

LA ORALIDAD Y ESCRITURA EN EL MODERNO PROCESO CIVIL ESPAÑOL Y SU INFLUENCIA SOBRE LA PRUEBA

JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (en vigor desde el 8 de enero de 2001), el proceso civil español de primer grado ha experimentado una indudable transformación, que debe considerarse un salto cualitativo, debido a la introducción de la oralidad. Podemos afirmar que se ha hecho realidad en la práctica del proceso civil español aquél *desideratum* de “un proceso con rostro humano”, que fue lema de un recordado Congreso Internacional.

No parece dudoso que la introducción efectiva del proceso oral (con intermediación judicial y publicidad) ha sido un gran paso adelante en la configuración del proceso civil español, en la línea de lo que todos los procesalistas, siguiendo a Chiovenda, habían venido reclamando insistentemente en la segunda mitad del Siglo XX.¹

El proceso civil tradicional, de base medieval romano-canónica, tipificado en el modelo del *solemnis ordo iudiciarius*, ha estado dominado por la escritura. Varios factores contribuyeron al predominio del proceso escrito, entre ellos el peso de la tradición jurídica; la superioridad de la escritura para ofrecer garantías de autenticidad de acuerdo con la advertencia *verba volant y scripta manent*, y sus indudables ventajas para la revisión de las resoluciones judiciales en un grado superior, sin olvidar otros factores. Cappelletti ha subrayado que en la disposiciones imponiendo el proceso escrito como superior al oral hay alusiones al peligro representado por los jueces “viles” si actuaban sin el control de la escritura². En el último siglo, al menos en algunos países (entre ellos España)

¹ GIMENO SENDRA, “Justicia 2007”, “Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Revista de Derecho Procesal, (número especial), Barcelona, Bosch, 2008, pp. 21; VAZQUEZ SOTELO, *Il nuovo codice di procedura civile spagnuolo*, “Annali del seminario giuridico”, Univ. Catania, VI. 6, Milano, 2006, pp. 311 y ss., esp. pág. 319.

² CAPPELLETTI, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 1973. En el relativo a la “Publicización, oralidad y socialización” del proceso civil sostiene el Autor (pág. 52) que la oralidad exige buenos jueces (“magnus iudex”) y trae a la cita como argumento que la famosa Decretal de Inocencio III (1216) imponiendo el triunfo de la escritura en el proceso romano-canónico hace referencia a la necesidad de garantizar que el juez solo pueda juzgar sobre la base de los escritos o “actas” del juicio, por la necesidad de proteger a los litigantes contra la iniquidad o la falsedad del juez deshonesto (“contra falsam assertionem iniqui iudicis”). Además de exigir buenos jueces el proceso oral exige mayor número de jueces, como se ha podido ver en España con

también ha sido muy decisiva la actitud de la judicatura y de la propia abogacía, más partidaria de la escritura que a la oralidad, por la mayor comodidad que supone la elaboración escrita de los trámites procesales (que es precisamente el argumento que hoy está detrás del retroceso sufrido por la oralidad en el segundo grado jurisdiccional y en los recursos extraordinarios, como diremos más adelante: cfr. núms. 9 y 10), por cuanto la escritura facilita la reflexión, la consulta de obras y de jurisprudencia y el trabajo en equipo y no obliga a improvisar, como exige la oralidad. Que esa resistencia llegó hasta nuestros días lo demuestra que el “Borrador” de la futura Ley hubo de ser modificado en este punto en virtud del Informe del Consejo General del Poder Judicial que censuró que no se implantase el proceso civil oral, tal como indicaba el artr. 120, 2, de la Ley Fundamental.

En efecto, en España, la introducción de la oralidad en el proceso civil se consideraba una necesidad que algún día habría que plantear, para dar cumplimiento a la disposición del art. 120, 2, de la Constitución, que muestra su preferencia indicando que el “procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal” (una norma cuyo desarrollo en las leyes procesales se fue aplazando al no ser de aplicación directa). El proceso penal en España es oral desde la promulgación de la LECrim. de 1.882 y el gran Ministro Alonso Martínez explica en el preámbulo las razones por las que ya entonces consideraba superior un enjuiciamiento oral frente al procedimiento escrito que se venía arrastrando desde hacía siglos. Si se ha tardado más de veinte años en introducir la oralidad en el proceso civil ha sido por las dificultades que comporta. Como dijo el Prof. mexicano Fix-Zamudio, en un seminario realizado en la Universidad de Barcelona cuando se preparaba el Anteproyecto de la LEC, “la oralidad no se implanta por decreto ni por ley”. Es necesario disponer una serie de medidas que están más allá de la ley para que la oralidad pueda convertirse en realidad, como disponer de las nuevas tecnologías de registro de la palabra y la imagen, disponer de salas preparadas para ese fin, e incluso contar con la “cultura de la oralidad” para la que, como queda anticipado, no siempre la judicatura ni la abogacía se muestran favorables.

La oralidad se ha introducido en el nuevo proceso civil configurándolo como un “proceso por audiencias”, mediante el empleo de las modernas tecnologías de registro y reproducción de la palabra y de la imagen en las sesiones judiciales (audiencia previa o preliminar, audiencia de prueba o “juicio”, audiencia sobre medidas cautelares).

Se acabaron las “posiciones” o afirmaciones sometidas por escrito para ser “absueltas” por la contraparte, ahora sustituidas por preguntas dentro del “interrogatorio de partes”. Se acabaron las “preguntas escritas” a los testigos y las “repreguntas” también escritas, ahora también sustituidas por el “interrogatorio de testigos” realizado por los abogados de las partes ante la presencia del Juez. Se acabaron las providencias judiciales declarando previamente la pertinencia o impertinencia de las preguntas que se pretendían formular, sustituidas por acuerdos en el momento del interrogatorio, tomados verbalmente por el juez o magistrado que preside la sesión.

Se acabó el proceso civil en el que el ciudadano demandante o demandado asistía a los actos judiciales de prueba o a otros trámites sin ver el rostro del Juez que iba a dirimir su caso. Era una petición recurrente que muchos ciudadanos formulaban a sus abogados: “oiga, quien es el juez que juzga mi caso”. A cuya pregunta el abogado tenía que contestarle, por ejemplo: “es un señor de mediana edad, que lleva aquí cinco años; es muy estudioso; Vd. no lo ve porque está en su despacho estudiando otros asuntos”...

Esta ha sido la gran transformación del proceso civil español de primera instancia, operada a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000.

Es necesario explicar que la introducción real de la oralidad en el proceso civil no se debe propiamente a las disposiciones del nuevo código procesal, que habrían vuelto a quedar en triste letra muerta en la práctica procesal. De acuerdo con la advertencia de Fix-Zamudio de que “la oralidad no se implanta por ley”, si la oralidad se introdujo realmente en el proceso civil español ha sido gracias a la implantación efectiva de las modernas tecnologías del registro y reproducción de los trámites procesales realizados verbalmente.

Disposiciones legales imponiendo la celebración de las vistas o audiencias y singularmente de los actos de prueba, bajo la presidencia del Juez, con asistencia del Secretario Judicial como documentador y bajo pena de nulidad de lo actuado y de responsabilidad disciplinaria por la infracción, ya existían en las leyes procesales y orgánicas anteriores a la LEC 2000 y estaban sancionadas con la misma energía que en la actualidad, solo que en la práctica no se cumplían. Durante todo el siglo XX, todos los operadores del proceso (Abogados, Procuradores, Secretarios judiciales y Jueces) conspiraban por razones de utilidad en falsificar aquella exigencia legal, de modo que las pruebas personales de confesión, testigos y peritos, se realizaban en la Secretaría y en sesiones frecuentemente presididas por el Oficial que tenía a su cargo el procedimiento, el cual se ausentaba para pasar al despacho del Magistrado para que le declarase previamente la pertinencia de las posiciones o de las preguntas formuladas. De cada sesión o de cada acto de prueba se levantaba un acta en la que se fingía la presencia judicial, que se suscribía por todos los que aparecían participando en el trámite.

La vieja LEC de 1881 contenía, en efecto, numerosos preceptos imponiendo el cumplimiento de tales exigencias procesales (art. 249, 313, 318, 321, 322, 330, 331, 332 y 334); arts. 570 y 573, para la prueba en general, y 583, 584 y 586, para la prueba de confesión en juicio; arts. 613 para la prueba pericial, art. 642, 647, 649 y 651, para la prueba de testigos. En esas y en otras disposiciones de la LEC derogada se hacía constante referencia a la presencia e intervención del Juez y a su protagonismo en los medios de prueba. Por lo tanto, la norma legal imponiendo la inmediación del Juez no solo no faltaba sino que se reiteraba en el texto de la ley.

En 1984, al promulgarse la extensa reforma de la LEC. mediante la Ley 34/1984, de 6 de agosto de 1984, el legislador volvió a proclamar la exigencia legal de que las pruebas fuesen producidas ante la presencia judicial y, específicamente, de que el nuevo trámite de la “comparecencia previa” que introducía en el juicio de menor cuantía se celebrase ante el Juez, con la asistencia del Secretario Judicial.

La Ley 34/1984, de 6 de Agosto (de “Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil”), con el deseo de favorecer una respuesta judicial más rápida, dispuso la generalización del “juicio de menor cuantía” como cauce del proceso declarativo para la mayoría de los objetos procesales, huyendo del juicio más solemne, el declarativo de “mayor cuantía”. A la vez, dentro del nuevo juicio de menor cuantía, introdujo la nueva institución de la “comparecencia previa”, a cuya regulación destinó los arts. 691-693 de la antigua LEC, a los que dio nueva redacción. Con tan importante novedad el legislador deseaba sustituir el método tradicional de las excepciones dilatorias (propio del proceso civil escrito) por el nuevo de la audiencia preliminar, propio del proceso oral. La comparecencia tenía que celebrarse ante la presencia del Juez, para poder asumir las funciones que suelen atribuirse a la “audiencia preliminar” de otras legislaciones, que exigen la presencia judicial para adoptar las resoluciones correspondientes³.

La nueva regulación legal de la comparecencia establecía que habría que citar a las partes y a sus representantes procesales y abogados, cuya presencia se exigía con el rigor de acordarse el sobreseimiento del proceso por la incomparecencia de las partes o de oír solo a la que se hallase presente (art. 691). Comparecidas las partes el Juez declaraba abierto el acto, procediendo a proponerles soluciones transaccionales que evitasen tener que proseguir el juicio (art. 692) y “de no lograrse el acuerdo”, la comparecencia proseguiría para las demás funciones atribuidas a dicho trámite (art. 693).

A pesar de tratarse de una institución nueva en la legislación procesal española, en la que el legislador ponía muchas esperanzas de una renovación de nuestro modelo de proceso declarativo, es necesario reconocer que en cuanto a la oralidad y a la intermediación judicial, la innovación constituyó un absoluto fracaso. Con la excepción de algunos Jueces que celebraban formalmente la comparecencia tal como disponía la ley (en términos similares a como ordena la LEC vigente para la primera audiencia) y que a veces obtenían resultados

³ Al hacer referencia en España a la audiencia previa o preliminar (o a su inmediato antecedente, la “comparecencia” de los arts. 691-692 LEC 1881) es de estricta justicia recordar que se trata de una institución cuyo introductor en la doctrina procesal española ha sido FAIREN, ya desde el “I Congreso de Derecho Procesal”, Madrid, 1950, con su informe “*El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites. Sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar*”, incluido en los *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 232 y ss. y en multitud de trabajos posteriores (cfr. “La comparecencia en el juicio de menor cuantía”, en los nuevos *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, 1984, t. II, pp. 307 y ss.). Es fundada la queja reiterada de FAIREN de que al elaborar la nueva LEC 2000 se han ocultado sistemáticamente sus aportaciones sobre la audiencia preliminar o sobre los procesos sumarios, en medio del auge y proliferación de lo que él llama “comentaritis” y “manualitis”, en los que siempre se prescinde de reconocer sus aportaciones fundamentales. Cfr. su extensa y reciente obra (muy documentada como es habitual en el autor) sobre la utilidad de los procesos cualitativamente sumarios en relación con la eficacia (limitada) de la cosa juzgada que ahora le niega la LEC, *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006. La edición va precedida del proverbio árabe que dice “Los chacales aúllan; la caravana sigue su camino”.

espectaculares en cuanto a la avenencia de las partes, en la gran mayoría de los Juzgados, por pura comodidad o rutina, los Abogados y los Jueces volvieron a conspirar para que sus celebración fuese un puro simulacro desarrollado ante el oficial de la Secretaria, reducido a firmar un acta impresa en la que se hacía constar que la comparecencia se había celebrado, que no se había podido alcanzar acuerdo entre las partes y, cuando no había defectos procesales que subsanar, se concluía concediendo a las partes un plazo de diez días para proponer por escrito las pruebas de las que intentasen valerse.

Después de la reforma de 1.984, todo continuó igual en orden a la oralidad y a la intermediación judicial. “Nada nuevo bajo el sol” en el procedimiento civil español, que continuó siendo escrito.

Se dijo entonces que por ser la comparecencia un trámite propio del proceso oral que se injertaba en un proceso que seguía siendo escrito, el trasplante tendría que resultar estéril y la novedad estaba condenada al fracaso. Y se dijo también que el fracaso de la comparecencia venía favorecido por la deficiente regulación legal en orden a la obligatoriedad de la celebración de la comparecencia incluso cuando no hubiese que realizar precisiones sobre el objeto del proceso y no hubiese defectos que sanar. Pero la realidad demostraba que, en algunas ciudades había Jueces de Primera Instancia que celebraban formalmente la comparecencia, en cuyos casos se podía observar la utilidad del nuevo trámite. La verdadera explicación estaba en la comodidad (la celebración de la comparecencia exigía que el Juez hubiese estudiado la demanda y la contestación y los demás escritos de alegaciones) y en la inercia de siglos de práctica del proceso civil escrito, cuyas actas seguían siendo escritas y formularias después de la Ley 34/1984.

Si la comodidad y la inercia del procedimiento escrito explicaban el fracaso de la nueva regulación, la experiencia de estos años ha demostrado que si la exigencia legal de la presencia directa del Juez se volvió a conculcar fue debido a que las actas del proceso seguían siendo escritas y no se disponía de los medios electrónicos de registro de la palabra y de la imagen que han acompañado a la LEC 2000 desde su entrada en vigor.

El Ministerio de Justicia, durante la “vacatio legis”, dispuso lo necesario para que las Salas de audiencia de los Juzgados contasen con los medios electrónicos modernos de registro, conservación y reproducción de la imagen y del sonido, para documentación de las actuaciones procesales.

Cuando se elaboraba la LEC y aún después de promulgada, entre los abogados, jueces y procesalistas españoles se expresó el temor de que las nuevas disposiciones sobre la oralidad y la intermediación judicial volverían a quedar en “papel mojado”. La realidad acumulada durante todo un siglo en la aplicación de la anterior LEC y la fallida experiencia de la Ley 34 de 1984 avalaban ese temor. Pero no ha sido así. En el Dvd que registra las sesiones tiene que verse al Magistrado que preside la sesión, al Secretario Judicial que le asiste y a los Representantes y Abogados de las partes. Si el Dvd acreditase que el Juez o el Secretario Judicial no están presente (su sillón no está ocupado), todo lo actuado en la sesión sería radicalmente nulo, con las correspondientes sanciones

disciplinarias. Tal hipótesis no se produce en la realidad porque la intermediación judicial y la oralidad se observan y guardan con todo rigor⁴.

El Secretario Judicial ahora se limita a certificar que se ha realizado el trámite correspondiente, el cual ha sido registrado en el soporte que documenta el acto bajo la fe judicial, como fiel reflejo de lo sucedido. El Dvd o el vídeo certificado por el Secretario Judicial es la verdadera “acta” que documenta la audiencia celebrada. El original (certificado) queda incorporado al proceso y una copia se facilita a cada parte a través de su representación procesal, en sustitución de la “copia” o de la “fotocopia” que se venía utilizando en las últimas décadas.

El nuevo método de documentación ha obligado a que cuando se interpone después algún recurso contra la sentencia o resolución judicial, los Abogados en vez de referirse a una hoja o página se refieren al minuto y segundos de la grabación (vg. se alega que “en el minuto 34” el testigo respondiendo a tal pregunta contestó....).

1. Oralidad, intermediación y publicidad.

Al introducirse en el actual proceso civil español de primera instancia la oralidad, se ha implantado también la exigencia de intermediación judicial (que según el clásico estudio de Calamandrei es su corolario⁵), con la necesaria presencia del Juez, del Secretario Judicial y de los defensores de las partes y de éstas mismas. Todos los personajes están hoy presentes en las audiencias del proceso civil español de primer grado, en su caso con los testigos y los peritos.

Con la oralidad y la intermediación se practica la concentración en un solo acto, frente a la dispersión propia de la escritura.

Y con la oralidad, la intermediación y la concentración, se observa la publicidad de las audiencias del procedimiento, garantizada por preceptos de la LEC y de la LOPJ, que se cumple en la práctica bien como publicidad *coram populo* (“audiencia pública”) o cuando menos como publicidad restringida para los representantes y letrados de las partes

A) Oralidad y escritura en el nuevo proceso civil español

Al afirmar que el nuevo proceso civil español es un proceso oral desarrollado por audiencias no se quiere decir que en el nuevo modelo procesal se haya prescindido por completo de la escritura.

⁴ También cuando hace años, cuando se experimentó en la Sala 20 de la Audiencia Territorial de Stuttgart el modelo de proceso oral antes de promulgarlo como reforma de la ZPO (el llamado “modelo de Stuttgart”), se resaltó la importancia que había tenido para su éxito la aplicación de las modernas tecnologías.

⁵ Entre las muchas páginas que CALAMANDREI dedicó a la oralidad, siguiendo las enseñanzas del gran CHIOVENDA, pueden recordarse ahora las escritas en *Proceso y democracia*, conferencias en México, traducidas por el joven H. FIX ZAMUDIO y editado por EJEJA, Buenos Aires, 1960. Son de especial utilidad las explicaciones de las causas por las que fracasó la oralidad en Italia. (pp. 167-169).

Por el contrario, la LEC no prescinde de la escritura sino que combina los dos principios para obtener los mejores resultados. Ya lo aconsejó así siempre la mejor doctrina y el buen sentido.

La demanda es escrita para todos los juicios (art. 399 para el “juicio ordinario” y art. 437 para el “juicio verbal”). Es también escrita la contestación y la reconvención (art. 405 y 406). La demanda de medidas cautelares es igualmente escrita (a no ser que se incorpore como petición accesoria en la demanda principal: art. 721, 1; 730, 1 y 732). Es también escrita la petición de “diligencias preliminares” (art. 256). Incluso los recursos de reposición (art. 452), de apelación (art. 457, 2 y 458, 1 y 2) y de casación (art. 479, 1 y 481, 1) se formalizan y fundamentan por escrito.

Pero los trámites fundamentales para el enjuiciamiento se desenvuelven verbalmente. En el juicio ordinario se celebra oralmente en una sesión concentrada la audiencia previa (art. 414-427), a la que sigue, de no truncarse el procedimiento mediante resolución de sobreseimiento, la audiencia de prueba (que la ley llama caprichosamente “juicio”: arts. 429, 431-433). En el juicio verbal a esos trámites corresponde la “vista”, en la que, después de la demanda escrita, las partes realizan alegaciones y proponen y se practica la prueba (art. 440, 443 y 444). Lo mismo procede decir, en general, respecto de los procesos especiales (vg. art. 770 y ss. para los procesos matrimoniales).

Para la segunda instancia y los recursos cfr. núms. 9 y 10.

La combinación entre la escritura y la oralidad es fructífera y siempre ha sido defendida en la doctrina y en la práctica.

B) Oralidad y celeridad de los juicios: el coste de la oralidad.

La introducción del proceso oral ha podido producir, especialmente en la práctica, la frustración de que el nuevo proceso civil sigue siendo tan lento como era el anterior, dominado por la escritura. La duración del actual juicio ordinario no suele ser mucho menor que la del viejo juicio declarativo de mayor o el de menor cuantía. La frustración proviene de la creencia errónea de que un proceso oral es más rápido que un proceso escrito.

Cuando se defiende que el procedimiento debe estar guiado por la oralidad no es (al menos prioritariamente) para obtener una resolución más rápida sino para lograr un proceso de más calidad, que responda a aquella exigencia de “justicia de rostro humano”. Aunque, evidentemente, el ideal es que se logren las dos finalidades de una justicia rápida y de calidad.

Las dilaciones en el procedimiento pueden producirse igual en un proceso oral que en un proceso escrito. Y con frecuencia, como se demostró ya hace muchos años en nuestra doctrina, en un estudio que puede considerarse clásico⁶, las dilaciones obedecen frecuentemente a causas ajenas a los principios que

⁶ Aludo al trabajo de GUASP sobre “*Dilaciones irregulares en el juicio de mayor cuantía*”, en el que comparó la duración de ese tipo de juicio según su diseño legal y las dilaciones que en la práctica se producían, que tenían muy poco que ver con el diseño legal y obedecían a causas distintas (con frecuencia orgánicas, vg. Juzgados que no contaban con Juez titular o que carecían de personal de la Secretaría).

puedan inspirar el procedimiento (vg. causas relativas a la organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales).

Es más: un proceso escrito puede ser incluso más expeditivo que un proceso oral. Precisamente es ese el principal argumento que está detrás de lo que se viene practicando en la segunda instancia y en los recursos extraordinarios a partir de la LEC 2000 (infra, núms.. 9-10)⁷ .

Un proceso oral por audiencias puede ser más lento que el proceso desarrollado mediante intercambio de escritos. La redacción de escritos supone un trabajo de despacho, que puede haber exigido muchas horas, pero su intercambio con los escritos de la contraparte es sumamente sencillo. En cambio, una audiencia o comparecencia exige la presencia simultánea de muchos profesionales: Juez, Secretario, Procuradores y Abogados y sus respectivos patrocinados, a veces testigos y peritos. La verbalidad u oralidad supone mayor dificultad para el trabajo de los abogados y de los jueces⁸. Si pese a ello se defiende el proceso oral es porque se espera alcanzar un resultado superior, de más calidad, que el que se obtendría mediante el procedimiento escrito.

C) Efectos colaterales de la oralidad.

La aplicación de la oralidad y de la inmediación en el proceso de primer grado (con la publicidad de las sesiones), ha producido otros efectos colaterales que conviene destacar.

a) El método procesal de las audiencias orales obliga a los profesionales a trabajar de otro modo. Es ese uno de los principales desafíos de la oralidad.

La actuación en las audiencias exige conocer a fondo el proceso e ir convenientemente preparado para contestar a cualquier alegación que la contraparte pueda realizar, sin poder pedir aplazamientos o esperas para estudiar el problema.

La diferencia en la preparación técnica de los defensores de las partes puede ser patente. Aunque oralidad no es lo mismo que oratoria y no exige grandilocuencia, no siempre los profesionales disponen de buenas condiciones expositivas. Y como toda la actuación se desenvuelve a presencia de las partes (por lo tanto del propio cliente y de la contraparte), es inevitable que los litigantes puedan realizar valoraciones sobre la actuación de su propio abogado y lo comparen con el de la parte adversa, con las consecuencias profesionales, favorables o adversas, que se puedan derivar.

⁷ Hace tres años, con ocasión de un magnífico Congreso desarrollado en México DF, varios profesores fuimos requeridos para intervenir en un programa de Televisión organizado por “Canal Judicial”, en el que se involucraban dos cuestiones en sí distintas: un proceso más rápido y un proceso oral, que son también objetivos de las reformas de las leyes procesales en México. Insistimos allí en que el proceso oral se defiende por ser un modelo de debido proceso de calidad superior, pero no necesariamente porque sea más rápido que el proceso escrito. Esa realidad ha podido contrastarse en los años de aplicación de la LEC 2000: el actual proceso oral dura igual que el anterior proceso escrito.

⁸ Desde que se practica la oralidad en España diversas academias o centros de formación vienen ofreciendo cursos de expresión oral y de elocuencia forense.

b) La presencia del Juez o Magistrado en la primera audiencia (“audiencia previa” en la terminología de la LEC....) ha propiciado un incremento en las soluciones transaccionales mediante convenios procesales alcanzados en ese trámite, del cual constituye la primera de las finalidades.

c) El intercambio de fotocopias de documentos entre las partes, favorece la concesión de valor probatorio a las reproducciones de los documentos mediante fotocopias cuando no son impugnadas de contrario.

II. RETROCESO EN LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL DE SEGUNDO GRADO. CONSECUENCIAS

Sorprendentemente, la introducción efectiva de la oralidad en el proceso civil de primer grado contrasta con el retroceso producido en el juicio de segunda instancia que sigue al recurso de apelación. Y la sorpresa y el contraste es mayor si se tiene en cuenta que en España cuando el proceso de primer grado ha sido escrito el de segunda instancia era oral.

Tradicionalmente, el recurso de apelación, que abre la segunda instancia, se fundaba en el “gravámen” de la sentencia y se interponía mediante un sencillo escrito, limitado a anunciar el recurso y a solicitar que se remitiesen los autos del proceso al Tribunal de segundo grado, ante el cual, llegado el momento, en la correspondiente “vista”, se exponían los argumentos que fundaban el recurso. Y tan era así que los jueces que integraban el Tribunal de segunda instancia (las tradicionales Audiencias Territoriales o Cancillerías) recibían el nombre bien gráfico de “oidores”, porque su función consistía en oír las quejas o agravios que exponía contra la sentencia el que se alzaba contra ella (una función equivalente a la de los Jueces “desembargadores” de Portugal y de Brasil). En esos momentos de los informes en las vistas era, especialmente, donde los grandes Abogados adquirían fama y prestigio, sobre todo en una época en la que se valoraba la elocuencia (puede recordarse como no solo jóvenes abogados sino jóvenes periodistas iban a las salas de las Audiencias a oír a los grandes abogados).

La LEC 2000 (arts. 457 y 458) ha modificado el sistema que venía funcionando pacíficamente durante más de un siglo y ha llevado a la apelación la distinción entre “preparación” (anuncio del recurso) e “interposición” (formalización del recurso, articulando y fundando los motivos por los que se ataque la sentencia o resolución impugnada), una distinción que solo era propia del recurso de casación (al tener que fundarse el recurso en “motivos” legales, la formalización del recurso requiere tiempo, mientras que el anuncio o preparación puede hacerse en un plazo más breve, para que no quede pendiente largo tiempo la firmeza de la resolución). Además, la LEC 2000 establece ahora que la interposición del recurso se realice ante el propio Juzgado que pronunció la resolución impugnada (art. 458), el cual confiere traslado a la contraparte para que pueda impugnar el recurso (art. 461), procediendo después a elevar los autos del proceso al Tribunal de segundo grado (hoy, Audiencia Provincial) para que sustancie y resuelva la apelación. El nuevo sistema acumula más trabajo en los Juzgados después de la sentencia y descarga a las Audiencias y tiene el inconveniente de que no se argumenta con la misma libertad si los reproches a la resolución tienen que formularse en un escrito dirigido al propio Juez autor de la resolución que si las alegaciones pueden realizarse ante un órgano distinto y superior al que resolvió en la instancia anterior.

En cuanto a la celebración de la tradicional “vista” para oír a las partes sobre los fundamentos del recurso, a partir de la Reforma de 10 de abril de 1992 (Ley 30/1992), se fue iniciando una tendencia a suprimir o cuando menos a restringir la celebración de las vistas, vg. exigiendo que fuese solicitada por las partes recurrentes y recurridas o la opinión del Tribunal favorable a la utilidad de la celebración.

La regulación de la LEC 2000 ha mantenido el criterio restrictivo disponiendo en su art. 464, 2, “Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario”. La regulación legal solo considera inexcusable la celebración de vista cuando en segunda instancia se haya practicado prueba (a fin de someter sus resultados al necesario debate entre las partes). En los demás casos, que son la inmensa mayoría, la celebración de la vista se condiciona a la concurrencia de alguno de los dos supuestos que el precepto indica: que lo haya solicitado alguna de las partes o que el Tribunal la considere necesaria. Pero en el primer caso la celebración de la vista es potestativa para el Tribunal, el cual “podrá” celebrarla o no, según lo considere o no “necesario” (el precepto no dice “conveniente”).

La LEC 2000 no impide que se celebren vistas. Pero la redacción del art. 464, 2, ha dejado al criterio de las Secciones de las Audiencias conveniencia, la utilidad y aún la necesidad de proceder a su celebración. Y por los argumentos ya referidos los Tribunales responden a la petición de que se celebre vista (realizada por el recurrente y/o por el recurrido) negando su celebración “por no considerarla necesaria”. En los años de aplicación de la LEC este acuerdo ya es una fórmula de estilo en las resoluciones de las Audiencias al mandar formar el “rollo” del recurso, por lo que es sumamente infrecuente que se celebren vistas que el Tribunal no está obligado a conceder. Las partes, incluso actuando de consuno en este punto, no tienen un derecho procesal a que la vista se celebre. Por lo tanto, no pueden exigirla. La celebración de vista es una pura concesión que puede hacer la Sala de Segunda Instancia si así lo considera para mejor juzgar (vg. por la complejidad del los temas planteados en el recurso).

Por obra de esta disposición, se ha producido un flagrante retroceso en cuanto a la oralidad en la segunda instancia del proceso civil. Las Salas o Secciones de las Audiencias, en lugar de señalar una fecha para la celebración de la vista realizan un señalamiento distinto, “para votación y fallo” o “para deliberación y fallo” del recurso.

El hecho de que la fundamentación del recurso ya la reciba el Tribunal en el escrito de interposición formulado ante el Juzgado, junto con la contestación de la otra parte, contribuye a explicar que las Audiencias sean muy poco propicias para acordar la celebración de las tradicionales “vistas” o audiencias orales, que antes constituían el momento culminante del procedimiento de segundo grado. Como, por otra parte, muchos abogados lo que harían, si se celebrase vista, es volver a repetir lo que ya han expuesto por escrito, cabe argumentar que para los Magistrados la celebración de la vista carece de utilidad y es un trámite dilatorio y entorpecedor porque a su escasa utilidad entorpece el trabajo de los Magistrados, que podrían dedicar esas horas a estudiar y redactar sus sentencias. Incluso se añade que con el nuevo criterio ya no podrá suceder que los abogados muy competentes sorprendan en las vistas al adversario con una alegación jurídica a la que éste no estaba en condiciones de contestar.

En realidad, de todos los argumentos expuestos el verdaderamente importante es el del tiempo que la oralidad obliga a dedicar a los Magistrados del Tribunal de apelación, obligados a tener que dedicar muchas mañanas a oír los recursos y contrarrecursos de los litigantes expuestos en informes acaso mediocres con excesiva frecuencia. Un tiempo que es especialmente valioso en un momento en el que el mayor problema de los Tribunales es la sobrecarga de asuntos y el retraso con el que los despachan. En las pasadas décadas, en el Tribunal Supremo mientras en la Sala de lo Civil y en la de lo Penal se celebraban vistas de los recursos de casación, las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo (hoy refundidas en una sola pero con mayor número de Magistrados que las restantes) resolvían sin celebración de vistas, por lo que los Magistrados disponían de más tiempo para estudiar y resolver los asuntos (pese a ello ha sido siempre la Sala que arrastraba mayor retraso y sigue siendo la Administración del Estado la que más contribuye al colapso jurisdiccional).

Los argumentos indicados son solo una cara del problema que tiene también su cruz. Porque el precio que se paga por prescindir de la oralidad es muy alto.

De una parte, si los abogados dejan de “informar” se convierten en lo que he llamado en anterior ocasión una “Abogacía muda”. Intervenir en una comparecencia o “audiencia” ante el Juzgado de 1ª Instancia no equivale a informar. Si los abogados no se ejercitan en el arte de informar (aunque la oratoria forense haya cambiado en la segunda mitad del pasado siglo, haciéndose más técnica) parece evidente que la Abogacía pierde una de sus cualidades más preciadas⁹.

De otra parte –y esto es lo más preocupante-, cabe recordar aquella advertencia del gran Abogado Ossorio y Gallardo cuando en su celebrada obra defendía la oralidad alegando que “del Juez que no me oye no puedo tener la confianza de que me lea”. Argumento que refuerza el temor de que al prescindirse de la oralidad se rompa la colegialidad del órgano de segunda instancia o de recurso. Con frecuencia se oye la queja sobre la decisiva función que en los órganos colegiados tiene el Magistrado ponente, único que conoce de verdad los autos del proceso y a través de cuya opinión se informan los demás integrantes del colegio judicial. Es cierto que los “votos discrepantes” que, siguiendo las “opiniones discordantes” de la jurisprudencia anglo-norteamericana, se formulan, con alguna frecuencia, en los Tribunales españoles vendrían a desmentir aquél temor. Pero el peligro cierto de que se produzca la “ruptura de la colegialidad” del Tribunal es evidente y existen muchas anécdotas forenses que así lo acreditan (hay incluso confidencias de los propios Magistrados, admitiendo que, gracias a la celebración de vista, la exposición del Abogado le hizo pensar en un argumento que en otro caso habría pasado inadvertido).

1. Retroceso de la oralidad en los recursos extraordinarios

⁹ En el Tribunal Supremo de España y en las antiguas y gloriosas Audiencias Territoriales, hace décadas, era habitual que cuando en un recurso informaban grandes Abogados entre el público asistente estaban jóvenes abogados que deseaban aprender y también jóvenes que se preparaban para ser periodistas o escritores.

Un retroceso equivalente se ha producido en el recurso extraordinario de casación. Uno de los planteamientos más erróneos de la LEC 2000 es el realizado en sede del recurso extraordinario de casación. Después de la Ley 34/1984 España ha contado con el recurso de casación más eficiente del mundo, que permitía incluso el control de la prueba documental en ciertos casos. El retraso de la Sala debido a la acumulación de recursos obligó al legislador, a partir de 1.992 (Ley 10/1992, de 30 de abril) a limitar las vías del recurso. Con la LEC 2000 se socavaron los cimientos mismos de la casación utilizando criterios arbitrarios, sin precedente alguno ni posible homologación en la legislación comparada. El recurso de casación que (como explicó Calamandrei fue producto de la fusión de la impugnación de la sentencia por vicios de forma (la *querella nullitatis*) con la impugnación por su injusticia, fue disociado artificialmente en dos recursos: uno, denominado “extraordinario por infracción procesal” y otro propiamente “de casación” (arts. 469 y 477). Y no contentos con tal disociación del recurso atribuyeron el primero al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y el segundo al Tribunal Supremo (arts. 468 y 478), creando graves dificultades sobre la preferencia de uno u otro recurso cuando se deseaban interponer los dos, que suele ser lo más frecuente (art. 478).

Esta innovación de la LEC fue muy mal recibida por la doctrina (salvo la de los autores que participaron en la elaboración del Anteproyecto). Finalmente, esta innovación de la LEC no pudo entrar en vigor, porque el Proyecto de la LEC no contó en el Parlamento con la mayoría necesaria para que pudiese ser aprobada como “Ley Orgánica” (incluso grupos políticos que sostenían al Gobierno del Partido que preparó la ley se abstuvieron en la votación), por lo que no podían tomarse en consideración aquéllas regulaciones de la nueva LEC que alterasen las competencias del Tribunal Supremo y las de los demás órganos jurisdiccionales (establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial LO 6/1985). La falta de “quórum” en el Congreso para promulgar la LEC como Ley Orgánica obligó en el trámite ante el Senado a añadir una farragosa y confusa (calificativos de una Sentencia de la Sala 1ª del TS) “Disposición Final Decimosexta”, sobre “régimen transitorio de los recursos extraordinarios” en tanto en cuanto no pudiesen entrar en vigor las previsiones de la LEC. Las cuales ya nunca van a entrar en vigor porque en estos momentos está muy adelantado un nuevo Proyecto regulando una nueva casación.

En lo que ahora interesa, en punto a la oralidad la LEC sigue los pasos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de modo que prácticamente ya no se celebran vistas de los recursos ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sala Primera). La Sala señala un día para deliberación, votación y fallo y lo notifica a las partes.

Para el recurso extraordinario por infracción procesal el art. 475, 2, reproduce el mismo criterio ya afirmado para la segunda instancia: admite la celebración de vista si en el recurso se ha practicado alguna prueba o si la Sala considera oportuna su celebración.

Para el recurso de casación, el artículo 486 contempla una “eventual vista”, permitiendo a la Sala que decida, según lo que considere más conveniente, la celebración de “vista” o el señalamiento directo para “votación y fallo” del recurso.

En la práctica, es inusual que se celebren vistas de los recursos ante la Sala Primera (de Derecho Civil) del Tribunal Supremo, fallándose directamente los recursos previa deliberación y votación por los Magistrados.

En el Tribunal Constitucional, su Ley Orgánica no prohíbe que se celebren vistas de las demandas de amparo. Pero por las razones a las cuales se ha hecho referencia, su celebración resulta impensable.

A) La prueba entre la escritura y la oralidad en el anterior proceso escrito y en el nuevo proceso oral de la legislación española

a) El procedimiento de la prueba se integra por los siguientes momentos, etapas o “tiempos”: 1) petición de prueba; 2) recibimiento del proceso a prueba; 3) proposición de prueba; 4) admisión de la prueba; 5) práctica de la prueba; 6) valoración de la prueba.

La petición genérica de prueba se limita a solicitar que en un determinado proceso exista prueba. Cada una de las partes tiene el deber jurídico (carga) de formular la petición genérica de que haya prueba, porque, con frecuencia, las legislaciones no establecen que el Juez reciba a prueba el juicio cuando lo considere necesario aún cuando no medie petición de parte.

El recibimiento a prueba, corresponde al Juez del proceso y es un acuerdo o resolución disponiendo que en un determinado juicio se practique prueba.

La proposición de prueba corresponde a cada una de las partes y es una petición formal en la que, partiendo de que el proceso ha sido recibido al trámite de prueba, se concretan los medios de prueba que se desean utilizar.

La admisión de la prueba (en su caso, su inadmisión) corresponde al Juez del proceso y es una resolución por la cual el Juez resuelve si admite o rechaza los concretos medios de prueba que cada parte desea utilizar. En caso de admisión el Juez debe ordenar o realizar las citaciones, requerimientos y comparencias necesarias para que las partes puedan producir la prueba que han propuesto.

La práctica de la prueba consiste en recibir las pruebas, documentando sus resultados. Es también un momento que corresponde al Juez, porque es él el destinatario de la prueba. Pero es respecto a este momento donde se muestra la gran diferencia entre un proceso acoplado al principio de la escritura o al de la oralidad, sobre todo por lo que afecta a la percepción directa e inmediata del Juez del proceso, algo que es fundamental para que pueda después realizarse una correcta valoración de los resultados probatorios.

La valoración de la prueba, que es siempre una función intransferible del Juez, es el último de los momentos o etapas de la prueba, que se realiza en el momento de decidir y que se explica o motiva en la fundamentación jurídica o motivación de la sentencia.

b) En el tradicional proceso escrito la petición de prueba se realizaba en los escritos de alegaciones iniciales (demanda, contestación, reconvencción, contestación), generalmente en la Súplica del escrito de demanda o por medio de una petición accesoria (Otrosí) añadido a la petición principal de la Súplica.

El recibimiento a prueba lo acordaba el Juez con excesiva sujeción a que las partes lo hubiesen solicitado (extremo que fue censurado por la mejor doctrina,

que defendió siempre la conveniencia de que el Juez pudiese disponer de iniciativas por su propio oficio).

La proposición concreta de los medios de prueba se realizaba dentro del plazo legal concedido por la providencia judicial, común para las dos partes.

Se formaban ramos o piezas separadas de prueba para cada una de las partes, actuando la pieza correspondiente a cada parte en la pieza respectiva.

La admisión de la prueba era realizada por el Juez siguiendo criterios de estricta legalidad, adoptando los acuerdos o disposiciones necesarias para proceder a su práctica (vg. realizando los señalamientos correspondientes).

En sucesivas diligencias, documentadas por medio de las correspondientes actas, se iba ejecutando la prueba admitida propuesta por cada una de las partes.

Cuando se concluía con la práctica de la prueba se disponía que se uniesen a los autos y se pusieran de manifiesto a las partes para preparar el trámite de alegaciones finales con el “resumen de pruebas”.

c) En el nuevo proceso por audiencias, la oralidad ha afectado a todas las pruebas, porque frente a la anterior dispersión en múltiples actos de prueba, propia del procedimiento escrito, ahora las pruebas se practican en audiencias o sesiones públicas y concentradas, bajo la dirección del Juez, la presencia del Secretario Judicial, la de los representantes de las partes y la intervención de sus Abogados. Y todo cuanto ocurra lo registra con toda fidelidad el soporte Dvd o vídeo, acreditando el Secretario el día y hora de la celebración y su correspondencia al proceso de que se trata.

d) En la recepción de la prueba (práctica de prueba) es donde se producen profundas diferencias entre un proceso escrito y un proceso oral (especialmente en cuanto a las pruebas personales). Las diferencias se han podido observar en la práctica forense española que siguió a la aplicación de la LEC 2000, en su comparación con la que se observaba hasta entonces.

La oralidad ha afectado de modo especial a dos pruebas personales, la de interrogatorio de las partes y la de testigos, porque es respecto de estas pruebas donde se muestra la superioridad del método oral.

1. Las diferencias son mínimas en cuanto a la prueba documental. En el multiseccular proceso escrito, los documentos se acompañaban con los escritos de alegaciones iniciales, salvo que se tratase de documentos de fecha posterior, o anteriores pero descubiertos después de la demanda o retenidos en poder de la otra parte, que hubiese impedido su presentación en el momento oportuno. Igual sigue sucediendo con el proceso oral, si bien el intercambio de las fotocopias de los documentos al finalizar la audiencia previa ha hecho que se reconozca autenticidad a las fotocopias cuando no son impugnadas.

2. Existen grandes diferencias en cuanto a la prueba pericial. Pero no proceden de la oralidad o de la escritura sino de las innovaciones introducidas por la LEC 2000 respecto de la regulación anterior de esa prueba (novedades que generalmente hay sido muy censuradas).

3. Apenas existen diferencias en cuanto a la prueba de reconocimiento judicial.

4. Las diferencias son, en cambio, muy considerables respecto de las pruebas personales. Tanto la antigua confesión judicial de los litigantes como el interrogatorio de testigos han sufrido grandes cambios, como se expone a continuación:

e) En el *proceso escrito* anterior a la LEC 2000:

1) La “confesión en juicio” de cada parte podía ser solicitada por la parte contraria (art. 579), bajo juramento indecisorio (art. 580: el juramento decisorio había caído en total desuso) y consistía en contestar (“absolver”) las “posiciones” formuladas por escrito, con claridad y precisión, en sentido afirmativo (estableciendo o dando algo por sentado un determinado hecho: “pono”) y concretadas a lo que fuese objeto del debate, repeliendo el Juez las preguntas si no reunían tales requisitos (art. 581). El interrogatorio se realizaba mediante cuestiones formuladas como afirmaciones de la parte que solicitaba la prueba (“posiciones”) para que pudiesen ser aceptadas o negadas por el litigante que rendía la confesión y se formulaba sin entregar copia a la otra parte (sin perjuicio de que para garantizar el secreto de las posiciones podía presentarse en pliego cerrado, que conservaría el Juez en su poder sin abrirlo hasta el momento de dar comienzo la prueba y de declarar la pertinencia de las posiciones (art. 582). El litigante o “confesante” tenía la carga de comparecer el día y hora señalado y de responder por sí mismo las posiciones, de palabra, a presencia de la otra parte y de su Letrado, sin poder valerse de borrador de respuestas, aunque permitiéndole contestar en el acto simples notas o apuntes para poder precisar la respuesta (art. 585). Las contestaciones deberían ser afirmativas (“es cierto”) o negativas (“no es cierto”), pudiendo agregar (brevemente) las explicaciones pertinentes para justificar su respuesta (art. 586). La negativa a declarar o las respuestas evasivas producían la advertencia del Juez de que podría acudir a la *ficta confesio* en la sentencia que pronunciase, teniendo a la parte por confesa en cuanto al hecho objeto de la posición que se había negado o eludido contestar (art. 586). Las posiciones deberían referirse a hechos propios del confesante. Si alguna posición versaba sobre hechos que no sean personales del confesante, éste podría lícitamente negarse a contestar (art. 587), si bien en este caso podría admitirse que la posición fuese contestada por un tercero que conociera personalmente los hechos por haber intervenido en ellos, siempre que el litigante aceptase la responsabilidad de tal declaración (art. 587).

La habilidad de los Abogados (cumpliendo siempre las exigencias legales) consistía en someter cuestiones (“posiciones”) que pudiesen confundir al confesante, de modo que pudiese reconocer hechos que le perjudicaban (vg. con afirmaciones que solo fuesen en parte verdad).

La prueba, mayoritariamente, tenía escasa utilidad, porque era casi rutinario que los confesantes negaban, desconocían o no recordaban los hechos afirmados por la contraria.

2) La prueba de testigos se proponía por cada una de las partes. Exigía presentar un “pliego” o documento con la “lista de testigos” y otro con el “interrogatorio de preguntas” que se deseaban formular, acotando las preguntas que se deseaban formular a cada testigo de la lista. Esos interrogatorios (a diferencia de los de la prueba de confesión) se presentaban en pliego abierto, con copia para la otra parte, la cual al recibir las preguntas completaba el

interrogatorio formulando a su vez un “pliego de repreguntas”, (contrainterrogatorio) para completar la exploración del testigo.

Las preguntas tenían que formularse por escrito, con claridad y precisión, numeradas correlativamente, y concretándose a los hechos objeto del debate (art. 638), pero, a diferencia de las “posiciones”, no tenían que ser formuladas como cuestiones afirmadas por la parte solicitante de la prueba. No obstante, las preguntas solían empezar con la expresión “Diga ser cierto” o “Diga como es cierto”. Las repreguntas de la contraparte (art. 641) solían comenzar con la expresión “Diga como es también cierto” o “Diga como es más cierto” a la que seguía la cuestión que se deseaba fuese reconocida por el testigo y con la cual se esperaba neutralizar lo que hubiese reconocido al contestar la pregunta. Lógicamente, las repreguntas tenían que referirse a los hechos que previamente habían sido objeto de la pregunta. El pliego de preguntas se presentaba con copia para la contraparte. En cambio, el pliego de repreguntas solo se presentaba en el momento en que se iba a practicar el interrogatorio, para que los testigos de la contraparte no conociesen de antemano el contenido de las repreguntas. Previamente a la prueba el Juez debía declarar la pertinencia de las preguntas y en el momento del interrogatorio tenía que acordar la pertinencia de las repreguntas (art. 649). El testigo debía responder por sí mismo, de palabra, sin valerse de borrador de respuestas, pudiendo pedir al Juez permiso para consultar libros o papeles para constatar un dato que necesite para contestar (art. 650). En cada una de las contestaciones el testigo debía expresar la “razón de ciencia” de su saber (art. 649).

Los testigos declaraban separada y sucesivamente entre sí y el resultado de su interrogatorio se documentaba en la correspondiente acta, que era leída y después firmada por el testigo con el Juez, el Secretario y los representantes y defensores de las partes (arts. 651 y 652).

El “acta” que documentaba en el proceso el resultado de la confesión o de cada interrogatorio de testigos no podía ilustrar sobre las circunstancias subjetivas de cada declarante vg. la firmeza, la claridad y la precisión de sus respuestas o las dudas o vacilaciones. Tales circunstancias podían ser recordadas por el Juez que hubiese presidido la prueba y podían contribuir a su valoración. Pero los defensores de las partes, al preparar sus escritos de conclusiones con los resultados probatorios alcanzados (arts. 667 y 670) no podían hacer referencia a esos importantes aspectos subjetivos y a veces pretendían salvar las deficiencias del sistema recordando en su escrito vg. que la parte o el testigo había respondido con firmeza y precisión o que se había mostrado vacilante al responder y que había acabado diciendo lo que reflejaba el acta después de expresar dudas (“no se”, “no me acuerdo”, “tengo dudas”, para concluir optando por la respuesta que se había hecho constar en el acta). Y si el Juez que dictase la sentencia no era la misma persona del Juez que había presidido los actos de prueba (lo que podía suceder) tampoco podía tener de los resultados probatorios otra visión que la facilitada por la correspondiente acta, “vox mortua” de lo sucedido. Otro tanto los Jueces de los Tribunales superiores que conocían del proceso en vía de recurso.

f) En el *proceso por audiencias orales*, a partir de la aplicación de la LEC 2000, se han producido cambios sustanciales en cuanto a la prueba. La práctica de la prueba es ahora mucho más ágil. Gracias a la utilización de las modernas técnicas de grabación y reproducción del sonido y de la imagen los resultados de

las pruebas cuentan con una documentación que permite “revivir” todos los aspectos que quedaban ocultos en las tradicionales actas escritas.

La proposición de prueba se realiza al final de la audiencia previa, cuando el proceso deba proseguir por no haberse alcanzado la avenencia entre las partes y después de agotadas las demás finalidades que la ley atribuye a dicho trámite (art. 429, 1)¹⁰¹¹.

Los diversos medios de prueba se articulan en el escrito correspondiente, en el que se harán constar “con separación”, haciéndose constar los domicilios o residencia de las personas que deban ser citadas (art. 284). Pero ya no hay que adelantar los interrogatorios que se formularán a los testigos y tampoco las preguntas que se desean hacer a los litigantes.

Las pruebas se practican en vista pública y contradictoria entre las partes (art. 289, 1) y “será inexcusable la presencia judicial” en los interrogatorios de partes y testigos, en el reconocimiento judicial de personas, lugares o cosas, en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes, así como en la explicación de los dictámenes periciales (art. 289, 2). Si las pruebas no se practican en la sede del Juzgado (vg. interrogatorios domiciliarios, reconocimientos de cosas o personas) se observará una “publicidad y documentación” similares (art. 289).

La LEC 2000 admite como medios de prueba típicos los clásicos: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos (art. 299, 1). Pero también admite expresamente como prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos que permitan archivar y reproducir datos, cifras u operaciones matemáticas o contables (art. 299, 2) así como “cualquier otro medio no expresamente previsto” que permita obtener certeza sobre hechos relevantes en el proceso (art. 299, 3).

En el “juicio ordinario” (el juicio tipo de la nueva LEC) la segunda sesión o audiencia se destina precisamente a practicar las pruebas propuestas por las partes y a que las partes formulen las conclusiones sobre las pruebas practicadas (art. 431). Esta audiencia o “juicio” comienza practicando las pruebas admitidas (art. 433, 1) y concluye con la formulación por los defensores de las partes de sus

¹⁰ Esta disposición, para la aceleración del procedimiento, obliga a los Abogados a llevar bien preparada la audiencia previa para todas las salidas que eventualmente se puedan producir dentro de las diversas funciones que corresponden a dicho trámite. Si se alcanza una solución por avenencia el trabajo de proposición de prueba habrá sido en vano, pero es inevitable. El sistema de la LEC anterior a partir de la Reforma de 1984 era más cómodo para los Abogados: solo si no se alcanzaba la avenencia y el proceso debía continuar se concluía la comparecencia y se concedían ocho días a las partes para que sus defensores pudieran presentar sus escritos proponiendo los medios de prueba (art.

¹¹ Esta “audiencia de prueba” (la segunda de las audiencias típicas del juicio declarativo ordinario) recibe en la LEC el nombre inadecuado de “juicio”, término que en el vocabulario procesal español siempre se ha utilizado como equivalente a proceso, para designar todo el fenómeno del litigio en primer grado y no la concreta fase de prueba (la LEC, equivalente al Código del proceso civil, se llama Ley de “enjuiciamiento” o ley de los juicios civiles). No es el único ejemplo de terminología caprichosa de la LEC 2000.

conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre las pruebas practicadas (art. 433, 2), quedando a partir de entonces los autos del proceso conclusos para pronunciar sentencia (art. 434).

1) La “confesión” de las partes ha sido sustituida por el “interrogatorio de partes” (art. 301-316).

Las antiguas posiciones actualmente son “preguntas” que se formularán oralmente, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, que se tendrán por no realizadas. El Juez decide sobre la procedencia de las preguntas en el mismo momento del interrogatorio (art. 302). La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de borrador de respuestas, aunque se le permitirá consultar en el acto documentos, notas o apuntes cuando sean convenientes para auxiliar la memoria (art. 305, 1). Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas o, al menos, precisas y concretas, pudiendo agregarse las explicaciones convenientes (art. 305, 2). Los Abogados de las demás partes y el de la propia parte interrogada podrán formular a su vez nuevas preguntas y el Juez podrá también interrogar para pedir al declarante aclaraciones o adiciones a sus respuestas (art. 306, 1).

La incomparecencia de la parte puede permitir al Juez considerar como reconocidos los hechos en los que la parte haya intervenido personalmente (art. 304) y la negativa a responder (salvo si concurre un deber legal de guardar secreto) o las respuestas evasivas, después del correspondiente apercibimiento, permiten al Juez considerar reconocidos los hechos a los que se refiere la respuesta negada o evasiva (art. 307).

2) El “interrogatorio de testigos” ha recibido una nueva regulación para adaptarlo al proceso oral (arts. 360-381).

La prueba se propone junto con las demás, indicando la identidad de los testigos (nombre, apellidos, profesión, domicilio o residencia): arts. 360 y 362.

Los testigos declararán separada y sucesivamente, sin que se comuniquen entre sí, no pudiendo asistir a las declaraciones de otros testigos: art. 366. Su declaración es se hacen bajo juramento o promesa de decir verdad y con la advertencia del posible delito de falso testimonio (art. 365).

Después de ser interrogados por las llamadas “circunstancias generales de la ley”, relativas a su imparcialidad (si es familiar, socio, dependiente, amigo íntimo o enemigo manifiesto de la parte que lo presenta, etc.: art. 367).

Las preguntas al testigo se formularán oralmente, deberán ser en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones que no deben ser autorizadas por el Juez pero que en todo caso se tendrán por no puestas (art. 368).

En el mismo momento del interrogatorio el Juez admite las preguntas formuladas correctamente y prohíbe las que no se ajusten a las exigencias legales (art. 368, 2). En ese mismo acto del interrogatorio, los defensores de las partes que no hayan propuesto al testigo podrán impugnar las preguntas indebidamente admitidas y señalar las valoraciones y calificaciones improcedentes. Además la parte podrá pedir que conste en el acta su protesta a los efectos del ulterior recurso (art. 369).

La LEC da entrada a la figura híbrida del “testigo-perito” (art. 370), regula los supuestos en que el declarante tenga un deber de guardar secreto sobre los hechos por los que se le pregunte (art. 371), regula la intervención del Juez y de las partes en el interrogatorio (art. 372) y la posible confrontación o careo entre los testigos entre sí o con las partes (art. 373), así como la indemnización que los testigos deben percibir (art. 375), las “tachas” que pueden hacerse a los testigos en los que concurra alguna causa legal (art. 377-380), el interrogatorio sobre hechos que consten en “informes escritos” (art. 380) y el de las personas jurídicas o entidades públicas (art. 381).

g) Oralidad y valoración de las pruebas.

1. La oralidad se demuestra superior a la escritura en el momento de la valoración de las pruebas personales.

En un estudio clásico subrayó Chiovenda como el proceso oral tiene que ir unido a la libre convicción judicial y como la oralidad pierde su significación y su utilidad en un sistema de prueba legal en el que el Juez es solo un computador aritmético de las pruebas practicadas, para saber si se ha llegado a establecer la “verdad legal” (tres testigos coincidentes hacen prueba plena; el testimonio de una persona adulta cuenta más que el de un joven o el de un aristócrata valía por el de tres personas vulgares o el del hombre más que el de la mujer, etc.)¹².

El Juez va ponderando el resultado de los distintos medios de prueba a medida que se procede a su práctica y en el momento culminante de la sentencia realiza el juicio de conjunto. Pero puede suceder que debido a cualquier incidencia el momento en que las pruebas se han practicado quede a distancia del momento en que se ha de pronunciar la sentencia, en cuyo caso, si el Juez tiene que recordar los resultados probatorios no es igual disponer de un grabación exacta de la imagen y del sonido que le permitirá “revivir” aquella sesión de prueba que tener que “leer” en las actas escritas lo que allí se dice que dijo el testigo o lo que declaró la parte. El Dvd permite reproducir la *viva vox* del testigo o de la parte mientras que el documento es solo la *vox mortua* que acredita lo que respondieron los declarantes pero sin poder reflejar los matices a veces tan importantes para dar o negar crédito a lo que se dijo (vg. la seguridad o las dudas con las que se hicieron las manifestaciones).¹³

2) La oralidad se muestra muy superior a la escritura cuando es necesario someter la valoración de la prueba al control de una *prioris instantiae*. La reproducción del Dvd permite a los Magistrados de apelación revivir la sesión

¹² CHIOVENDA, G., “Romanismo y germanismo en el proceso civil”, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires t. I, 1949, pp. 301-346 y CHIOVENDA, G., “La idea romana en el proceso civil moderno”, *Ensayos*, cit., pp. 363-366.

¹³ En la bibliografía moderna sobre la oralidad en general, en la doctrina y en la jurisprudencia, no puede olvidarse el importante volumen de la Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoli, núm. 2005-1, titulado *Prueba*, con contribuciones de MORELLO, ARAZI, BERIZONCE, PEYRANO, KAMINKER, KIELMANOVICH, LEDESMA, ACOSTA, entre otros

probatoria, apreciando las declaraciones con todos sus matices, como si hubiesen presenciado los interrogatorios.¹⁴

¹⁴ Al limitarse la exposición que antecede a confrontar la escritura con la oralidad en el proceso civil español prescindimos de la reciente jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre que, solo para el proceso penal y en razón al derecho al recurso que se reconoce al acusado en el Convenio Europeo de 1950, si el Tribunal de primer grado absolvió fundándose en las pruebas personales recibidas en el juicio ante su presencia, el Tribunal de Apelación no puede revocar la sentencia valorando de otro modo esas pruebas, a no ser que acuerde reproducirlas y practicarlas de nuevo en el juicio de segundo grado (lo que ya ha sido motivo de comprensible polémica al vaciar en buena parte de contenido la segunda instancia en el proceso penal).