado de desigualdad real a la parte económicamente menos potente. Se establece, en ese sentido, una afinidad entre procedimiento escrito y amenaza a la igualdad real de las partes, que se evitaría con un procedimiento oral¹⁰⁰.

⁹⁹ El derecho a este servicio viene establecido, en el máximo nivel normativo, por varios textos básicos (arts. 119 de la CE y 47 de la CDFUE). ORTELLS, M. *Introducción al Derecho...*, pgs. 177 y 181-182; PICÓ, J. *Las garantías constitucionales...*, pgs. 59-60; y BONET, “El acceso a la justicia”, pgs. 74-77.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, M. *Giustizia e società...*, pgs. 226, 237-266; TROCKER, *Processo civile e...*, pgs. 295-299, 308; KERN, E. y WOLF, M. *Gerichtsverfassungsrecht...*, pgs. 177-178 y 182; WASSERMANN, R. *Der soziale Zivilprozess...*, pgs. 188-192; y ORTELLS, M. *Introducción*

De vuelta al planteamiento que se desarrolla en este apartado, la cuestión es si la garantía de igualdad de las partes impone una determinada forma del procedimiento.

De entrada debo apuntar que no me parece correcto intentar responder a esta cuestión desde la perspectiva de una apreciación genérica según la cual una determinada forma procedimental, la forma escrita, contribuye a acrecentar la incidencia de las condiciones de desigualdad real de las partes. Creo que esa consecuencia no solo se debe a la forma escrita predominante en un procedimiento, sino principalmente a la regulación inadecuada de la asistencia jurídica gratuita – más frecuentemente, a su deficiente aplicación, que depende de una suficiente dotación presupuestaria –, a una ordenación carente de normas destinadas a evitar dilaciones indebidas, y a una regulación restrictiva de la tutela judicial provisional y de la ejecución provisional de las sentencias.

Una cuestión pertinente sí que sería, en cambio, la de si existe una implicación necesaria entre igualdad de las partes y formas de los actos en el sentido de que los pares dialécticos de los actos de parte (por ejemplo: demanda-contestación, interposición de recurso-oposición al mismo) deban estar sujetos a la misma forma para que no se genere desigualdad entre ellas.

al Derecho..., pgs. 181-182.

Puede ser útil descender a un ejemplo concreto. En una reforma de la casación civil española – la de 1992 – fue eliminada la vista preceptiva ante la sala y se estableció la forma escrita para el acto de oposición al recurso. Hubo autores que justificaron esta reforma precisamente en la igualdad de las partes, porque, con la escritura, el acto de oposición adquiriría las ventajas de la reflexión, mayor precisión y fijeza que, hasta el momento, solo tenía el acto de interposición del recurso¹⁰¹.

En mi opinión, lo que afecta a la esencia de la igualdad es tener una oportunidad de respuesta efectiva ante el tribunal frente al acto de la contraparte. El componente psicológico, que subyace a la apreciación que acabo de mencionar, es difícilmente ponderable para concluir si resulta afectada la esencia de la igualdad. En efecto, analizando esa misma reforma, otros juristas con buen conocimiento de la práctica judicial, apuntaron, por el contrario, que la forma oral era más ventajosa, porque permitía constatar que el conjunto de los magistrados de la Sala adquirirían conocimiento de los materiales del recurso, evitando el riesgo de que ese conocimiento quedara limitado, de hecho, al magistrado ponente¹⁰².

¹⁰¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, *La nueva casación...*, pgs. 129-130; GULLÓN, B. “Algunas observaciones sobre la reforma del recurso de casación”, *La nueva casación...* pgs. 176-177; y, GONZÁLEZ, N. “El recurso de casación”, *Los recursos en el...*, pgs. 605-606.

¹⁰² SERRA, M. “Del recurso de casación”, *La reforma de los...*, pgs. 282-283; y, ALMAGRO, J. “Luces y sombras del recurso de casación

3.1.F) La garantía de la publicidad

Se sabe que la garantía de la publicidad significa que el procedimiento debe ser regulado de modo que el público en general – no solo las partes, cuyo derecho a conocer los contenidos procesales es uno de los componentes de la garantía de contradicción – pueda adquirir conocimiento del desarrollo del proceso y de su contenido.

En algunos textos normativos fundamentales, la garantía de publicidad se establece con independencia de que, en el mismo texto, se haga o no una opción por una determinada forma del procedimiento (arts. 10 de la DUDH, 14.1 del PIDCP, 6.1 del CEDH, 47 de la CDFUE). En otros textos, sin embargo, la garantía de publicidad se formula junto con una opción matizada por la oralidad procedimental (arts. 24 y 120 de la CE).

Por la naturaleza de las cosas, la publicidad general es difícilmente practicable en un procedimiento escrito. La antigua LEC española de 1881 establecía la publicidad para las diligencias de prueba y para las vistas (art. 313 de la LEC/1881). Pero podía dudarse de la efectividad de la norma, especialmente en cuanto a las pruebas, porque la dispersión temporal con la que se practicaban hacía difícil que el público pudiera presenciar el conjunto de la actividad probatoria¹⁰³.

civil reformado”, *La nueva casación...*, pg. 150.

¹⁰³ Dejando aparte que las diligencias de prueba no eran, de hecho, practicadas en audiencia pública, sino ante el secretario judicial o

Por el contrario, la oralidad implica la posibilidad práctica de realizar el principio de publicidad general, porque la presencia del público en las vistas permite, dado el contenido de estas, formarse una noción suficiente del asunto litigioso y de los datos y medios de prueba importantes para la resolución del mismo.

Este diferente grado de compatibilidad entre la publicidad y las dos formas procedimentales básicas conduce a que se establezca una dependencia muy fuerte entre publicidad y oralidad del procedimiento, en el sentido de que la garantía de la publicidad solo podría ser satisfecha mediante un procedimiento oral¹⁰⁴.

No obstante, sería erróneamente simplificador entender que la garantía de la publicidad orienta por sí sola la decisión legislativa sobre la forma del procedimiento.

un oficial y, como máximo y en caso de problemas en el desarrollo de la práctica, en el despacho del juez.

¹⁰⁴ Así, en el contexto del derecho alemán, GOHM, CH. *Massnahmen zur Beschleunigung...*, pgs. 168-169. En la jurisprudencia del TEDH deben ser consideradas las sentencias de 29 de septiembre de 1999, caso *Serre contra Francia*; 15 de diciembre de 2005, caso *Hurter contra Suiza*; 20 de mayo de 1998, caso *Gautrin y otros contra Francia*. Del análisis de estas sentencias no se deduce que el TEDH entienda que los materiales procesales – en los casos se trataba, en realidad, de procedimientos disciplinarios – deban ser introducidos necesariamente en una audiencia oral, sino más bien que, en el supuesto de esa audiencia esté prevista por las reglas de procedimiento, la misma debe celebrarse con publicidad, salvo que concurran las excepciones del art. 6 del CEDH.

Dejando aparte que puede haber oralidad sin publicidad – en los supuestos previstos por las normas del rango adecuado –, y publicidad sin oralidad – con la técnica, ciertamente engorrosa, de un derecho general de acceso a la documentación judicial; en ocasiones mediante la publicación de algunos actos (por ejemplo, las sentencias) –, las etapas procedimentales orales – con la publicidad facilitada al máximo – coexisten con actividades escritas preparatorias – pero no por ellos menos importantes, porque son imprescindibles para la realización de otras garantías fundamentales – y excepcionalmente sustitutivas de actividades orales – sustitución con la que también se persigue preservar otras garantías fundamentales –.

3.2. Eficiencia y formas de los actos procesales según su función

La primera apreciación de la eficiencia de las diferentes formas ha de referirse a los actos procesales en su individualidad, o, más exactamente, dado que es inevitable generalizar, a las principales clases de tales actos.

3.2.A) La forma más eficiente para la demanda y la contestación

La escritura es la forma más eficiente para la demanda, en cuanto acto de iniciación del proceso y de proposición del objeto del mismo, y que, por las exigencias del principio de contradicción, está destinado a ser comunicado al demandado.

La escritura dota a este acto de una precisión y de una permanencia que son funcionales para la delimitación de la litispendencia, para facilitar que se transmita a la contraparte una precisa información imprescindible con vistas a que pueda preparar su defensa, y para la delimitación de los poderes de dirección y de resolución del juez.

Cuando, excepcionalmente, se establece la forma oral para este acto – normalmente con el fin de facilitar el acceso a la justicia¹⁰⁵ –, en realidad no se prescinde de la escritura, sino que se difiere la formalización escrita, dejándola a cargo del servicio público de justicia¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Normalmente la necesidad de facilitar ese acceso persigue la superación de deficiencias culturales – LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase”, en *Oralidad y escritura...*, pg. 60 –. Paradójicamente la facilitación del acceso a la justicia puede hacer aconsejable la escritura, como ocurre con el régimen del proceso europeo de escasa cuantía, – GASCÓN, F. “Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía”, *Ius et Praxis...*, pgs. 185-188: “la escritura permite evitar desplazamientos a oficinas judiciales radicadas en Estados extranjeros –, y, más en general, en sociedades con un nivel cultural suficientemente elevado en las que, para asuntos judiciales sencillos, al ciudadano le resulta más asequible una tramitación escrita que deber acudir a las oficinas judiciales interrumpiendo su actividad ordinaria”.

¹⁰⁶ TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 188-189.

Consiguientemente, es difícil encontrar una ventaja sustancial de tiempo y coste en la opción por la oralidad. O bien se dedica tiempo antes de presentar la demanda escrita, para decidir su contenido y elaborarla, y se asume – privadamente o como prestación pública de asistencia jurídica gratuita – el coste de la asistencia técnica en esa etapa de preparación, o bien el servicio público de justicia ha de dedicar tiempo a la formalización de una demanda presentada mediante una declaración oral, lo que genera coste público.

Por lo demás, tampoco hay posibilidad de ahorro de tiempo en la actividad de traslado de la demanda al demandado. Dado que ese traslado es esencial para el respeto de la contradicción, dedicar ese tiempo es siempre necesario, sea la forma de la demanda inicialmente escrita u oral. En fin, el tiempo para que el demandado pueda reaccionar ante la demanda, tampoco está justificado que conduzca a duración diferente según la actividad que él puede desarrollar después de la demanda sea escrita u oral. Si es la primera, el plazo será máximo, perentorio, para una contestación escrita; si es la segunda, se garantizará un plazo mínimo, dilatorio, para preparar la defensa que habrá de presentarse en una vista oral. Pero en ambos supuestos la previsión de un tiempo suficiente viene impuesta por el principio de contradicción.

La escritura es, también, la forma más eficiente para el acto de contestación. Una contestación escrita contribuye a definir con precisión y firmeza la reacción del demandado ante la demanda; incluso, si esta ha sido escrita, el principio

de igualdad podría entenderse que apoya esa misma forma para la contestación. En cualquier caso, como cuando la demanda es oral con posterior documentación, la oralidad de la contestación no genera ahorro de costes, porque la documentación la realizará por los servicios de justicia. Tampoco hay ahorro de tiempo, por lo que antes expusimos sobre la misma duración de los plazos perentorios o dilatorios.

Pero, además, concurre una razón específica en favor de la eficiencia de la escritura para la contestación: la fijación precisa de los términos del debate, y, entre ellos, de los hechos controvertidos, que se deduce del contraste de los dos actos escritos iniciales, contribuye a, por lo menos, una primera delimitación del objeto de la prueba, lo que permite a las partes preparar una proposición de prueba ajustada a la necesidad de la misma. No excesiva, con sobrecarga inútil de la actividad preparatoria de las partes. Tampoco insuficiente, lo que podría justificar suspensiones o audiencias adicionales para complementar una prueba cuya deficiencia no sería atribuible a la negligencia de las partes.

3.2.B) Dudas sobre las formas más eficientes para los actos procesales precedentes a la práctica de la prueba

Suscita perplejidad la forma más eficiente para la serie de actos procesales que puede desarrollarse entre la demanda-contestación y la práctica de la prueba, por reunirlos bajo

una referencia temporal, dado que son muy heterogéneas las estructuras de los mismos en derecho comparado¹⁰⁷.

La variedad de esos actos impone una apreciación diferenciada, aunque, en todo caso, muy resumida:

1.º) Si, como es frecuente, está previsto un intento de solución del litigio por acuerdo de las partes y con intervención activa del juez para colaborar en la obtención de ese resultado, la oralidad – el contacto directo entre las partes y el juez que la misma permite –, precedida de un conocimiento suficiente de la controversia posibilitado por la demanda y la contestación escritas, es la forma más adecuada¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Es ilustrativa de esa perplejidad la valoración que hace TARUFFO de la “audiencia previa” de la LEC española de 2000. Por una lado, indica que la oralidad de esa audiencia es un factor de eficiencia, puesto que, si todo lo que debe hacerse durante la misma, tuviera que articularse mediante intercambio de escritos, sería necesario mucho tiempo – TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pg. 191 –. No obstante, si se trata de litigios complejos, pone en cuestión la eficiencia de la oralidad en esta etapa porque no es adecuada para el objetivo de conseguir una sentencia acertada – TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 193-194 –.

¹⁰⁸ LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 72-73 y 78.

2.º) Otros actos posibles en esta parte del procedimiento son el debate y la resolución de cuestiones procesales previas planteadas en la contestación a la demanda. El tratamiento más acertado de estas cuestiones consiste en impedir que el proceso continúe inútilmente, que se proceda a la subsanación si es posible o que termine. Para cualquiera de los dos resultados la forma más eficiente es la que permita un debate y una resolución rápida. Ese requisito lo cumple el examen y la decisión en una audiencia posterior a la contestación, que, además, no infringe el principio de contradicción, porque el demandante ha conocido previamente el planteamiento de la cuestión y ha tenido tiempo para preparar su respuesta.

Ciertamente, también es posible que algunas cuestiones procesales sean planteadas de oficio por el juez o por el demandante – este, respecto de la defectuosa actuación procesal inicial del demandado –. En estos supuestos el debate y resolución en la audiencia respetará la contradicción, pero, según la entidad de la cuestión, las partes o una de ellas pueden objetar la imposibilidad de una suficiente preparación del debate.

3.º) Una tercera clase de actos posibles en este contexto son aquellos mediante los que las partes traten de modificar los diversos contenidos de la demanda y la contestación iniciales.

La eficiencia de la regulación de esta materia no solo tiene que ver con la forma prescrita para los cambios, sino también con la admisión, o no de los mismos, y con su alcance.

De entrada, hay que separar los cambios que impliquen un nuevo objeto del proceso, que ~~altere~~ esencialmente el original o que añadan objetos al mismo. Por coherencia, la forma más eficiente para los actos que generen esta clase de cambios debe ser, y por las mismas razones, la misma que se consideró tal para la demanda y la contestación. La cuestión de la eficiencia sigue abierta respecto de la admisión de cambios de esta entidad y de los límites de esa admisión. Comentaré algo sobre esto en el apdo. 3, 3.

Por otra parte, hay cambios que no tienen la calidad mencionada, pero que introducen datos nuevos relevantes para el resultado final del proceso. Una regulación que cerrará de manera absoluta la introducción de esos cambios después de la demanda y la contestación no sería respetuosa con el principio de contradicción, mediante alegaciones y pruebas, ni sería adecuada para garantizar, en lo posible, una sentencia acertada y justa. Pero una ordenación que admitiera esos cambios incondicionalmente desatendería el otro término de referencia de la eficiencia: que el proceso tenga un desarrollo ágil.

Una regulación eficiente de esta clase de cambios requiere, en primer lugar, establecer un régimen de preclusión con excepciones justas¹⁰⁹. En segundo lugar, la forma más eficiente depende, en principio, del momento procesal en que se realice el acto que introduce los cambios. Si, en atención a ese momento y al curso ordinario del procedimiento, puede aprovecharse la oportunidad de una audiencia, es una solución eficiente que el acto se realice oralmente en la misma. De no ser así, la forma escrita es, probablemente, más e porque requiere menos tiempo y utilizar menos recursos materiales y humanos que el señalamiento de una audiencia con el único objeto de permitir que se exprese oralmente el cambio pretendido.

Permitir que los actos con cambios de la clase que comentamos se realicen oralmente en una audiencia, puede considerarse que pone en riesgo el derecho a la contradicción y a la prueba de la contraparte. En mi opinión, después de una demanda y de una contestación escritas, de un plazo suficiente para esta contestación y para la preparación la audiencia – previa o principal –, las partes han podido conocer suficientemente el contexto temático del litigio y es exigible que estén preparadas para reaccionar con alegaciones y/o con proposiciones de prueba ante modificaciones no sustanciales.

¹⁰⁹ Puede ser un régimen de preclusión legal con previsión de excepciones que el juez puede aplicar, o un régimen en el que la ley encomienda al juez decidir sobre la admisión apreciando – con diferente respuesta – la diligencia, negligencia o mala fe de las partes respecto de los cambios que pretenden introducir.

El momento procesal más oportuno para la proposición de las pruebas es, por lo general, el posterior a la fijación de los hechos controvertidos, dado que estos acotan el objeto concreto de la prueba. Si esa fijación se realiza en una audiencia, la forma más eficiente de los actos de proposición será la oral, como orales deberán ser la resolución sobre la admisión y las eventuales reclamaciones frente a la misma. Diré, no obstante, que la eficiencia de la forma oral para esta clase de actos se debe más a que es eficiente preservar la oralidad del contexto en el que se realiza la proposición, que a las ventajas específicas de que esta se haga oralmente. De hecho, la admisión de escritos auxiliares con los datos detallados para preparar los medios de prueba propuestos evitaría tediosos dictados.

3.2.C) Las formas más eficientes para la práctica de la prueba. La forma de los actos de recapitulación final de la actividad procesal de las partes

La cuestión de la forma más eficiente para la práctica de los medios de prueba no se plantea respecto de todos ellos¹¹⁰, ni del mismo modo e importancia respecto de algunos de los mismos.

¹¹⁰ Se comprenderá que no me ocupe de la práctica de la prueba documental. Respecto de la prueba de reconocimiento judicial, solo estarían justificadas observaciones relativas a la práctica concentrada de la misma; específicamente: si el objeto a reconocer lo permite, la prueba será practicada en la audiencia – p. e., art. 300.1.4º de la LEC –; en otro caso, habrá que procurar que su práctica no perjudique la concentración. La prueba por soportes audiovisuales o informáticos tampoco plantea opciones de práctica oral o escrita, pero, si resulta

La cuestión se centra en los medios de prueba cuya práctica consiste en la declaración de personas, lo que ocurre – ciertamente con grandes diferencias entre sí – con la prueba testifical, con la de prueba confesión o de declaración de la parte y con la pericial.

La forma más eficiente será aquella que posibilite que los actos de práctica de estos medios de prueba cumplan mejor su fin, y cuya aplicación requiera menos tiempo de la actividad de jueces y partes, y origine menos coste.

Considerando, en primer lugar, el mejor cumplimiento del fin, la oralidad – acompañada de la inmediación y la concentración – es la forma más idónea para la práctica de la *prueba testifical*. El objetivo de la práctica de esa prueba es aprovechar al máximo – mediante preguntas de las partes y del juez, en su caso – la capacidad informativa del testigo respecto de los hechos objeto de la prueba y obtener, en el acto de la declaración, los elementos que puedan ser útiles para una valoración fundada de la credibilidad del testigo¹¹¹. En una óptima utilización de los resultados de la

técnicamente posible escuchar sonidos y observar imágenes en movimiento, el ordenamiento puede establecer que la reproducción tenga lugar en la audiencia en la que se concentre la práctica de (la mayor parte de) la prueba (p. e., art. 300.1.5º de la LEC).

¹¹¹ SERRA, M. “Prueba testifical”, *Estudios de Derecho...*, pgs. 437-438; PEYRANO, J. W. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 155-156, 160-164; HIRSCH, G. Oralidad e intermediación en el proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial”, *Reforma judicial:*

práctica de la prueba testifical, el juez ha de poder trasladar el recuerdo de la declaración y del comportamiento del testigo, junto con la valoración de los demás medios de prueba, a la formación del juicio de hecho en la sentencia.

Ha sido objeto de críticas la excesiva confianza en que la mejor calidad del resultado de la prueba testifical se alcanza con su práctica mediante un interrogatorio oral, libre – en el sentido de no sujeto a preguntas previamente escritas y aprobadas por el juez –, cruzado, y que se realiza y se responde ante el mismo juez que debe dictar la sentencia¹¹².

Esas críticas son fundadas en puntos específicos¹¹³ y, en todo caso, en la parte en que ponen en guardia frente a que esta forma de práctica también puede poner en riesgo que

Revista..., apdo. IV; SCHLOSSER, P. "Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania", *Reforma judicial. Revista...*, apdo. IV.2; y, KERN, CH. "Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess", *Zeitschrift für Zivilprozess...*, pgs. 62-63.

¹¹² TARUFFO, M. "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pg. 195-197; ANDRÉS, P. "Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)", *Jueces para la...*, pgs. 57-66; NIEVA, J. "Intermediación y valoración de la prueba el retorno de la irracionalidad", *Diario La Ley...*, apdo. IV; *Ibidem*, "Oralidad e intermediación en la prueba luces y sombras", *Justicia: revista de...*, pgs. 101-120; y, PALOMO, D. "Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite", *Estudios Constitucionales...*, apdo. IV.

¹¹³ Especialmente, la utilización de la intermediación como excusa para no motivar con el alcance debido y como obstáculo a la revisión de

la prueba testifical alcance su fin con la mayor calidad. No obstante, en mi opinión, la cuestión radical es si esa forma, con todos sus riesgos, no está asegurando la calidad del resultado probatorio en mayor medida que la imperfecta documentación de las respuestas a un interrogatorio encorsetado, tal vez no practicado ante el juez que ha de sentenciar y, a veces, ni siquiera ante un juez.

Las anteriores consideraciones pueden extenderse a la forma adecuada para el mejor cumplimiento del fin de la *prueba de declaración de la parte*, siempre que este medio de prueba sea configurado como un medio para que las partes aporten al proceso la información que tengan sobre los hechos relevantes para la solución del litigio¹¹⁴. Por el contrario, si ese medio es configurado por la ley más que como una declaración de conocimiento, como una declaración de voluntad con el eventual resultado de dejar establecidos ciertos hechos en perjuicio del declarante,

la valoración de la prueba en segunda instancia, a las que se refieren ANDRÉS, P. “Sobre el valor de la intermediación”, *Jueces para la...*, pgs. 57-66; NIEVA, J. “Intermediación y valoración de la prueba el retorno de la irracionalidad”, *Diario La Ley ...*, apdo. IV; *Ibidem*, “Oralidad e intermediación en la prueba”, pgs. 106-111, 116-119; PALOMO, D. “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”, *Estudios Constitucionales...*, apdo. IV; y, BUENDÍA, A. “Limitaciones por parte de los tribunales de apelación respecto a la cognición tenida por el juzgador de primera instancia”, *Diario La Ley...*, apdo. V.

¹¹⁴ Esta ha sido la opción de la LEC, frente a las dudas que suscitaba el régimen de la confesión bajo la LEC/1880; véase, DE LA OLIVA, A. *Derecho procesal civil...*, pgs. 345-352; y, SERRA, M. “Confesión y juramento decisorio”, *Estudios de Derecho...*, pgs. 249-270.

probablemente la forma más idónea sea la escrita, porque cualquier valoración de credibilidad de aquel es irrelevante y, por el contrario, importa una precisa documentación de lo declarado.

El mejor cumplimiento del fin de la *prueba pericial* no impone, ni da preferencia a la forma oral para la aportación al proceso del dictamen del perito. La valoración de esta prueba no descansa en la credibilidad de la declaración del perito, sino en la fiabilidad de los juicios que emite, que depende de las cualidades científicas, técnicas o artísticas del perito, de la calidad de los métodos que ha aplicado para llegar a las conclusiones y de los razonamientos con los que las sustenta.

Precisamente la calidad de las conclusiones y de los razonamientos que las sustentan aconseja la forma escrita para los dictámenes sobre cuestiones complejas. No obstante, la adecuación de la oralidad vuelve a plantearse si se trata de actos para aclarar el dictamen, para ampliarlo sobre puntos conexos y para someter a crítica los dictámenes emitidos. La oralidad puede ser conveniente¹¹⁵, porque como las partes las han podido conocer con

¹¹⁵ Sobre la utilización de la oralidad con estos fines en la LEC, GARCIAÑDÍA, P. “La oralidad en la prueba pericial: El régimen de la intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las Audiencias”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 200-209. Valorando el examen de los peritos en la audiencia en el proceso civil alemán, SCHLOSSER, P. “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”, *Reforma judicial. Revista...*, apdo. IV.2.

tiempo antes de la vista el dictamen escrito y preparar su intervención, el interrogatorio del perito en la audiencia es el modo más ágil para complementar la práctica de esta prueba en los aspectos apuntados.

Vayamos, ahora, a la apreciación de la eficiencia en atención al otro factor relevante. La práctica de la prueba – en realidad, de determinados medios de prueba, a los que nos acabamos de referir – con oralidad, inmediación, y concentración no recibe una valoración positiva desde el punto de vista del tiempo requerido y de los costes originados por esa forma de actuar.

La valoración negativa se basa, principalmente, en que:

1.º) La oralidad cambia el modo de distribución del tiempo de trabajo de los jueces, imponiéndoles la necesidad de concentrar – tal vez por períodos largos – en exclusiva su actividad en un asunto¹¹⁶, lo que repercute en un retraso del conjunto de asuntos pendientes ante él. O, conectando el factor “duración” con el factor “coste del proceso”, se dice que para que un procedimiento oral no origine importantes dilaciones indebidas, debe limitarse la

¹¹⁶ PEYRANO, J. W. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pg. 159; BIAVATI, P. “Oral and written evidence in Italian civil procedure law”, pg. 322; y, VÁZQUEZ, J. L. “La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba”, pg. 264; todos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

carga de trabajo de los jueces que han de dirigirlo, lo que implica la necesidad de crear un mayor número de órganos jurisdiccionales¹¹⁷.

2.º) Esta forma de práctica de la prueba exige a los abogados no solo dedicar su tiempo a preparar su actuación en las audiencias, sino también su disponibilidad durante la celebración de estas, incluso con los inconvenientes ligados a los retrasos respecto de las horas de señalamiento y a eventuales suspensiones.

3.º) En algunos supuestos, esta forma de práctica de determinados medios de prueba no permite conservar sus efectos ventajosos sobre la valoración de la prueba. En supuestos extremos, puede incrementar inútilmente la duración del proceso, en el caso de que el material probatorio producido en la audiencia deba perder su validez para fundar la sentencia, debido a que, por cambios en la titularidad del órgano jurisdiccional, la sentencia debe ser dictada por un juez distinto al que presidió la audiencia, o a que ha transcurrido un tiempo excesivo entre la audiencia y la formación de la sentencia¹¹⁸.

¹¹⁷ Informes nacionales de PICÓ, J. “El principio de oralidad en el proceso civil español”, pg. 369, de OTEIZA, E. “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, pgs. 423-424, de TAVOLARI, R. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pg. 405; todos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

¹¹⁸ TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, pgs. 198-199; PEYRANO, J. W. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pg. 159; Informe nacional sobre Italia, BIAVATI, P. “Oral and written evidence in Italian civil procedure law”, pg. 322;

Algunas de estas razones no son tan contundentes como aparentan, sobre todo si se resaltan algunos ciertos elementos que no siempre aparecen suficientemente explicitados al exponerlas; específicamente:

1.º) En un procedimiento escrito los jueces también necesitan dedicar tiempo no solo a leer – ¿estudiar? – los actos escritos¹¹⁹, sino también a presenciar los actos procedimentalmente dispersos de práctica de la prueba y ejercer sus funciones durante los mismos. El cálculo de tiempo y de costes para concluir que son mayores con la oralidad que con la escritura no debería prescindir de ese dato obvio. Ahora bien, si lo que se quiere decir es que, en un procedimiento escrito, los jueces pueden dedicar, y dedican, más tiempo a otras tareas y menos a recibir la prueba, porque esa función la cumple personal no jurisdiccional del tribunal¹²⁰, ya no estamos analizando una cuestión de tiempo y de costes, sino constatando si se respeta o no la garantía de la jurisdiccionalidad.

todos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

¹¹⁹ Concuero con RAMOS, F. “Forma del proceso y funcionamiento de la justicia. Análisis de derecho comparado”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en...*, pg. 477, en su “ingenua” advertencia de falta de explicación a la necesidad de mayor número de jueces en caso de procedimiento oral: “El proceso escrito necesita también de jueces para leer los escritos”.

¹²⁰ Respecto de cuál era la práctica en el proceso civil español anterior a la LEC, entre otros muchos, VARELA, L. “Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía”, *Justicia...*, pgs. 95-101; GÓMEZ, C. “La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del

2.º) Una reflexión similar cabe hacer respecto de la incidencia de las formas de la práctica de la prueba en la labor de los abogados. Su tiempo de trabajo también está ocupado, en un procedimiento escrito, por la preparación de interrogatorios y otros actos escritos en relación con la prueba y por la asistencia a los actos dispersos de práctica, con su repercusión sobre desplazamientos y esperas por desajustes en las actividades programadas.

Los riesgos mencionados en el precedente punto 3.º pueden evitarse, en buena medida, imponiendo a los jueces unos deberes profesionales fácilmente justificables¹²¹, o estableciendo excepciones destinadas a salvar que la oralidad-inmediación-concentración en la práctica de la prueba constituya la regla general¹²².

juez lector al juez espectador”, *Jueces para la...*, pg. 85; BUENDÍA, A. “Limitaciones por parte de los tribunales de apelación”, *Diario La Ley...*, apdo. V.

¹²¹ Por ejemplo: el deber, antes de que se haga efectivo un eventual cambio de destino de un juez profesional, de dictar sentencia sobre los asuntos cuya audiencia principal ha sido presidida por él.

¹²² Sobre la necesidad de concordar las exigencias de oralidad e intermediación con el derecho a una resolución en plazo razonable, HIRSCH, G. “Oralidad e intermediación en el proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial”, *Reforma judicial: Revista...*, apartado VI. En el siguiente apdo. 4.1.A, expondremos las soluciones que incorpora, con esta finalidad, la LEC.

He dejado para el final de este apartado un breve comentario sobre la forma de los actos que podríamos llamar “de recapitulación final de la actividad procesal de las partes”. Tiene sentido introducir el comentario en este punto, porque la forma que se escoja para estos actos ha de ser coherente y no disfuncional con la opción adoptada sobre la forma de la práctica de (buena parte de) la prueba.

Si para la práctica de la prueba se ha optado por la oralidad-inmediación-concentración, esta debe ser también la forma de los actos de recapitulación final, porque si se permiten conclusiones por escrito o hay que señalar, en la fecha que posibilite la agenda de señalamientos, una audiencia de conclusiones, se corre el riesgo de contrarrestar los efectos perseguidos mediante la intermediación y la concentración. La solución coherente es el debate de las partes (§ 279.3 del ZPO), o sus conclusiones orales (art. 433.2, 3 y 4 de la LEC) inmediatamente a continuación de que termine la práctica de la prueba en la audiencia.

Otra razón avala la eficiencia de la forma oral, con toda seguridad en el ámbito del Derecho español. En estos actos las partes no pueden innovar los materiales – hechos, pretensiones, defensas – ya introducidos en el proceso, o precluida su aportación en momentos anteriores. El objeto de estos actos es solo de argumentación sobre la correcta solución de las cuestiones de hecho – para lo que las partes razonarán acerca de eventuales admisiones, valoración de la prueba practicada y aplicación de las reglas de carga –, de las cuestiones de Derecho y, en fin, sobre que la correcta solución de esas cuestiones conduce al acogimiento

de las pretensiones o de las defensas que mantienen. Consiguientemente, no existen los riesgos, a veces ligados a la oralidad, de imprecisa constancia de elementos relevantes o de que una parte invoque, fundadamente, haber sido sorprendida por lo que manifieste la contraparte en esta oportunidad.

3.3. Forma predominante y eficiencia de los tipos de procedimiento y del sistema procesal civil

En el proceso civil los actos procesales no existen de manera aislada, sino integrados en procedimientos. Además, en los ordenamientos procesales no suele estar previsto un único tipo de procedimiento, sino varios. La valoración de la eficiencia y la consideración de los factores que inciden en la misma han de referirse también a los procedimientos y al conjunto del sistema.

3.3.A) Forma y eficiencia de los tipos de procedimiento

Como se ha visto en el apdo. 2, la oralidad y la escritura se combinan, en diversa medida, en los procedimientos que regulan los diferentes ordenamientos. Además, dado que cada una de las formas resulta más eficiente según la función de las distintas clases de actos que integran un procedimiento, hay una base para razonar sobre qué combinación de formas resulta ser la más adecuada.

Lo anterior pone sobre la pista de que otra manera de combinar oralidad y escritura es también posible y puede contribuir a un proceso civil más eficiente.

Ya apunté que esta ponencia deja expresamente al margen la forma procedimental idónea para la tutela judicial ejecutiva. Una de las razones es que la oralidad no es una forma que merezca ser considerada seriamente para esa actividad. No es una forma que se ajuste a las necesidades de una actividad en la que, por la función que, como regla general, tiene atribuida, no hay debate, ni práctica de prueba, al menos de las clases que la hacen más adecuada.

Esa reflexión puede extenderse a los procedimientos para el proceso de declaración. Se trata, en definitiva, de establecer diferentes tipos de procedimiento con distinto predominio de los componentes escritos y orales en función de los que resulten más adecuados.

Esos diferentes tipos de procedimiento dependen, en unos supuestos, de la carga de iniciación de la controversia procesal, que el legislador considera justo modificar en algunos casos, y, en otros supuestos, de las características del asunto litigioso.

La primera modalidad corresponde a los procedimientos de estructura monitoria¹²³, que pueden alcanzar su fin, con el pago o el cumplimiento requeridos o con la formación

¹²³ Una completa visión de los procedimientos de estructura monitoria en los principales ordenamientos europeos y la exposición de las implicaciones de este tipo procedimental en CORREA, J. P. *El proceso monitorio...* Sobre la aplicación de la estructura monitoria en el desahucio de inmuebles por falta de pago de rentas, BONET, J. *Los juicios de desahucio...*, pgs. 347-377.

de un título ejecutivo, tras una (breve) actividad sujeta a la escritura y sin ningún componente de oralidad, que no se elude porque la oralidad sea en abstracto ineficiente, sino porque lo sería específicamente en esta clase de procedimiento. Así ocurre si el requerido de pago de deuda dineraria o de cumplimiento de prestaciones de otra naturaleza no reacciona ante el requerimiento, compareciendo ante el juez para alegar las razones de su negativa.

En el segundo supuesto de diferenciación de tipos procedimentales el principal problema es el de los requisitos del asunto litigioso relevantes para asignarle un curso procedimental con mayores o menores componentes de oralidad. Frente a la cuantía del pleito, es más acertado conceder relevancia a la complejidad del litigio¹²⁴. Pero, en mi opinión, habría que atender no a la complejidad en un sentido genérico, sino a la clase de complejidad. Un asunto muy complejo exclusivamente por sus aspectos jurídicos o, junto con ellos, por cuestiones de hecho que las partes solo se proponen demostrar mediante prueba documental, no es tratado de manera más eficiente en un procedimiento con oralidad, concentración e inmediación, porque estas no añaden calidad al resultado, y, si llegaran a mermar esa calidad, producirían ese efecto negativo de manera innecesaria. Por el contrario, si un caso es complejo por sus cuestiones de hecho y la prueba más decisiva respecto

¹²⁴ TARUFFO, M. “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 203-204.

de las mismas consiste en declaraciones personales, el proceso gana en calidad si los resultados probatorios se obtienen con oralidad, inmediación y concentración.

Fijar un procedimiento adecuado (con predominio de escritura o de oralidad) en atención a la clase de complejidad que presente el asunto litigioso puede hacerse por la propia ley o por el juez, debidamente habilitado por la ley para realizar la necesaria apreciación.

Una muestra de lo primero, en Derecho español, la tenemos en el procedimiento de separación o de divorcio solicitados de mutuo acuerdo, o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Las partes han de acompañar a la demanda determinados documentos que, normalmente, serán suficientes para que el juez compruebe si debe decretar la separación o el divorcio pedidos¹²⁵. Solo de manera residual pueden las partes proponer otras pruebas¹²⁶, que, además, no serán practicadas en una vista, sino sin concentración¹²⁷.

¹²⁵ Especialmente será así desde que, tras una reforma de 2005, la separación y el divorcio dejaron de ser causales, aunque quedaron subordinados a que, cuando se expresara la voluntad de cualquiera de los cónyuges en el sentido de obtenerlos, hubieran transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Esa constatación puede hacerla el juez a la vista de los documentos aportados.

¹²⁶ Por lo general estas pruebas estarán referidas, y aun así la necesidad será excepcional, a las cuestiones de hecho relevantes para la resolución sobre los efectos derivados de la separación y el divorcio en el plano patrimonial y de relaciones con los hijos comunes.

¹²⁷ Durante un plazo de diez días “se practicará, en su caso, la prueba que

Una limitada muestra de lo segundo, también en Derecho español, la encontramos en los casos en que, por el concreto devenir de un proceso tramitado según las reglas del procedimiento común, la oralidad acaba teniendo, justificadamente, una aplicación muy limitada. Específicamente, si las partes, en la audiencia previa del juicio ordinario, manifiestan su conformidad sobre los hechos y limitan su controversia a la apreciación jurídica de los mismos, o sí, manteniendo la controversia sobre los hechos, limitan su proposición probatoria a los documentos y dictámenes periciales aportados en demanda y contestación, y no impugnados, en el procedimiento solo resta dictar sentencia, sin que deba celebrarse el acto del juicio o audiencia principal (arts. 428.3 y 429.8 de la LEC española 2000).

Si la clase de complejidad del caso litigioso representa el indicador más acertado para asignarle un procedimiento adecuado (predominantemente oral o predominantemente escrito), dado que la diversa complejidad de los casos – aunque puedan establecerse estándares – depende de la realidad concreta de los mismos, la solución más perfecta debe tender a que se le atribuyan al juez potestades para, siempre previa contradicción de las partes, ajustar a las exigencias del caso las formas del procedimiento.

los cónyuges hubieren propuesto y las demás que el tribunal considere necesarias para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador”.

3.3.B) Tipos de procedimiento y eficiencia del sistema de justicia civil

El tercer nivel en el que ha de valorarse la eficiencia del proceso civil, y la incidencia en la misma de las formas procedimentales predominantes, es el del sistema de la justicia civil en su conjunto.

En ese nivel pareciera que la oralidad convierte al sistema de justicia civil en ineficiente. Prescindiendo de su posible contribución a una mejor calidad de los resultados del proceso, valoración que no suele explicitarse o sobre la que reina el escepticismo, se estima que la oralidad requiere que los jueces dediquen más tiempo de trabajo a los procedimientos y, por lo tanto, o bien impone incrementar el número de jueces en el sistema – con el correspondiente crecimiento de coste público que eso implica – o produce un aumento de las dilaciones. Esas dos inevitables implicaciones negativas no son compensadas por una mejora de calidad de los resultados que, como mínimo, se considera incierta.

Esa apreciación de las consecuencias de la oralidad no suele basarse en previos estudios cuantitativos, pero sí en la experiencia, y en la reflexión crítica sobre la misma, de juristas conocedores de la práctica judicial¹²⁸.

¹²⁸ PEYRANO, J. W. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pg. 159; BIAVATI, P. “Oral and written evidence in Italian civil procedure law”, pg. 322, informes nacionales de PICÓ, J. “El principio de oralidad en el proceso civil español”, pg. 369; de OTEIZA, E. “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, pgs. 423-424,

Sin embargo, un interesante estudio, este sí basado en datos, llega a conclusiones distintas a las apuntadas. Me refiero a un estudio de RAMOS ROMEU, según el cual:

1.º) El modelo oral tiene mejores medias que el escrito en cuanto a la rapidez del proceso y a la calidad de la justicia¹²⁹. Un modelo oral con componentes de escritura se aproxima más a las medias del modelo oral que a las del estrictamente escrito¹³⁰.

de TAVOLARI, R. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, pg. 405; y, VÁZQUEZ, J. L. “La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba”, pg. 264; todos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*

¹²⁹ Dada la esencial dificultad de medir la calidad de la justicia atendiendo al grado de acierto o corrección de las decisiones que se adoptan, RAMOS, F. “Forma del proceso y funcionamiento de la Justicia. Análisis de derecho comparado”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pg. 483, sugiere “medir” esa calidad teniendo en cuenta otras variables relacionadas con aquellas características de la decisión, como, por ejemplo, las consideradas en la “Encuesta Global del Entorno de Negocios”, que figura en la base de datos *Lex Mundi*, tales 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”.

¹³⁰ RAMOS, F. “Forma del proceso y funcionamiento de la Justicia. Análisis de derecho comparado”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 486-487.

2.º) En cuanto a la incidencia de la forma procedimental predominante sobre los costes del proceso, considerando solo procesos de reclamación de cantidad y de desahucio¹³¹, concluye 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 asequible¹³².

Estas apreciaciones tan encontradas¹³³ causan perplejidad y demuestran que hay mucho camino por recorrer para alcanzar conclusiones objetivas, acertadas y fiables

¹³¹ *Ibidem*, pgs. 482-483.

¹³² *Ibidem*, pg. 485.

¹³³ Esta contraposición de apreciaciones se produce también respecto de la incidencia de la opción por un procedimiento predominantemente oral de la LEC española de 2000 sobre la duración del proceso. VÁZQUEZ, J. L. “La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba”. en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pg. 263, estima que el actual procedimiento ordinario dura tanto como los antiguos procedimientos de mayor y de mayor cuantía; mientras que PICÓ, J. “El principio de oralidad en el proceso civil español” en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pg. 367, sostiene que los retrasos están lejos del alto grado de dilaciones indebidas bajo la antigua LEC.

sobre la incidencia que las formas predominantes en los procedimientos tienen sobre los costes y la duración de los mismos.

Sin pretender recorrer ese camino, ni siquiera trazarlo, sí que considero útil indicar algunos puntos por los que ha de transcurrir.

En primer lugar, aunque fuera cierto que un procedimiento predominantemente oral, gestionado por un número de órganos jurisdiccionales razonable – atendidas las abundantes y variadas necesidades que requieren atención presupuestaria en un Estado de nuestro tiempo – pueda implicar una mayor duración de los procesos sometidos a esa forma procedimental, no estaría justificado concluir que el sistema procesal civil es ineficiente. Un sistema procesal civil eficiente debe distinguir tipos de procedimiento o habilitar al juez para que lo haga, lo que conducirá a que los procedimientos predominantemente orales sean aplicados en la medida en que la oralidad aporte valor a la calidad de los resultados. De ese modo se liberan recursos humanos y materiales en determinados procedimientos y se destinan preferentemente a otros procedimientos que los requieren.

En segundo lugar, habrá que analizar en profundidad algo que, a primera vista, parece una paradoja; a saber, que la ordenación tendente a la máxima concentración de actos de un procedimiento, que es condición para que la oralidad predomine efectivamente en el mismo, podría

tener efectos colaterales negativos sobre la eficiencia del sistema de justicia civil en su conjunto. Muy sintéticamente, la cuestión es la siguiente:

1.º) Los cambios del objeto del proceso introducido por la demanda inicial son admitidos con gran amplitud en algunos ordenamientos¹³⁴.

Este régimen permisivo tiene consecuencias negativas sobre el desarrollo ágil – específicamente sobre la concentración – del procedimiento en el que inciden los cambios, dado que su curso deberá ser modificado para respetar el derecho de contradicción – con alegaciones y pruebas – respecto del objeto procesal modificado. En ese sentido, es un régimen poco adecuado a la eficiencia del procedimiento singularmente considerado. Por el contrario, sus consecuencias pueden ser positivas para el conjunto del sistema procesal civil, puesto que los objetos procesales conexos serán resueltos en un solo procedimiento – tal vez aprovechando alegaciones y pruebas para tratar los diversos objetos y reduciendo la posibilidad de resoluciones contradictorias – y no darán lugar a nuevos procedimientos en el sistema.

¹³⁴ Así, para el derecho francés, véase lo dicho antes en el apartado 2.2.A), y CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé...*, pgs. 349-353; para el derecho alemán, véase el apartado 2.2.C, y ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht...*, pgs. 660-668.

2.º) Otros ordenamientos optan por un régimen restrictivo en esta materia. Es el caso del derecho español. El actor puede ampliar su demanda inicial, pero solo mientras esté pendiente el plazo para contestación, que se amplía hace para que el demandado conteste tanto a la demanda inicial como a su ampliación. El demandado puede reconvenir, pero solo durante el plazo de contestación y en unidad de acto con esta. La vía indirecta de iniciar un nuevo procedimiento y, después, pedir la acumulación con el primeramente iniciado también se restringe: no es admisible si las partes han podido utilizar las posibilidades mencionadas al principio y no lo han hecho (art. 78.2 y 3 de la LEC) y tampoco es admisible respecto de procedimientos en los que el acto del juicio (audiencia principal) se hubiera celebrado y estuvieran solo pendientes de sentencia (art. 77.4 de la LEC). Ciertamente, este régimen protege la eficiencia del procedimiento singularmente considerado, pero, en principio, no la del conjunto del sistema de la justicia civil, dentro del cual los nuevos objetos procesales serán introducidos mediante nuevos procedimientos.

En tercer lugar, habrá que profundizar en la determinación de la incidencia de la oralidad-escritura predominante en los procedimientos sobre el gasto público destinado a sostener el servicio público de la justicia:

1.º) Parece razonable partir de la base de que la creación y el mantenimiento del servicio público de la justicia repercute sobre el gasto público de un modo en el que no prepondera la forma del procedimiento. El estricto

establecimiento de una organización judicial dotada de los recursos humanos, medios materiales y técnicas organizativas idóneas, justifica por sí solo la mayor parte del gasto, sin que resulten significativas diferencias determinadas por las formas procedimentales. Dejando aparte que un sistema con predominio de procedimientos escritos también necesita un número adecuado de jueces para una lectura suficientemente reflexiva¹³⁵, si en un sistema de esa clase no hubiera corruptelas en cuanto al cumplimiento del deber de presencia judicial en determinados actos, el tiempo (disperso) de actividad que ello demandaría a los jueces no diferiría sustancialmente del que requieren procedimientos orales en su etapa de práctica de prueba.

2.º) En estrecha relación con lo anterior, está la necesidad de determinar correctamente, a partir principalmente de los condicionamientos constitucionales, las tareas que deben corresponder a los jueces y las que pueden ser cumplidas por otro personal al servicio de la administración de justicia. No cabe valorar la eficiencia de un sistema de justicia civil partiendo del presupuesto de que, si los procedimientos son predominantemente escritos, el personal no jurisdiccional podrá, de hecho,

¹³⁵ RAMOS, F. “Forma del proceso y funcionamiento de la justicia. Análisis de Derecho comparado”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pg. 477, apunta una “ingenua” advertencia de falta de explicación a la necesidad de mayor número de jueces en caso de procedimiento oral: “El proceso escrito necesita también de jueces para leer los escritos”.

realizar tareas propias de los jueces, como no es infrecuente que ocurra y constituye la verdadera explicación del menor coste público de esos sistemas. Pero el replanteamiento de las tareas también repercutirá sobre los jueces, que serán descargados de las que no les son propias, lo que permitirá liberar capacidad de trabajo de los mismos para su mayor dedicación a las tareas propiamente jurisdiccionales¹³⁶.

3.º) También con cierta independencia de las formas procedimentales predominantes, y después de una correcta atribución de tareas a los jueces y al personal no jurisdiccional, existe un margen para optimizar el aprovechamiento de los recursos disponibles a partir de un gasto público dado. Se puede mejorar la organización del trabajo en los tribunales de modo que se obtenga el mayor rendimiento de los medios materiales (edificios, equipamientos; en especial, las posibilidades ligadas al uso de equipamientos informáticos) y de los recursos humanos (p. e., creación de servicios comunes a varios órganos jurisdiccionales, que posibiliten rentabilizar al máximo las tareas de apoyo)¹³⁷.

¹³⁶ Acerca de una importante reforma española en ese campo, ORTELLS, M. “Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa”, *Ius et Praxis*..., pgs. 397- 424.

¹³⁷ Con referencia a España, véanse, entre otros, PASTOR, S, “¿Penuria de medios?”, *Cuadernos de derecho*..., pgs. 410-412; PERDIGUERO, E. “La oficina judicial”, *Justicia: Poder y...*, pgs. 267-292; MORENO, V. “La Justicia en acción”, *Justicia: Poder y...*, pgs. 295-326; y, RAMOS, F. “La eficacia laboral de los juzgados civiles: realidad y reformas”,

4.º) También es (sustancialmente) independiente de la forma del procedimiento, la necesidad de asignar gasto público a la asistencia técnico-jurídica de las personas sin recursos económicos, lo que resulta imprescindible para una aproximación a la igualdad real entre las partes procesales en un proceso en el que la defensa técnica sea preceptiva o esté permitida (y, por tanto, pueda ser utilizada libremente por la parte con capacidad económica para contratarla)¹³⁸.

Por fin, habría que analizar la incidencia de la forma procedimental predominante sobre los costes privados. Pudiera pensarse que la oralidad conduce a aumentar esos costes, principalmente los consistentes en los honorarios de los abogados, porque su tiempo no solo debe destinarse a preparar su actuación en las audiencias, sino que debe estar disponible durante la celebración de estas, incluso con los inconvenientes ligados a los retrasos respecto de las horas de señalamiento y a eventuales suspensiones. No obstante, es difícil detectar esta incidencia, porque los datos disponibles sobre la cuantificación de los honorarios en el contexto español inclinan a pensar que se hallan principalmente en función de la cuantía del pleito y no de la forma de su tramitación¹³⁹.

Justicia: Revista de..., pgs. 323-351.

¹³⁸ Sobre esta parte del gasto público en España, PASTOR, S. “¿Penuria de medios?”, *Cuadernos de derecho...*, pgs. 375-378.

¹³⁹ *Ibidem*, pgs. 210-217 y 245-246.

4. PREDOMINIO DE LA ORALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA TUTELA JURISDICCIONAL DECLARATIVA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC) ESPAÑOLA DE 2000: FACTORES Y RESULTADOS DE UN CAMBIO HISTÓRICO

La LEC no solo debía dar cumplimiento a un imperativo constitucional (art. 120 de la CE), sino quebrar una recalcitrante tendencia histórica del proceso civil español, que mantenía, normativa y – sobre todo – prácticamente el predominio de la forma escrita, situándose al margen de la que fue una tendencia europea en el siglo XIX¹⁴⁰. Para alcanzar estos objetivos de una manera efectiva, no solo era necesaria una ordenación jurídica adecuada, sino también la creación de las condiciones materiales que hicieran no solo posible, sino ineludible, exigible, el cumplimiento de esa ordenación.

En este último apartado trataré sintéticamente de los factores del cambio, alguno de los cuales ya han experimentado modificaciones o las puede experimentar, y de su resultado.

¹⁴⁰ Muy sintéticamente, puede ser ilustrativo del aislamiento del proceso civil español de las tendencias europeas que propiciaron la introducción de la oralidad, ORTELLS, M. “Le Code de Procédure Civile de 1806 et la première codification procédurale espagnole: parallélismes, coïncidences, divergence”, *1806-1976-2006. De la...*, pgs. 167-186.

4.1. La ordenación jurídica: ¿Cómo predomina la oralidad en la mayor parte de los procedimientos? El ámbito del predominio de la escritura

Distinguiré las dos modalidades de combinación de oralidad y escritura a las que he hecho referencia en el apdos. 3. 2 y 3 de este trabajo.

4.1.A) Los procedimientos con predominio de la oralidad y el modo de ese predominio

La oralidad es la forma predominante en los procedimientos comunes – el ordinario y el llamado verbal – y en los procedimientos comunes con especialidades. En los procedimientos propiamente especiales los hay con predominio de la oralidad (procesos de estado civil) y con posible predominio de la escritura (pienso, principalmente, en los procedimientos de estructura monitoria, a los que me referiré, brevemente, en el siguiente sub-apartado B)¹⁴¹.

Veamos, a continuación, resumidamente, cómo ha combinado la LEC oralidad y escritura, dando predominio a la primera¹⁴².

¹⁴¹ Sobre los tipos de procedimientos en la LEC española de 2000 debo remitir a ORTELLS, M., con otros autores, *Derecho procesal civil...*, pgs. 481-492.

¹⁴² Sobre el planteamiento general de la LEC en cuanto al modo de incorporar la oralidad, DE LA OLIVA, A. “Una oralidad razonable: La reforma procesal civil española”, *Casación, oralidad y...*, pgs. 63-86. La información sobre este aspecto de la LEC puede ampliarse en ORTELLS, M. “Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien

a) La forma de la demanda y de la contestación. Regla, excepciones y cambios en perspectiva

La demanda es escrita en los dos procedimientos comunes (ordinario y verbal).

La demanda del juicio verbal tiene, en cambio, una especialidad. La ley dispone que en ella, además de identificar a las partes, “se fijará con claridad y precisión lo que se pida” (art. 437.1 de la LEC), lo que, si bien ha de interpretarse en el sentido de que deberá establecerse la petición de concreta tutela jurisdiccional y la estricta causa de pedir, significa que no existe la carga de alegar todos los hechos relevantes para una sentencia estimatoria, que el actor podrá alegar cuando se le conceda la palabra al comienzo de la vista (audiencia) del juicio verbal.

La contestación a la demanda en el juicio ordinario y en algunos juicios verbales especiales, como los adecuados para asuntos de estado civil, es escrita.

der Ley de Enjuiciamiento Civil vom. 7 Januar 2000”, *Zeitschrift für Zivilprozess.*..., pgs. 102-103; informes nacionales de ARMENGOT, A. y de PICÓ, J., ambos en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura.*..., pgs. 225-240 y 361-370, respectivamente; RICHARD, M. “Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español”, pgs. 245-254; VÁZQUEZ, J. L. “La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba”, pgs. 257-276; GUTIÉRREZ, A. “La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil”, pgs. 383-394; y, JUAN, R. “El juicio verbal español: principales problemas para su desarrollo concentrado”, pgs. 415-424; todos estos en en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura.*...

Sin embargo, la contestación a la demanda en el juicio verbal sin especialidades, consiste en una intervención oral del abogado del demandado en el acto de la vista después de que el actor haya simplemente ratificado una demanda completa o haya completado la fundamentación de una demanda en la que solo había establecido petición y causa de pedir (art. 443. 1 y 2 de la LEC). Obsérvese que, si el actor se ha limitado a identificar el objeto del proceso y se ha reservado para la vista la aportación de otros hechos relevantes, el demandado tiene difícil realizar una contradicción efectiva frente a esos nuevos elementos. Un anteproyecto de reforma de la LEC, que considera el Ministerio de Justicia, opta por igualar la forma de las demandas de juicio ordinario y juicio verbal y por establecer en todo caso la contestación escrita. La justificación es “reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva” y atender a específicas peticiones de reforma de jueces y abogados basadas en la experiencia de la aplicación práctica de la LEC.

En el juicio verbal la reconvencción no es admitida si no ha sido anunciada cinco días antes de la vista (art. 438.1 de la LEC), para permitir al demandado reconvenccional que prepare su defensa en condiciones iguales a las del demandado respecto de la demanda inicial. Pero esta forma de anunciar la reconvencción puede plantearle al demandado reconvenccional los mismos problemas que al demandado principal.

b) El tratamiento de las cuestiones procesales

Los problemas que plantea la oralidad para el tratamiento de las cuestiones procesales, y también las soluciones que la ley dispone, son diferentes para la actividad de debate entre las partes y para la actividad de resolución del juez.

El debate sobre las cuestiones procesales – con excepción de las referidas a la jurisdicción y a la competencia del tribunal – tiene lugar, si se sigue juicio ordinario, en la audiencia previa, y, si se sigue juicio verbal, en la única vista en la que, como regla general, debe sustanciarse el proceso, antes de continuar con el tratamiento del objeto del mismo.

Consecuentemente, ese debate se halla en todo caso sujeto a la forma oral. No obstante, esta circunstancia no siempre plantea nuevos retos para la práctica profesional de los abogados de las partes.

Si se sigue procedimiento ordinario o verbal con contestación escrita, el abogado del actor no se ve sorprendido por su planteamiento, dado que el demandado ha debido alegarlas en su contestación escrita. La situación es distinta en caso de juicio verbal sin contestación escrita, de cuestiones relativas a la admisibilidad de la personación y contestación del demandado y de cuestiones que el juez pueda plantear de oficio. De nuevo se pueden generar situaciones de dificultad para una contradicción efectiva de alguna de las partes o de ambas.

La ley es más considerada con el juez a la hora de conceder un tiempo de reflexión para ejercer la función que le corresponde sobre las cuestiones procesales que se han debatido; es decir, para dictar resolución sobre esas cuestiones. Aunque la regla es la resolución oral, la ley autoriza al juez a interrumpir la audiencia o la vista cuando deba resolver alguna cuestión incidental que no pueda decidir en el acto (art. 193.1.1 de la LEC) y considera que son cuestiones de esa calidad las cuestiones complejas relativas a un litisconsorcio necesario (art. 415.2 de la LEC), a la litispendencia o a la cosa juzgada (art. 421 de la LEC) y a la adecuación del procedimiento por razón de la materia (art. 423.2 de la LEC).

c) Los cambios en los actos de demanda y contestación

Los cambios que implican alteración del objeto del proceso son admitidos por la LEC con limitaciones y con sujeción a la forma escrita. Para otras modificaciones, en cambio, rige la forma oral, con una excepción que mencionaremos al final.

La clase de modificación permitida y el momento procesal en el que la modificación resulta admisible y se produce son los factores más importantes para descubrir qué exigencias derivan de la oralidad para el trabajo de jueces y de abogados en esta materia.

Hay que distinguir dos grandes clases de modificaciones.

Unas modificaciones son admisibles porque no son – y en la medida en que no sean – esenciales; son aclaratorias o complementarias en la terminología de la ley. Estas modificaciones pueden hacerse oralmente en la audiencia previa del juicio ordinario y, de ser necesario, podrían hacerse con los mismos límites en la vista del juicio verbal. La correcta aplicación de este régimen requiere que el juez conozca bien el asunto para ejercer correctamente sus funciones directivas valorando la calidad de las modificaciones intentadas, así como, en caso de oposición de la contraparte, el riesgo de lesión de la igualdad en las posibilidades de defensa. Y de los abogados exige capacidad de reacción para decidir entre oponerse fundadamente a la admisión o no hacerlo, si considera, entre otras razones, que no va a ser necesario un cambio en la proposición de prueba que ha de hacer en el mismo acto.

Otras modificaciones las admite la ley no por su escasa importancia, sino porque son excepciones justificadas (sea por la novedad de los hechos, sea por su anterior desconocimiento) a las preclusiones de alegación que ha establecido en trámites anteriores del procedimiento.

El control de las circunstancias de novedad de los hechos y de desconocimiento es riguroso. Y para aprovechar esta excepción a la preclusión, la ley sujeta a la parte a otras preclusiones, porque la alegación ha de producirse en la primera oportunidad procesal que se presente y, si esa oportunidad (caso del juicio ordinario, en el que esta clase de cambios son prácticamente más probables) es la audiencia previa o el acto del juicio, las alegaciones habrán

de formularse oralmente. Salvo que los hechos alegados sean admitidos por la contraparte, las partes han de asumir dificultades respecto de la prueba que, como último remedio, la ley permite practicar fuera de su momento ordinario, que es el acto del juicio. Si el cambio se refiere a hechos que han ocurrido o han sido descubiertos cuando el acto de la vista principal ya se ha iniciado, la alegación y la contra-alegación son ambas escritas y la prueba que pueda ser necesaria, si los hechos alegados no han sido admitidos, será practicada como “diligencia final”, fuera y después del acto del juicio (art. 286 de la LEC).

d) La prueba (proposición, admisión y práctica) y las alegaciones conclusivas

Los puntos de contacto entre la actividad probatoria y el procedimiento predominantemente oral de la LEC son abundantes y no fáciles de sistematizar.

Por lo que se refiere a la *proposición de la prueba*, la regla general es la escritura para la proposición de la prueba documental, de la pericial mediante presentación de dictámenes periciales encargados por las partes, de informes de profesionales de la investigación privada y de las pruebas mediante soportes audiovisuales e informáticos. Los documentos u otros objetos han de ser aportados junto con los actos escritos de demanda y de contestación.

Regla especial frente a lo anterior es la proposición de estos medios de prueba por el demandado que ha de contestar a la demanda oralmente en el acto de la vista del juicio verbal. Los documentos informes y soportes han de ser aportados por el demandado al contestar oralmente a la demanda en la vista (art. 265.4 de la LEC); también entonces ha de pedir al juez las gestiones necesarias para que se realicen aportaciones que la parte no ha podido conseguir por sí misma. Esto último no es muy adecuado a la concentración de la vista del juicio verbal.

Además, es posible que las partes, intentando acogerse a distintos supuestos de excepción a las reglas sobre los momentos ordinarios y preclusivos de aportación de documentos, los aporten en el contexto de actos procesales orales (p.e., documentos para fundar una réplica a una alegación defensiva o para fundar alegaciones ampliatorias de hechos que no han sido admitidos por la parte contraria; dictámenes periciales reactivos frente a contenidos de la contestación a la demanda). En estos casos, la parte que lo intenta, la contraparte y el juez deben estar preparados y, en todo caso, atentos para justificar la procedencia de esas aportaciones, para impugnar su admisión y para resolver sobre la misma.

Aunque la proposición de esta clase de medios de prueba no está ubicada, por lo general, en un contexto de oralidad procedimental, otros actos procesales que inciden en la práctica de estos medios de prueba sí que deben realizarse en un contexto procedimental de oralidad. En la audiencia previa del juicio ordinario, la ley prevé

expresamente una carga de las partes de tomar postura respecto de los documentos y dictámenes aportados por la contraparte (art. 427 de la LEC). La actitud que adopte la parte determinará la subsiguiente actividad de práctica de esas pruebas ya aportadas (principalmente, si ha habido impugnación, realización de actividades de adveración) y, en algún supuesto, también su valor probatorio.

Los demás medios de prueba han de ser propuestos, en principio, en el contexto de actos procesales orales. Si el procedimiento seguido es el del juicio ordinario, la proposición se realiza en el acto de la audiencia previa. Si el procedimiento es el del juicio verbal, en la vista, tras la ratificación y, en su caso, complementación de los fundamentos de la demanda y tras la contestación oral, y siempre que no se hayan planteado cuestiones procesales que impidan la continuación, o que estas hayan sido rechazadas. No obstante, en este procedimiento está prevista por la ley una preparación de la proposición de (algunos) medios de prueba¹⁴³ con el fin de que en la vista convocada puedan ser practicados todos los medios de prueba que, en definitiva, acaben siendo propuestos y admitidos por el juez. La solución es, probablemente, antieconómica porque impone preparar unas pruebas que, al desconocerse cómo reaccionarán las partes frente a los hechos alegados por la contraria (no ha habido contestación escrita), tal vez resulten innecesarias.

¹⁴³ Se trata de los medios de declaración de las partes, prueba testifical y prueba de informes sobre datos obrantes en entidades públicas y privadas (art. 440, párrs. 3.º y 4.º de la LEC).

Los actos de proposición van precedidos por una intervención del juez dirigida a la fijación de los hechos controvertidos, que tiene por finalidad acotar los hechos que, por no haber sido admitidos por las partes, son controvertidos y necesitan ser objeto concreto de las pruebas a practicar en ese proceso.

La oralidad impuesta para los actos de proposición resulta, como anticipé¹⁴⁴, poco funcional cuando en esos actos han de proporcionarse al juez datos detallados para preparar la práctica de los medios de prueba. En la práctica se procura evitar esos inconvenientes acompañando una nota escrita con todo lo necesario para identificar los medios de prueba que se proponen, sin perjuicio de exponerlos de viva voz.

La *resolución sobre la admisión* de la prueba es también oral. Antes de emitirla el juez formula preguntas a los abogados de las partes para establecer la pertinencia y la utilidad de cada medio de prueba, en cuanto presupuestos que legalmente condicionan la resolución de admisión. La resolución oral de admisión va acompañada o seguida de preguntas o de indicaciones dirigidas a preparar la práctica de los medios que se admitan y a hacer esa preparación de un modo eficiente (máximo resultado con mínimo coste). Oral es también la impugnación de la resolución sobre la admisión. El juez resuelve oralmente y contra su resolución cabe protesta para preservar un eventual recurso contra la sentencia final (art. 285 de la LEC).

¹⁴⁴ Véase supra apdo. 3.2. B).

Las características esenciales de un procedimiento (predominantemente) oral, en lo que concierne a la *práctica de los medios de prueba* personales (incluida la pericial) son la concentración espacial y temporal de la actividad de las partes (sus abogados), de los sujetos de prueba y del juez, así como la intermediación entre el juez y aquella actividad, que es dirigida por él y cuyos resultados también le toca valorar a él.

El régimen jurídico de las vistas o audiencias en las que se practican las pruebas personales ha de garantizar la concentración y la intermediación. Para alcanzar ese fin es importante establecer normas imperativas y prohibitivas, que establecen consecuencias de falta de validez para los actos que las infrinjan¹⁴⁵.

Pero también son decisivas normas orientadas a posibilitar que, de hecho y de una manera efectiva, se cumpla el objetivo perseguido. Entre las mismas están las que regulan la gestión orientada a que esas sesiones de trabajo conjunto puedan ser celebradas con utilidad, porque están disponibles los elementos que son necesarios

¹⁴⁵ Así, las que, en la LEC, establecen que solo puede dictar sentencia el juez que hubiera presenciado la práctica de la prueba en el juicio (arts. 137.1 y 2, art. 194 de la LEC), cuya infracción está sancionada con la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones (art. 137.4 de la LEC).

para trabajar¹⁴⁶ y las que apoderan al juez para modificar el orden legal de práctica de la prueba con la finalidad, entre otras, de evitar suspensiones e interrupciones de la vista.

La LEC contiene también normas que establecen excepciones a la regla general y que significan soluciones de compromiso entre, por un lado, lo que estrictamente requeriría la plena realización de la concentración y la intermediación, y, por otro, otros derechos e intereses privados o públicos. Esas soluciones de compromiso se establecen para que una determinada prueba pueda ser, por lo menos practicada, aunque sea de una forma diferente a la establecida como regla general¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Citaciones anticipadas de partes, testigos y peritos que ya hubieran dictaminado, para que estén presentes en la vista; solicitud de aportación de informes de entidades privadas o públicas con antelación al juicio, para que los informes estén disponibles al empezar el mismo; aportaciones (no iniciales) de dictámenes periciales, indicando si es necesaria la presencia del perito, con antelación a la vista, para que el dictamen esté disponible en esta y el perito presente.

¹⁴⁷ Así, deben ser practicados antes del juicio (art. 429.4 de la LEC), por el juez o mediante auxilio judicial, las pruebas de interrogatorio de las partes (que no puedan comparecer por enfermedad o causa asimilada), reconocimiento judicial – salvo que el objeto a reconocer pueda ser presentado en la sala de vistas – y de declaración de testigos (sin deber de comparecer por enfermedad o causa similar). La práctica anticipada de un medio de prueba (art. 293.1 de la LEC) puede evitar que sea necesario, en su momento, acudir al auxilio judicial internacional, o la consecuencia más grave de la imposibilidad absoluta de practicar determinada prueba.

Un supuesto muy genérico de excepcional práctica de pruebas fuera del acto del juicio y antes del mismo es el establecido por el art. 290 de la LEC¹⁴⁸, cuya finalidad es evitar una restricción del derecho a la prueba, pero también que las dificultades de práctica impidan un desarrollo ágil del juicio, sin aplazamientos, ni suspensiones.

La excepcional práctica de pruebas fuera del acto del juicio también puede tener lugar después del mismo. La ubicación procedimental de las antiguas “diligencias para mejor proveer” es ocupada ahora por las llamadas diligencias finales, cuya función es contrarrestar, dentro de la primera instancia, las consecuencias sobre la práctica de pruebas que pudiera tener una preclusión injustificada. Mientras está en curso el plazo para dictar sentencia (art. 434 de la LEC), pueden ser practicadas – o propuestas y practicadas – aquellas pruebas respecto de las cuales concurren determinadas circunstancias que legalmente justifican exceptuar la preclusión (art. 435 de la LEC)¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Permite, excepcionalmente, practicar antes del juicio o de la vista algún medio de prueba que, por razón distinta a las legalmente previstas, no pueda practicarse durante los mismos sin riesgo de provocar su suspensión o interrupción. Similar es la finalidad del art. 183.5 de la LEC que, ante la imposibilidad de que un testigo o perito asista a un juicio al que ha sido citado, permite al juez optar por hacer un nuevo señalamiento o practicar la prueba antes del juicio.

¹⁴⁹ Pruebas que, aun referidas a hechos alegados en los escritos de alegación iniciales, no pudieron ser propuestas por causas independientes de la voluntad de las partes; pruebas propuestas y admitidas en su momento, pero que no pudieron ser practicadas por causas no imputables a la parte que las propuso (art. 435.1.2 de la LEC); pruebas practicadas,

En la zona límite de estas normas que establecen soluciones de compromiso están las que rigen la interrupción de las vistas o audiencias y el régimen de su reanudación. Para la LEC constituye “interrupción del juicio” la paralización de las actividades del mismo, después de haber sido iniciadas, y siempre que el cese de actividad sea diferente al que se produce entre cada una de las varias sesiones que, en su caso, pueden ser necesarias para su finalización.

En la redacción inicial del art. 193.3 de la LEC se disponía que:

Quando no pueda reanudarse la vista dentro de los veinte días siguientes a su interrupción se procederá a la celebración de nueva vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible. Lo mismo se hará, aunque no haya transcurrido dicho plazo, siempre que deba ser sustituido el juez ante el que comenzó a celebrarse la vista interrumpida.

pero con resultado inútil por causa no imputable a la parte, siempre que esa causa haya desaparecido cuando se practiquen como diligencias finales (art. 435.2 de la LEC); cualesquiera medios de prueba que tengan por objeto hechos cuya alegación ha sido admitida en calidad de ampliación de hechos, después de iniciada la práctica de la prueba en el juicio, y que, por no haber sido admitidos por la contraparte, están necesitados de prueba.

Esta norma tenía la finalidad de garantizar una inmediación temporal razonable entre el momento de la práctica de la prueba presenciada por el juez y el momento en que, ese mismo juez, debía elaborar la sentencia.

Esta norma ha sido modificada por una reforma de 2010 y de forma vergonzante, porque aunque el artículo y apartado siguen mencionando los veinte días ya no lo hacen para establecer la consecuencia que antes establecían, sino simplemente para regular de qué modo debe hacerse el nuevo señalamiento, sin que la parte del juicio celebrada pierda validez.

Subsiste, a pesar de esa modificación y de la desaparición del inciso referido al cambio de juez, la exigencia esencial de la inmediación, porque de los arts. 137.1, 2 y 4, y 194 de la LEC sigue deduciéndose que solo el juez que ha presenciado el juicio puede válidamente dictar sentencia.

Probablemente la modificación del tratamiento de la validez de la parte del juicio ya celebrada en caso de interrupción del mismo se justifica porque el medio que permite al juez y a los abogados de las partes recuperar el recuerdo de la parte de la audiencia ya realizada tiene gran calidad en derecho español. En efecto, la forma prioritaria, tanto legalmente como de hecho, de documentar el desarrollo de la vista consiste en el registro de lo que acaece en la misma mediante soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El secretario judicial garantiza la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido a través de la utilización, en el

soporte que permanece formando parte de los autos, de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad asimilado (arts. 146, 147 de la LEC).

La forma oral en los medios de prueba personales (declaración de las partes, testifical) y en la prueba pericial – exposición del informe por los peritos y examen contradictorio por las partes – ha sido reforzada porque el texto definitivo de la LEC – a diferencia de las previsiones del proyecto de ley – no autoriza escritos preparatorios para los interrogatorios. Estos se producen verbalmente en los actos del juicio o de la vista.

Las *alegaciones conclusivas*, mediante las que las partes evalúan críticamente la situación propia y de la contraparte en lo que concierne, principalmente, a los resultados probatorios respecto de los hechos relevantes, es oral e inmediata al terminar la práctica de la prueba en el acto del juicio. Se ha planteado que sería conveniente que los abogados dispusieran de algún tiempo de preparación y pudieran presentar las conclusiones por escrito¹⁵⁰. Como advertí¹⁵¹, esto podría afectar negativamente a la concentración entre prueba y sentencia. En el anteproyecto de reforma de la LEC que mencioné más arriba este

¹⁵⁰ Informe nacional de PICÓ, J. “El principio de oralidad en el proceso civil español”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura...*, pgs. 368-369.

¹⁵¹ Apdo. 3.2.C)

régimen permanece inalterado, aunque se clarifica que las conclusiones orales tras la práctica de la prueba deben ser admitidas también en el juicio verbal.

4.1.B) Procedimientos con eventual predominio de la escritura

Hay algunos procedimientos en los que la escritura puede predominar, hasta convertirse casi en la única forma utilizada, e insisto en el “puede”, porque el predominio es eventual y depende, principalmente¹⁵², de cuál sea la actitud del demandado frente a la demanda.

Una actitud defensiva del mismo determina una continuación del procedimiento con los elementos de oralidad generales, pero su allanamiento o la simple inactividad conducen a la finalización del proceso sin más trámites que los escritos. Es el caso del proceso monitorio común (arts. 814-817 de la LEC) y de los monitorios especiales cambiario (arts. 821, 822 y 825 de

¹⁵² También hay razones distintas a la que destaco en el texto: la clase de prueba disponible para el pleito (documental e informes periciales, acompañados a demanda y contestación y no impugnados) y actitud de ambas partes, que puede conducir a que el proceso termine con sentencia dictada después de la audiencia previa (art. 429.8 de la LEC); clase de cuestión litigiosa (división de patrimonios, para la que es decisiva la determinación y valoración de activos y pasivos y la partición, cuestiones cuya solución suele depender de documentos y de una pericial específica) y actitud de las partes, que puede conducir a la finalización del proceso sin la audiencia con pruebas que sería necesaria si hubiera oposición a la partición por alguna de las partes (art. 787 de la LEC).

la LEC) y en materia de propiedad horizontal (art. 7 de la *Ley de Propiedad Horizontal*). También puede ocurrir esto en algunos procedimientos comunes con especialidades debidas a la materia litigiosa, como, por ejemplo, los de desahucio de inmuebles arrendados por falta de pago de rentas (art. 440.2 de la LEC), aquellos en que se hacen valer pretensiones de defensa de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (arts. 250.1.7º y 440.2 de la LEC), o determinadas pretensiones relativas a contratos sobre venta a plazos de bienes muebles o a contratos de *leasing* (arts. 250.1.10º, 11º y 440.4 de la LEC).

En el ámbito de los procesos de familia, pueden quedar limitados a una tramitación escrita los procedimientos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 777 de la LEC).

Es importante destacar, a los efectos de apreciar debidamente el argumento de que el establecimiento de procedimientos (predominantemente) orales implica un notable incremento de los costes públicos, el número de asuntos litigiosos en los que esa incidencia no se produciría dado que en los correspondientes procedimientos no habrían componentes de oralidad, y ello no simplemente por considerarlos más costosos, sino por resultar innecesarios para la calidad de la función del proceso en esos supuestos.

Presento dos ejemplos de derecho español referidos, respectivamente, a litigios patrimoniales y a litigios de derecho de familia.

El cuadro siguiente¹⁵³ muestra los porcentajes, desde la entrada en vigor de la LEC, de los procedimientos monitorios comunes ingresados anualmente sobre el conjunto de procedimientos declarativos ingresados en juzgados de primera instancia, y de primera instancia e instrucción.

Años	2002	2003	2004	2005	2006	2007
%	29,5	36,6	38,2	43,0	45,3	47,2
2008	2009	2010	2011	2012	2013	
54,3	58,1	53,4	47,3	46,7	41,8	

De los procedimientos monitorios que se registran anualmente, solo porcentajes que, sumados, raramente han superado el 10% en cada año desde la entrada en vigor de la LEC, se han transformado, por la oposición del requerido de pago, en juicio ordinario o en juicio verbal, mientras que, a lo largo de esos años, porcentajes que han oscilado entre el 35'8% y el 44'3%, y más frecuentemente próximos a la última cifra, han terminado con la creación de título ejecutivo¹⁵⁴.

¹⁵³ Ha sido elaborado con base en la información suministrada por la publicación *La justicia dato a dato*, que anualmente desde 2003 publica el Consejo General del Poder Judicial y que está disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>

¹⁵⁴ Para los datos hasta 2009, véase *Datos de Justicia, Boletín Información Estadística N° 22 - Noviembre 2010, Evolución del Proceso Monitorio (III)*: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>. Para los datos desde 2010 hasta 2013, la información se ha obtenido

Con referencia a la materia de derecho de familia, el siguiente cuadro¹⁵⁵ muestra los porcentajes de procedimientos de separación y divorcio de mutuo acuerdo sobre el total de procedimiento de nulidad matrimonial, separación y divorcio que ingresan anualmente.

Años	2003	2004	2005	2006	2007
%	64,48	64,33	61,87	60,68	61,67
2008	2009	2010	2011	2012	2013
60,84	59,31	59,65	59,11	59,13	59,97

4.2. Los resultados obtenidos: la mejora en la duración de los procesos civiles

Es el momento de preguntarse sobre los resultados del cambio de modelo procedimental operado por la LEC en derecho español, tras casi catorce años de aplicación de esa ley. Y ello teniendo en cuenta que ese cambio ha consistido en introducir un componente de oralidad del modo que ha quedado descrito en el apdo. 4.1, A) y B).

de la publicación *La justicia dato a dato*, que está disponible en el sitio web antes mencionado.

¹⁵⁵ Ha sido elaborado con base en la información suministrada por la publicación *La justicia dato a dato*, que anualmente desde 2003 publica el Consejo General del Poder Judicial y que está disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>

Ya hice notar más arriba que uno de los elementos a considerar para valorar la eficiencia del proceso civil – la calidad de los resultados del mismo – no puede “medirse” con seguridad, de modo que tampoco es seguro concluir si la calidad de esos resultados ha mejorado o empeorado y en virtud de qué factores¹⁵⁶.

Por el contrario, el elemento de la duración de los procedimientos permite aproximaciones más aceptables.

El Consejo General del Poder Judicial ofrece datos sobre estimaciones de las duraciones medias de los asuntos terminados en cada periodo. Las estimaciones se obtienen por medio de un modelo matemático que hace uso de los números de asuntos ingresados, resueltos y en trámite al comienzo de cada periodo. La tabla que incluimos a continuación se ha elaborado partiendo de esos datos¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Si atendemos a los porcentajes de confirmación de sentencias recurridas en apelación, podríamos decir que la calidad es buena porque los porcentajes de confirmación total de sentencias de juzgados de primera instancia no especializados exceden del 63 %, en los años 2004 a 2011, y en el caso de sentencias dictadas por los juzgados de lo mercantil, el porcentaje de confirmación total nunca ha sido inferior al 67 %; para más detalle, véase ORTELLS, M. “Efficiency of civil justice and appeals system”, *Recent trends in...*, pgs. 183-188. Para la crítica de este indicador de calidad, es interesante consultar DOMÉNECH, G. *Juzgar a destajo...*, pg. 53 y, más en general, pgs. 55-93.

¹⁵⁷ Nuevamente hay que remitir a los documentos titulados *La Justicia dato a dato*, correspondiente a los años 2003 hasta el 2013, que pueden encontrarse en la sección de estadísticas del Consejo General del

Los datos se refieren a la duración en meses de la primera instancia, ante las diversas clases de órganos jurisdiccionales que conocen de esta etapa procesal¹⁵⁸. Incluyen dos años en los que la LEC de 2000 no estaba en vigor o no fue aplicable (1999 y 2000).

	1999	2000	2001	2002	
JPI	10,20	9,68	9,62	8,80	
JPI e I	9,71	9,23	9,51	8,48	
J Fam	6,20	6,11	6,04	5,42	
J Mer	----	----	----	----	
2003	2004	2005	2006	2007	
7,94	7,9	7,7	7,9	7,2	
7,81	7,7	7,7	7,9	8,1	
5,01	3,9	3,9	4,3	4,1	
----	5,5	10,6	15,6	21,6	
2008	2009	2010	2011	2012	2013
6,9	7,3	7,7	8,0	7,2	7,1
8,1	8,6	9,3	9,9	9,2	8,8
4,0	4,0	4,0	4,4	4,5	4,6
22,9	20,3	23,8	29,0	35,8	39,3

Poder Judicial, en <http://www.poderjudicial.es>. De esos documentos se ha extraído también la explicación del cálculo de las estimaciones de duración que figura en el texto.

¹⁵⁸ Son los juzgados de primera instancia (JPI), los juzgados de primera instancia e instrucción (JPI e I), los juzgados de familia (J Fam) y los juzgados de lo mercantil (J Mer).

Salvo para los juzgados de lo mercantil – órganos jurisdiccionales especializados, con competencia objetiva en determinadas materias mercantiles, y que iniciaron su funcionamiento en 2004 – los datos sobre duración de la primera instancia han experimentado una constante mejora – en el sentido de reducción de la duración – desde que se inició la aplicación de la nueva LEC.

La mejora es menos pronunciada, aunque no deja de ser perceptible, en los procesos que dirigen los juzgados de primera instancia e instrucción, lo que, probablemente, se debe a la incidencia de la competencia penal, que estos juzgados comparten con la civil, sobre la carga de trabajo de los mismos.

La evolución de las medias estimadas de duración de los procesos ante los juzgados de lo mercantil es, obviamente, negativa. Ello se debe, por un lado, a que una parte importante de la competencia objetiva de estos juzgados lo son los procesos concursales, cuya complejidad – parcialmente derivada de la combinación de actividades declarativas y ejecutivas – conduce a unas medias de duración difícilmente comparables con las de un proceso de declaración que tiene por objeto una pretensión, o, en ocasiones, algunas acumuladas.

Pero el espectacular aumento de esas medias de duración, especialmente desde los años 2007 y 2008, revelan también la incidencia de otro factor: el incremento de los procesos

concursoales debido a la coyuntura de crisis económica, que está desbordando la oferta del servicio público de justicia que presta esta clase de órganos jurisdiccionales.

4.3. Una referencia al gasto público destinado al servicio de justicia

Difícilmente unos resultados como los expuestos se producen exclusivamente en virtud de un cambio legislativo. Más bien, para que los cambios normativos en materia procesal tengan impacto real es necesario reorganizar y/o incrementar los medios personales y materiales destinados al servicio público de la justicia, lo que frecuentemente requiere un razonable incremento del gasto público destinado al mismo.

Para determinar hasta qué punto un determinado nivel de gasto público y de actuaciones de gestión de medios personales y materiales ha sido necesario y ha influido en que funcione como lo ha hecho un sistema procesal civil con el grado de oralidad como el que he descrito en el apdo. 4.1, sería necesario partir de estudios elaborados con técnicas de sociología de la organización y económicas, que reflejaran los gastos de personal – jurisdiccional y auxiliar –, los gastos corrientes – en instrumentos auxiliares; por ejemplo, para las grabaciones audiovisuales – y las inversiones en equipamiento informático y en adecuación y renovación de edificios judiciales, ligados a la implementación del nuevo sistema. Esos estudios deberían ofrecer datos desagregados sobre el gasto público en justicia destinados al ámbito civil de la misma.

No dispongo de estudios previos que reúnan esas características, de modo que me limitaré a dejar apuntadas unas apreciaciones sobre la evolución del gasto público en justicia, en España y durante la implantación del nuevo sistema procesal civil, que aunque son muy generales, no dejan de ser significativas.

Resumidamente la situación puede ser descrita con el siguiente comentario de PASTOR PRIETO: “En términos nominales, el gasto se duplicó entre 2000 y 2007, un crecimiento superior al de todo el decenio 1990-2000. En términos reales, el aumento del gasto fue de casi un 70% entre 2000 y 2007, frente a algo menos del 40% en el decenio 1990-2000”¹⁵⁹. Téngase en cuenta que el año 2000 fue el año de *vacatio legis* de la Ley 1/2000, que contenía el texto de la nueva LEC. Es razonable pensar que buena parte de este incremento contribuyó a la implantación efectiva del nuevo sistema procesal civil.

¹⁵⁹ PASTOR, S. “¿Penuria de medios?”, *Cuadernos de derecho...*, pg. 353.

5. FUENTES

Autores

ARENS, P. *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*. Berlin, 1977.

ALMAGRO, J.

- “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Justicia*. España: Bosch, n.º especial, 1981.
- “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado”, *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*. Madrid: Civitas, 1993.

ANDRÉS, P. “Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, n.º 46, 2003.

BIAVATI, P.

- “Oral and written evidence in Italian civil procedure law”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.
- *Argomenti di Diritto processuale civile*. Bologna: Bononia University Press, 2013.

BONET, A. “El acceso a la justicia”, *Justicia: poder y servicio público*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

BONET, J. *Los juicios de desabucio*. España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

BÖTTICHER, E. *Die Gleichheit for dem Richter*. Hamburgo: Hamburg Universitätsverlag, 1961.

BUENDÍA, A. “Limitaciones por parte de los tribunales de apelación respecto a la cognición tenida por el juzgador de primera instancia”, *Diario La Ley*. España: Wolters Kluwer, n.º 7785, 2012.

CADIET, L. y JEULAND, E. *Droit Judiciaire Privé*. Paris: Lexis Nexis, 2013.

CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho procesal según el nuevo código*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Vol. I.

CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I y II.

CAPPELLETTI, M. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano-New York : Oceana Publications, 1971.

CASTRO, L. “Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía”. *Justicia*. España: Bosch, n.º 1, 1987.

CHIAVARIO, M. *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giuffrè, 1977.

CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936. T. III, trad. Gómez Orbaneja.

CORREA, J. P. *El proceso monitorio*. Barcelona: Bosch, 1998.

DE LA OLIVA, A.

- *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Madrid: CEURA, 2004.
- “Una oralidad razonable: La reforma procesal civil española”, *Casación, oralidad y nuevo proceso civil*. Santiago de Chile: EJS, 2009.

DENTI, V. “L’oralità nelle riforme del processo civile”, *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DOMÉNECH, G. *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2009.

EINHAUS, S. “The introductory phase and the procedural contract- England and Wales”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

FAIRÉN, V. “Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento”. Madrid: Estudios de Derecho Procesal, 1955.

GARCIANDÍA, P. “La oralidad en la prueba pericial: El régimen de la intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las Audiencias”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. II.

GASCÓN, F. “Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía”, *Ius et Praxis*. Chile: Talca Universidad, n.º 1, año 14.

GOHM, CH. *Massnahmen zur Beschleunigung und Konzentration im neuen spanischen und deutschen Zivilprozess*. Frankfurt: Peter Lang Verlag, 2004.

GÓMEZ, C. “La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador”, *Jueces para la Democracia*, n.º 48, 2003.

GUINCHARD, S., FERRAND, F. y CHAINAIS, C. *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*. París: Dalloz, 2008.

GULLÓN, B. “Algunas observaciones sobre la reforma del recurso de casación”, *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*. Madrid: Civitas, 1993.

GUTIÉRREZ, A. “La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. II.

GRUNSKY, W. *Grundlagen des Verfahrensrecht*. Bielefeld, 1974.

HIRSCH, G. “Oralidad e intermediación en el proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*. México: IIJ UNAM, n.º 14, 2009.

HONMA, M. “The preliminary phase an the trial agreement in Japan”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

JUAN, R. “El juicio verbal español: principales problemas para su desarrollo concentrado”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, Valencia, 2008. T. II.

JUNGHOO, O. “Mündliche und schriftliche Elemente bei der Klageerhebung nach der koreanischen Zivilprozessordnung”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

KERN, CH. “Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess”, *Zeitschrift für Zivilprozess*. Alemania: Carl Heymanns, n.º 1, 2012. Vol. 125.

KERN, E. y WOLF, M. *Gerichtsverfassungsrecht*. Alemania: C.H. Beck, Auflage, 1975.

KIP, H. G. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*. Köln-Berlin: Heymann, 1952.

LEIPOLD, D. “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

MANDRIOLI, C. y CARRATTA, A. *Corso di Diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. T. II.

MANIOTIS, D. N. “Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*. Madrid: Civitas, 1993.

NIEVA, J.

- “Inmediación y valoración de la prueba el retorno de la irracionalidad”, *Diario La Ley*. España: Wolters Kluwer, n.º 7783, 2012.
- “Oralidad e intermediación en la prueba luces y sombras”, *Justicia: revista de derecho procesal*. España: Bosch, n.º 1, 2012.

ORTELLS, M.

- *Introducción al Derecho Procesal*. Granada: Editorial Comares, 1999.
- “Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom. 7 Januar 2000”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*. Alemania: Carl Heymanns, n.º 5, 2000.
- “Le Code de Procédure Civile de 1806 et la première codification procédurale espagnole: parallélismes, coïncidences, divergence”, *1806-1976-2006. De la commémoration d’un Code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. París: Editorial Lexis Nexis Litec, 2006.
- “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Ius et Praxis*. Santiago de Chile: Edición Conmemorativa XX Aniversario Facultad de Derecho, Abeledo Perrot, Talca Universidad de Chile, 2012.
- “Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/ eficiencia y técnica legislativa”, *Ius et Praxis*. Chile: Talca Universidad, 2012.
- “Efficiency of civil justice and appeals system: the Spanish reforms in the European context”, *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*. Vilnius: Vilnius University Press, 2013.

- *Derecho procesal civil*. Cizur Menor, España: Aranzadi-Thomson Reuters, 2014.

OTEIZA, E. “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

OVALLE, J. “Oralidad y escritura como factores de eficiencia procesal”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

PALOMO, D. “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, *Estudios Constitucionales*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, n.º 2, 2010.

PASTOR, S. “¿Penuria de medios?”, *Cuadernos de derecho Judicial*. España: Consejo General del Poder Judicial, n.º 6, 2008.

PERDIGUERO, E. “La oficina judicial”, *Justicia: Poder y servicio público*. Madrid: CGPJ, 2007.

PEYRANO, J. W. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

PICÓ, J.

- *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.
- “El principio de oralidad en el proceso civil español”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.
- *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2011.

PRIETO, L. “Precisiones sobre oralidad y escritura”, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1950.

QUINTERO, M. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

RAMOS, F.

- “La eficacia laboral de los juzgados civiles: realidad y reformas”, Justicia: *Revista de derecho procesal*. España: Bosch, n.º 1, 2012.
- “Forma del proceso y funcionamiento de la justicia. Análisis de Derecho comparado”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. II.

REINHARD, J. “Civil Procedure in the USA”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

RICHARD, M. “Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. II.

ROSEMBERG, L., SCHWAB, K. H. y GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*. München: Verlag C. H. Beck, München, 2004.

SASSANI, B. *Lineamenti del processo civile italiano*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

SCHLOSSER, P.

- “Urteilswirkung und rechtliches Gehör”, *Juristenzeitung*. Alemania: Mohr Siebeck, 1967.
- “Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania”. *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*. México: UNAM, n.º 14, 2009.

SERRA, M.

- “Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)”, *RDProIberoam*. 1972.

- “Del recurso de casación”, *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992. de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*. Madrid: Civitas, 1993.
- “Confesión y juramento decisorio”, *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009.
- “Prueba testifical”, *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009.

SIMÓN, L. M. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

STEIN, F., JONAS, M. y BERGER, C. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Alemania: Mohr Siebeck, 1999. Vol. 4-2.

STEIN, F., JONAS, M. y BREHM, W. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Alemania: Mohr Siebeck, 2003. Vol. 3.

STEIN, F., JONAS, M. y LEIPOLD, D.

- *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Alemania: Mohr Siebeck, 1999. Vol. 4-2.
- *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Alemania: Mohr Siebeck, 2004. Vol. 3.
- *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Alemania: Mohr Siebeck, 2008. Vol. 4.

STEIN, F., JONAS, M. y ROTH, H. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Alemania: Auflage, Mohr Siebeck, 2008. Vol. 4.

TARUFFO, M. “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

TAVOLARI, P. “La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

TAVOLARI, R. “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

TROCKER, N. *Processo civile e Costituzione*. Milan: Dott. A. Giufrè Editore, 1974.

VÁZQUEZ, J. L. “La oralidad y la escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. II.

WANG, H. “Civil pre-trial procedure in China”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de València, 2008. T. I.

WASSERMANN, R. *Der soziale Zivilprozess*. Alemania: Neuwied-Darmstad, 1978.

WOLF, M. “Rechtliches Gehör und die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit”, *Juristenzeitung*. Alemania: Mohr Siebeck, 1971.

ZEISS, W. y SHREIBER, K. *Zivilprozessrecht*. Alemania: Mohr Siebeck, 2003.

Fuentes electrónicas

Consejo General del Poder Judicial. *La justicia dato a dato*:
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>

Datos de Justicia, Boletín Información Estadística n.º 22 - noviembre 2010, Evolución del Proceso Monitorio (III): <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>

The European Commission for the Efficiency of Justice. *European judicial systems. Edition 2012 (Data 2010). Efficiency and quality of justice*. CEPEJ Studies, n.º 18, 2012: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/textes/default_en.asp.

Normativa y resoluciones

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, n.º 118-122, 131-139.

- Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, n.º 147-164.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Caso *Al-Adsani contra Reino Unido*. Sentencia de 21 de noviembre de 2001.
- Caso *Cañete de Goñi contra España*. Sentencia de 15 de octubre de 2002.
- Caso *Frydlender contra Francia*. Sentencia de 27 de junio de 2000.
- Caso *Gautrin y otros contra Francia*. Sentencia de 20 de mayo de 1998.
- Caso *Gorraiz Lizarraga y otros contra España*. Sentencia de 27 de abril de 2004.
- Caso *Hurter contra Suiza*. Sentencia de 15 de diciembre de 2005.
- Caso *Kress contra Francia*. Sentencia de 7 de junio de 2001.
- Caso *Markovic y otros contra Italia*. Sentencia de 14 de diciembre de 2006.
- Caso *Mc Elbinney contra Irlanda*. Sentencia de 21 de noviembre de 2001.

- Caso *Mc Michael contra Reino Unido*. Sentencia de 24 de febrero de 1995.
- Caso *Osman contra Reino Unido*. Sentencia de 28 de octubre de 1998.
- Caso *Pellegrin contra Francia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1999.
- Caso *R. contra Bélgica*. Sentencia de 27 de febrero de 2001.
- Caso *Serre contra Francia*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999.
- Caso *Súsanna Rós Westlund contra Islandia*. Sentencia de 6 de diciembre de 2007.

Se terminó de imprimir en noviembre de 2017.
La edición y diseño fueron cuidados por la
Coordinación Editorial del Poder Judicial del
Estado de Nuevo León. El tiraje consta de
500 ejemplares.



Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro Monterrey, Nuevo León
México, C.P. 64000