

ALEMANIA
ORALIDAD Y PRUEBA EN ALEMANIA, INFORME NACIONAL
ÁLVARO PÉREZ-RAGONE

Profesor de Derecho Procesal Civil. Abogado. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

I. INTRODUCCIÓN

Desde el primer tercio del siglo XIX comienza la discusión en Alemania sobre la introducción de la oralidad. Como copia del modelo francés, es decir con escritos preparatorios y audiencia oral se proyecta el ordenamiento procesal civil¹. Las ventajas del proceso oral predominaron sobre el proceso escrito en las consideraciones para su incorporación en el código de 1877². La oralidad fue considerada central no solo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además desde lo interno para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba para el logro de una sentencia lo más legitimada posible. El juez debía apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación³. La reforma de simplificación del proceso del año 1976 reforzó aun más el funcionamiento del proceso oral⁴. La oralidad cruza transversalmente el proceso contencioso para el dictado de la sentencia en directa relación con la inmediatez y la publicidad⁵. No puede decirse que el Código Procesal Civil Alemán (ZPO) alemán regule un proceso plenamente estricto u oral, sino más bien de acuerdo al caso y al procedimiento, combina ambas alternativas⁶. La oralidad y el principio de escritura moldean la dinámica externa del proceso para determinar la comunicación de los sujetos procesales tiene directa vinculación con el derecho fundamental de tutela jurisdiccional y el derecho

¹ Esto pretendía dejar atrás la excesiva escrituración italiano-canónica conservada desde el período de nueva recepción medieval y al inicio de la edad moderna. Ver baur, f., *Wege Zu Einer Konzentration der mündliche Verhandlung*, Berlin, 1966, passim; rosenberg, l., schwab, k. h., gottwald, p., *Zivilprozessrecht*, Múnich, 2004, § 80, I; Murray, P., Stürmer, R., *German Civil Justice*, Durham, North Carolina, 2004. pp. 24-26.

² KIP, H.G.- VON HIPPEL, F., *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*, Colonia, 1952, pp. 5-30; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 80, III.

³ WACH, A., *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin 1914, pp. 5-24.

⁴ BENDER, R., “Das konzentrierte Verfahren mit dem Haupttermin (Stuttgarter Modell)“, in: BENDER, R. ET A., *Das Verfahren nach der Vereinfachungs-Novelle und vor dem Familiengericht*, Múnich, 1977, pp. 2-25.

⁵ GOTTWALD, P. , “Simplified Civil Procedure in West Germany” , *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, No. 4 (Autumn, 1983), pp. 687-701; LANGBEIN, J., “The German Advantage in Civil Procedure”, *52 U. Chi. L. Rev.* (Chicago University Law Review), p. 823

⁶ KIP, H.G., *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*, Colonia, 1952, passim.

de audiencia o a ser oído (art. 103 parr. 1 Ley Fundamental)⁷. Dentro del ZPO⁸ la audiencia oral es el instrumento más importante para garantizar el derecho a ser oído aún cuando ello también pueda ser alcanzado por la escrituración. La publicidad procesal es impracticable en un procedimiento escrito. Es de recordar, que la imposición del artículo 6 parte 1 de la CEDH señala que todos los hombres tienen derecho a que sus causas sean conocidas en una audiencia pública⁹. Mucho más aún la aplicación de este principio tiene un significado de practicidad para el logro eficiente del diálogo procesal: los interrogatorios y contra interrogatorios, la exposición de argumentos, el control de la actuación del tribunal como de las partes se efectúa en forma inmediata y viviente. Permite un mejor cumplimiento de los deberes judiciales de interrogación, de indicación y advertencia como el correlato de las cargas y deberes impuestos a los partícipes procesales sean partes o terceros para un logro adecuado del § 139 ZPO. Coadyuva a una mayor eficiencia preventiva y de ejercicio del deber de veracidad que tienen las partes y la necesidad del esclarecimiento de los hechos facilitando la búsqueda de la verdad adecuada para una debida fundamentación de la sentencia¹⁰. De esta forma es posible un completo detalle en relación a los hechos y a la controversia objeto del proceso cuando existe una audiencia oral pudiendo el tribunal ejercer en forma más eficiente la dirección no solo formal, sino también material del proceso¹¹. El principio de oralidad sumado a otros principios en especial al de inmediación y concentración tiene un gran número de ventajas comparativas para una eficiente tramitación procesal, como así también para un mayor sustento de la legitimidad y credibilidad que la sentencia¹².

En primer lugar se describirá el marco general del proceso por audiencias alemán con detalle de sus principios. Luego se trata el rol de los distintos sujetos

⁷ El Art. 103 Abs. 1 GG otorga a las partes de un proceso el derecho manifestarse en forma completa y plena antes indicado de una resolución, esto se vincula con la garantía del derecho de audiencia (BVerfGE 11, pp. 218, 220; 14, pp. 320, 323; 18, pp. 380, 383; 22, pp. 267, 273) que contiene el deber del tribunal de escuchar y contemplar las peticiones de los intervinientes para fundamentar su decisión (comp. BVerfGE 50, pp. 32, 35; 65, pp. 305, 307 y BVerfG, 2 BvR 779/04 del 19.10.2004, n. (1 - 40).

⁸ Se usa el género masculino para hacer referencia a „*Zivilprozessordnung*“ (Código Procesal Civil) ya que se toma una traducción no literal de “*Ordnung*” (femenino) sino como equiparable y dentro de la tradición codificadora continental-europea. Las transcripciones de párrafos traducidas al español se extrajeron de PEREZ RAGONE, A., ORTIZ PRADILLO, J. C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO), Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Montevideo-Berlin, 2006.

⁹ SCHWAB, K.-H., GOTTWALD, P., *Verfassung und Zivilprozess*, Bielefeld, 1984, pp. 2-15, 20-30; BENDA, E., WEBER, A., “Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht“, *ZZP* 96, p. 285 y ss.; con detalle de la doctrina no pacífica sobre el carácter en tanto principio constitucional de la oralidad ver LÜKE, G., *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung* (LÜKE, G.-WAX, P. ed), t. I, n°, Múnich, 2002, t. I, *Eileitung*, n°. 229-230.

¹⁰ LÜKE, *Münchener Kommentar*, t. I, *Eileitung*, n°. 231.

¹¹ ARENS, P., *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß*, Berlin, 1971, pp. 5-15; y ver la recensión de esta obra por WOLF, M., in *ZZP* 87, 98. 18; LÜKE, *Münchener Kommentar/ZPO*, t. I, n°. 232; LEIPOLD, D., “Zivilprozeßrecht und Ideologie“, *JZ* (Juristenzeitung) 1982, 441.

¹² LÜKE, *Münchener Kommentar*, t. I, n°. 234.

procesales en relación al aporte de la prueba. Una cuarta parte presta atención a las nuevas tecnologías y la oralidad en el proceso civil alemán. Finalmente se exponen las principales conclusiones.

II. EL MARCO DE LA ORALIDAD-PUBLICIDAD-INMEDIACIÓN

El Tribunal Federal Alemán estableció que el sentido y el objetivo del principio de la oralidad es obtener una impresión viva e inmediata del material controvertido a través de un procedimiento estructurado para lograr el intercambio de palabras de las partes, un inmediato esclarecimiento y el incentivo de preguntas e indicaciones del tribunal¹³. Solo así puede lograrse al máximo un marco para una adecuada resolución de la controversia. La oralidad implica un necesario contacto entre el tribunal que debe decidir, las peticiones y el material fáctico que aporten los sujetos intervinientes es el proceso¹⁴. Ello se logra a través del principio de inmediación procesal que impone la identidad del tribunal que conoció y presenció la discusión prueba de las partes, con el tribunal que decide pronunciando la sentencia definitiva. La discusión y argumentos de convencimiento probatorios deben ser comprensibles para las partes y terceros¹⁵. Ello es mejor garantizado por la audiencia oral. Como puede verse es troncal la relación oralidad-publicidad-inmediación.

1. ORALIDAD

La audiencia oral obligatoria es la regla para los actos procesales en un proceso contencioso. La noción de “audiencia oral” puede ser amplia o restringida. En sentido amplio comprende tanto los actos de postulación y petición de las partes, la rendición de prueba como así también el pronunciamiento de la sentencia. En sentido restringido se podría reducir a la actividad de decisión¹⁶ ya que contemplando distintos supuestos, en puridad la audiencia oral requeriría sólo la actividad de una de las partes las partes y del tribunal (el pronunciamiento de la sentencia)¹⁷. La audiencia oral es obligatoria cuando las partes tienen peticiones, alegaciones y pruebas para su fundamentación, necesitándose consecuentemente el diálogo con el tribunal para poder arribar a una decisión debidamente motivada¹⁸. Esa es la interpretación del § 128 I ZPO en tanto es imperativa la oralidad en el procedimiento contradictorio para el pronunciamiento de una sentencia definitiva.

¹³ HENCKEL, W., “Die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß aus kommunikationspsychologischer Sicht“ *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozeß)110 (1997), p. 91 y ss.

¹⁴ MURRAY, STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., pp. 184-186.

¹⁵ BGH *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 1997, p. 398 y en otra sentencia de 1999 en la misma revista, p. 1339

¹⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 81, I-II.

¹⁷ El principio de la oralidad rige para todas las audiencias: sean éstas de conciliación, (§ 278), sea la primera audiencia preparatoria de la principal y obviamente audiencia principal de recepción de prueba y pronunciamiento de la sentencia. La oralidad se mantiene aún en el supuesto de allanamiento, renuncia o rebeldía de una de las partes. Ver WALSMANN, G. K., “Schriftlichkeit und Mündlichkeit“, *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozess), 61, 381; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 80, I.

¹⁸ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 80, II y III.

A) El significado de la audiencia oral

El principio de la obligatoriedad de la audiencia oral implica que solo puede decidirse previa audiencia oral y sobre lo conocido en ella¹⁹. La vulneración al principio de oralidad puede fundar la apelación, el recurso de revisión (casación) y el recurso por vulneración al derecho de audiencia²⁰, siempre que no se haya renunciado a ello en audiencias orales posteriores § 295 ZPO²¹. Del § 128²² surge que: a) ninguna resolución puede pronunciarse sin previa audiencia oral, siendo ello aplicable a los casos donde deban dictarse sentencias definitivas y resoluciones impulsivas del proceso, las excepciones deben determinarse en forma expresa; b) sólo aquello que fue objeto de la audiencia oral puede servir de fundamentación para la resolución que se pronuncie. Las peticiones probatorias y las alegaciones de las partes efectuadas en audiencia oral deben ser consideradas aceptándolas o rechazándolas en la sentencia definitiva.

B) Principios que rigen la audiencia oral

La audiencia oral en su funcionamiento se rige por cuatro principios: la unidad, la eventualidad, la equivalencia y la concentración. El principio de unidad establece que cada parte puede hacer valer sus peticiones de acción, defensa, medios de prueba y excepciones hasta el cierre de la última sesión de la audiencia oral. Así se reconoce la posibilidad de alegaciones posteriores siempre que sean efectuadas antes de la clausura de la última audiencia²³. Del principio de unidad

¹⁹ CHÖNG-HU, O., *Der Prozessstoff der zweiten Instanz im Zivilprozess in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877*, Berlin, 2004, pp. 10-12.

²⁰ Comp. VOLLKOMMER, M., *Zivilprozessordnung* (ZÖLLER, R.), Colonia, 2007, §321a paras.2-18 (2005).

²¹ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 81, III, 1.

²² El § 128 establece: “ Principio de oralidad; procedimiento escrito. 1) Las partes tramitan el proceso en forma oral en el tribunal que tiene en él conocimiento. 2) El tribunal puede pronunciar una resolución sin audiencia oral con consentimiento de las partes, el que puede no obstante ser revocado por modificaciones esenciales del estado procesal...Una resolución sin audiencia oral es inadmisibile cuando han transcurrido más de tres meses desde el momento en el cual fue dado el consentimiento de las partes para un proceso escrito. 3) Cuando haya que decidirse sobre las costas, la resolución podrá pronunciarse sin audiencia oral. 4) Las resoluciones del tribunal que no sean sentencias, pueden pronunciarse sin audiencia oral, en tanto y en cuanto no se establezca lo contrario.” Para el comentario en detalle ver PETER, E., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform*, München, 2002, §128, passim.

²³ Así § 137” Tramitación de la audiencia oral. 1) La audiencia oral será iniciada mediante la presentación de las peticiones de las partes. 2) Las exposiciones de las partes deben ser libremente pronunciadas; ellas pueden hacer una relación de la litis en sus cuestiones de hecho y de derecho. 3) Una remisión a un escrito judicial es admisible en tanto y en cuanto ninguna de las partes se oponga y el tribunal lo sostenga por adecuado. La lectura de escritos judiciales tiene solamente lugar cuando sea necesario referir a su contenido literal. 4) En los procesos con asistencia legal obligatoria se debe admitir el otorgamiento de la palabra tanto al abogado como a la parte.” En detalle ver PETER, *Münchener Kommentar*, cit., § 137, n°. 1-13.

resulta la máxima de la eventualidad: todo de una vez. Vinculado a ello existe un tercer principio, el de equivalencia de las audiencias. Es decir para el dictado de la sentencia definitiva se estará al estado de hecho y de derecho del material procesal aportado en la última sesión de la audiencia pudiéndose considerar sólo aquello que es relevante y que fue incorporado oportunamente en la audiencia.²⁴ Finalmente por el principio de concentración se impone el deber al tribunal, en lo posible, de arribar a la solución de una controversia mediante una completa audiencia preparatoria más una audiencia principal (§ 272 ZPO)²⁵. De esta forma el tribunal debe intentar arribar al mejor grado de madurez en el conocimiento de una causa para poder pronunciarse sobre la misma²⁶.

2. Publicidad

La oralidad tiene una íntima vinculación con la publicidad, lo que se encuentra establecido en los § 169 y ss (GVG/Ley Orgánica de los Tribunales) en concordancia con el artículo 6 de la CEDH. Ya en el siglo XIX como oposición a las actuaciones en secreto del gabinete de justicia el artículo 178 de la constitución de 1849 (Paulskirchenverfassung) establecía :“el proceso judicial debe ser público y oral”²⁷. En relación al derecho fundamental de libertad de prensa e información no se afecta por las disposiciones que restrinjan el uso de registro y transmisión²⁸. La relación libertad de prensa y publicidad del proceso se regula en el § 169 1 GVG²⁹. La modalidad a través de la cual se efectúa la comunicación de los medios de prensa audiovisuales sobre determinada etapa del proceso puede ser regulada por el legislador. De esta forma las audiencias de acuerdo al § 169 2 GVG no pueden grabarse ni retransmitirse por los medios de prensa, habiendo sido esto declarado constitucional como limitación a un derecho fundamental³⁰. De esta forma se establece el principio

²⁴ Así ver BGH *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 2002, 2862.

²⁵ § 272. “Determinación del procedimiento. (1) La litis debe ser resuelta por regla en una audiencia amplia preparatoria de la audiencia oral (audiencia principal). El presidente determina si se ha de fijar una fecha para una audiencia previa (§ 275) o se realizara un procedimiento escrito(§ 276). La audiencia de conciliación y la audiencia oral deben realizarse lo antes posible”. LÜKE, *Münchener Kommentar*, cit., § 272, n°. 1-28.

²⁶ BAUR, *Wege*, cit., pp. 1-10.

²⁷ Hay excepciones en cuestiones de menores y en familia, para protección de la intimidad, secretos comerciales (§ 170. 171 b, 172 GVG). En ningún caso la publicidad se limita en relación a lo acontecido en la audiencia hasta el dictado de la sentencia (§ 173 GV). Este “principio de publicidad general” se diferencia de la “publicidad para las partes” que es mucho más amplia y comprende todos los actos sin limitación que se realizarán el proceso Así el § 357 ZPO dispone: “ Publicidad para las partes. 1) A las partes les está permitido participar en el recibimiento a prueba”.

²⁸ Según lo decidido por el BVerfGE en *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 2001, p. 1633.

²⁹ Comp. BVerfGE 103, pp. 44, 61. El control público de los actos procesales se garantiza por la sola presencia de los medios de prensa y su posibilidad de informar (comp. BGH, providencia del 10 de enero 2006 - 1 StR 527/05, en *NJW*(Neue juristische Wochenschrift) 2006, pp. 1220, 1221).

³⁰ Comp. BVerfGE 103, p. 66.

fundamental de la publicidad de la sala de audiencias desde el inicio hasta la conclusión de las mismas³¹.

3. Inmediación

La inmediación impone que la audiencia oral se lleve a cabo por ante el tribunal que conoce, pudiendo solamente participar en el pronunciamiento de la sentencia el juez que participó en aquella (§ 309). De esta forma la rendición de pruebas se realiza por ante el tribunal que conoce efectivizándose el principio de inmediación de la prueba (§ 355 parte 1)³². Ello admite ciertas excepciones en los supuestos de los jueces exhortados en la cooperación jurisdiccional (§ 362)³³. También en determinados casos cuando se delega a un juez -que es miembro del tribunal que conoce- la realización de determinada actuación (§ 361)³⁴. Las declaraciones de testigos en procesos penales pueden ser valoradas como prueba documental. En caso que se solicite su declaración, ésta se debe producir como prueba mediante la declaración de testigos en forma inmediata antes tribunal que conoce³⁵.

C) La combinación procedimental escrita-oral: los escritos preparatorios y posteriores.

La oralidad no excluye la posibilidad de actuaciones escritas de las partes y del tribunal. De esta forma, algunas actuaciones procesales pueden efectuarse solo en forma escrita, así por ejemplo lo establecido para el escrito de demanda (§ 253 ZPO)³⁶, la interposición de recursos y medios de impugnación y otros actos procesales. La lengua escrita u oral a emplearse es el alemán no siendo considerados aportes en lengua extranjera³⁷. Existe el imperativo de un traductor o intérprete como requisito del debido y justo proceso (§ 185 p. 1, 1, GVG) y art. 1,

³¹ Comp. Para el proceso penal BGHSt 23, p. 123. No existe tal limitación sobre lo que acontezca antes de iniciada o luego de concluida la audiencia (comp. BGHSt 23, pp. 123, 125). De ésta forma se garantiza en cierta medida la protección de los derechos de la personalidad de los intervinientes en el proceso (Comp. BVerfGE 103, pp. 44, 68). Ver igualmente BVerfG, 1 BvR 620/07 del 19.12.2007, n°. (1 - 62).

³² Así “§ 355. Inmediatez en la recepción de la prueba. 1) El recibimiento a prueba tiene lugar en el tribunal del proceso. Solo puede realizarse por ante alguno de los miembros del tribunal o transferirse a otro tribunal en los casos que esta ley determina”.

³³ “§ 362. Recepción de prueba por juez delegado. (1) Caso de que la recepción de prueba deba realizarse por otro tribunal, el presidente del tribunal emite el requerimiento de encargo. (2) El juez envía las audiencias descriptas para la recepción de prueba en original a la secretaría del tribunal; la secretaría se encarga de informar a las partes sobre la recepción del requerimiento de encargo.”

³⁴ “§ 361. Recepción de prueba por el juez encargado. (1) En tanto la recepción de prueba deba realizarse por un miembro del tribunal, éste será designado en el momento de comunicación de la providencia probatoria por el presidente del tribunal, determinándose igualmente el plazo para la recepción de la prueba.”

³⁵ BGH NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1995, p. 2857; BGH NJW (Neue juristische Wochenschrift) 2000, p. 1420.

³⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 81, III, 2.

³⁷ BGH NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1982, p. 532.

20 p. 3 GG³⁸ y por imposición del TEDH³⁹. Otras actuaciones procesales pueden efectuarse facultativamente en forma oral o escrita a través de determinados escritos o en audiencia oral, como ser la modificación de la demanda o la reconvencción. Los actos procesales de las partes que impliquen peticiones que determinan el contenido y objeto de la decisión futura por su importancia deben efectuarse tanto escrita como oralmente (§ 297): así en la audiencia oral se puede hacer referencia al escrito de demanda, muy frecuente en la práctica. Un cierto grado de procedimiento escrito se combina no sólo por los escritos propios de las partes, sino también por la confección del expediente⁴⁰.

a) La preparación de la audiencia oral

La audiencia oral principal puede prepararse en forma oral o escrita, según lo ordene el tribunal por considerarlo necesario⁴¹. De acuerdo a la complejidad del proceso se puede disponer una audiencia preliminar o que ésta sea sustituida mediante escritos preparatorios o combinar ambas posibilidades⁴². El objetivo es lograr que en una audiencia principal se logre arribar a una sentencia que ponga fin al proceso. Así tienen su utilidad los escritos preparatorios que contienen las peticiones sustanciales de agresión y defensa de partes, la que -de acuerdo al § 273⁴³ ZPO- deben contener todo el elemento necesario que sirva para la adecuada preparación de los puntos que serán tratados en la audiencia oral⁴⁴. No es necesaria la introducción de referencias

³⁸ BVerfG JZ (Juristenzeitung) 1983, p. 659.

³⁹ NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1985, p. 1273; BVerfGE 54, pp. 277, 291; BVerfGE 101, pp. 275, 294; BVerfGE 70, pp. 297, 308; 108, pp. 129, 137). BVerfG, 2 BvR 779/04 del 19.10.2004, n.º. (1 - 40).

⁴⁰ LANGE, M., "Bezugnahme im Schriftsatz", NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1989, p. 438

⁴¹ "§ 275. Audiencia preliminar . (1) Para la disposición de la audiencia preliminar mediante la cual se preparará la principal, el presidente u otro miembro del tribunal por él determinado puede emplazar al demandado para la presentación de un escrito de contestación. En otro caso se debe exigir al demandado que presente en un escrito mediante abogado la mención de los medios de defensa que aportará sin demora, escrito que se debe comunicar al tribunal; § 277 parte 1 oración 2 rige en lo que corresponda. (2) En caso que el proceso no se clausure en la audiencia preliminar debe entonces el tribunal pronunciar todos los mandamientos que sean necesarios para la preparación de la audiencia principal oral." Ver al respecto PRÜTTING, H., "Münchener Kommentar", cit., § 275, n.º. 1-15.

⁴² STICKELBROCK, B., *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Colonia, 2002, pp. 560-566.

⁴³ "§ 273. Preparación de la audiencia. (1) El tribunal tiene que proveer las medidas preparatorias necesarias en forma oportuna." Por su lado el § 276 establece para el procedimiento escrito: "(1) En caso que el presidente no determine ninguna audiencia preliminar a la principal exige entonces al demandado con la notificación de la demanda que, si desea defenderse debe presentar su contestación por escrito ante el tribunal en un plazo perentorio de dos semanas luego de la notificación de la demanda; de este requerimiento debe hacerse saber al demandado." Ver en detalle PRÜTTING, H., "Münchener Kommentar", cit., § 273, n.º. 1-16.

⁴⁴ Así lo dispone el § 129. "Escritos preparatorios. (1) En el proceso con asistencia letrada obligatoria, la audiencia oral será preparada por presentaciones escritas. (2) En otros procesos, las partes pueden mediante orden judicial preparar

relativas a la prueba o al derecho aplicable, sin embargo tampoco está vedado. Los escritos se presentan en copia y son notificados de oficio⁴⁵. El tribunal igualmente puede ordenar que se presenten determinados escritos en un plazo determinado para la preparación de la audiencia oral. La no presentación en tiempo implica la preclusión de presentaciones posteriores de acuerdo al § 296 ZPO⁴⁶. Luego de concluida la audiencia oral no pueden incorporarse nuevos escritos por la regla de preclusión. Las excepciones están establecidas en § 283, en tantos los escritos incorporados con posterioridad tengan relación y relevancia con lo transcurrido en audiencias anteriores. La consideración de escritos presentados con posterioridad para su aceptación o rechazo queda reservado a la ponderación discrecional del tribunal⁴⁷. En el supuesto que no se verifiquen los casos autorizados para presentar escritos con posterioridad a la clausura de la audiencia oral no existe posibilidad de hacerlo⁴⁸.

b) Las excepciones a la oralidad

En primer lugar no es necesaria sino facultativa en un procedimiento que concluya en el dictado de una sentencia interlocutoria. En segundo lugar en los principales casos establecidos:

- 1) § 253: interposición de la demanda
- 2) § 340: oposición contra sentencia en rebeldía
- 3) §§ 519, 520, 549, 551, 554: interposición de recursos
- 4) Para el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía o en caso de allamamiento en un procedimiento escrito (§§ 307⁴⁹, 331, (3)⁵⁰)

la audiencia oral mediante escritos o bien por declaraciones en el protocolo en la secretaría del tribunal.” En detalle PETER, E., “*Münchener Kommentar*“, cit., § 129, n°. 1-17.

⁴⁵ La debida preparación para las audiencias orales definen en gran medida el éxito o fracaso de la de oralidad, lo que también se puede verificar en la práctica procesal civil alemán HENDEL, D., “*Wider den Niedergang der Kultur der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess*”, *DRiZ* (Deutsche Richterzeitung) 1992, p. 91 y ss.

⁴⁶ WALCHSHÖFER, A., “Berücksichtigung Nachgereichter Schriftsätze im Zivilprozess“, *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 1972, p. 1028.

⁴⁷ Según la redacción del § 356. “Plazo de presentación de la prueba. En caso de un impedimento contra el recibimiento a prueba que sea de duración indeterminada, debe fijarse por providencia un plazo por el cual, luego de su vencimiento infructuoso, el medio de prueba solo puede ser usado cuando, según el libre convencimiento del tribunal, por ello no se demore el proceso.”

⁴⁸ Un tratamiento general sobre el tema ver en WETH, S., *Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozess*, Colonia, 1988, passim, esp. pp. 150-200. Igualmente STICKELBROCK, *Inhalt*, cit., p. 513. Sobre la preclusión en general OTTO, H., *Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozeßrecht*, Hamburgo, 1969, pp. 10-35.

⁴⁹ Dispone el “§ 307: Reconoce una parte la pretensión hecha valer por la otra en forma total o parcial, debe entonces pronunciarse conforme a dicho reconocimiento. No es necesaria una audiencia oral.”

⁵⁰ Dispone: “(3) En caso que el demandado no se haya manifestado oportunamente contra el § 276 parte 1 oración 1 y parte 2 y quiera defenderse contra la demanda, el tribunal se pronuncia a petición del actor sin audiencia oral”.

5) § 128 2) cuando las partes de común acuerdo soliciten el procedimiento escrito

6) § 128, 2) en caso de resoluciones sobre costas

7) En el procedimiento establecido en el § 495 a, donde la oralidad es sólo obligatoria a petición de parte.

8) En los casos en los cuales se pueda decidir de acuerdo al estado del expediente (§§. 251 a⁵¹, 331 a⁵² y cuando pueda considerarse a los efectos de la fundamentación de la sentencia los escritos presentados por las partes con posterioridad a la clausura de la audiencia oral⁵³.

D) Escrituración con oralidad a pedido de parte en procesos de menor cuantía.

En las causas de menor cuantía existe una flexibilidad procedimental que parte de la regla de la escrituralidad. De esta forma el juzgado de circuito (AG) puede determinar el procedimiento, de acuerdo con su discrecionalidad equitativa, cuando el monto de la causa no sea superior a 600 euros, debiendo tramitarla oralmente solo a petición de parte⁵⁴.

IV. ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL DERECHO PROBATORIO ALEMÁN

⁵¹ “§ 251 a. Rebeldía de ambas partes; resolución según el estado del expediente. (1) En caso que no comparezcan o no participen ambas partes en una audiencia, el tribunal puede decidir según el estado del expediente. (2) Una sentencia según el estado del expediente puede ser pronunciada solo cuando ya anteriormente se hizo una audiencia oral. La sentencia puede ser dictada como mínimo en dos semanas.”

⁵² “§ 331 a. Resolución de acuerdo al estado de la causa en el expediente. En caso de incomparecencia de una parte en término a la audiencia oral, la contraparte puede solicitar una sentencia de acuerdo al estado del expediente en vez de una en rebeldía; esta petición debe ser admitida en tanto los hechos aparezcan suficientemente claros para dicha resolución. El § 251 a. parte 2 rige en lo que corresponda”

⁵³ Hay que sumar a estos casos los siguientes: 9) §§ 924, 936: oposición contra embargo y medidas cautelares; 10) El procedimiento monitorio o el cautelar; 11) Igualmente no es obligatoria en relación a los actos a realizarse por ante el presidente de un tribunal, un juez exhortado o delegado como así también todos los actos que deban realizarse por ante el funcionario oficial documentador o secretario. En relación al proceso ejecutivo aun cuando rija la oralidad, funciona en forma escrita. Ver al respecto STÜRNER, R., Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess), 99 (1986), p. 291 y ss.; PRÜTING, H., STICKELBROCK, B., Zwangsvollstreckungsrecht, Stuttgart, 2002, pp. 28-30.

⁵⁴ “§495 a. El juzgado puede determinar el procedimiento de acuerdo a su discrecionalidad equitativa cuando el monto de la causa no sea superior a 600 euros. A petición de parte debe tramitar en forma oral.” En detalle ver KUNZE, A., Das amtsgerichtliche Bagatellverfahren nach § 495 a ZPO, Bielefeld, 1995, passim; STICKELBROCK, B., Inhalt, cit., pp. 622-656; WESTERWELLE, Mündlichkeitsgrundsatz, cit., p. 58 y ss.; SCHNEIDER, E., ZPO-Reform, München, 2001, n°. 48-49.

El rol de las partes y del juez dentro en el proceso civil alemán se manifiesta en la distribución de las responsabilidades tanto para el impulso procesal como para el aporte de las alegaciones y del material probatorio. Su concreción se efectúa en la audiencia oral como regla. El centro de rol protagónico activo del juez lo establece el § 139 ZPO que contiene una serie de deberes y facultades reconocidos aquel. Igualmente se introduce la posibilidad de requerir la presentación de documentos u objetos para su inspección a pedido de parte o de oficio. Finalmente las partes y terceros tienen un deber de veracidad y esclarecimiento cuya extensión es discutida dogmática y jurisprudencialmente.

1. Deber de discusión

El § 139 ZPO obliga al tribunal en colaboración con las partes, a esclarecer la controversia para poder decidirla. Este deber, que pesa en cabeza del juez, es necesario en tanto y en cuanto las partes y con las partes puedan discutirse las cuestiones de hecho y de derecho.⁵⁵ Los límites de la litis fijan el ámbito de ejercicio de este deber, así el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) se pronunció claramente en favor de la tutela del derecho a ser oído y del derecho de defensa sobre la base de esta disposición precisamente en su aplicación extralimitada.⁵⁶

2. Deber de instrucción y de interrogación

Existiendo dudas sobre los hechos y derecho debatidos, el tribunal debe interrogar o indicar a las partes para arribar a un mejor y más rápido esclarecimiento. El Tribunal Constitucional Federal considera contrario a la Ley Fundamental la omisión de dicho deber.⁵⁷

3. Deber de esclarecimiento y función saneadora del juez

La claridad del contenido y la transparencia (sin vicios) por la cual se arriba a una decisión judicial sustentan el § 139 ZPO. La oralidad como vehículo y medio persigue que el debate probatorio permita a las partes y al tribunal -de manera clara y accesible- comprender a cabalidad el porqué y el cómo de una decisión. Son pertinentes al respecto las sentencias de tribunales de Colonia de 1969 y 1974,⁵⁸ y del tribunal de Múnich de 1997.⁵⁹ El límite de esta atribución está dado por la necesidad de esclarecer cuestiones de derecho o de hecho que

⁵⁵ RENSEN, H., Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld, 2002, p. 159 y ss.

⁵⁶ “El tribunal debe ejercer un debido control dentro del proceso, en relación con las afirmaciones de las partes, indicando a estas debidamente lo correspondiente a las cuestiones de hecho y de derecho discutidas” (Ver BVerfGE, 84, p. 190).

⁵⁷ Así es, por ejemplo, en caso de argumentaciones o consideraciones que no sean sostenibles y en las que el tribunal debe ejercer su deber de pregunta e información. Ello fue considerado por el Tribunal Constitucional Federal como contrario al artículo 3, apartado 1.º de la Ley Fundamental, BVerfG, en NJW (Neue juristische Wochenschrift), 1976, p. 1391 y en MDR ([Monatsschrift für Deutsches Recht](#)), 1976, p. 820.

⁵⁸ OLG Colonia, en JurBüro (Das juristische Büro), 1969, p. 645 y OLG Colonia, 1974, p. 478.

⁵⁹ OLG Múnich, en NJW-RR (Rechtsprechungs-Report der NJW) 1997, p. 944.

podieran obstaculizar razonablemente la validez y/o calidad de una sentencia⁶⁰, no pudiendo ejercerse de una manera arbitraria que conduzca a perjudicar la posición de una de las partes.⁶¹

4. Deberes de documentación y registro del proceso

El apartado cuarto del § 139 ZPO impone los deberes de documentación, registro y protocolización de los actos procesales vinculado ello con la publicidad del expediente. Todas las indicaciones, aclaraciones y advertencias que realice el juez deben ser debidamente protocolizadas o tomadas en el expediente de la manera adecuada para ello. Así el ejercicio de los deberes y facultades antes mencionados son registrados en el expediente y solamente pueden ser impugnados por demanda de falsedad.⁶²

5. Presentación de documentos y objetos a requerimiento judicial

Con la nueva redacción (reforma 2002) del § 142 apartado (1) y § 144 ZPO el tribunal puede inmediata y directamente ordenar a un tercero o parte la presentación de documentos o determinados objetos de oficio o a petición de parte, para que los presente en tanto y en cuanto estos se vinculen con lo solicitado y aportado en relación con el proceso. De acuerdo con la nueva regulación, puede obligarse incluso al tercero cuando la parte que sostiene la existencia del documento no sea la titular de un derecho material para su restitución o presentación.⁶³

6. Rol de las partes y responsabilidad compartida para el esclarecimiento de los hechos

Las partes tienen imperativos que están detallados en el § 138⁶⁴. Una posición se inclina por el mejor posible acceso a la verdad material sobre los

⁶⁰ STÜRNER, R., Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen, 1982, passim, esp. pp. 1-15.

⁶¹ SCHNEIDER, ZPO-Reform, cit., n.º 90.

⁶² La escrituralidad cualquiera sea el soporte persigue el control mediato por la publicidad de los actos de las partes y del tribunal. Ver STEIN, JONAS, LEIPOLD, ZPO-Kommentar, § 278, n.º 53; STEIN, JONAS, ROTH, ZPO-Kommentar, § 160, n.º 3.

⁶³ KATZENMEIER, CH., “ Aufklärungs-/ Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess“, JZ (Juristenzeitung) 2002, p. 538-540; para un mayor tratamiento del tema ver [DRECKHAHN, C.](#), Urkundsvorlagepflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform unter besonderer Berücksichtigung der Neufassung des § 142 ZPO, Frankfurt a. M., 2007, passim; LANG, S., Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Frankfurt a. M., Colonia, 2007, passim.

⁶⁴ “§ 138. Deber de declaración sobre hechos; deber de decir la verdad. 1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad. 2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte. 3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes”. En detalle ver PETER, “Münchener Kommentar“, cit., § 138, n.º. 1-17, 27-28.

pocos específicos intereses de libertad de los intervinientes procesales. Existiría así un deber básico de esclarecimiento procesal⁶⁵. Otra posición no acepta la existencia de dicho deber, sino solo casos reconocidos por la propia jurisprudencia reconoce como excepciones al „*nemo tenetur contra se accusare*“⁶⁶.

V. LA PRUEBA, EL PROCESO Y LA ORALIDAD-ESCRITULARIDAD DIGITAL EN EL PROCESO CIVIL ALEMÁN

La Reforma del año 2002 introdujo el § 128a, por el cual se regula y permite el empleo de medios de transferencia por sonidos e imágenes en el proceso. Así se ha dado el fenómeno de la amorigeración de la oralidad presencial sustituida por una nueva escrituralidad mediatizada pero en algunos casos con seguridad y en tiempo real (inmediación virtual). A través del nuevo parágrafo, y cuando las partes estén de acuerdo, el tribunal puede disponer que las audiencias se lleven a cabo en otro lugar que no sea su sala de audiencias⁶⁷. Las ventajas tecnológicas son receptadas en dos ámbitos. En la tramitación procedimental y en el valor probatorio del documento digital⁶⁸. La estructura procesal a las nuevas exigencias del tráfico electrónico (e-commerce) se manifiestan no solo en la regulación de la firma digital o electrónica y las normas accesorias a ésta, sino también en el valor de los “documentos digitales o electrónicos” dentro del proceso, en su ponderación y valor probatorio⁶⁹.

VI. CONCLUSIONES

De lo tratado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. La oralidad fue considerada central no solo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además desde lo

⁶⁵ Así siguiendo véase STÜRNER, R., Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen, 1976, passim, esp. p. 29 y ss, p. 85; GRUNSKY, W., Zivilprozessrecht, 12. Ed. 2006, n°. 43, p. 31 (siguiendo a F. Baur, Zivilprozessrecht, 6. Ed. 1989); KATZENMEIER, “Aufklärungs“, cit., p. 533 y ss.

⁶⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, op. Cit., § 108 III 2, p. 740 ss. ; PRÜTTING, H., Gegenwartsprobleme der Beweislast, Múnich, 1983, p. 137 ss. ; ARENS, P., “Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß“, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess), 96 (1983), p. 1 y ss.; ver igualmente BGH NJW(Neue juristische Wochenschrift) 1990, 3151 ss. (con crítica de STÜRNER ZZP(Zeitschrift für Zivilprozess), 104 (1991), p. 208 ss.)

⁶⁷ Véase esta evolución en HEINEMANN,J., Neubestimmung der prozessualen Schriftform, Colonia-Berlín-Bonn, 2002, esp. §§ 33-39.

⁶⁸ Véase GASSEN, D., Digitale Signaturen in der Praxis. Grundlagen, Sicherheitsfragen und normativer Rahmen, Colonia, 2002, pp. 117 y ss.

⁶⁹ La Ley de Comunicación en la Justicia (Justizkommunikationsgesetz [JkomG], BGBl, 1, p. 837) el 1º de abril del 2005, suma reformas que perfeccionan el régimen existente para el comercio electrónico en la justicia. Por el § 130a se permite el escrito judicial digital (o electrónico), que de por sí ya implica un medio que facilita y agiliza el acceso a la justicia. Ver HENDEL, D., “Der moderne Zivilprozess zwischen Mensch und Maschine - elektronische Akte, summarisches Verfahren und langfristige Reform des Zivilprozesses“, JPC (Juristische PC) Web-Dok. 68/2002, 1 – 60; FISCHER, N., Justiz – Kommunikation, Überlegungen zur Elektronifizierung der Ziviljustiz und von zivilgerichtlichen Verfahren am Beispiel des „Justizkommunikationsgesetzes“, Berlin, 2004, esp. pp. 10-15.

interno para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba. Ahora el juez debía apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación.

2. El principio de oralidad sumado a otros principios en especial al de inmediación y concentración tiene un gran número de ventajas comparativas para una eficiente tramitación procesal, como así también para un mayor sustento de la legitimidad y credibilidad que la sentencia.

3. El principio de la obligatoriedad de la audiencia oral implica que solo puede decidirse previa audiencia oral y sobre lo conocido en ella.

4. Ninguna resolución puede pronunciarse sin previa audiencia oral. Ello es aplicable para los casos donde deban dictarse sentencias definitivas y resoluciones impulsivas del proceso. Las excepciones deben determinarse en forma expresa.

5. Sólo aquello que fue objeto de la audiencia oral puede servir de fundamentación para la resolución que se pronuncien. Las peticiones probatorias y las alegaciones de las partes efectuadas en audiencia oral deben ser consideradas aceptándolas o rechazándolas en la sentencia definitiva.

6. La oralidad no excluye la posibilidad actuaciones escritas de las partes y del tribunal.

7. La audiencia oral principal puede prepararse en forma oral o escrita, si el tribunal lo ordena por considerarlo necesario.

8. En la redacción actual el juzgado puede determinar el procedimiento, de acuerdo con su discrecionalidad equitativa en materias de menor cuantía.

9. El rol de las partes y del juez dentro del proceso civil alemán se manifiesta en la distribución de las responsabilidades tanto para el impulso procesal como para el aporte de las alegaciones y del material probatorio. Su concreción se efectúa en la audiencia oral como regla.

10. Las nuevas tecnologías importan una inmediación virtual moralizada en forma oral o escrita.