



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Pinochet Olave, Ruperto

La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte I: La
Oferta Electrónica

Ius et Praxis, vol. 10, núm. 2, 2004, pp. 267-320

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19710209>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Y ahora, Tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil?. Algunas Claves y Criterios a Seguir

Diego I. Palomo Vélez (*)

(*) Instructor de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Magíster (c) por el Programa en Instituciones de Derecho Público y Privado impartido por la Universidad de Talca en asociación académica con la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente, comisionado por su Universidad, realiza su tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, bajo la dirección del profesor Dr. Andrés de la Oliva Santos, Director del Departamento de Derecho Procesal.

Correo electrónico: dpalomo@utalca.cl.

RESUMEN

En este artículo se recogen algunas reflexiones en relación con las posibilidades y condiciones, que debe tener la recepción de la oralidad en el proceso civil declarativo chileno. Asumiendo la profunda naturaleza escrita del mismo, e intentando despejar arraigados errores que han cruzado el análisis doctrinal de los principios procesales, se postula como tesis la necesidad de un cambio normativo que abra espacios a mayores grados de efectiva oralidad e inmediación en el proceso civil, tal cual resulta ser la tendencia actual en los distintos ordenamientos, pero cuidando de no caer en maniqueas e ingenuas posiciones. Razonabilidad, posibilidad y utilidad, junto a la necesaria inversión en medios humanos y materiales son, a nuestro juicio, las claves en esta recepción de la oralidad, la que debe entenderse como una forma del procedimiento, esencialmente contingente, y por tanto fundamentalmente al servicio de las necesidades y posibilidades que identifique el legislador.

Principios del proceso. Oralidad. Proceso civil chileno

ABSTRACT

The purpose of this paper is to put together some reflections related to the possibilities and conditions for the admission of oral litigation in Chilean civil law proceedings. Accepting the fundamentally written nature of this process, and attempting to clear away deeply rooted errors encountered in the doctrinal analysis of the legal principles, the premise presented here is the need for a change of norms that leaves room for greater degrees of oral effectiveness and accessibility in civil law such as is the current trend in various proceedings, but taking care not to fall into obscure or naïve questions and answers. Reasonableness, capacity, and utility together with the necessary investment in human and other resources are, in our judgement, the key elements to the acceptance and use of oral litigation, which should be understood as a form of proceeding, essentially contingent on and thus fundamentally serving the needs and capabilities that identify the legislator.

Principles of the Trial. Oral Litigation. Chilean Civil Trial

A) IDEAS PREVIAS. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. De entrada encarguémonos del título de este artículo. Con él se pretende presentar el análisis que sigue a partir del fenómeno de reforma que ha remecido los cimientos del que fue nuestro vetusto proceso penal y que ha venido a instalar la forma oral en esta clase de juicios. Empero cuidado, lo que sigue no trata de revisar - nuevamente - aspectos de la oralización del proceso penal, que por lo demás se encuentra sostenida en fundamentos bastante distintos (más bien políticos)¹, pero sí de aprovechar esta verdadera moda surgida por la oralidad en los juicios para analizar las necesidades y reales posibilidades de un cambio normativo en el diseño del proceso civil chileno que logre asimilar e introducir mayores grados de efectiva oralidad e intermediación judicial. Precisamos de inmediato que nos referimos en exclusiva al denominado proceso civil declarativo ordinario prototípico (juicio ordinario de mayor cuantía), por lo que se excluyen del análisis tanto los procesos ejecutivos como los procesos especiales². Asimismo, por razones de corte metodológico, limitamos este estudio a la primera instancia del referido proceso.

2. Pues bien, sabido es que el proceso civil chileno ha estado, desde su entrada en

vigencia, firmemente gobernado por la escrituración como principal forma o regla del procedimiento³. Por cierto, hay razones históricas que así lo justifican. Esta profunda escrituración del proceso civil chileno la hemos heredado del sistema procesal español. Mientras el resto de los países del mundo civilizado se decidía y optaba, con mayor o menor éxito ya en el siglo XIX, por fórmulas procesales fundadas a partir de la oralidad, tanto nuestro país como el resto de las naciones latinoamericanas (exceptuando sólo a Brasil) recogían en sus leyes sistemas procesales basados fundamentalmente en las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881, ambas esencialmente estructuradas sobre la base de un antiquísimo y tradicional mecanismo de hacer justicia, *el solemnis ordo iudiciarius*⁴, recogido en las mismísimas Partidas.

3. Sin embargo, tanto la evolución experimentada por la sociedad ya instalada en el siglo XXI, como el desempeño deficitario de la justicia civil están evidenciando la necesidad de materializar cambios. Es necesario, sobre todo, un cambio que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de muy difícil resolución con la actual Ley del siglo pasado. Muy especialmente, es necesario un cambio que, respetando valiosos principios y reglas acogidos en las leyes procesales de otros países de nuestra misma área cultural, materialice el profundo cambio de mentalidad que debe entrañar el compromiso por la efectividad de la tutela judicial.

4. Estos cambios ligan con el no pocas veces subestimado plano de las *formas procesales*. El cambio debe comenzar por allí. Nos referimos a la introducción por parte del legislador procesal de mayores grados de oralidad e intermediación en un proceso civil chileno que tradicionalmente ha dado la espalda a estas formas procesales. Esta tarea no puede entenderse simple desde ningún frente, ni el teórico ni el práctico. De hecho, no lo es ni lo ha sido en el plano teórico donde las tentadoras ventajas que han rodeado el «*mito oral*» siguen resultando demasiado atractivas e irresistibles. Surgen y se propagan con demasiada facilidad las visiones puramente *maniqueas e ingenuas*⁵, abundantes en la inacabable y famosa polémica entre los partidarios de la oralidad y sus detractores. Y en lo que respecta a las dificultades prácticas, las explicaciones deberían sobrar si nos referimos a Chile, bastando con remitirse a la endémica escasez de recursos materiales y humanos que ha caracterizado a nuestra Justicia⁶.

5. La tesis que postulamos se hace cargo de las posibilidades y condiciones de la oralidad en el proceso civil chileno desde ambas perspectivas, la teoría y la práctica⁷, partiendo de la necesidad de desmitificarla, vale decir, asumiendo que las formas del proceso obedecen y deben obedecer a consideraciones técnicas, a exigencias propias de la práctica judicial y forense y, claro está, a razones de oportunidad y conveniencia, donde las ideologías o consideraciones de similar naturaleza no tienen ni pueden tener cabida ni sentido útil. Descartamos, por tanto, la idea preconcebida de que la forma oral es buena y la forma escrita es mala. A mayor abundamiento, en este trabajo asumimos la necesaria *contingencia*

de las formas procesales como un sano y prudente *hilo conductor* que nos permite enmarcar nuestra labor dentro de precisos límites, evitando desvíos teóricos desbordantes.

Carreras⁸, con su reconocida maestría, ya había puesto de relieve que el Derecho procesal constituye un arte, y el proceso pura invención humana, inexistente en la naturaleza, y que por tanto funcionará bien o mal dependiendo del hecho que las piezas estén bien o mal construidas o engranadas. Ni más ni menos es lo que sustenta nuestra posición sobre el tema que nos ocupa. Así las cosas, el análisis se efectúa desde las trincheras de la *razonabilidad*, *posibilidad*⁹ y *utilidad*¹⁰. Aquí encontramos el derivado complementario para nuestro hilo conductor, nos permite formular un análisis jurídico en sintonía con lo que debería ser la reforma al proceso civil chileno: Una introducción de mayores grados de oralidad e intermediación con razonabilidad y prudencia, sin caer en excesos o desbordamientos inaceptables que las tornen imposibles y, por tanto, inaplicables e inútiles.

B) LA SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCESO CIVIL CHILENO: CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESOS ESCRITOS

1) Actualidad del proceso civil chileno

6. Hemos señalado que el proceso civil chileno es predominantemente escrito. De hecho su fórmula puede resumirse aún bajo los términos de un brocardo jurídico medieval: *quod non est in actis est in mundo*¹¹. Hasta el cansancio se ha enseñado en las Escuelas de Derecho que nuestro proceso civil prototípico es fundamentalmente escrito. Una y otra vez se ha repetido en las aulas de clase. Y la verdad es que es exactamente así. Un mero vistazo a las distintas disposiciones del CPC (Código de Procedimiento Civil) que configuran este proceso basta para constatar este aserto. Por sólo nombrar algunas de ellas (por tanto, sin pretensión de exhaustividad): Artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 61, 169, 170, 253, 254, 256, 261, 303, 305, 309, 310, 312, 314, 430, 433, entre otras. Cada una de las actuaciones procesales contenidas en estas normas están, ya sea expresa o tácitamente, construidas desde y para la forma escrita.

7. Así, el diálogo¹² en el cual consiste todo proceso judicial, entre ellos el proceso civil, se produce entre nosotros mediante una escritura que se nos antoja excesiva e inadecuada para determinadas actuaciones del proceso civil prototípico.

En efecto, si desglosamos la estructura del proceso civil podemos ratificar lo que acabamos de señalar. Todas y cada una de las fases del enjuiciamiento están gobernadas por la forma escrita. De hecho, la fase de alegaciones de las partes, la fase de prueba y la fase de fallo, todas se sostienen en la forma escrita. La pretensión y la contrapretensión, y las alegaciones de las partes, son incorporadas al proceso civil por escrito. Todos los actos y actuaciones procesales se traducen

en sendos escritos o documentos que van dando forma al expediente, el genuino protagonista del juicio escrito. La demanda del actor, la contestación del demandado, la réplica y la dúplica, incluso la demanda reconvenzional del demandado, son escritos. Decimos esto a sabiendas de que la escritura genera más escritura¹³. Este claro predominio de la forma escrita no cede (y aquí está a nuestro juicio lo más grave del asunto) ni aún en la fase de prueba, procesalmente dispersa, diluida y no concentrada, donde la escritura termina de marcar e identificar definitivamente al sistema. La concreta regulación de los distintos medios de prueba así lo ratifica: Toda la actividad probatoria se documenta por escrito, cuando no consiste, directamente, en documentos escritos¹⁴. Este panorama no cambia ni siquiera ante excepcionales normas que proponen un camino distinto, por ejemplo las que regulan la prueba testimonial¹⁵, donde la exigencia de la presencia judicial queda en la nada, emergiendo en su lugar la figura del funcionario o auxiliar de la jurisdicción, culpándose de esta irregular situación al exceso de trabajo de los órganos jurisdiccionales¹⁶. El sistema de valoración que impera es el de la prueba legal. La fase de sentencia también es escrita, y no pasa de ser fiel reflejo de todo lo acontecido antes. De hecho, no resulta exagerado señalar que, bajo este escriturario esquema de trabajo, no sea extraño encontrarse con jueces que se plantean resolver los casos a su cargo sin siquiera haberle visto las caras a los distintos actores del proceso, léase las partes, los testigos, los peritos, etc.

8. No hay dudas. El diseño del proceso civil ordinario chileno discurre y se desarrolla desde y para la escritura. Existe un claro predominio del elemento escrito respecto al oral, falta inmediatez y contacto personal y directo entre el juez con las partes, los testigos, los peritos y las demás fuentes de prueba. Es más, se desalienta la inmediación judicial¹⁷.

Prevalece el método de prueba legal, donde reglas abstractas y apriorísticas determinan el valor que el juez debe asignar a las pruebas. El desarrollo del proceso carece de concentración y favorece la dispersión de las actuaciones procesales. Al contrario, el proceso se desenvuelve y divide, preclusivamente, en distintas etapas. Le falta también publicidad real. Todo ello desemboca, como no puede ser de otra forma, en un proceso generalmente lento, con la existencia de una separación entre el juez y los hechos, con tendencial predominio de las cuestiones de derecho, y con claro exceso de los formalismos (muchas veces paralizantes).

Por lo mismo, estimamos muy complicado lograr implementar cambios efectivos hacia una mayor oralidad e inmediación manteniéndose el sistema formal que ahora nos rige. Las modificaciones a realizar deben necesariamente superar el carácter meramente cosmético (sin caer, desde luego, en respuestas utópicas), por lo que se requiere de una reforma procesal que redibuje el actual diseño que gobierna el procedimiento civil, especialmente en lo que liga con la práctica de las

pruebas, cuestión que señalamos como fundamental¹⁸. La razón es clara: La escritura (al igual que ocurre con la forma oral), además de ser una forma procesal, constituye el pilar de un verdadero sistema procesal en donde se manifiestan y expresan otras formas, que coordinadas entre sí, materializan las ventajas y defectos a ella asociada. Entonces, el legislador procesal chileno del siglo pasado, al optar por la escritura, optó también por una serie de otras reglas procesales con las cuales configuró un sistema coherentemente escrito. Lo intentamos explicar a continuación.

2) La forma escrita y los procesos escritos

9. En los procedimientos escritos la actividad se desarrolla, predominantemente, mediante la palabra escrita. Hablamos de predominio, ya que ninguno de estos sistemas formales ideales, ya sea el escrito o el oral, resultan aplicables en la actualidad en la realidad práctica bajo sus respectivos diseños puros. Eso debe quedar reservado para la teoría y la academia, necesitada de ejercicios de pureza para explicar los fenómenos jurídicos. También es cierto, sin embargo, que el predominio de la escritura en esta clase de procedimientos (como el nacional) resulta ser un elemento muy marcado, excesivo y extremoso a diferencia de lo que ocurre en los procesos predominantemente orales, siempre más necesitados del recurso a la escritura como necesario complemento.

Debe quedar claro. En un proceso escrito predomina lo escrito sobre lo hablado como medio de expresión y comunicación entre los diversos sujetos que intervienen. Las pretensiones y las contrapretensiones formuladas se hacen constar por escrito en el expediente, ocurriendo lo propio con las alegaciones, y la actividad probatoria se debe documentar por escrito. En este sentido, podemos decir que un dato que caracteriza a un proceso escrito es la accesoriedad de toda actuación oral, entendida en el sentido de que el juez de la causa dictará sentencia basándose en los actos realizados por escrito, o en la documentación de los que hayan adoptado forma oral.

10. Que todo se traduzca en escritos o documentos añadidos al expediente tiene consecuencias. La forma escrita lleva necesariamente a la *dispersión* en el tiempo de los actos procesales. Y en este esquema procesal es hasta necesaria, en la medida en que se requiere de tiempo para redactar los distintos actos escritos. Por lo demás, a diferencia de lo que acontece con los juicios predominantemente orales y concentrados, no existe peligro para la memoria del juez, toda vez que en su momento éste recurrirá a los escritos y documentos. Este respaldo escrito que poseen las distintas actuaciones resulta ser factor decisivo en los prolongados tiempos que se toma un proceso escrito en llegar a término. La dispersión implica, fomenta y reproduce la lentitud, como se sabe, uno de los mayores problemas de la justicia civil. También influye en la continua y asumida delegación de funciones por parte del juez hacia funcionarios menores. El juez, siempre con mucha carga de trabajo, valora que el tiempo que demorará el caso en llegar a estado de fallo será tan prolongado que su presencia personal en el acto (por ejemplo, la práctica

de alguna prueba) no se justificará, menos aún cuando a través de la lectura de las actas que recoja el funcionario podrá informarse de lo obrado. Se desaprovechan las ventajas de la intermediación, aun contando con jueces que quieren cumplir la Ley en este aspecto.

11. Desde un punto de vista más histórico, la forma escrita liga con el modelo inquisitivo de justicia, entre cuyos rasgos principales destacaba que las actuaciones del proceso eran escritas y secretas. El juez contaba con grandes poderes, tanto en el inicio del juicio (siempre de oficio) como en el desarrollo posterior del mismo, donde la actividad se desenvolvía por el juez frente a una sola parte. Se contemplaba el recurso de apelación y la existencia de una segunda instancia, en la cual también se trabajaba sobre la base de los escritos y documentos del primer enjuiciamiento. Como contrapeso, la valoración de la prueba no es libre, sino que es la Ley la que fija su valor (sistema de prueba legal o tasada). Empero, actualmente la escritura ya no es privativa del sistema inquisitivo. Desde hace varios siglos la escritura dejó de ser característica exclusiva de la forma inquisitiva. Por lo mismo, la anterior consideración entiéndase sólo en el contexto que exige la mejor y más completa explicación de este tema.

3) Formas conexas a la escritura

a) Mediación

12. Dijimos que la forma escrita sirve de pilar a un sistema procesal en el cual se dan cita otras manifestaciones formales que, asociadas y coordinadas, permiten darle definitiva estructura. Una de ellas es la mediación, especialmente en lo que a la relación juez y pruebas se refiere. Es cierto que no se trata de un objetivo que declaradamente persiga un sistema procesal escrito; antes al contrario, en los ordenamientos donde el legislador ha optado por la regla escrita ha previsto específicas normas que consagran la intermediación judicial. No obstante, es un dato de la realidad (que no puede desconocerse ni ocultarse) que la escritura predominante conduce a la mediación, aun a pesar de tales normas, las que se vuelven impotentes¹⁹.

13. La natural dispersión de los actos en un sistema escrito guarda relación con esta característica. Como se adelantó, los tiempos involucrados en estos procedimientos suelen ser prolongados, lo que atenta contra aquellos jueces que se proponen cumplir las normas que imponen la intermediación judicial. Se puede decir que son las propias señales que envía el sistema escrito lo que termina por desanimar el espíritu de los jueces que deciden asistir a la práctica de las pruebas. La cuenta la paga la prueba, resintiéndose su seriedad. Además, la dispersión de la que hablamos hace que esta asistencia personal, cuando excepcionalmente exista, deba reservarse por el juez solamente para las pruebas y juicios que se consideran de mayor importancia o de especial complejidad, operando por lo tanto

sobre la injusta base de la discriminación. El descrédito de algunos medios de prueba no demora en instalarse²⁰, especialmente evidente en los medios probatorios personales como la prueba testimonial, derivándose a privilegiar la prueba documental que pasa a convertirse en la reina de las pruebas de los sistemas escritos.

14. Para todo lo demás se recurre a la *delegación*, surgiendo la ilegal figura del funcionario del tribunal (o auxiliar de la jurisdicción) que por delegación del juez se hace cargo de presidir en los hechos la práctica de las pruebas, efectuando la labor de transcripción de lo que en dichas audiencias acontezca. En el caso de surgir incidencias, operará como elemento de comunicación entre los representantes de las partes y el juez, transmitiendo las solicitudes, oposiciones y resoluciones que se presenten.

Los excesos que criticaremos a la doctrina tratándose de la forma oral, bajo este esquema procesal predominantemente escrito muchas veces provienen desde la propia realidad práctica judicial que no termina ni deja de sorprender. De hecho, además de la situación ligada con la irregular práctica de las pruebas, no resulta extraño que el sistema escrito «ampare» la redacción de resoluciones por parte de estos funcionarios que tras la revisión (visto bueno) por parte del juez son notificadas a las partes. Como se ve, la delegación es prácticamente total, por lo que la figura del juez (normalmente invisible) solamente se logra visualizar al final del largo camino que implica este proceso escrito, concretamente al momento de dictar la sentencia que pone fin al juicio. En su oficina, tal vez firmando el despacho diario, reconstruye el proceso mediante la lectura del expediente²¹, enterándose - quizá por vez primera - de las alegaciones formuladas y de las distintas pruebas rendidas para acreditar las afirmaciones fácticas en ellas contenidas. Muchas veces, también hay que decirlo, el juez no duda en recurrir al funcionario para bien informarse de determinados puntos del proceso que la sola lectura del expediente, en ocasiones demasiado voluminoso, no logra esclarecer.

b) Preclusión y eventualidad

15. El proceso escrito también se caracteriza porque se establece para sus actos un orden legal²², dividiéndose el procedimiento en fases y plazos preclusivos, sólo dentro de los cuales pueden ser realizadas las distintas actuaciones de las partes. El predominio de la escritura exige la observancia de la regla de la preclusión. Cada acto procesal tiene su plazo o término para ser realizado. El acto realizado fuera de este plazo o transcurrido el término será indefectiblemente ineficaz.

16. Esta situación hace necesario recurrir al planteamiento - en ocasiones abusivo - de alegaciones, peticiones y proposiciones de prueba en acumulación eventual o subsidiaria. Las varias pretensiones (o fundamentos) que se muestran incompatibles o contradictorias se acumulan, de modo que elegida y formulada una pretensión o fundamento, se aduce después la otra u otro precisando que se

plantea sólo para el evento de que la (o el) anterior no prosperen.

c) Problemas para la efectiva publicidad

17. No hablamos derechamente de secreto, pues jurídicamente resulta complejo justificar y acreditar que los procesos escritos sean secretos. Es más, los sistemas escritos previenen normas que garantizan la publicidad de los actos y documentos que integran el proceso. Ahora bien, sabemos que hablar del proceso bajo un sistema predominantemente escrito implica hablar no de otra cosa que del expediente, por lo que la publicidad que se garantice a este respecto dirá relación con lo que puede hacerse público: El expediente.

18. En doctrina, sabemos, se habla principalmente de dos clases de publicidad: Publicidad para las partes y publicidad para terceros. Junto a la opinión mayoritaria nos inclinamos por la publicidad *para terceros* como aquella clase de publicidad que debe asegurarse en los procesos judiciales. La otra publicidad, interna, debe ser subentendida dentro de los contenidos de los principios procesales necesarios de audiencia o igualdad. Asegurar la publicidad a terceros en los procesos escritos no resulta imposible, pero sí en gran medida inútil. ¿Qué clase de interés tendrá el público para concurrir a un tribunal a revisar un montón de papeles y documentos?. Claro está que ninguno. Si a ello sumamos que el lenguaje empleado en los escritos y documentos agregados al expediente es un lenguaje claramente técnico, resulta que quien finalmente se atreva a efectuar esta revisión, de ordinario no alcanzará a comprender cabalmente lo que está leyendo, salvo que cuente con los conocimientos del caso. Con ello, la garantía que pueda formularse respecto de la publicidad en este sentido no pasará de ser una prescripción legal sin contenido real.

4) Ventajas e inconvenientes de la escritura

19. Más allá de lo que significan para algunos los sistemas predominantemente escritos y orales (como presuntos compartimentos estancos), y al contrario de lo que cierta doctrina ha intentado sostener, debe reconocerse a la escritura una serie de importantes ventajas. Debe reconocérsele, al menos, las siguientes: a) Mayor seguridad: Los escritos ofrecen garantías a las partes y al juez; b) Los escritos siempre permanecen disponibles para su consulta por quien lo desee; c) Se facilita mucho el trabajo sobre varios asuntos a la vez: No requiere de una dedicación exclusiva; d) Favorece también el entendimiento de asuntos particularmente complejos, como ocurre actualmente con los conflictos civiles; e) Permite en el juez una reflexión más reposada y tranquila a la hora de fallar; f) Aleja la retórica forense tan propia de la oralidad; g) Facilita la revisión del juicio por parte del tribunal superior conociendo de la apelación.

20. Lo anterior tampoco debe impedir reconocer con facilidad sus aspectos más negativos. También tiene sus problemas, en parte ya enunciados: a) Con facilidad

se cae en el exagerado formalismo procesal: La forma por la forma; b) La dispersión de los actos que naturalmente apareja el modelo escrito hace de este tipo de procesos un trayecto lento y cansador, atentando contra las exigencias propias de una tutela judicial realmente efectiva; c) La falta de inmediación en la recepción de la prueba, aun contra la existencia de normas expresas que así lo consagren y exijan, afecta la acertada valoración que de las pruebas practicadas deba realizar el juez al dictar la sentencia: El juez domina menos el pleito, se resiente la seriedad de la prueba; d) Consecuencia de lo anterior, se aprecia una tendencia a sobrevalorar las cuestiones de derecho respecto de las cuestiones de hecho, tendencia típica de los jueces que no tienen un contacto inmediato con las pruebas²³; e) La publicidad de los actos no constituye más que una utopía sin mayor correlato efectivo en la realidad.

Estos problemas, exagerados por cierto, han servido de base para las también exageradas ventajas de la forma oral que han sido tomadas por cierta doctrina como integrantes de una fórmula pretendidamente infalible con la cual se solucionarían todos los problemas que ha demostrado el proceso civil escrito. Se concibió así un verdadero *mito procesal*, al cual mucho se pidió, pero que poco pudo efectivamente dar. Veamos.

C) El mito de la oralidad y su origen

1) Reconocimiento del mito de la oralidad

21. Por mito se debe entender un relato o noticia que, rodeándola, desfigura lo que realmente es o significa una cosa, y le da apariencia de ser más valiosa o más atractiva²⁴. Esta simple pero completa definición, contenida en el Diccionario refleja con exactitud el común denominador que puede encontrarse en todos aquellos autores que pretendieron ver y hacer ver en la oralidad extrema *la panacea* para todos los males que aquejaron y aquejan al proceso civil. En efecto, una apuesta bastante generalizada por parte de la doctrina procesal ha sido asociar a la forma oral una serie de ventajas, muchas de ellas efectivas, otras no, que han sido exageradas al nivel de pretender obtener de ella la solución de los numerosos problemas de la justicia civil de los países.

22. Si por los postulados de este mito procesal se exaltaban las virtudes de la oralidad para lograr una justicia más efectiva, rápida y cercana a los intereses de los justiciables, *a contrario sensu* y con igual fuerza se rechazaba y excluía todo aquello que viniera asociado a la tradicional forma escrita, la cual era identificada con la clásica fuente de todos los males y problemas del proceso civil, léanse su lentitud, su mediación, su secretismo y su escasa efectividad en la respuesta jurisdiccional frente a las solicitudes de tutela judicial.

Con este predicamento la facilitación de las posiciones puramente maniqueas fue evidente. Así las cosas, la oralidad como lo bueno y la escritura como lo malo, fue

una errónea combinación que logró propagarse sin mayores problemas. Sabemos que del maniqueísmo a la simple ingenuidad no hay demasiado trecho por recorrer, razón por la cual no demoraron en surgir versiones más radicalizadas del mito cuya aspiración de recibir aplicación práctica era completamente nula, aun en aquellos países más proclives y receptivos históricamente a la forma oral.

2) Origen del mito

23. Pues bien, reconociendo la existencia de este verdadero mito de la oralidad interesa preguntarse en torno al origen del relato en el cual consiste. Por cierto que los límites de nuestra tarea no aconsejan transformar estas líneas en una revisión histórica-jurídica. Por esto, nuestras aspiraciones en este extremo del trabajo son más sencillas y modestas de lo que pudiese pensar algún lector cercano a esta clase de estudios, limitando nuestro interés sólo a lo que se conoció bajo el nombre de la moda de la oralidad que cruzó la segunda mitad del siglo XIX extendiéndose a gran parte del siglo XX.

a) Franz Klein y la Ordenanza Procesal Civil austríaca

24. En una primera aproximación a este tema las miradas apuntan a F. Klein y la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895 de su autoría, transformada por sus seguidores en paradigma de lo que debe ser el correcto diseño y configuración de un proceso civil predominantemente oral.

Nos referimos a la normativa austríaca, omitiendo posibles consideraciones respecto del Código de Procedimiento Civil de Hanover de 1850 o la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877, como se sabe, también diseñadas desde la forma oral, privilegiando el mayor impacto del primer cuerpo legal por sobre sus pares alemanes. Aunque, necesario es decirlo, estos dos cuerpos normativos anteriores a la regulación austríaca bien pueden considerarse el germen normativo moderno de la idea-símbolo de la oralidad en los juicios civiles. En efecto, viendo los gravísimos problemas de un proceso rígidamente conforme al «principio» de la escritura, estas leyes optaron más por la reacción que por la razón²⁵. Se cayó en el exceso contrario. Se afirmó de la manera más radical, la necesidad de abolir aquel principio para sustituirlo con el «principio» absolutamente opuesto, en virtud del cual el juez había podido y debido poner como base de su sentencia, solamente aquellos actos que se hubieran desarrollado en la audiencia oral de sustanciación. La única base de la decisión era la palabra de las partes ante el tribunal que conoce la causa, lo que traía como consecuencia que no solamente las demandas y las excepciones presentadas por escrito, sino las propias pruebas documentales, para existir, debían ser leídas en la audiencia. Como se puede ver, una concepción claramente rígida y puramente dogmática de la oralidad: Un exceso irrealístico y doctrinalístico²⁶.

25. Efectivamente fue Klein un decidido partidario de la introducción de la oralidad

y la inmediación en el procedimiento civil austríaco. Pero bien vista su notable obra no puede encontrarse allí la pretendida fuente del mito que ha rodeado la oralidad, principalmente atendiendo a los precisos criterios configuradores del proceso civil oral austríaco contenido en la ZPO citada. Más bien al contrario, con buen criterio práctico hizo depender las formas del procedimiento de su adecuación y practicabilidad²⁷, elementos que adquirieron la fuerza de verdaderos principios generales sobre los cuales se levantó su sistema oral. Sin duda que las debidas enseñanzas de los aspectos negativos de la experiencia alemana le ayudaron para formarse la idea de un proceso oral realizado sin excesos ni fanatismos irreales²⁸.

Tanto la adecuación como la practicabilidad parecen conceptos que no encajan en la supuesta estructura de un mito, distando bastante de constituir facilitadores de una oralidad extrema o irreflexiva. Klein supeditó la utilización de la forma oral en el proceso civil a su practicabilidad y adecuación, siempre aspirando alcanzar la verdadera utilidad social del proceso. Lejos estuvo ser partidario de una oralidad sin fundamentos, estaba convencido de su necesidad y utilidad para lograr la concentración de las actuaciones y, fundamentalmente, la inmediación entre el juez y las partes²⁹. Impuso, en otros términos, dos decisivos criterios con los que pretendió asegurar que la oralidad prestara su utilidad sólo en aquellos casos en que se le requería para conseguir la inmediación y la concentración. De esta manera, a juicio de Klein, la introducción de la oralidad en el proceso civil (o de cualquier otro dogma formal), será inútil en sí misma, si no logra convencer a las partes de que, en beneficio de sus propios y particulares intereses, resulta más sencillo el camino del juicio³⁰.

Constatamos entonces una oralidad sujeta a límites, medida y justificada por su utilidad, expuesta a filtros, supeditada a los fines del proceso, lo que impide ver en él o en su obra el origen del mito de la forma oral como panacea. Similar concepción sobre la oralidad puede encontrarse en Wach, enemigo de las soluciones absolutas en materia de las formas del procedimiento, apostando siempre por la forma procesal que resultara la más apropiada, esto es, la forma que hiciera más cómodo y seguro el conocimiento del fondo del asunto.

b) Chiovenda: La propagación del mito desde Italia

26. Atendiendo al mayor calado y difusión de su obra, y el concreto contenido del discurso pro oralidad que se le asigna y reconoce, una mirada más rigurosa al origen del mito de la forma oral exige recurrir al maestro italiano Chiovenda, autoproclamado - como se sabe - un fervoroso propagandista³¹ por la oralidad.

27. Su apuesta por la oralidad a ultranza en el proceso civil le han convertido, con la perspectiva del tiempo, en uno de los mayores defensores de esta forma del procedimiento³². El contenido de su famosa obra «Instituciones de Derecho

Procesal Civil» es una muestra más que clara³³, donde la forma oral alcanza niveles cercanos a la de un verdadero dogma formal, respecto del cual asume una declarada defensa que deja muy poco lugar a la escritura.

Comprometido por la adecuación del Código Procesal Civil italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y cultura de su época, para él marcadas por la necesidad de un proceso civil oral, vinculó a esta clase de procesos una serie de ventajas tales como una mayor economía, sencillez y celeridad del juzgamiento. No trepidó en apuntar y reconocer al proceso oral como el mejor de todos los posibles, y el más conforme con la naturaleza y exigencias de la vida moderna que, sin comprometer las bondades intrínsecas de la justicia (al contrario, garantizándola), la proporciona y asegura más económicamente, más simplemente y más prontamente³⁴.

28. Las características identificatorias que reconoce Chiovenda a propósito del que denomina principio de la oralidad las resume en cinco puntos que reproducimos ahora y ampliamos luego³⁵: a) Predominio de la palabra hablada; b) Inmediación entre el juzgador y personas cuyas declaraciones debe valorar; c) Identidad de las personas físicas que constituyen el Tribunal durante la duración del juicio; d) Concentración de la sustanciación del juicio en un periodo único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas; y e) Resoluciones interlocutorias inapelables.

Todas ellas son características que están presentes cuando del predominio de la forma oral se habla. Los problemas de exceso y desborde, a nuestro parecer, comienzan cuando se exageran las posiciones y se pretende que sea ésta la prácticamente única forma procesal presente en el proceso. Así las cosas, en la mentalidad chiovendana y de sus seguidores son tan evidentes las ventajas que brinda la introducción de la oralidad en los juicios civiles, que es conveniente y hasta necesario que los concretos diseños procesales se vayan desmarcando - al máximo - de la forma escrita, asociada con la peor cara de la justicia civil. También identificamos problemas cuando Chiovenda, en esta espiral aduladora de la oralidad, pretende vincular este debate formal y contingente con el problema de los poderes del juez, aun cuando sea bajo la excusa de la búsqueda de la fórmula para la obtención de una mejor y más rápida justicia civil. Pues bien, para este italiano en el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva e imparcial que mantuvo en el proceso de otros tiempos. Habla de un interés estatal en la suerte del proceso civil. El ejercicio de las facultades de dirección del proceso necesarias para lograr tan caros objetivos es posible sólo bajo el amparo del proceso oral, ya que éste permite el contacto continuo e inmediato del juez con las partes y sus representantes³⁶. Junto con la exageración de las ventajas de la forma oral, estimamos que la posición de Chiovenda también yerra en su propósito de intentar vincular el debate entre la oralidad y la escritura con el problema de los poderes del juez en el desenvolvimiento del proceso civil. Reservamos nuestra posición para el siguiente punto, muy ligado a esta cuestión

como se verá.

29. Pocos son los elementos que permiten temperar la oralidad en la posición sostenida por Chiovenda³⁷, pero muchos los que la sitúan al nivel de verdadera panacea para los principales males que arrastra el proceso civil. En efecto, más allá de aparentes concesiones hacia la escritura, la lectura que cabe realizar de la obra chiovendana está claramente anclada en una franca y decidida alegoría a la forma oral, donde las ventajas a ella asociadas no quieren ser arriesgadas a través de la introducción de la escritura. De allí que las referencias a la forma escrita en el diseño procedimental de Chiovenda sean muy limitadas y acotadas.

Es cierto que señala que los escritos no quedan excluidos³⁸, argumentando que la escritura como medio perfeccionado que es, de expresar el pensamiento y de conservar su expresión eternamente, no puede dejar de tener en el proceso el lugar que tiene en todas las relaciones de la vida. Sin embargo, la atenuación de la oralidad que llega a reconocer es derechamente leve, al igual que la particular doble misión que identifica para la escritura en un sistema predominantemente oral. Es éste uno de los aspectos que mejor permite descubrir la verdadera posición que este autor mantiene en lo que se refiere a la cuestión de las formas. Es su propia explicación de estas «excepciones» la que pone en evidencia la extremosidad de su concepción.

En primer lugar habla de una función de preparación del pleito, que corre a cargo de los escritos de demanda y contestación, los que son concebidos como meros anuncios de las acciones, excepciones y medios de prueba que las partes harán valer en su momento. Similar función anunciadora se considera para los escritos de réplica y dúplica, en el caso que el procedimiento los contemple. Se trata, se precisa, de escritos puramente preparatorios, que en nada se parecen a los escritos y documentos propios de los procesos predominantemente escritos: Mientras en los procesos escritos la escritura es la forma de las deducciones, los escritos preparatorios del proceso oral no llegan a constituir la forma de la declaración, sino solamente el anuncio de las declaraciones que se efectuarán en la audiencia. De hecho, sólo en la audiencia oral se podrán sostener las declaraciones jurídicamente importantes, y confirmarse - oralmente - las declaraciones anunciadas, sin perjuicio de poder modificar, rectificar y abandonar estas declaraciones y hacer otras no anunciadas³⁹.

La segunda función de la escritura, más limitada y acotada aún, es la de servir de documentación de lo que tiene importancia para el juicio, especialmente de lo que ocurre en la audiencia⁴⁰. Hace expresa alusión a los apuntes que toman los jueces en la audiencia y a las propias actas que se levantan que no sirven de ayuda memoria para el juez, y de documento de las actividades del juicio en las instancias posteriores. Más allá de lo reseñado las puertas se cierran a la escritura. De allí que se reconozca en él y su obra el origen del mito de la forma oral⁴¹, responsabilidad que, sin duda, comparte con quienes influenciados por su trabajo

se ocuparon de extender y difundir la propaganda, incluso más allá de las bases de su creador⁴².

3) La fórmula pretendidamente infalible

30. Durante la centuria pasada la forma oral fue majaderamente envuelta con un manto de pretendida infalibilidad y éxito asegurado apriorísticamente, característica que se extendió desde la doctrina que así lo creía y defendía en el confortable plano de las ideas hasta los ordenamientos de distintos países. Ingenuamente fue considerada como una fórmula infalible con la cual se aseguraba la finalización definitiva de todos y cada uno de los males que aquejaban al atrasado proceso civil, catastrófica y profundamente escrito y mediatizado.

31. El encantamiento que producía aumentaba en tanto no se le mostraba como una fórmula difícil de implementar. Bastaba ceñirse a las condiciones antes enunciadas para comenzar a constatar los resultados de los procesos orales. Junto al prácticamente absoluto predominio de la palabra hablada (como acabamos de ver, con escasísimas y muy menores excepciones), la fórmula oral exige que el juez (o tribunal) del proceso esté constituido desde el comienzo hasta la sentencia por las mismas personas físicas. La oralidad, se precisa, requiere que los distintos actos del juicio tengan lugar ante las mismas personas físicas.

De la misma forma, la inmediación entre el juzgador y las partes y, por cierto, sus pruebas, resulta muy importante en el sistema oral. La estrecha relación entre la oralidad y la inmediación deriva de que en la aplicación más consecuente de la oralidad, la relación entre las partes del juicio, y entre las partes y el juez es precisamente directa e inmediata⁴³.

Otro elemento viene dado por la necesidad de la máxima concentración posible, en una audiencia o, de ser imposible, en pocas audiencias próximas⁴⁴. Cuanto más próximas a la decisión del juez son las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión adquirida directa y frontalmente por éste se borre y de que la memoria le falle. Además, en periodos más cortos resulta más simple cumplir con el requisito de la identidad física. La concentración se convierte así en la consecuencia principal de la oralidad, alzándose en el factor que más influye en la aspirada mayor brevedad de los juicios civiles. Con contundencia, y en palabras de Chiovenda: «Decir oralidad es lo mismo que decir concentración»⁴⁵.

Finalmente, la oralidad y su inseparable concentración procesal también exigen que las resoluciones interlocutorias que se dicten durante el pleito sean inapelables. Esto es, que el fallo del incidente no sea recurrible separadamente del fondo. Para el éxito del sistema oral esta regla sólo debería ceder frente a excepcionales casos que aconsejen suspender la continuación del proceso hasta

que se decida sobre la apelación⁴⁶.

32. La fórmula oral extrema fue y sigue siendo muy tentadora para muchos de los que toman conocimiento de ella. En efecto, bajo la combinación de una extremosa oralidad con la inmediación y la concentración de los actos procesales, sumando a ellas la publicidad del enjuiciamiento, se aseguraban resultados que cambiarían el rostro a una muy alicaída justicia civil. De la justicia civil profundamente lenta, se pasaría a la justicia rápida, de la justicia inefectiva e inservible se pasaría a la justicia efectiva con las solicitudes de tutela; en fin, de las injusticias provocadas a propósito de los juicios civiles predominantemente escritos se pasaría a una justicia civil más moderna, mucho más justa, cercana y abierta a los justiciables. El encandilamiento era total.

33. Para los defensores de esta fórmula la mejora general de un proceso civil endémicamente deficiente e ineficiente pasaba por la introducción de la oralidad como eje e idea fundamental y prácticamente absoluta del mismo. Era a partir de la oralidad donde se lograría construir un proceso civil completamente sano y efectivo en la tutela de los derechos de los justiciables. Esta oralidad, necesario es reiterarlo, reconocía muy contadas excepciones, por lo que todo debía traducirse en un acto oral para gozar de validez en el juicio. Las virtudes que se asociaban a esta fórmula mágica no podían ser arriesgadas o desperdiciadas por la falta de apego riguroso a sus postulados.

Esta fórmula oral no se sustenta ni se ha pretendido sustentar sólo en sí misma. Ni aún en las posiciones más radicales. Lo señaló el propio Chiovenda⁴⁷: La oralidad tiene una serie de consecuencias procesales que son tan importantes como la oralidad misma, por lo que al decir «principio de oralidad» se comprende en él una fórmula representativa de toda aquella serie de consecuencias. Debe estar siempre acompañada por tres fieles escuderas, cuales son la inmediación, la concentración, y la publicidad en el enjuiciamiento, elementos que dan forma a la fórmula saneadora de la aproblemada justicia civil.

34. Al otro lado estaba el proceso civil escrito. Optar por la escritura implicaba hipotecar las posibilidades de éxito procesal y significaba a corto o mediano plazo la imposición de la lentitud, la mediación y la inefectividad y, por tanto, las injusticias para los justiciables que solicitan la tutela judicial, ello principalmente a causa de que en este esquema escrito no se posibilita, verdaderamente, la inmediación entre el juez, las partes y el material probatorio de la causa, la concentración, o la publicidad general del juzgamiento. Nada de eso se visualiza en los procesos civiles gobernados por la forma escrita.

La oralidad extrema se alzaba como la solución antagónica que no podía fallar. Al menos en el pizarrón.

4) La oralidad y la socialización del proceso civil

35. En este marco superabundante en excesos teóricos destacó especialmente una situación que habiendo sido fuertemente discutida hace algunas décadas atrás, aún no logra poner completamente de acuerdo a la doctrina procesal. Nos referimos concretamente al hecho de haberse pretendido imponer a la forma oral la carga de responsabilidades que, bien vistas las cosas, no le correspondía soportar. Es lo que aconteció con lo que se denominó la socialización del proceso⁴⁸, donde facilitado por el contexto histórico en que se debatió, surgieron planteamientos carentes de todo sentido práctico, que no hicieron otra cosa que evidenciar el sustento puramente teórico de la doctrina de la oralidad desbordada que pretendía imponerse desde la plataforma de las puras ideas, sin descender a la realidad práctica.

36. Veamos. Por socialización del proceso se entendieron varias cosas distintas en su naturaleza e intensidad. De hecho, su precisa noción transitó desde la idea de lograr la reproducción de lo que era un proceso civil propio de los países socialistas, hasta posiciones menos radicales, pero igualmente confusas, que aspiraban lograr un proceso civil resuelto en una forma más rápida y justa. Esta tendencia teórica resaltó un pretendido componente social del proceso civil, donde éste era concebido como un instrumento para el bienestar social, que poseía por tanto una función principal de carácter precisamente social. Paradójicamente, se recogen ideas propias del origen de la moda de la oralidad con Chiovenda, planteadas - como sabemos - en un contexto político bastante diverso.

37. Ambas concepciones de la socialización del proceso civil son, a nuestro parecer, erradas. De la primera se ha encargado la propia historia, por añadidura, pues el proceso civil propio de los países del eje socialista no pasó de ser un declarado instrumento de protección de la tradicional economía socialista estatal. El error de la segunda concepción radicó (al igual que la primera) en varios frentes⁴⁹, pero bastó solamente uno para comprender su descarte: Su completa impracticabilidad más allá de las buenas (o malas) intenciones.

Una de las principales características identificatorias de la teoría socializadora del proceso ligaba con la necesidad de otorgar mayores poderes al juez de tal forma que pudiera éste asumir más efectivamente la dirección del proceso civil, haciéndolo arribar a puerto con mayor celeridad, igualdad y justicia⁵⁰. Lo grave, por ser puramente utópico, fue que estos mayores poderes no se vinculaban sólo con la dirección del proceso, sino que también con la aportación de las pruebas, estableciéndose una especie de facultad o deber de *esclarecimiento judicial*. Se pretendió instaurar en el proceso civil el principio del papel activo del juez en la búsqueda de la verdad «material», afirmado como característica esencial del mismo. Se postuló avanzar hacia poderes de dirección no sólo formal, sino material del proceso⁵¹. Se agregaba por los socializadores del proceso, como colofón, que tales mayores poderes solamente podrían ejecutarse y posibilitarse en un proceso civil oral, concentrado y con inmediatez del juez que fallara sobre

el material probatorio de la causa.

38. Pues bien, fácil es darse cuenta de lo impracticable del planteamiento propio de los partidarios de la socialización del proceso. Choca de frente con la cruda realidad práctica que impide a los jueces dedicarse a cada juicio civil en los términos que aquí se han reseñado. Dificilmente pueden los jueces hacerse cargo de las actuaciones facultativas que en ocasiones el legislador les reserva en ámbitos tradicionalmente entregados al impulso de las partes. Y la cuestión no es para nada simple, si se traduce en una concreta normativa procesal, aún si se configuran bajo la impropia denominación de facultad judicial⁵², pues se impone a los jueces una carga que no podrán cumplir, debiendo éstos optar por privilegiar ciertos procesos y ciertas pruebas, resultando en definitiva arbitraria e ilegal su actuación. Se estaba pensando como si cada Tribunal, cada juez y cada abogado tuvieran sólo un solo juicio a su cargo. Nulo sentido práctico.

39. En el mismo sentido que se viene expresando, pensar que - por arte de la magia - la pura oralidad del proceso civil va a constituirse en la llave necesaria para la satisfacción de todas las necesidades de la justicia civil, es centrar en análisis en un plano meramente teórico donde todo funciona a la perfección y aún queda tiempo para meditar sobre otras cuestiones. Se olvida que aquello no se ha logrado ni siquiera en la justicia penal, históricamente la que más recursos ha recibido debido a la entidad de los derechos e intereses involucrados y a pesar de ello en estado permanente de crisis, y se pretende su concreción en los denominados procesos civiles.

5) Valor actual de la oralidad: Replanteamiento

40. De los desbordantes planteamientos que hemos reseñado queda bastante poco, hay que decirlo. Bastante agua ha corrido en el Derecho procesal real desde que el maestro Chiovenda echara a correr su propaganda fundamentalista en torno a las pretendidas ventajas de la oralidad absoluta. De hecho, ni en la propia Italia pudo tener un camino despejado⁵³. Sin embargo, aún persisten algunos autores en posiciones de defensa a ultranza de la oralidad en el proceso civil.

41. No es la primera vez. Ha debido ser la dimensión fáctica del Derecho (la que atiende a su efectividad real y concreta más allá de lo consagrado o dispuesto en las normas jurídicas positivas) la encargada de evidenciar la inutilidad e impracticabilidad del señalado modelo que asociaba a esta forma del procedimiento con la panacea de todos los males del maltrecho proceso civil. Asimismo, la maniquea contraposición oralidad versus escritura se ha mostrado falsa o, al menos, inexacta, ante la experiencia práctica. La realidad ha demostrado la necesidad de abandonar las fórmulas teóricas puras y la conveniencia de recurrir a esquemas procesales efectivamente mixtos que, con buen sentido práctico, bien aprovechen las ventajas de una y otra forma. Si antes se pretendió imponer una fórmula mágica desde la doctrina procesal, ahora es la

realidad práctica la que exige a la doctrina un nuevo enfoque de la cuestión, más pragmático, devolviendo a la oralidad y la escritura al lugar que les corresponde, que nunca debieron abandonar.

La realidad exige entender a la oralidad y la escritura como lo que jurídicamente son, esto es, como formas procesales contingentes que admiten, sin mayores problemas, distintas combinaciones según lo requieran las necesidades procesales en un momento dado y lo permitan las posibilidades y recursos con los que se cuentan. La clave estará en respetar el núcleo intocable que debe someterse a la forma oral por las ventajas que dicha forma manifiesta en el desarrollo del juicio, especialmente en lo que se vincula a la práctica de las pruebas (inmediación y concentración procesal encabezando la lista), decidiendo racionalmente para los demás actos procesales que conforman el proceso, optando por aquella forma que se muestre más atinada con la obtención de las distintas finalidades a ellos asignados.

42. La anterior posición (que asumimos) apareja, quien puede dudarlo, una serie de consecuencias. Con este enfoque se rehabilita al legislador procesal para buscar la más conveniente y oportuna disposición de estas formas procesales, pero siempre considerando y respetando su naturaleza esencialmente contingente y opcional, bajo los ya señalados criterios de razonabilidad, posibilidad y utilidad en la toma de decisiones.

Hoy en día las palabras que suenan en este ámbito del proceso civil son las de preferencia o predominio. Ha pasado el tiempo de la imposición irreflexiva e impracticable de una forma procesal sobre la otra, es la hora de sacar el mejor provecho posible de una u otra. El proceso civil no debe ni puede renunciar a ninguna de las dos formas⁵⁴, cada una tiene sus méritos y defectos, por lo mismo, deben ellas estar al servicio de una mejor y más efectiva justicia civil, y no al revés. Es el momento de los modelos mixtos, que den espacio, lugar y función a la escritura y la oralidad. Será el legislador el encargado de mejor utilizar las distintas posibilidades que existan, el encargado de obtener el diseño de un proceso civil que combine las formas orales y escritas del modo y la forma que mejor permitan conseguir los importantes objetivos asignados al proceso, sin apegos a teóricas fórmulas milagrosas, y sólo atendiendo a la razonabilidad de las decisiones que se deban adoptar.

D) Planteamiento de la tesis y claves para la adecuada recepción de la oralidad en el proceso civil chileno

1) Recapitulación

43. Hemos dicho que la forma oral ha sido objeto de desbordamientos primero por parte de la teoría procesal y luego en su concreta recepción normativa en los ordenamientos procesales civiles de algunos países⁵⁵, producto de lo cual la que

se creía una infalible fórmula no ha brindado los frutos que se le asociaron en su momento casi como si de un dogma de fe se tratase. También hemos explicado los notables problemas que aparea un sistema fundamentalmente escrito. Como se verá enseguida, el correcto entendimiento de la cuestión pasa por combinar una adecuada concepción de algunos institutos jurídico-procesales con un sensato sentido de realidad.

44. Sin pretender sobrevalorar lo que significan *los conceptos* en el mundo del Derecho⁵⁶, y particularmente en el terreno del Derecho procesal, estimamos que la causa primera de las extralimitaciones cometidas en nombre del mito de la oralidad extrema debe buscarse en una defectuosa concepción actual de lo que son los principios del proceso. En efecto, bajo el amparo de esta categoría jurídica-procesal se ha querido encontrar y dar explicación a fenómenos del proceso que no constituyen ni constituirán, ni aún por demasiado esfuerzo que en ello se ponga, un legítimo o genuino principio procesal en los términos que se explicarán enseguida. El resultado de este extendido desorden no ha sido otro que la proliferación de distorsiones en la explicación de las cuestiones ligadas a la oralidad y la escritura, lo que ha dificultado dar con soluciones útiles que puedan hacer frente a los problemas que experimenta la justicia civil.

45. Esta razón justifica pasar revista a este *manoseado*⁵⁷ asunto, aunque sea sólo a propósito del proceso civil y sin adentrarse en caso alguno en el análisis particular de cada uno de sus extremos (hacerlo, junto con no justificarse, excedería los límites de nuestra labor), para de esta forma proceder al planteamiento de nuestra posición respecto de las claves que debe tener la recepción de la oralidad en el proceso civil chileno, apoyados en categorías jurídicas correctas y no meramente aparentes, que permitan hacer frente a las tentaciones irrazonables que aún perviven en parte de la doctrina, no dando por tanto a la oralidad más lugar y espacio que el que razonable y técnicamente le corresponde.

2) Sobre el preciso concepto de principio procesal

46. La teorización sobre los *principios procesales* es relativamente reciente y encuentra su origen en la doctrina procesal alemana. Ha sido ésta la que primero ha desarrollado una dogmática sobre los principios procesales, primero considerándoles como postulados derivados de la misma naturaleza de las cosas, esto es, con un valor anterior a su regulación jurídico-positiva, para más adelante (manteniéndose este criterio hasta hoy) superar esta idea construyendo a partir de la regulación que la ley hace de ellos, lo que marca también un profundo cambio en la importancia y relevancia práctica que se les ha venido a asignar, desde el momento en que se identifica en ellos verdaderas normas jurídicas de obligado cumplimiento, dejando atrás su concepción como simples principios generales del Derecho procesal.

47. Ahora bien, el entusiasmo instalado entre la doctrina frente a las ventajas que demostraba tener la dogmática de los principios procesales, hizo que se forzara más allá de lo aconsejable su estructura inicial para contener también la explicación de otras reglas más o menos generales reconocidas en la normativa de los distintos cuerpos legales de corte procesal. Se identificó así a los denominados principios de economía procesal, de preclusión, de buena fe procesal, por nombrar sólo algunos integrantes de un demasiado extenso listado de pretendidos principios fundamentales del proceso. Al contrario de lo que se quería, no se hizo más que agregar dificultades y distorsiones al correcto entendimiento de una serie de fenómenos del proceso civil, en lo que nos interesa, todo lo relativo a las formas procesales, más concretamente a la oralidad y la escritura.

48. Este trabajo (y su objetivo) requiere de un concepto de principio procesal que permita manejar con tranquilidad las distintas cuestiones y variantes que propone el tema que le sirve de objeto. Necesitamos dejar atrás concepciones extensivas, nada han aportado a la claridad del análisis.

Corrientemente se recurre al Diccionario para estos efectos. También lo haremos nosotros. El Diccionario⁵⁸ acompaña la palabra principio de una serie de acepciones, a través de las cuales se destaca con plena claridad la idea de principio como *punto de origen o base fundamental* a partir del cual se elabora o construye algo, en lo que nos interesa ahora, el proceso civil. Nótese cómo esta idea aporta una fuerza que permite al intérprete descartar y rechazar la asimilación de algunas reglas generales bajo la noción de principio procesal. Estos simples elementos extraídos del léxico, al alcance de todos, y a los que agregamos la idea de necesidad⁵⁹, deben resultar suficientes y decisivos para lograr configurar y delimitar con precisión la noción procesal de principio procesal que ahora nos ocupa.

Entonces, y de acuerdo a lo que se viene diciendo, estimamos que sólo poseerán el carácter de principios del proceso civil un puñado de elementos fundamentales, sin los cuales este proceso no pueda ser reconocible como tal. Sólo se deberán incluir en la categoría procesal aludida aquellos primeros fundamentos que hacen que el proceso civil sea precisamente eso y no otra cosa distinta, y que por lo mismo constituyen los «*puntos de partida*» de su construcción⁶⁰. De esta forma, el que algunos elementos o reglas tengan su importancia y relevancia acareando consecuencias en el diseño de un proceso civil, no les convierte - por esa sola aludida importancia y relevancia - en principios procesales básicos, condición o jerarquía que debe quedar reservada a unos pocos forzosos componentes.

49. No cabe otra respuesta en esta importante cuestión, lo contrario significaría - en gran medida - la peligrosa inmovilización del diseño de las particulares piezas formales que integran el proceso civil, disminuyendo o perjudicando una legítima capacidad de acción de creación y modificación del legislador procesal en campos y aspectos en donde por lo demás es perfectamente sensato y útil abordar e

implementar cambios dependiendo de las variables necesidades, posibilidades y oportunidades que en cada caso y momento existan o se presenten.

3) Verdaderos principios del proceso civil: Jerarquía de la oralidad y la escritura

50. Hemos intentado una exposición que se logre apartar suficientemente de la tentación de abordar los tópicos propios de la teoría de los principios procesales desde la perspectiva general actual, muy dada a la extensión abusiva de su contenido. Ello, pues las consecuencias que se extraen de esta opción metodológica permiten efectuar un análisis dentro de los límites que corresponden. Entonces, al analizar los principios del proceso civil deberemos centrar nuestra atención en un número reducido de elementos, debido a lo cual las clasificaciones doctrinales - para ser útiles (lo serán sólo cuando no originen confusión)⁶¹ - deberán acotarse hasta contener sólo a los verdaderos principios procesales civiles.

51. La noción de principios procesales se vincula a la noción de necesidad. Es esta noción la que debe servir de cedazo o filtro, posibilitando el descarte de todos aquellos tópicos procesales que no se correspondan con la descripción antes señalada.

En el caso del proceso civil, que es el que nos ocupa en este trabajo, conviene distinguir de un lado a los principios necesarios para la existencia de todo proceso y del otro a aquél que lo es solamente respecto de esta particular clase de procesos, sin los cuales no resulta reconocible ni identificable. Dentro del primer grupo podemos reconocer, con tal jerarquía, tres principios procesales básicos: Principios de contradicción (o audiencia), de igualdad y de defensa. Dentro del segundo, el principio dispositivo, consecuencia lógica de la naturaleza privada y disponible de los derechos involucrados en los procesos civiles⁶². Ahora bien, no es este estudio el lugar adecuado para dar cuenta del contenido preciso y acabado de cada uno de estos principios procesales, que por lo demás ríos de tinta han motivado en la doctrina procesalista⁶³. Si a ellos aludimos en este momento es sólo motivados por razones de corte metodológico y persiguiendo una mejor explicación de nuestro problema central.

52. Teniendo claro lo que debe entenderse por principios del proceso civil, queda aún pendiente una definición jurídica respecto del papel que la oralidad - y por cierto la escritura - cumplen en la concreta configuración de este proceso. De entrada debemos descartar que se trate de principios. Según lo explicado, éstos están cruzados por un factor de necesidad que exige, no propone ni sugiere, que la construcción del proceso civil se realice a partir de determinados fundamentos que sirven de punto de partida esencial al diseño procesal civil consecuente. Pues bien, esta necesidad no está presente, por mucha

importancia que se les asigne por la doctrina⁶⁴, cuando de la oralidad o la escrituración hablamos. Dirá un sector de ésta que estamos frente a verdaderos principios, otra casta de principios, de inferior linaje quizá, y les llamarán principios técnicos⁶⁵. Para nosotros en cambio, siguiendo de cerca a De la Oliva⁶⁶, preferimos hablar simplemente de reglas⁶⁷, terminología que, junto con contribuir a evitar desbordamientos y excesos doctrinarios o normativos, se ajusta con mayor precisión a la exacta naturaleza jurídica de la oralidad y escrituración.

53. Se trata entonces de simples reglas procesales, que pueden o no estar presentes en la concreta configuración que se haga de un determinado proceso civil, ¿Qué significa esto? No otra cosa que la forma oral o la forma escrita es, por esencia (aunque parezca paradójico emplear ese término), contingente, esto es, que puede o no suceder en el marco de un proceso civil concreto y determinado. De esta forma, al ser su naturaleza fundamentalmente contingente, para los fines de respetar la esencia de la idea del proceso civil, tan válida y estimada será la forma oral como la escrita⁶⁸. Esto es muy importante de asimilar de una vez por todas. Por lo mismo, más que de formas del proceso, trátase de formas o reglas del procedimiento, funcionales⁶⁹ y opcionales⁷⁰.

Contingencia, funcionalidad y opcionalidad, agregamos también *conveniencia y oportunidad*, son conceptos claves en la solución del problema que nos convoca en este trabajo. Reflejan con exactitud la precisa naturaleza del problema de las formas del procedimiento. Nuevamente viene al caso recordar la idea de la construcción artística del proceso, donde éste no pasa de ser pura invención humana, sin un correlato en la naturaleza. Por lo mismo, el funcionamiento de dicha construcción legal dependerá de si las piezas que la componen están bien o mal dispuestas. Con todo, independiente del resultado concreto que arroje tal engranaje, va quedando meridianamente claro que todo se reduce a decisiones de política legislativa⁷¹, las que por cierto guardarán dependencia con las diversas condiciones de la realidad que se pretende regular⁷² y con la más conveniente alternativa que permita la mejor persecución de las finalidades del proceso, en cada momento histórico⁷³. Los criterios que orienten esta acción legislativa deberán ser, como ya dijimos, la racionalidad, tantas veces olvidada por el legislador procesal, como asimismo la posibilidad y la utilidad⁷⁴ de las decisiones.

4) Carácter técnico de las reglas del procedimiento

54. Cerrando estas consideraciones, corresponde tomar posición respecto del carácter técnico o político de las reglas procesales, como lo son entre otras la oralidad y la escritura. Reconocemos en éste un punto bastante más discutido en el pasado que en la actualidad⁷⁵, y cuyo contenido supera la cuestión de las formas extendiéndose a la dogmática de los principios del proceso, empero sobre el cual debemos necesariamente pronunciarnos si no se quiere dejar cabos sueltos que luego dificulten el entendimiento de las explicaciones que seguirán. El debate

ha discurrido en torno a si estas reglas del procedimiento se sostienen en las exigencias propias de la técnica procesal o si, por el contrario, no encuentran en ellas su entero fundamento, estando condicionadas por otra clase de factores, entre ellos las consideraciones políticas e ideológicas imperantes en un momento dado.

55. Llegados a este punto, y apoyados en lo que hasta ahora hemos sostenido, somos de la opinión que cada vez que en las materias propias del Derecho procesal, a nuestro juicio eminentemente *técnico*⁷⁶, se intenta incorporar reflexiones de esta clase, más que efectuar una contribución en la aclaración de las distintas cuestiones que se plantean en estos frentes, se agregan dificultades que vienen a servir de tierra fértil para interpretaciones excesivas y desbordantes, seguramente apartadas de las necesidades y posibilidades de la permanentemente olvidada realidad práctica. Ello es particularmente claro y patente en el enjuiciamiento civil.

La notoria correlación de este carácter técnico de las formas con lo que hemos sostenido hasta ahora es evidente, lo que facilita esta toma de posición. Los concretos criterios que a nuestro juicio deben guiar (con amplio margen de acción) al legislador en estas materias, se sostienen precisamente en el carácter técnico de las reglas procesales. Lo propio respecto de las claves que, según expresamos, deben servir para operar con eficacia en estos asuntos: Funcionalidad, opcionalidad, conveniencia y oportunidad en las decisiones que se adopten en estas materias.

56. Las formas procesales, ni las más importantes o relevantes como de hecho lo pretender ser la forma oral y escrita, objeto de este trabajo, pueden dejar de ser lo que naturalmente son, formas, en el sentido del accidente forma o figura⁷⁷. La pretensión de configurarles desde perspectivas ajenas cae indefectiblemente en la exageración y el desborde doctrinal y sus nefastas consecuencias (exceso que por lo mismo resulta vacío y nada aporta útilmente).

57. Si alguno pudiese mantener dudas respecto de lo que debe resolverse respecto de los genuinos principios del proceso civil, ninguna vacilación puede caber respecto de las formas de los actos procesales, campo que se mantiene al margen de este tipo de consideraciones extraprocesales⁷⁸, conservando un conveniente carácter técnico que permite al legislador movilizar las piezas disponibles de modo tal de ir engranando un procedimiento que se ajuste a las posibilidades y oportunidades que ofrece la realidad jurídica que aspira regular, intentando siempre que sea la opción técnica más conveniente, idónea, eficaz y útil a los fines del proceso.

58. Tomar el otro camino y optar por reconocer otro carácter distinto a las reglas procesales, junto con no ajustarse a la realidad de las cosas, implicaría una serie de riesgos que, por evidentes, huelga relatar con detalle. Quizá uno de los

problemas más identificables en esta clase de posiciones doctrinales que van más allá del señalado carácter técnico de las formas procesales es que se las hace soportar cargas que no están llamadas a soportar. Por ejemplo, y no se crea que se trata de opiniones absolutamente aisladas, tratándose de la oralidad se ha llegado a decir que la forma oral se alza como el único mecanismo de enjuiciamiento idóneo para dar satisfacción al denominado fin social del proceso, mediante el cual se perseguiría la justa decisión de los conflictos y la tutela efectiva de los derechos a través de una sentencia justa, lo que posibilitaría - ni más ni menos - la credibilidad de todo el sistema de justicia⁷⁹. Una carga no menor como se puede apreciar. Justamente estas declaraciones de admiración acrítica y devota hacia la oralidad son las que creemos necesario evitar, pretenden ver en la forma oral más de lo que ésta puede dar y, por ende, se le puede exigir.

59. No entenderlo de esta manera implicaría confundir dos cosas diversas: El proceso y el procedimiento. Por tratarse de puras reglas técnicas, no esenciales sino opcionales y contingentes, los intentos de maximalismo en materia de formas procesales resultarán siempre inadecuados y fuera de lugar. Implica, sin dudas, mezclar el contenido de los actos procesales y su forma⁸⁰.

5) Bases sobre las cuales plantear los cambios

60. Habiendo revisado el estado de la cuestión, y habiendo despejado comunes errores de planteamiento, estamos en condiciones de plantear las bases sobre las cuales debe diseñarse la introducción de mayores grados de oralidad e intermediación en nuestro proceso civil.

Hemos reconocido en nuestro modelo de proceso civil a un proceso lento y desfasado con los tiempos que corren, marcadamente ineficaz en la función de tutela de los derechos sustanciales. En este magro resultado, no cabe duda, mucho ha tenido que ver el carácter profundamente escrito del mismo. Empero, reconocer e identificar allí una importante fuente de los problemas que aquejan nuestro proceso, no puede implicar, según lo hemos tratado de explicar al analizar el fracaso práctico del mito de la oralidad extrema, descartar por completo la escritura y exaltar artificialmente (apoyados en la pura teoría) la forma oral como si de una verdadera panacea se tratase. No compartiendo la exagerada escrituración de nuestro sistema procesal civil, que tiene (insistimos) responsabilidad en los serios problemas de nuestro proceso, la apuesta que hacemos tampoco se lanza irreflexiva e imprudentemente por la oralidad a todo trance. Preferimos caminos distintos, menos comprometidos desde el punto de vista ideológico o teórico, empero más seguros desde el plano de la generalmente postergada realidad práctica.

61. Si a algo no se debe temer en estas materias es a una racional combinación de las ventajas de la forma escrita y oral. Lo tomamos como punto de partida de nuestra tesis. Ya adelantamos algo, con todo, para la mejor comprensión de lo que

se explica aquí, intentaremos dar cuenta de las bases en una visión de conjunto, aún bajo riesgo de incurrir en repeticiones (que cuando se presenten, entiéndanse como un reforzamiento de nuestra tesis), intentando concretar al final alguna propuesta específica sobre la estructura que debiera recoger el legislador procesal chileno con relación al proceso civil que estimamos sistemáticamente atrasado. Ello, por cierto, sin perjuicio de las conclusiones generales que se ofrecen al final de este trabajo.

62. La primera.- Las formas procesales son eso, formas. A pesar de su sencillez, no puede ni debe olvidarse. Cualquier pretensión de configurarles desde perspectivas ajenas se convertirá en fuente de desbordes teóricos inútiles. Deben ellas conservar un riguroso y conveniente *carácter técnico*, lo que permitirá al legislador movilizar las distintas piezas disponibles y diseñar un procedimiento que se ajuste a las reales posibilidades existentes, buscando la opción más conveniente y oportuna a los fines del proceso. Las decisiones vienen marcadas por la contingencia, la funcionalidad, la opcionalidad, la conveniencia y la oportunidad. Recordamos aquí nuestras claves: *Razonabilidad, posibilidad y utilidad*.

63. Segunda.- Al develarse ante la realidad práctica igualmente fracasados tanto la oralidad como la escritura extremas, la fórmula a utilizar en la actualidad debe pasar necesariamente por la razonable *preferencia y predominio* de una u otra forma procesal. Estamos convencidos, lo hemos explicado en estas líneas, que ya ha pasado el tiempo de los irreflexivos compromisos con las fórmulas absolutas o pretendidamente puras, demostradamente impracticables o ineficaces. En este sentido, los cambios que se materialicen en el modelo del proceso civil chileno deben sustentarse en la conveniente combinación de ambas formas, rescatando de ellas sus principales ventajas y aportes con relación al mejor conocimiento y fallo del litigio que se entregue a los tribunales de justicia. En otros términos, no podemos renunciar a ninguna de las dos formas⁸¹, cada una tiene sus méritos y defectos. Ellas deben estar al servicio de una mejor justicia. O, lo que es lo mismo, se debe implementar cambios a nuestro modelo escriturario, pero sin ceder a la ingenua moda de la oralidad a ultranza, por lo que no deben desecharse las ventajas de las actuaciones escritas.

64. Tercera.- Los cambios que se deban realizar en el modelo del proceso civil deberán hacerse con buscando el *firme compromiso de los profesionales del foro*. Por lo mismo, se justifica la necesidad de apostar por un cambio razonable y prudente (sin excesos) que tenga en cuenta los hábitos y preferencias de los profesionales del Derecho, en la medida - por cierto - que dichos hábitos y preferencias se consideren razonables y fundadas⁸². De ello, dependerá que se logre implementar un proceso preferentemente oral, en donde exista mayores dosis de concentración e intermediación reales⁸³.

65. Cuarta.- La obtención de resultados en el mejoramiento del proceso civil a

través de la implementación de mayores grados de oralidad e inmediación pasa también por un necesario cambio *en el diseño de la estructura del procedimiento*, que fuerce y obligue que las actuaciones procesales para las cuales se ha dispuesto la forma oral, sean efectivamente realizadas en forma oral. Y no se produzca, en consecuencia, la endémica delegación y simulación que caracteriza nuestra justicia civil. Apuntamos fundamentalmente a la práctica de la prueba.

Si bien no pretendemos afinar aquí (excedería nuestros objetivos) un proyecto de nueva estructura procedimental, sí nos permitimos adelantar el desglose que a nuestro juicio debiera poseer en el futuro nuestro proceso civil. Nos basamos en un modelo que hemos tenido la oportunidad de conocer, el modelo procesal civil español, reformado en el sentido que se indicará recién el año 2000⁸⁴. El modelo procesal lo planteamos en su *formato básico*, dejando por ahora a un lado las distintas implicaciones procesales que se le pueden agregar en cada caso. Además, recordamos, se refiere sólo a lo que debiera ser el proceso ordinario prototípico:

- 1) En primer lugar, la fase de alegaciones iniciales de este modelo de proceso debe mantener la característica escrita. La creciente complejidad de los asuntos que se deben resolver por la vía civil aconsejan no prescindir de la escritura en estos extremos, pues ayudará a brindar mayor claridad y orden a los planteamientos que dan inicio al debate procesal⁸⁵. Vale decir, el modelo deberá seguir contemplando los tradicionales escritos de demanda y contestación. Con todo, para obtener una mayor simplicidad del procedimiento, es aconsejable terminar con los escritos de réplica y dúplica⁸⁶, más aún cuando este concreto modelo contempla una primera audiencia en dónde una de las finalidades consiste precisamente en fijar y determinar definitivamente el objeto del juicio. El eventual escrito de reconvenición, estimamos, también debe mantenerse.
- 2) Lo que debe seguir se fundamenta sobre la base de la técnica de las *audiencias*, en la cual se debe materializar preferentemente la oralidad. Importante será contar con una buena regulación de las distintas hipótesis de suspensión e interrupción de las audiencias, evitando que en la práctica se inapliquen los esfuerzos de concentración desplegados por la Ley⁸⁷. Postulamos la existencia concentrada de dos audiencias o vistas. Es lo más aconsejable, no obstante existir la posibilidad teórica de entrar derechamente al juicio (la prueba), pues permitirá resolver con mucha mayor simplicidad y rapidez una serie de cuestiones procesales decisivas para el éxito del modelo en cuestión. Este modelo huye de una vista del juicio no suficientemente preparada. Hacerlo sería caer en la *concentración a ultranza*, cometiendo errores de similar calibre a los cometidos por los paladines de la oralidad. Resulta más adecuado, y más que eso, derechamente necesario que el proceso civil declarativo ordinario tenga, luego de la fase inicial de alegaciones escritas, una fase de preparación del juicio. Su trascendencia en el éxito del modelo ha sido ratificada por la experiencia comparada. La decisión de las cuestiones procesales no puede quedar diferida a la

sentencia. Las partes han de delimitar en esa comparecencia los términos del debate, además de proponerse y admitirse la prueba. Con todo, aquel modelo más sencillo, que no contempla la audiencia previa, puede servir para el diseño de los procesos declarativos de escasa cuantía o para aquéllos que tienen objeto limitado o son técnicamente sumarios, los que por tanto exigen particular celeridad.

3) De este modo, tras la fase de alegaciones debe seguir una audiencia o vista previa o preliminar cuyo contenido debería comprender lo siguiente⁸⁸: a) Intentos orales de acuerdo entre las partes (con el cual se pondría término anticipado al juicio); b) Examen y resolución oral de las cuestiones y requisitos procesales; c) Fijación definitiva oral del objeto del juicio; y d) Proposición y admisión oral de las pruebas a practicar en el acto del juicio. Una vez realizada y resueltos oralmente sus distintos contenidos, seguiría otra audiencia, la principal: El juicio (que constituiría la fase oral probatoria), en donde se practicaría la prueba en unidad de acto⁸⁹, en presencia del juez⁹⁰, se formularían las conclusiones sobre ella, y se realizarían los informes sobre los argumentos jurídicos de las partes, ya a la vista de la prueba practicada, con todas las ventajas que se reconocen a la oralidad en los resultados de esta fase del proceso, principalmente en lo que se relaciona con los medios de prueba personales (prueba de declaración de las partes, de testigos y de peritos) que recobrarían toda su fuerza, crédito y prestigio perdidos y olvidados en las simulaciones y formalismos del esquema escrito⁹¹. Tras ello, se finalizaría con la fase decisoria (sin perjuicio de la posibilidad de diligencias finales⁹²), donde la sentencia debe seguir siendo escrita, principalmente por razones de seguridad jurídica y para efectos de la revisión del asunto en la segunda instancia que, por cierto, no se debe eliminar⁹³.

Este modelo predominantemente oral (sin peligros)⁹⁴, bastante razonable, sin excesos, pero principalmente los criterios y bases ya reseñadas, deben permitir lograr importantes mejoras en el desempeño de la justicia civil criolla. Mayores grados de oralidad, acompañados por efectivos avances en la inmediación y concentración (especialmente por la práctica de la prueba en única vista, favoreciendo la seriedad de la misma)⁹⁵, con decidido apartamiento de un proceso civil fragmentado en cientos de porciones separadas, además de posibilitar la garantía de publicidad general de las actuaciones del proceso, lo que es imposible bajo el diseño procesal vigente. Además, con este modelo se obtiene la importante aproximación de la práctica de la prueba con el momento de dictar la sentencia.

66. Quinta.- Finalmente, el siempre necesario dinero. Era obvio, un modelo con la estructura que hemos reseñado, exige un importante presupuesto, exige un aumento de medios y recursos tanto materiales como personales. Tal cual aconteció (y acontece) tratándose de la implementación de la Reforma procesal penal. Por ejemplo, debido a que las vistas y comparecencias orales deberán ser grabadas - como registro - en soportes aptos para la reproducción de la imagen y del sonido⁹⁶ (si lo que se quiere es terminar con la extremosidad de la escritura),

se requiere implementar a los tribunales con instrumentos de grabación y reproducción que permitan dejar fiel constancia de lo obrado⁹⁷. Es necesario crear y disponer las *condiciones objetivas que posibiliten el cambio*. Recepcionar la oralidad, aunque sea con razonabilidad y sin excesos, implica inversión y recursos, que permitan que las audiencias que allí se contemplan sean realizadas exitosamente, esto es, cumpliendo los objetivos que para ellas se han trazado. La modificación del CPC (o la dictación de una nueva Ley), por sí sola, carece de cualidades taumatúrgicas. Bien se ha destacado que estos progresos no se pueden conseguir de golpe y sólo porque se dicte una Ley⁹⁸. Se requiere de los medios y recursos suficientes para su efectiva puesta en práctica, de forma tal de aprovechar las ventajas que pueden acarrear a la Justicia civil los mayores grados de oralidad e inmediación que postulamos⁹⁹.

5. COLOFÓN

67 Corresponde que cerremos estas líneas. Para ello, nos permitimos recoger las principales conclusiones que se extraen de ellas, esperando que sean de utilidad en la toma de decisiones sobre estos extremos ligados a una posible reforma del proceso civil chileno:

68. El proceso civil chileno prototípico se muestra como , con las dañinas consecuencias que ello acarrea en la concreta configuración de las actuaciones y fases procesales, especialmente en lo que se relaciona con la práctica de la prueba. La responsabilidad de ésto en el deficiente desempeño de la justicia civil de nuestro país no puede desconocerse. Por tanto, habiéndose asumido y puesto en marcha el cambio del proceso criminal, corresponde ahora destinar los esfuerzos a importantes modificaciones del proceso civil prototípico.

69. Sin duda que deben buscarse mayores grados de oralidad, pero sin caer en el extremo de presentarla como la panacea contra los males del proceso civil. El fracaso práctico de la oralidad extrema ha sido la regla, y se debe aprender de esa experiencia. Sus ventajas y virtudes defendidas desde la teoría, no han sabido tener correlato en el terreno de la realidad judicial y forense. La oralidad absoluta ya no debe ni puede entenderse como la solución a los males de los procesos excesivamente escritos.

70. Este fracaso se vincula muy fuertemente con el exceso de protagonismo que se le ha pretendido conceder a la regla procesal oral. La doctrina procesal ha forzado el correcto entendimiento de los principios procesales. Un adecuado entendimiento de esta cuestión resulta esencial al momento de intentar categorizar correctamente el problema. Reconocer su contingencia y accesoriedad a los fines del proceso parece un paso necesario y esencial. La oralidad debe entenderse de una vez por todas como una forma o regla del procedimiento, esencialmente contingente, por tanto al servicio de las necesidades y posibilidades que se identifiquen y asuman.

71. Habiéndose descartado los sistemas procesales puros o absolutos, se deben buscar sensatos caminos alternativos. Existe la necesidad de recurrir a fórmulas procesales mixtas o combinadas. No cabe duda, ha pasado el tiempo de la imposición de una forma sobre otra, es la hora de sacar el mejor provecho de ambas. El proceso civil no puede darse el lujo de renunciar a ninguna. De esta manera, se posibilita al legislador procesal movilizar las distintas piezas, diseñar y engranar un procedimiento que aspire a constituir una opción técnica posible, conveniente, idónea, eficaz y útil a los fines del proceso. Las claves para la correcta recepción de la oralidad en el proceso civil deben construirse sobre tres criterios fundamentales: Racionalidad, posibilidad y utilidad. Las decisiones que se adopten en estas materias deben buscar y respetar las ideas de funcionalidad, opcionalidad, conveniencia y oportunidad. No convienen los amarres apriorísticos por determinada forma procesal, sino que se debe optar en cada caso por la que forma que permita dar mejor cumplimiento a los fines del proceso. Debe operarse con buen criterio realista y práctico, utilizando el elemento oral para aquellas actuaciones del proceso que lo requieren. En este punto la práctica de la prueba en audiencia oral, pública y concentrada aparece como elemento clave en el cambio. Tampoco se puede sacrificar el elemento escrito, principalmente en lo que liga con las alegaciones iniciales de las partes donde las ventajas de la escritura son patentes.

72. En fin, el concreto modelo procesal civil que se propone mezcla y combina - con prudencia - la oralidad con la escritura, atendiendo a las claves operativas ya enunciadas. La nueva «fórmula» se puede anunciar y resumir de la siguiente manera: La oralidad y sus reglas formales asociadas (léanse concentración, inmediación y publicidad), para lo que en el proceso se requiere abordar desde esa forma procesal (muy principalmente la práctica contradictoria de la prueba, aunque también para la preparación del juicio), y la forma escrita (que no debe desecharse), para aquellos actos del proceso civil que así lo sigan exigiendo (muy destacadamente los actos iniciales de alegaciones). Así las cosas, conviene diseñar un proceso civil en donde la fase inicial de alegaciones siga siendo escrita, a la que puedan seguir - lo más concentradamente posible - dos audiencias o vistas orales en las cuales primero se evite o prepare el juicio y luego se lleve a cabo oral y públicamente, y en presencia del juez de la causa, la prueba propuesta y admitida, su práctica y las conclusiones de las partes sobre la misma, terminando con una fase decisoria también escrita.

Como se puede constatar, postulamos una combinación completamente razonable de las formas procesales, siempre al servicio de los fines del proceso, sin sustantividad propia que las eleve a categorías que no les corresponden. El resultado que se proyecta: Dejar atrás el culto al expediente voluminoso, la dispersión y disgregación excesiva de los actos del proceso, la mediación, delegación y escritura excesivas, los formalismos innecesarios, incorporando al proceso civil prototípico mayores grados de oralidad, inmediación y concentración de las actuaciones procesales (especialmente en la práctica de la prueba),

efectivas y reales, hasta ahora prácticamente ausentes de nuestro modelo procesal civil ordinario, posibilitando una respuesta judicial efectivamente más pronta y más cercana en el tiempo a las demandas de tutela del justiciable. Posibilitando también mejores decisiones jurisdiccionales, desde el momento en que producto del contacto directo y personal del juez con las partes y las pruebas, éste conocerá mejor el caso y podrá dar mejor y más rápida resolución al mismo.

Artículo recibido el 21 de junio de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 6 de septiembre de 2004.

¹ A diferencia de lo que acontece en el proceso civil donde, si bien se ha discutido, el debate en torno a la recepción e implementación de la oralidad debe situarse en un plano técnico-jurídico y no político. Para algunos, en esta precisa diversidad de fundamentos radica la diversa suerte que ha corrido la oralidad en su conquista de uno y otro proceso.

² Aunque, conviene advertirlo, nuestras consideraciones y propuestas parten de la base de la necesidad de adecuar el escenario procedimental criollo a las modernas tendencias simplificadoras que muestra el derecho comparado. En primer lugar, no tiene ninguna justificación, ni teórica ni práctica, la existencia de varios juicios ordinarios, con trámites y plazos diferenciados. Al contrario, un "ideal" técnico-jurídico indica las ventajas de contar con sólo un juicio ordinario. Con todo, una alternativa racional y prudente es que el sistema que se diseñe contemple solamente dos procesos ordinarios: Uno ordinario prototípico y otro más abreviado, reservado para cuestiones de escasa cuantía o reducida complejidad, que permiten y requieren una tutela judicial más rápida y simple. En segundo lugar, observamos la necesidad de eliminar la mayoría de los procedimientos especiales, dejando subsistentes sólo los indispensables

³ Incluso, bien es sabido por quienes ejercen en los tribunales la profesión, en aquellos procesos en donde se contemplaron preceptos que en mayor o menor grado intentaron introducir ciertos grados de oralidad. Al tratarse de injertos extraños impuestos a esquemas procesales predominantemente escritos, la práctica del foro no demoró en esfumar todas las posibilidades de aplicación efectiva y real de la oralidad y sus formas conexas. Allí el juicio sumario que se regula a partir del art. 680 del CPC, y los juicios de menor y mínima cuantía recogidos partir del art. 698 del mismo cuerpo legal.

⁴ Véanse: Montero Aroca, J. 2001. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad.** Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 15 y ss.; Montero Aroca, J. "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad", *Revista de Derecho Procesal*, N°1-3, 2001, p. 559; Gutiérrez-Alviz Conradi, F. "Del ordo iudiciarius a la reforma de la

Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Justicia*, N° I-II, 1998, pp. 5 y ss.

⁵ Nos valemos aquí de expresiones si bien ajenas, muy cercanas. Véase: De la Oliva Santos, A; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J. 2002. **Derecho Procesal. Introducción**. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2 edición, p. 77.

⁶ Si bien con relevantes mejoras en los últimos años, coincidentemente ligadas a la reforma al proceso penal, cuya implementación ha significado una importante inversión en el sector justicia.

⁷ Recordamos aquí lo que se ha denominado la triple dimensionalidad del Derecho, identificando tres aspectos: el normativo (el Derecho como ordenamiento), el fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad) y el axiológico (el Derecho como valor de justicia). Véase: Witker, J. 1995. **La investigación jurídica**. México D.F., Ed. McGraw/Hill, p. 3.

⁸ Carreras, J. 1962. **El Derecho procesal como arte**. En: Estudios de Derecho Procesal (junto a Fenech, M.), Barcelona, Ed. Bosch, p. 44.

⁹ Como se ha destacado, refiriéndose a la situación del proceso español, no es poco común que el legislador procesal despache leyes pensando que cada juez, cada tribunal y cada abogado tienen un solo proceso bajo su responsabilidad. De la Oliva Santos, A. "La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2-3, 1978, p. 410.

¹⁰ Empleamos aquí tres conceptos que nos parecen muy ilustrativos del carácter pragmático que debe cruzar la nueva normativa procesal civil, al menos en la materia estudiada, y que el profesor De la Oliva exige como elementos esenciales si se quiere hablar de la normatividad jurídica de un precepto positivo. De la Oliva Santos, A. "Racionalidad y normatividad". Disponible en la página Web de la Escuela de Derecho de la U. Complutense: <http://www.ucm.es/info/derecho/departamentos/procesal/index.htm>.

¹¹ Este brocardo quiere significar que el juez, para dictar sentencia, sólo puede tomar como base aquello que se encuentra documentado en el expediente. Nada más preciso para describir lo que exactamente ocurre a propósito del proceso civil nacional.

¹² Recordamos, en este punto, lo señalado por un connotado procesalista italiano. Véase: Canelutti, F. 1971. **Derecho y Proceso**. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, Traducción de Sántis Melendo, pp. 171 y ss.

¹³ En efecto, cada acto escrito genera más actos escritos. De hecho, cualquier escrito de parte exige una resolución judicial de admisión y un acto de comunicación del mismo a la otra (s) parte (s). Eso, a su vez, implica y exige plazos para su realización, muchas veces incumplidos (tratándose del propio tribunal), derivando en una fórmula que se traduce en exceso de papel y dilaciones.

¹⁴ Un ejemplo del predominio absoluto de la escrituración y sus añadidos necesarios es la expresa posibilidad que se contempla a propósito de la prueba confesional de delegar (comisionar) la recepción de la misma al secretario del tribunal u otro ministro de fe (artículo 388). También respecto de la prueba de peritos, donde no obstante hablar la ley de "oír informe de peritos" se traduce en escritos agregados al expediente donde se contiene la opinión pericial.

¹⁵ Nos referimos concretamente al artículo 365.1: "Los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto". En el mismo sentido los artículos 366, 369, 372, y 376,

¹⁶ Pero la verdad, es el propio carácter escrito del proceso civil criollo el que desinsentiva a los jueces que, conscientes que entre la recepción de la prueba y la dictación de la sentencia transcurrirá un lapso temporal no menor, prefieren desentenderse de esta obligación, delegándola en un auxiliar. Además, a estas alturas, los jueces no conocen en detalle cuáles son los hechos controvertidos, lo que les impide sacar provecho de la práctica probatoria.

¹⁷ Ya que el juez debe resolver solamente sobre la base de los actos escritos, es natural que se termine confiando la recolección y redacción de los actos escritos a personas distintas del juez. Son estas personas, y no el juez, quienes entran en contacto directo con el actor y el demandado, con los testigos, etc. En efecto, surge el convencimiento de la inutilidad e inoportunidad de las relaciones inmediatas entre el órgano juzgador y los otros sujetos del proceso y demás objetos de prueba. En este sentido, véase: Cappelletti, M. 1972. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Buenos Aires, Ed. Jurídica Europa América, Traducción de Santis Melendo, p. 36.

¹⁸ Si existe algo que identifica a un proceso predominantemente oral en la actualidad eso es precisamente el contemplar una audiencia oral y pública en donde en presencia del juez y lo más concentradamente posible se verifique la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida por el juez. Cualquier esfuerzo de introducir mayores grados de oralidad en el proceso que esquive este diseño (por la razón que sea) junto con estar renegando un elemento claramente identificador de este modelo, pone en riesgo la efectiva contribución de esa mayor oralidad para un posible mejoramiento de la prestación de justicia.

¹⁹ Véase: Varela Castro, L. "Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía". *Revista Justicia*, N°1, 1987, p. 97.

²⁰ Véase, por ejemplo: Borrajo Inieta, I. "La ineficacia de los testigos en los procesos civiles". *Revista Tribunales de Justicia*, N°10, Octubre, 1998, pp. 935-939.

²¹ No pocas veces tarea desagradable y lenta, especialmente en lo que dice relación con la documentación (actas) que recogen la práctica de las distintas pruebas. Debe el juez armarse de paciencia para sacar el mejor provecho al material probatorio que se le ofrece disperso y disgregado en el expediente.

²² Los procesos orales, regidos por la regla de la concentración procesal también requieren de un orden legal para sus actos. Concentración no es sinónimo de desorden procesal. Lo que ocurre es que el orden legal de los actos en un proceso predominantemente escrito es una realidad mucho más fuerte y rica en consecuencias que en un proceso oral.

²³ Cappelletti, M. **La oralidad ()**. Op. Cit., p. 23.

²⁴ Este es el ilustrativo significado que puede extraerse del léxico. Muy ligado a él, y con similar utilidad, encontramos la expresión *leyenda* que identifica una relación de sucesos que tienen más de maravillosos que de históricos o verdaderos. Véase: Real Academia Española, 1992. **Diccionario de la Lengua Española**, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 21 edición, Tomo II.

²⁵ Véase: Cappelletti, M. **La oralidad ()**. Op. cit., pp. 85 y ss.

²⁶ Cappelletti, M. **La oralidad ()**. Op. cit., pp. 47 y 50.

²⁷ Véase: Fairén Guillén, V. 1988. **El Tribunal de Aguas de Valencia y su proceso (Oralidad, concentración, rapidez, economía)**. Valencia, Caja de Ahorros de Valencia, 2 edición corregida y aumentada, p. 482.

²⁸ Cappelletti, M. **La oralidad ()**. Op. cit., p. 50.

²⁹ Para Klein, la oralidad es la compañera necesaria de la inmediación en el procedimiento. A su juicio, la verdadera inmediación y la verdadera oralidad, son dos aspectos de la misma cosa, o se interdependen como dos cuerpos de igual raíz, de tal modo que si uno de ellos se marchita, el otro también lo hace. Citado en: Fairén Guillén, V. **El Tribunal de ()**, Op. cit., p. 505.

³⁰ Véase: Fairén Guillén, V. **El Tribunal de ()**, Op. cit., p. 483.

³¹ Chiovenda, G. 2000. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Madrid, Ed. Reus, 1 edición, Tomo II, Traducción española de la 3 edición italiana, p. 135.

³² Véase, a modo de ejemplo: Chiovenda, G. 1940. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Volumen III, 1 edición, pp. 153 y ss.

³³ Esta obra debe ser complementada por otras conferencias más específicas en las cuales el italiano da contenido y voz a la propaganda por la oralidad en los juicios civiles. Una referencia detallada a ellas se encuentra en: Montero Aroca, J. "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del Juez y la oralidad". *Revista de Derecho Procesal*, N° 1-3, 2001, pp. 576-582.

³⁴ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 133.

³⁵ Chiovenda, G. **Instituciones O**. Volumen III, Op. cit., pp. 159-165.

³⁶ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 142.

³⁷ Chiovenda, G. **Instituciones O**. Volumen III, Op. cit., p. 170.

³⁸ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 136.

³⁹ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 138. En esta perspectiva una declaración no se considerará hecha si no ha sido hecha o referida oralmente en la audiencia.

⁴⁰ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 138.

⁴¹ Con todo el sentido peyorativo que corresponde al término, pues como se sabe, ni el propio Código italiano de 1940 asumió realmente la oralidad en conformidad con el postulado de Chiovenda. Basta constatar la existencia del personaje del juez instructor, figura fundamentalmente opuesta a la oralidad chiovendana por la delegación que implicaba en la práctica de la prueba. De allí que se hablara del "falso ídolo".

⁴² Hasta hoy existen autores - lo adelantamos - que influenciados por esta verdadera moda postulan la implementación del sistema oral como el programa medular de la reforma de la justicia civil, dónde la oralidad es considerada como el mecanismo de enjuiciamiento más idóneo para satisfacer el fin social del proceso, que posibilita la justa decisión de los asuntos y la tutela efectiva de los derechos sustantivos a través de una sentencia justa. Le citamos especialmente por lo llamativo que resulta el título de la obra a la luz de lo que hemos venido

señalando: Derecho procesal civil *actual*. Véase: Berizonce, R. 2000. **Derecho procesal actual**. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.

⁴³ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 182.

⁴⁴ La regla de la concentración es derechamente esencial para Chiovenda, aún más que la regla de la inmediación, respecto de la cual llega a reconocer y aceptar posibilidades de delegación y consecuencial limitación. Habla el autor de evitar daños superiores a las ventajas que puede arrojar el sistema oral, de allí que el principio teórico sea sacrificado a la utilidad práctica. Véase: Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 147.

⁴⁵ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 140.

⁴⁶ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 141.

⁴⁷ Chiovenda, G. **Principios O**. Op. cit., p. 136.

⁴⁸ Para quien quiera revisar más detenidamente esta cuestión: Baur, F. "Liberalización y socialización del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N°2-3, 1972, pp. 303-333; Serra Domínguez, M. "Liberalización y socialización del proceso civil (las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N°2-3, 1972, pp. 511-543.

⁴⁹ Uno de ellos es sin duda, la propia plataforma de principios procesales que sustenta la construcción del proceso civil.

⁵⁰ Se habla de igualdad y justicia sustancial. Se quiere dejar atrás los problemas derivados de la pura garantía formal. El problema, a nuestro juicio, está en la ingenuidad de los planteamientos, puramente teóricos.

⁵¹ Lo que implicaba que el juez asumía, en el marco de un proceso civil, poderes atinentes al objeto deducido en juicio. En otras palabras, poderes en relación con la materia del proceso. Cabe señalar que se trata de ideas que ya surgen con F. Klein y su Código, que concibe al proceso como un instrumento para el bienestar social. Véase: Cappelletti, M. **La oralidad O**. Op. cit., p. 127.

⁵² Si bien a primera vista se trataría de normas sin sanción jurídica, y por tanto no podrían infringirse por el juez, haga o no uso éste de las facultades legalmente atribuidas, creer esto - precisa De la Oliva - implicaría entender o aceptar que las facultades conferidas a los poderes públicos están atribuidas para el absoluto arbitrio de los poderes facultados. Y no es así: "Las facultades de los órganos públicos - y, por tanto, también las de los órganos jurisdiccionales - se les

conceden para que se ejerciten de acuerdo con los deberes inherentes a su oficio y, más en concreto, con la finalidad específica en la norma atributiva de la facultad. Las facultades dejan, sí, al facultado la apreciación de la existencia de los presupuestos de su ejercicio". De la Oliva Santos, A. "Racionalidad ()". Op. Cit.

⁵³ Véase: Denti, V. "Problemi di riforma". *Rivista di Diritto Procesuale*, Anno XXV (II serie), N° 3, Luglio-Settembre, 1979, pp. 434-443. En este artículo, Denti da cuenta de las dificultades de encaje de las ideas chiovendanas sobre la oralidad en la propia normativa procesal civil italiana.

⁵⁴ Así lo destaca un autorizado procesalista, refiriéndose al diálogo que implica todo proceso: Carnelutti, F. 1971. **Derecho y proceso**. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, Traducción de Santis Melendo, pp. 171 y ss.

⁵⁵ Recuérdense aquí la experiencia legislativa alemana del siglo XIX. La oralidad extremosa se alzó como reacción al proceso profundamente escrito.

⁵⁶ Si bien la sobrevaloración no es sana consejera, tampoco lo es eternizar la discusión en torno a conceptos ya suficientemente afinados y asentados. La idea de que "en Derecho, todo es discutible" ha servido de excusa para retrocesos y desbordes que en nada han contribuido al desarrollo de nuestra disciplina. Sobre este particular véase: De la Oliva Santos, A. "Tres tópicos falsos sobre el Derecho y un colofón para juristas". Disponible en: <http://www.ucm.es/info/derecho/departamentos/procesal/index.htm>.

⁵⁷ El término se utiliza para reflejar el simplismo y escaso rigor con el cual gran parte de la doctrina procesal ha pretendido analizar y estudiar la cuestión, abusando y desluciendo los distintos contenidos que se comprenden en ella. En esto reconocemos también los propios errores cometidos en nuestros tiempos de estudiante.

⁵⁸ Real Academia Española, **Diccionario de la Lengua Española**, Op. Cit.

⁵⁹ Nótese de inmediato la enorme utilidad que presta la noción de necesidad para contraponerla a la de contingencia, la cual - según se adelantó en la introducción - gobierna y debe gobernar la oralidad (las formas en general) en el marco del proceso civil.

⁶⁰ De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J. 2003. **Derecho Procesal. Introducción**. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2 edición, p. 47.

⁶¹ Si de algo deben servir los distintos conceptos y clasificaciones jurídicas es como instrumentos explicativos de las regulaciones jurídicas positivas. Si, por

déficit o excesos, este objetivo no se cumple, la utilidad de los mismos disminuirá o, incluso, desaparecerá.

⁶² Es evidente la influencia del Derecho privado en la configuración del proceso civil, lo que marca una relación que podríamos denominar de instrumentalidad, habiéndose llegado a decir que el principio dispositivo no es más que el aspecto procesal de la autonomía privada.

⁶³ Una explicación esquemática de estas importantes materias en: Ortells Ramos, M.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R. 2000. **Derecho Procesal. Introducción**. Valencia, Ed. Punto y Coma, pp. 209 y ss.

⁶⁴ Estamos de acuerdo con aquella sana doctrina que sin perjuicio de reconocer la importancia - teórica y práctica - de las formas de los actos procesales (más aún tratándose del irresoluto problema de la oralidad y la escritura), advierte sobre la exageración de considerarles como principios básicos del proceso. Por todos: Guasp, J.; Aragoneses Alonso, P. 2003. **Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios**. Madrid, Ed. Civitas, Tomo I, 6 edición, p. 309.

⁶⁵ Muy extendido está dentro de la doctrina procesal española distinguir, tratándose de los principios del proceso civil, entre principios políticos y principios técnicos del mismo. Con ello se pretende diferenciar entre aquellos que ligan con el fondo del proceso y aquéllos que se relacionan con la forma de los actos que lo configuran. Por todos, véase: Fairén Guillén, V. 1990. **Doctrina general del Derecho procesal: Hacia una teoría y Ley procesal generales**. Barcelona, Ed. Bosch, p. 55.

⁶⁶ Como se ha dicho preclaramente: cuando todo son principios, nada es principio. El resultado es la degradación de los genuinos principios del proceso. De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J. **Derecho Procesal ()**, Op. cit., p. 48.

⁶⁷ Similar terminología en: Ramos Méndez, F. 2000. **El sistema procesal español**. Barcelona, Ed. Bosch, 5 edición, pp. 290 y ss. De simples reglas del procedimiento habla este autor, todas concebidas en función de la mayor utilidad para el enjuiciamiento. De allí la improcedencia de sustantivarlas, esto es, convertirlas en fin propio por sí mismas.

⁶⁸ Más claramente: No existe (ni se justifica, agregamos nosotros) un criterio dogmático que imponga una u otra forma externa. Ramos Méndez, F. 1992. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona, Ed. Bosch, 5 edición, Tomo I, pp. 337 y ss.

⁶⁹ Ramos Méndez, F. **Derecho ()**. Op. cit., p. 337.

⁷⁰ Morón Palomino, M. 1993. **Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)**. Madrid, Ed. Marcial Pons, p. 98.

⁷¹ De la Oliva Santos, A. "La demolición ()", Op. cit., p. 409.

⁷² Por ejemplo, la idiosincrasia de un pueblo. Así se ha subrayado expresivamente: "La aplicación de un principio procedimental depende, no del capricho doctrinal del legislador, sino de su fecundidad, la cual no puede ser prevista prescindiendo de la idiosincrasia del pueblo, que va a ser el sujeto del procedimiento a través de los individuos". Fairén Guillén, V. "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites". *Revista de Derecho Procesal*, Año VII, N°2, 1951, p. 187.

⁷³ De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J. **Derecho Procesal ()**, Op. cit., p. 78. Se deben considerar las circunstancias históricas, contingente como se sabe. Entre ellas, el número de jueces, el sentido de la responsabilidad y pericia de éstos, la preparación de los abogados, el número de procesos, etc. La regla que subyace a este criterio no debe olvidarse jamás: no se puede construir los procesos en abstracto. Es necesario atender también a la realidad concreta del país. Es un inmenso error pensar que establecer el predominio de la oralidad en el proceso civil determinará, por sí sola, una más rápida impartición de justicia.

⁷⁴ Más concretamente, pero insistiendo en la misma idea ya planteada, la adopción de una u otra forma externa deberá obedecer a las necesidades técnicas del juicio, a la disponibilidad de medios, a la mejor adecuación de los recursos, siempre situado el legislador en un momento histórico concreto y estando provisto de los criterios de oportunidad y conveniencia. Ramos Méndez, F. **Derecho ()**. Op. Cit., p. 341.

⁷⁵ El contexto histórico-político de los años sesenta y setenta del siglo pasado fue especialmente fértil para esta clase de debates.

⁷⁶ En este sentido se ha señalado que el proceso civil es neutro respecto de las ideas políticas (apolítico). Más aún, se ha destacado que las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas. De hecho, señala Serra que queda demostrado con la permanencia de las leyes procesales en diversos sistemas políticos, muchos de ellos totalmente opuestos. Véase: Serra Domínguez, M. "Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N° 2-3, 1972, pp. 511-543.

⁷⁷ Así se precisaba ya por Carreras, citado en: De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo

Giménez, I.; Vegas Torres, J. **Derecho Procesal** (), Op. cit., p. 68.

⁷⁸ Lo contrario sería darle a simples y contingentes formas procesales una sustantividad propia de la cual carecen por propia naturaleza, las que por tanto, deben adaptarse al juego de los verdaderos principios del proceso. Véase: Ramos Méndez, F. 1978. **Derecho y proceso**. Barcelona, Ed, Bosch, p. 76.

⁷⁹ Véase: Berizonce, R. **Derecho procesal** (). Op. cit., p. 440. Posiciones que sostienen la tesis que la oralidad constituye un principio de la política del proceso que facilita la "utilidad social" del proceso civil pueden revisarse también en: Fairén Guillén, V. "Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político", *Revista de Derecho Procesal*, N°2-3, 1975, pp. 317-321; Fairén Guillén, V. "El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N°3, 1974, p. 256 y ss.; Fairén Guillén, V. "Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista de Derecho Procesal*, N°4, 1981, pp. 552-554.

⁸⁰ Montero Aroca, J.; Flors Maties, J. 2004. **Tratado de Juicio Verbal**. Navarra, Ed. Aranzadi, 2 edición, p. 125.

⁸¹ Así lo destaca un autorizado procesalista, refiriéndose al diálogo que implica todo proceso: Carnelutti, F. **Derecho y** (), Op. cit., pp. 174-175.

⁸² Entre los profesionales del Derecho la tradición es algo importante. Por ello, prudencia y respeto son necesarios para la real recepción de los cambios.

⁸³ Se trata de evitar que el cambio se convierta en un salto al vacío o un mero brindis al sol. Díez-Picazo Giménez, I. "La reforma necesaria del proceso civil", *Revista Tribunales de Justicia*, N°2, Febrero, 1999, p. 84.

⁸⁴ Trátase de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada el 8 de enero en el BOE, significando un acontecimiento histórico para la Administración de Justicia y el Derecho procesal español.

⁸⁵ Cada vez abundan más los asuntos complejos. Esta creciente complejidad que muestran los asuntos que se discuten en sede civil recomienda no olvidar la forma escrita a la que, relacionada con el clásico adagio *verba volant, scripta manent* (el discurso huye y el escrito dura), se le asocia una serie de ventajas, ideales para estas hipótesis, léase, mayor seguridad, facilidad para trabajar sobre muchos y diversos asuntos, y para analizar y ponderar asuntos más complejos sin apremios, permitiendo a los juzgadores la formación de conceptos, entre otras.

⁸⁶ Como ya ocurre en los juicios ordinarios de menor y mínima cuantía

actualmente vigentes.

⁸⁷ Véase: Borrajo Iniesta, I. "Las suspensiones de juicios orales". *Revista Tribunales de Justicia*, N°6, Junio 1997, pp. 617-621. Aunque referido a los juicios orales penales, el autor explica y denuncia los graves problemas que generan para un proceso predominantemente oral las continuas suspensiones de las audiencias. Dilaciones indebidas, despilfarro de recursos, desprestigio del Poder Judicial, se cuentan entre ellos. Por ello, antes de entenderlos como un mal inevitable de los procesos orales, se hace necesario adoptar los resguardos que sean útiles para evitar este fenómeno.

⁸⁸ Sobre la nueva audiencia previa española existe extensa literatura. Puede verse, entre muchos otros: Lorca Navarrete, A. "El ámbito subjetivo de la fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XII, Enero, N°1, 2000; Abel Lluch, X, "La audiencia previa: Entre el deseo y la realidad", *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, N°69, Primer Trimestre, 2003; Alonso-Cuevillas Sayrol, J. "La audiencia previa al juicio". En: Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Coordinador), 2000, **Instituciones del Nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000**, Barcelona, Ed. Difusión Jurídica, Vol. II; Cortés Domínguez, V. "La audiencia previa en el juicio declarativo". En: Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (Director), 2001, **Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch; González Montes, F. "La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000, de 7 de enero", *Revista Tribunales de Justicia*, N°10, Octubre, 2000; Etxberría Guridi, J. "Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC", *Revista La Ley*, N°6, 2001.

⁸⁹ Las ventajas asociadas a la mayor concentración justifican la práctica de la prueba en unidad de acto, lo que permite la inmediación en sentido estricto. Así, el juicio debe tener por objeto en este modelo la práctica concentrada de las distintas pruebas ofrecidas y admitidas. Sin perjuicio, evidentemente, de la regulación de posibilidad de rendir prueba anticipada en las hipótesis que así lo exigen. Sobre esta cuestión puede verse: Picó i Junoy, J. "La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista La ley*, 2001-7, pp. 1518-1526.

⁹⁰ Sobre las ventajas de la inmediación judicial véase especialmente: Eisner, I. 1963. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires, Ed. Depalma.

⁹¹ Véase, por ejemplo: Verger Grau, J. "La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XV, Enero, N°1, 2003; Verger Grau, J. "Un interrogatorio cruzado y mágico", *Revista Justicia*, N°1, 2000.

⁹² Cuya regulación sea coherente con la inspiración de este nuevo proceso civil, por tanto, reforzando la importancia del acto del juicio, restringiendo estas

diligencias previas a la sentencia a aquellas estrictamente necesarias. No corresponde ahora, estudiar en detalle este extremo.

⁹³ La mayoría de los ordenamientos jurídicos entienden que es conveniente que los casos civiles sean resueltos definitivamente luego de un posible *doble examen*, a cargo - por cierto - de dos órganos jurisdiccionales distintos y de distintas categoría. Este doble examen debe comprender tanto los aspectos fácticos como jurídicos, intentado una concreta regulación que permita al mismo tiempo mantener la importancia del juicio y permitir a la parte vencida una nueva respuesta de los órganos jurisdiccionales. En otras palabras, sin configurar la segunda instancia como un nuevo juicio en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso, permitir las posibilidades de corregir con garantías de acierto eventuales errores tanto en el juicio fáctico como en la interpretación jurídica.

⁹⁴ Como se puede apreciar, trátase (a grandes rasgos) de un modelo de juicio predominantemente oral, dónde tras los actos iniciales de alegaciones escritos, se desemboca en dos audiencias orales y concentradas, la audiencia previa y el juicio mismo. Sin duda, es un modelo más oral y con más concentración de actos que los actuales procesos, sin embargo, tampoco es un modelo que ponga en peligro la seriedad de la tarea forense, sino que combina adecuadamente las ventajas de una y otra forma procesal.

⁹⁵ En este punto no se puede estar en desacuerdo con Chiovenda. Véase: Chiovenda, G. "L'oralità e la prova". *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Parte I, Anno 1924, pp. 5-32.

⁹⁶ Véase: Gómez Martínez, C. "La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador", *Revista Jueces para la Democracia*, N° 48, Noviembre, 2003.

⁹⁷ Sin perjuicio de la posibilidad de mantener la exigencia de un acta escrita, se requiere de estos medios más modernos para evitar que dicha acta adquiera un protagonismo excesivo, tentando a jueces y partes a seguir poniendo más atención a lo que en ella se está registrando que al desarrollo de la audiencia. Por lo mismo, el acta se debe limitar a consignar los datos relativos al tiempo y al lugar de la audiencia, las peticiones y propuestas de las partes, las resoluciones que adopte el tribunal, y las incidencias o circunstancias que no pudieran constar en los soportes antes señalados.

⁹⁸ De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I. 2003. **Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración**. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2 edición, p. 11.

⁹⁹ De no entenderlo así el riesgo es claro, volver a donde estábamos, eso sí con

una normativa técnicamente mucho más moderna y avanzada, pero igualmente ineficaz. Así se ha destacado por la doctrina española: Damián Moreno, J. "Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 2, Marzo-Abril, 2000, p. 153.

BIBLIOGRAFÍA

Abel Lluch, X, «La audiencia previa: Entre el deseo y la realidad», *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, N° 69, Primer Trimestre, 2003.

Alonso-Cuevillas Sayrol, J. «La audiencia previa al juicio». En: Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Coordinador), *Instituciones del Nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Barcelona, Ed. Difusión Jurídica, Vol. II, 2000.

Baur, F. «Liberalización y socialización del proceso civil». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2-3, 1972.

Berizonce, R. *Derecho procesal actual*. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

Berzosa, V. «Principios del Proceso». *Revista Justicia*, N° 2, 1992.

Borrajo Iniesta, I. «La ineficacia de los testigos en los procesos civiles». *Revista Tribunales de Justicia*, N° 10, Octubre, 1998.

Borrajo Iniesta, I. «Las suspensiones de juicios orales». *Revista Tribunales de Justicia*, N° 6, Junio, 1997.

Cappelletti, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, Ed. Jurídica Europa-América, Trad. Sántis Melendo. 1972.

Carnelutti, F. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, Trad. Sántis Melendo. 1971.

Carreras, J. «El Derecho procesal como arte» En: *Estudios de Derecho Procesal* (junto a Fenech, M.). Barcelona, Ed. Bosch. 1962.

Cortés Domínguez, V. «La audiencia previa en el juicio declarativo». En: Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (Director), *Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

Chiovenda, G. «L'oralità e la prova». *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Parte I, Anno 1924.

Chiovenda, G. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Vol. III, 1 edición, 1940.

Chiovenda, G. Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid, Ed. Reus, 3 edición, Tomo II, Trad. José Casais y Santaló. 2000.

Damián Moreno, J. «Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N°2, Marzo-Abril, 2000.

De la Oliva Santos, A. «La demolición de la administración de justicia en la futura Constitución de 1978». Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3, 1978.

De la Oliva Santos, A. «Tres tópicos falsos sobre el Derecho y colofón para juristas». Disponible en: <http://www.ucm.es/info/derecho/departamentos/procesal/index.htm>.

De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I. Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2 edición. 2003.

De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J. Derecho Procesal. Introducción. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2 edición. 2002.

Denti, V. «Problemi di Riforma». Rivista di Diritto Procesuale, Anno XXV (II serie), N°3, Luglio-Settembre, 1979.

Díez-Picazo Giménez, I. «La reforma necesaria del proceso civil». Revista Tribunales de Justicia, N°2, Febrero, 1999.

Eisner, I. La intermediación en el proceso. Buenos Aires, Ed. Depalma. 1963.

Etxberría Guridi, J. «Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC», Revista La Ley, N°6, 2001.

Fairén Guillén, V. «El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites». Revista de Derecho Procesal, Año VII, N°2, 1951.

Fairén Guillén, V. «Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político». Revista de Derecho Procesal, N° 2-3, 1975.

Fairén Guillén, V. «Principios de oralidad, de escritura y de socialización del

proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil». Revista de Derecho Procesal, N° 4, 1981.

Fairén Guillén, V. Doctrina general del Derecho procesal: Hacia una teoría y Ley procesal generales. Barcelona, Ed. Bosch. 1990.

Fairén Guillén, V. El Tribunal de Aguas de Valencia y su proceso (Oralidad, concentración, rapidez, economía). Valencia, Caja de Ahorros de Valencia, 2 edición corregida y aumentada, 1988.

Gómez Martínez, C. «La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador», Revista Jueces para la Democracia, N°48, Noviembre, 2003.

González Montes, F. «La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000, de 7 de enero», Revista Tribunales de Justicia, N°10, Octubre, 2000.

Guasp, J.; Aragonese Alonso, P. Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios. Madrid, Ed. Civitas, Tomo I, 6 edición. 2003.

Gutiérrez-Alviz Conradi, F. «Del ordo iudiciarius a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Revista Justicia, N° I-II, 1998.

Lorca Navarrete, A. «El ámbito subjetivo de la fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, t. XII, Enero, N°1, 2000.

Montero Aroca, J. «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad». Revista de Derecho Procesal, N° 1-3, 2001.

Montero Aroca, J. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

Montero Aroca, J.; Flors Maties, J. Tratado de Juicio Verbal. Navarra, Ed. Aranzadi, 2 edición. 2004.

Montero Aroca, J.; y otros. Derecho jurisdiccional I. Parte general. Barcelona, Ed. Bosch. 1994.

Morón Palomino, M. Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales). Madrid, Ed. Marcial Pons. 1993.

Ortells Ramos, M.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R. Derecho Procesal.

Introducción. Valencia, Ed. Punto y Coma. 2000.

Picó i Junoy, J. «La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Revista La ley, N°7, 2001.

Prieto Castro, L. Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado. 1964.

Ramos Méndez, F. Derecho Procesal Civil. Barcelona, Ed. Bosch. 5 edición, 1992.

Ramos Méndez, F. El sistema procesal español. Barcelona, Ed. Bosch, 5 edición, 2000.

Serra Domínguez, M. «Liberalización y socialización del proceso civil» (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales). Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 2-3, 1972.

Varela Castro, L. «Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía». Revista Justicia, N°1, 1987.

Verger Grau, J. «La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio», Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, t. XV, Enero, N° 1, 2003.

Verger Grau, J. «Un interrogatorio cruzado y mágico», Revista Justicia, N°1, 2000.

Witker, J. La investigación jurídica. México D.F., Ed. McGraw-Hill, 1995.