

# EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE LA FORMA DEL PROCESO CIVIL\*

SORAYA AMRANI-MEKKI

Agrégée des facultés de droit

Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre (Francia)

## PRELIMINARES

1.- Las nuevas tecnologías se encuentran en vía de construcción. La distinción entre la forma escrita y la forma oral del procedimiento se encuentra en fase de demolición, por lo difícil y hasta, diríase, poco oportuno, que resulta el intentar diferenciarlas. Así pues, este tema invita a tratar sobre la influencia de algo que no existe en absoluto, ¡sobre aquello que no es seguro!

Los debates sobre los intereses respectivos de una u otra forma son legión. La forma escrita “no posee la variedad en los modos y en el tono, que muestran, a través de sus cambios, la acepción que hay que dar a la palabra, así como su importancia relativa. No desprende esa música natural que retiene el oído, que es la voz humana”<sup>1</sup>

Sea como fuere, el uso de las nuevas tecnologías lleva, precisamente, a plantearse cuál es el lugar exacto que corresponden a la escritura y la oralidad en el procedimiento. A pesar de la modernidad de la herramienta, en realidad este tema nos devuelve cuestiones ancestrales, pero de una manera aún mas viva. Tanto, que su auge se constata en la mayoría de países, en todos los sentidos posibles, como apuesta de modernidad de sus sistemas judiciales<sup>2</sup>.

---

\* Traducido del francés al español por \*\*\*.

<sup>1</sup> WAQUET, F., *Parler comme un livre, L'oralité et le savoir XVIè-XX siècle*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, Paris, 2003, p.266.

<sup>2</sup> SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.275, “Numerosas teorías evolucionistas han perfilado un paralelo entre el desarrollo de una sociedad y la transformación de la ideología que impregna la solución de litigios: cuando una sociedad se desarrolla, y sale del nido de la sociedad tribal para convertirse en una sociedad moderna, la ideología que preside la solución de los litigios también se moderniza”; V. también la ponencia presentada por Brasil sobre las nuevas tecnologías, presentado durante el ultimo Congreso Internacional de Derecho Procesal civil celebrado en Bahía en septiembre de 2007, citado por E.JEULAND en su ponencia general: “el uso progresivo de las nuevas tecnologías en el proceso es indiscutible, ya sea porque se impone por la gran cantidad de asuntos que se presentan, bien porque resulta la consecuencia del desarrollo tecnológico de las formas de comunicación, escritura y registro de datos, ya sea, finalmente porque la fuerza industrial y comercial de las empresas informáticas acabara imponiéndose en el uso judicial como un campo de enormes posibilidades económicas para la industria y el comercio del sector informático”.

Las llamadas nuevas tecnologías son muy variadas y no se pueden reducir a una sola forma, escrita u oral. En realidad, parecen conformar una tercera vía procedimental de naturaleza híbrida.

2.- Desde hace ya bastante tiempo se ha insistido y tratado de resolver el “imbroglio” que supone lo “escrito” y lo “oral” en el procedimiento. Como cuando se trató el asunto relativo a la redacción de actas procesales para documentar fehacientemente lo que se ha dicho, o bien, como se ha visto más recientemente, a propósito del pronunciamiento del fallo judicial “de forma escrita”<sup>3</sup>. Sin embargo, aún en presencia de estas ambigüedades, era corriente admitir que las mismas “no servirían en cualquier caso para “borrar” la distinción entre la palabra hablada y la escrita”<sup>4</sup>.

El escrito es, en sentido lingüístico, un “mensaje dotado de sentido (dato intelectual de la comunicación), compuesto de signos lisibles variables (fonéticos, ideográficos, pictográficos, etc.) representativos de la palabra y del pensamiento (aunque a veces difíciles de descifrar) que un emisor (no necesariamente autor intelectual del mensaje) codifica en una lengua natura, y lo imprime a través de cualquier medio (a mano, a maquina) sobre un soporte variable relativamente duradero (tabla, papiro, piedra, metal, papel, etc.)”<sup>5</sup>. En este sentido, los mensajes electrónicos, los faxes, aunque formen parte de lo que se entiende por nuevas tecnologías, serían, en todo caso, escritos. Sin embargo, su particularidad no reside exclusivamente en su modo de transmisión, o su soporte. En efecto, se

---

<sup>3</sup> Artículo 450 alineas 2 y 3 del NCPC (Nuevo Código de Procedimiento Civil), según la redacción dada por el Decreto de 20 de agosto de 2004 “ *podrá advertirse a las partes, al final de la vista, que la decisión será dictada mediante su puesta a disposición al Secretario de la jurisdicción correspondiente, en la fecha que se indique*”-(nótese que en la versión francesa se dice textualmente “*le jugement sera prononcé*”. Más en profundidad, v. el uso del escrito en los procedimientos orales, GENTILI, C., “L’écrit des parties dans la procédure orale”, *Procédures, Etudes*, 24, spéc.n°7, décembre 2007 : «El Nuevo Código de procedimiento civil y el código de trabajo permiten, e incluso a veces exigen esta forma (escrita). Ello sin tan siquiera evocar todos aquellos actos que emanan de otras personas distintas de las partes (atestados, dictámenes periciales, ponencia del juez, sentencia...), debemos notar que el acto introductorio de la instancia (art. 54 NCPC) así como las demandas incidentales contra las partes declaradas en rebeldía, así como los terceros (NCPC, art. 68 al.2) deben realizarse por escrito. De forma más general; los actos relativos al uso de recursos pueden o deben ser presentados por escrito (por ej. V. NCPC art.932), en lo que respecta a la apelación dirigida a la Cour d’appel, art. 983 NCPC, en lo que respecta al recurso de casación presentado en la Cour de Cassation). Por otro lado, el juez puede obligar a las partes a presentar, el plazo que él mismo fije, todo documento, y justificativos que sirvan para aclarar al juez, salvo que considere el asunto visto para sentencia (V. por ej.C.Trav.art.R 516-20-2). En fin, en los Tribunales de asuntos de la Seguridad Social (CSS, art.R 142-20 al 1er), cada parte puede presentar observaciones sobre papel libre”

<sup>4</sup> COUCHEZ, G., *La parole et l’écrit en droit judiciaire privé*, in *La parole et l’écrit en droit judiciaire*, XIVème colloque des IEJ Reims, 3, 4 et 5 juin 1982, Presses Universitaires de Reims, (sous l’égide de l’association française de DJP), Reims, 1985, pp.22 y ss., esp.23.

<sup>5</sup> CORNU, G., « Ecrit », in *Vocabulaire Juridique*, ass.H.Capitant, PUF, 8<sup>ème</sup> éd. Quadrige, 2007.

encuentran redactados de manera menos formal. Serían una especie de escritos “oralizados”, que, ciertamente, comparten con el escrito el hecho de estar “solidificados”, inmobilizados, pero, debido a su redacción espontánea e informal, pueden asimilarse al discurso oral.

El carácter oral remite a lo verbal “lo que se enuncia con el habla”<sup>6</sup>. Ahora bien, si el habla es “aquello que se ha dicho, los términos de un discurso, o de una declaración”, también significa, por extensión, “aquello que un texto expresa (en este sentido se habla de los sentidos de la ley)<sup>7</sup>”, lo que no deja de añadir confusión. El término verbal es en este caso preferible, ya que significa “aquello que es expresado oralmente, de viva voz”. Pero su segunda acepción es “aquello que relata lo que acaba de ser dicho”<sup>8</sup>, lo que nos remite de nuevo al escrito. El uso de videoconferencia, del teléfono, de la grabación sonora, podrían ser consideradas como manifestaciones orales en el proceso civil. Si los medios de comunicación utilizados pertenecen a la categoría de las nuevas tecnologías, entonces es el carácter oral lo que se está primando, aunque deformado, ya que se encuentra despojado de todo contacto físico. El habla, la palabra, se encuentran fijados en la correspondiente grabación. Pero acentúa, ante todo, la distancia entre los interlocutores.

3.- Las nuevas tecnologías, en realidad, no participan ni de la naturaleza del escrito, ni de la de lo oral. Más bien hacen gala de confusión, por no decir fusión, de los dos modos de expresión. Enturbian más, si cabe, la distinción, lo que lleva a preguntarse si no habría que ir más allá de lo que es la mera exteriorización de la voluntad y centrar la cuestión en las funciones que se atribuyen tanto a lo oral, como al escrito. Su naturaleza híbrida invita a percibir las más como una herramienta que como una finalidad en sí mismas. De modo que se acentuaría lo oral o lo escrito según el objetivo que se haya especificado a un determinado tipo de procedimiento, o a una etapa del mismo. Aunque la tendencia general es la de asimilarlos a una forma de oralidad secundaria. Alentarían de nuevo una oralidad que pierde velocidad. Para Don Emmanuel Jeuland “el desarrollo de las nuevas tecnologías renueva la problemática sobre los procedimientos de carácter predominantemente escrito y los orales. Una cierta vuelta a la oralidad parece posible gracias a las nuevas tecnologías, incluso el desarrollo de una forma de comunicación híbrida”<sup>9</sup> Las supuestas ventajas de la oralidad, la flexibilidad, la simplicidad, el contacto directo de los protagonistas, un mejor respeto de la contradicción, se encontrarían, de alguna manera, ensalzados por las nuevas tecnologías.

4.-En su estudio, este aliento de esperanza podría convertirse, sin embargo, en vientos que generen el pánico, ya que reposa sobre una visión superficial, por no decir artificial, de la oralidad. En efecto, la ausencia, tanto de contacto físico, como de la presencia de los protagonistas del proceso, hace cambiar sensiblemente el panorama. Ellas traslucen la obsesión existente por tener un servicio público de justicia eficaz, lo que provoca cierto temor en lo que concierne

---

<sup>6</sup> CORNU, G. “Oral”, « *Vocabulaire* », *cit.*

<sup>7</sup> CORNU, G. “Parole”, « *Vocabulaire* », *cit.*

<sup>8</sup> CORNU, G. “Verbal”, « *Vocabulaire* », *cit.*

<sup>9</sup> JEULAND, E., *Rapport général au colloque de l'association internationale de DJP de Bahia*, Septembre 2007.

el estricto respeto de las garantías de un proceso justo. La sagrada unión de lo escrito y lo oral en una especie de segunda vida jurídica podría, al contrario, significar una política de gestión del flujo de asuntos que se contente de un procedimiento deshumanizado. Si las nuevas tecnologías ofrecen aparentemente, en un primer lugar, la esperanza de una oralidad renovada (I), ellas provocan el temor de una oralidad desencarnada, sin cuerpo, es decir, despersonalizada (II).

## I. UNA ORALIDAD RENOVADA

5.- “La actual época de la electrónica lo es también de la época de una “oralidad de vuelta” o “secundaria”, para distinguirla de la edad de la “oralidad primaria” anterior a la invención de la escritura”<sup>10</sup> Esta oralidad secundaria, que se inscribe en el sentido de la historia del proceso, otorga un segundo impulso a la búsqueda omnipresente y acaparadora de un procedimiento aún más eficaz. De un lado, la finalidad de las reglas propias al proceso civil explicarían el paso de uno a otro modo de expresión, así como la fascinación que ejercen las nuevas tecnologías (1). Por otro lado, ellas invitan a interrogarse esencialmente sobre las formas de esta llamada oralidad secundaria, por ser testigo de la cuestión subyacente del formalismo procedimental (2).

### 1. La finalidad de una oralidad secundaria

6.-“(El paso del escrito a lo oral) ha supuesto la crítica de una forma del procedimiento, en lo sucesivo cultural y sociológicamente obsoleta, así como el esfuerzo por quitarle los defectos más graves”<sup>11</sup>. En la era actual la competencia existente entre los distintos sistemas jurídicos supone a su vez la de sus sistemas procesales<sup>12</sup>, las nuevas tecnologías parecen renovar la esperanza que a su vez

---

<sup>10</sup> VOGLIOTTI, M., “De l’auteur au « rhapsode » ou le retour de l’oralité dans le droit contemporain”, *R.I.E.J.*, 50, pp.81 y ss., espéc. p.112, 2003.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, Dtt. A.Giuffré *Studi di diritto comparato*, Milano, 1971, p.41. El paso del escrito al oral se produjo al final del siglo XIX, y al principio del S.XX: Austria (1895 en vigor 1898); Japón (1890, reformado en 1926), Hungría (1911), Dinamarca (1916 en vigor en 1919), Noruega (1915 en vigor en 1927), Yugoslavia (1929), Polonia (1933), Suecia (1942, en vigor en 1948), Suiza (1947, en vigor desde 1948). La tendencia es también visible en los países de *common law*, v. M.CAPPELLETTI, “Procédure orale et procédure écrite”cit, p.68: ‘*El problema que se encuentra en la base de esta idea, es decir, la transformación de un proceso arcaico, formalista, esencialmente escrito, desprovisto de carácter inmediato y de concentración, era bien conocido, y ha provocado, tanto en Inglaterra, como en otros países anglosajones, reformas radicales del procedimiento*’ Evolución a favor de “*viva voce and in open court*” por el Supreme Court Judiciary Act 1873. En Estados Unidos las equity rules de 1912 permite *l’orally in open court*, y es confirmada por las Federal Rules of Civil Procedure de 1938. Esta evolución se justifica, sobre todo, por la presencia de jurados, a menudo analfabetos, que hacia que fuera imposible un sistema legal de valoración de la prueba.

<sup>12</sup> V. Informe *Doing Business*, Banco Mundial, en francés: [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org): examina la legislación mercantil en 178 países. Se trata de “*un instrumento de evaluación y de comparación de la legislación y normativa que afectan directamente al crecimiento económico*”. El sitio internet propone incluso un “*simulador de reformas, ¿cual sería el impacto de una reforma*

había sido depositada en el uso del oral cuando se produjeron las reformas en la codificación del proceso civil. El vínculo entre oralidad y eficacia del procedimiento (A) se encontraría exacerbado en esta nueva forma de oralidad secundaria que constituyen las nuevas tecnologías (B).

#### **A) La oralidad y la eficacia del procedimiento**

7.- La historia revela un vaivén entre el uso de la forma escrita y el uso de la forma oral en el proceso civil. Sin embargo, la vuelta a una u otra forma se ha realizado siempre mediante la evolución del modelo original. La vuelta a la oralidad que se produjo en el S.XX se celebró como una manera de salvar los procedimientos de su ineficacia (a), aun cuando la práctica de la oralidad haya arrojado resultados decepcionantes (b).

##### *a) La celebración*

8.-Oralidad y celeridad del procedimiento. Al contrario de lo que pueda parecer, la forma escrita genera procedimientos más lentos. Esta constatación se encuentra unida al hecho de que se perciben sumas de dinero por la redacción de los escritos, así como honorarios de abogados, tasas para los procuradores, incluso obsequios para los magistrados cuando ello aún estaba permitido. Para CHIOVENDA, “se establece así un arte del Palais en el que todos se complacen en complicar y alargar al máximo los litigios, un arte cuyos voluntarios participantes eran a menudo los jueces, ya que les interesaba que cada acto fuera infinito para poder así cobrar los derechos y otros posibles obsequios correspondientes a los mismos”<sup>13</sup>. Todo esto sin olvidar que son más fáciles de modificar las conclusiones presentadas de forma escrita que la posición de un litigante que comparece oralmente frente al Tribunal<sup>14</sup>. Sin embargo, el escrito ha sido el rey, tal y como lo revela la formula latina tan extendida en Europa desde el siglo XII, según la cual quod non est in actis non est in mundo. Los actos procesales no escritos eran inexistentes y los juicios que no fueran fundados en actos escritos eran se consideraba que adolecían de nulidad absoluta.

Incluso hoy, los inconvenientes del escrito se identifican con el formalismo riguroso y su importante coste. En efecto, el escrito se concibe como un producto, obra de técnicos del derecho, al que se le unen determinadas formas sancionadas jurídicamente. Es por esto por lo que en Francia existe un vínculo tan estrecho entre el carácter escrito del proceso civil y la representación

---

*determinada sobre la puntuación de cada país? Cambie el valor de los indicadores de esta hoja para poder conocer el impacto de la reforma sobre la puntuación. Esto supondría que el resto de los países no realizaran, a su vez, reformas en otro sentido”.*

<sup>13</sup> CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto, in saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, Soc., Foro Italiano, 1930, spéc.p.368.

<sup>14</sup> OST, F., “Conclusion générale”, en *Les transformations de la régulation juridique*, CLAM J., MARTIN G. (Dir), LGDJ, Paris,1999, pp.423 y ss., spéc.p.426 «no es la fijación de un mensaje lo que se realiza, como se dice a menudo (*scripta manent*), sino mas bien la posibilidad de modificar mas rápidamente el mismo. No se ignora, respecto a esto, que una norma consuetudinaria es mas estable que una solución legislativa”.

obligatoria.<sup>15</sup> Los actos procesales deben respetar las formalidades requeridas so pena de nulidad, incluso si el tratamiento de la nulidad por vicio de forma es lo suficientemente flexible como para evitar excesos y retrasos.<sup>16</sup> Ha sido precisamente la constatación de esta lentitud la que ha provocado que los reformadores se encuentren fascinados por la oralidad en el proceso, la cual parece hacer gala de todo tipo de virtud.<sup>17</sup> De modo que la oralidad se percibe como una garantía de aceleración de la justicia, una manera de modernizarla. M.CAPPELLETTI subrayaba esta evolución, y consideraba que “los defectos del proceso en vigor en el continente europeo hasta la revolución francesa y hasta la codificaciones nacionales realizadas en el siglo XIX han sido, sin lugar a dudas, el fundamento de la idea de la oralidad en los países de civil law. Esta idea ha representado el símbolo del movimiento de las críticas y reformas radicales en el procedimiento existente<sup>18</sup>”

9.-Oralidad y garantías de un proceso justo<sup>19</sup>. Más allá de la celeridad que se pretende en el proceso, también se aduce una mejora de su calidad gracias a la oralidad. En efecto, se supone que se trata de una garantía más del respeto a un proceso justo, sobre todo en lo relativo al acceso a la justicia, así como al principio de contradicción. Por su menor coste, y su facilidad, la oralidad permite un mayor acceso al juez. Aun mejor, permite un contacto directo entre el juez y

---

<sup>15</sup> Vínculo que podría desaparecer según determinado tipo de reformas que reposan, sin embargo, sobre el postulado de que la práctica demuestra un uso casi absoluto por los técnicos jurídicos. El carácter obligatorio de la representación no se impone jurídicamente pero prácticamente.

<sup>16</sup> Estos últimos sólo pueden invocarse si la formalidad en cuestión se encuentra prevista en un texto o si constituye una formalidad substancial. Solo se puede aducir *limine litis* y justificando un perjuicio. No obstante, la forma a veces puede albergar exigencias fundamentales, y se puede caer fácilmente en la tentación de considerar la forma como condición de fondo para poder así aplicar el riguroso régimen relativo a los vicios de fondo, a pesar de adolecer éste de un carácter más limitado. La teoría de la inexistencia, instrumentalizada durante un tiempo, ya no sirve de recurso alguno, dado a que la Cour de Cassation la ha “rayado” en la arrêt Cass, C.M, 7 juillet 2006). Aunque las formalidades exigidas lo son so pena de nulidad, y la jurisprudencia, en este tema, suele ser bastante severa. Lo es así, por ejemplo, en la sanción de los actos realizados por orden en fase de apelación en lo social que son considerados como inadmisibles. Además, debido a un dudoso paralelismo, la jurisprudencia ha llegado a exigir, yendo aun más allá de las formas, el respeto de una cronología en la redacción en toda conclusión que sea depositada en un procedimiento oral. Una excepción de incompetencia que se plantee por escrito tras haber entrado a la defensa del fondo del asunto convierte el escrito inadmisibile (Cass.Civ.8 juillet 2004).

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure Orale et procédure écrite”, cit. p.45 « *la consecuencia natural fue una duración increíblemente larga del proceso, y particularmente, del proceso ordinario* ».

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit. p.41.

<sup>19</sup> Nota del traductor, en la versión original se utiliza la expresión « *procès équitable* », que equivaldría a la inglesa « *due process of law* ». La noción de *procès équitable* se desprende de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la aplicación de los artículos 6 y 13 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH).

las partes, lo que se supone garantía de respeto a la contradicción. Aún mayor si el juez que dicta sentencia es el mismo que escuchó a las partes y el que valoró las pruebas<sup>20</sup>¿No se dice, además, que la contradicción es el alma del proceso<sup>21</sup>? Así, aun cuando la Ordenanza de Moulins de 1566 estableció el “lettres passe témoins” por la influencia de la organización del notariado y de los secretarios judiciales, la necesidad de una discusión oral se hizo sentir necesaria muy rápidamente, tal y como señala M.H.LEVY-BRUHL, “el testigo se puede desdecir, contradecir, añadir o atrincherar en sus posiciones, presentarlas de otra manera. En fin, en él se encuentra un elemento absolutamente original que es la propia característica de la vida: me refiero a lo inesperado, lo imprevisto, lo imprevisible<sup>22</sup>”

La oralidad, por otro lado, permite asegurar una democratización de la justicia para todos aquellos actores que pudieran ser analfabetos, se deja ver y garantiza su publicidad. Este valor es común en todos los sistemas jurídicos, ya que hasta los países socialistas se preocupaban de que el proceso fuera oral para que cumpliera con su función social.<sup>23</sup> “El sistema oral se propuso en el marco de concepciones políticas profundamente distintas...no es ni liberal ni socialista, respondería, mas bien, a un ideal de justicia que es común en todo núcleo de justicia elemental, de toda ideología política democrática de hoy día<sup>24</sup>”

#### b) *El desencanto*

---

<sup>20</sup> HEBRAUD, P., *L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile*, Etudes de droit contemporain, Paris, 1959, p. 353 : « A diferencia del escrito, que por sí mismo está inerte, y no toma vida que por la cooperación voluntaria de aquel al que se dirige, ella (la oralidad) fuerza la atención; es el arma natural para discutir o convencer. Se podría añadir que, en esta función, ella llama a un sentimiento más que a una reflexión, lo que comporta ventajas, pero también, inconvenientes”.

<sup>21</sup> WAQUET, F., “Parler comme un livre”, cit. p. 284 “más que una simple disminución, la transposición de una enseñanza en un libro significa la desaparición de todo lo que había de vivo y vital en un discurso oral, de ahí vienen las palabras de “cadáver”, de “esqueleto”; de “mortificado”, o incluso, de “osamenta” que calificaban, en las citas dadas, su paso a un texto, a su impresión”

<sup>22</sup> LEVY-BRUHL, H., “*La preuve judiciaire .Etude de sociologie juridique*”, Librairie M.Rivière et cie, Paris, 1964, p.126. Esto no quiere decir que la prueba oral sea superior a la prueba escrita. V.not. p.112 “el escrito es la prueba moderna por excelencia...esta mejor adaptada a este uso, porque conserva la traza material de un suceso, de un acto, de un discurso. Además, esta traza es a menudo conforme a la realidad, de suerte que, salvo excepciones, puede referirse a ella para saber lo que ha sucedido. El escrito es más duradero, en circunstancias normales, que la memoria humana, incluso si se tiene en cuenta que este hecho haya podido contribuir a debilitar esta última, la cual, hubo un momento en el que estuvo más desarrollada y era más fiel antes de su invención...” No obstante, ella debe ser objeto de debate oral que permita confrontarla.

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit., p.82 « en los países del este el contacto directo, por lo tanto, oral, del juez con las partes se prevé ante todo como una función « social » y lato sensu de asistencia ».

<sup>24</sup> COUCHEZ, G., “La parole et l'écrit en droit judiciaire privé”, cit., p.22, y p.60.

**10.- Inseguridad de la oralidad.** Las razones que justifican la oralidad han pervivido. A partir de los años 50, P.HEBRAUD señalaba que la oralidad no podría prescindir de una solida preparación por escrito. “Una oralidad excesiva, la reducción de todo el proceso a un único debate, presenta el peligro de facilitar las sorpresas, argumentos de ultimo minuto a los que el adversario no tenga verdadera posibilidad de responder eficazmente (...) El escrito proporciona el asiento sobre el cual se desarrolle, a continuación, el debate oral”<sup>25</sup> El escrito permite asegurar las posiciones de las partes. Por ejemplo, en procesos eminentemente orales, como pueden ser la procédure de référé<sup>26</sup> o la procédure ante el Tribunal d’instance<sup>27</sup>, es habitual que los magistrados soliciten a las partes que redacten notas explicativas.

En Francia, sin ir más lejos, se observa un efecto desastroso bien distinto de lo que se esperaba con este tipo de procedimientos orales. En primer lugar, porque la palabra se la lleva el viento. Los tribunales no cuentan con la ayuda de taquígrafos, como puede haber en Estados Unidos. Los secretarios judiciales están demasiado ocupados durante la vista como para tener que encargarse además de anotar cada palabra dicha<sup>28</sup>. Además, la oralidad, se ha vendido como un beneficio para el justiciable, pero se ha constituido como una obligación, de modo que el litigante queda atrapado por la ilusión de que se le esta haciendo un favor<sup>29</sup>. Además, se presume de que el procedimiento oral, solo por serlo, respeta de por si el principio de contradicción, invirtiendo de este modo la carga de la prueba

---

<sup>25</sup> HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit., p.352.

<sup>26</sup> Nota del traductor: se trata de un procedimiento sumario que no prejuzga sobre el fondo del asunto. Se utiliza, por ejemplo, para solicitar la adopción de medidas cautelares, o medidas de aseguramiento de prueba.

<sup>27</sup> Nota del traductor: el procedimiento ante el tribunal d’instance tiene competencia objetiva para tratar asuntos que no sobrepasen los 10000euros, salvo que determinado asunto haya sido atribuido a otra jurisdicción. Además se encarga de la resolución de asuntos relacionados con el alquiler de vivienda, tutelas, así como expedientes relativos a la nacionalidad (expedición de certificados de nacionalidad, registro de solicitudes de nacionalidad francesa, etc.) ver artículos del Code de l’Organisation Judiciaire L-221-1 al 221-3.

<sup>28</sup> BARRIERE, M., “L’oralité des débats devant le Tribunal d’instance”, *Gaz.Pal.*, 1987, p.420. : « *está prohibido soñar, aún se pretende encontrar un funcionario que haya sido capaz de cumplir en un solo día con todas estas obligaciones del secretario judicial, que no solo se encarga de tareas tan dispares como el archivo de asuntos, registro de los expedientes, y documentos relativos al pleito, así como la realización de estudios estadísticos*”.

<sup>29</sup> BERNARD-MENORET, “Critique de l’oralité de la procédure prud’homale”, *Travail et Protection sociale*, n°10, 2004 ; EKOLLO F., “Le rôle des écritures dans les procédures orales”, *Gaz, Pal*, janv-février 2000, p.190 ; GAGET, M., “Les instruments d’une justice de proximité”, *Gaz.Pal, sept-oct.2003,Doctr*, p.2869 ; GENTILI, “L’utilisation des écrits dans la procédure civile orale”, *P.A*, sept.2001, n°179, p.4 ; PERROT, R., “Procédure orale :le rôle de l’écrit (à propos d’une exception d’incompétence)” *RTDCiv*,1993, obs.p.192 ; TRAVIER, B., “Le principe de sécurité juridique et les procédures orales”, *Procédures*, 2006,n°5,étude 6.

acerca de una posible violación del mismo por este motivo<sup>30</sup>, lo que en realidad comportaría un substancial perjuicio. Como el procedimiento es oral, el juez se encuentra ante la tesitura de, o bien no respetar total y plenamente el principio de contradicción, o bien tener que aplazar la vista. Las ventajas de la oralidad han ocultado, pues, sus defectos.

11.- El paso de una forma de expresión a otra. Las ventajas de la oralidad deben acomodarse a las molestias que esta genera, y a sus ilusiones. En Alemania, por ejemplo, el principio de oralidad se establece en el artículo §128 ZPO, carece de valor constitucional, y se permiten excepciones en el §129 ZPO. Estas se justifican por la necesidad de poner en práctica procedimientos rápidos y eficaces como los requerimientos judiciales de pago de sumas dinerarias (§688 y sig. ZPO) Las mismas razones que impulsaron el auge de la oralidad, militan hoy día a favor del uso de las nuevas tecnologías. Ya que, al fin y al cabo “la atención debe centrarse en el valor que tienen la oralidad y la escritura respecto del principio de contradicción. Si cada una de las partes pretende convencer al juez, el proceso debe garantizar la lealtad en el debate, debe garantizar a cada uno la posibilidad de defenderse de las alegaciones de su adversario, y por consiguiente, proporcionarle los medios de conocerlas. No se puede elevar ninguna duda sobre el principio en si mismo: la única vacilación posible es aquella referente a la vía que mejor conviene para alcanzar dicho fin<sup>31</sup>”. Parece, pues, que las nuevas tecnologías ofrecen esta tercera vía.

### ***B) Las nuevas tecnologías y la eficacia del proceso***

12.- Por una suerte de ley de sustitución, cada modelo de procedimiento se exalta y después se desacredita en aras de esta búsqueda constante de la eficiencia procesal. Tras la sucesión de la forma escrita, luego la oral, ahora toma el relevo la forma híbrida que revisten las nuevas tecnologías, las cuales se supone aportarían un soplo de aire fresco al proceso civil. Aportan celeridad (a), y calidad al procedimiento (b).

#### *a) Celeridad del procedimiento*

13.-La primera de las virtudes atribuidas a las nuevas tecnologías es, sin lugar a dudas, la de la celeridad<sup>32</sup>. Aceleran las comunicaciones, y permiten evitar problemas a la hora de computar plazos. También evitan la dificultad que se

---

<sup>30</sup> BARRIERE, M., “L’oralité des débats devant le Tribunal d’instance”, cit.

<sup>31</sup> HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit. p.353.

<sup>32</sup> WALKER, J, WATSON, G.D., “*New technologies and the Civil Litigation Process, Common Law General Report*”, Coloquio de Bahía, 2007, p.25: “*Las estadísticas muestran una tendencia general y substancial de mejoría en lo relativo a la duración de los pleitos civiles de una gran parte de los tribunales australianos, durante los últimos años*”; CROZE, H, “Le Conseil national des barreaux et l’avocat électronique”, *Procédures*, n°2, juillet 2004, Etudes 11, p. 2: “*Informatizar el procedimiento es, desde un punto de vista ideal, evitar a jueces y auxiliares de justicia toda complicación y obstáculo material para que puedan consagrar tiempo útil a la resolución de litigios en condiciones de calidad conforme a los presupuestos de un proceso justo y equitativo*”.

plantea con la interrupción de los plazos procesales en el último día tras el cierre de la secretaria judicial. En vez de instalar una máquina para que marque por impresión la hora y fecha de presentación del documento, o de tener que hacer venir a un ujier de justicia que haga constatar que la oficina se encontraba ya cerrada, el envío de un mail, o de un fax, podría bastar. Sin embargo, la cuestión relativa a la fecha de validez del acto que ha sido transmitido electrónicamente puede tener soluciones de lo más variado<sup>33</sup>. En Alemania, por ejemplo, el punto 3 del artículo §130 ZPO dispone que se estimará la fecha de recepción que haya sido registrada por la instalación informática del tribunal.

La comunicación con la Secretaría Judicial vía internet permite, a su vez, evitar desplazamientos inútiles para la celebración de audiencias meramente formales, que solo tendrían por objetivo el aplazamiento de la vista<sup>34</sup>. La instrucción “electrónica” de los asuntos civiles ofrece una eficiencia aun mayor en los intercambios, pero también en la organización del trabajo de los sujetos que participan en el proceso. Por ejemplo, ha sido bien acogida la posibilidad de solicitar, vía internet, una fecha para la vista de un procedimiento en référé. En un sentido más amplio, las nuevas tecnologías borran las distancias así como la noción de espacio en el procedimiento civil. Por consiguiente son muy apreciadas en países de gran extensión territorial, como Rusia, Brasil, o México, donde reina la que llaman “tiranía de la distancia”<sup>35</sup>.

La grabación de videoconferencias, cuando esta permitido, como es el caso de España, es también sinónimo de celeridad. Las grabaciones pueden ser reutilizadas en los recursos. Evitan tener que convocar de nuevo a los testigos para escucharlos, ahorrándose de este modo el tiempo y coste de nuevas comparecencias. Por otra parte, la celeridad se encuentra íntimamente ligada a la calidad, ya que el paso del tiempo hace perder eficacia, por pérdida de frescura en la memoria, a los testimonios respecto de los hechos a los que se refieren.

La ley alemana de 22 de marzo de 2005, sobre la modernización de las comunicaciones en materia jurisdiccional, ha hecho posible el tratamiento informatizado de los asuntos mediante el uso de un sistema de registro electrónico de los expedientes (§298 ZPO). También se permite dictar sentencia a través de fax por ordenador, con firma y sellos escaneados.

#### *b) Calidad del proceso*

---

<sup>33</sup> JEULAND, E, “Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence” , *Rév.huiss.just.dr.et proc.*,2007, pp.262 y sig., espéc.nº13, p.263 : « *La fecha considerada a veces es la fecha de envío (Bélgica), en algunos casos, como Rusia, es la fecha de recepción. En Holanda, el documento se considerara transmitido una vez que el mismo haya sido registrado por el sistema de registro de datos del tribunal, y recibido antes de las 12 am del último día del plazo. En caso de transmisión por el tribunal, la notificación se estimará realizada una vez que el tribunal haya entrado en contacto con un ordenador que no controle directamente*”

<sup>34</sup> DIDIER, G., SABATER, G., “Dématerialisation des procédures : une révolution culturelle est nécessaire ”,*J.C.P*,2008, I, 118.

<sup>35</sup> WALKER, J, WATSON, G.D, “New technologies and the Civil Litigation process”, cit. p.28.

14.- Acceso al juez. Las nuevas tecnologías serian además un factor que puede contribuir al respeto de un proceso justo y equitativo. Facilitarían el acceso al juez, serian una garantía del derecho de acceso a la jurisdicción. La proximidad al juez no es tan solo física. El acercamiento de la justicia al justiciable puede realizarse gracias al uso de las nuevas tecnologías. Por aquí se encamina la posibilidad planteada de incoar a distancia una acción ante los tribunales. Asimismo, contribuyen a la simplificación de los procedimientos todos los recursos e información que se pueden obtener en línea, como formularios con modelos de demandas judiciales, así como numerosa información, en general<sup>36</sup>. El acceso, pues, no se facilita exclusivamente a los profesionales del derecho gracias a las comunicaciones electrónicas, puesto que estas lo son también en beneficio del justiciable, tal y como se desprende de la experiencia australiana, donde se ha realizado un gran esfuerzo en materia familiar.<sup>37</sup>

Las videoconferencias aseguran la oralidad a pesar del alejamiento geográfico de los justiciables. El coste reducido del interrogatorio del testigo y su rapidez permite garantizar efectivamente el derecho a un juez. El espacio ya no importa, lo que, en parte, justificaría la reforma de la Carte Judiciaire<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> DIDIER G., SABATER, G., “Dématérialisation des procédures”, cit., question de la rédaction du JCP. « *La Cancillería defiende la idea según la cual la calidad de la justicia no depende tanto de los kilómetros que separan sino de la manera en que la justicia es impartida*”. JEULAND, E., “Ponencia presentada por Brasil sobre las nuevas tecnologías”, Congreso Internacional de Derecho Procesal civil celebrado en Bahía en septiembre de 2007: “*En muchos de los Tribunales alemanes ponen a disposición de los ciudadanos panfletos informativos, también ponen a disposición formularios que pueden descargarse en las paginas web de los tribunales en cuestión, e incluso pueden tratarse en línea partes de algunos asuntos (por ejemplo las demandas de los acreedores en procesos concursales, las solicitudes de asistencia jurídica gratuita, solicitud de tutelas o asistencia, o la petición de ejecución forzosa). Los paneles electrónicos para anunciar las audiencias son, sin embargo, raros, salvo en lo relativo a publicación de las fechas de subastas judiciales de bienes.*” “*En la jurisdicción administrativa la informática ocupa un puesto importante en lo relativo a la distribución de los asuntos. Las partes pueden consultar el estado de su expediente en el sitio internet del tribunal administrativo en el cual se tramita (sistema SAGACE). Parece que, aparte del Tribunal de Grande Instance de Paris, la Cour de Cassation, y algunas pruebas experimentales llevadas a cabo en algunos juzgados provinciales, en Francia los tribunales no administrativos no hacen uso aun de sistema semejante.*” En Austria, por ejemplo, si existe un expediente electrónico, solo se permite acceder a datos limitados, y no al contenido completo de los documentos (nombre y apellidos de las partes, fecha de inicio de la vista, fecha de la vista, recursos de apelación, etc)

<sup>37</sup> WALKER, J., WATSON, G-D, “New technologies and the Civil Litigation process”, cit. p28, “*Algunos tribunales dirigen en estos momentos sus esfuerzos en mejorar sus sistemas para una mayor satisfacción de las necesidades de los no abogados*” v. Victorian parliamentary law Reform Committee, above note 71[12.19], ver también Family Court of Australia [www.familycourt.gov.au](http://www.familycourt.gov.au) (accessed 20 october 2006).

<sup>38</sup> Nota del traductor: La carte judiciaire es la distribución geográfica y territorial de los Tribunales en Francia, que en estos momentos se encuentra en fase de reforma.

También resulta sintomático que las Asociaciones de consumidores invoquen el uso de las nuevas tecnologías para la instauración de las acciones de grupo (acciones colectivas).<sup>39</sup> La dispersión de las víctimas, y la escasa cuantía de las indemnizaciones previsibles para cada parte, necesitarían, en efecto, una disminución de los costes de la acción, así como facilidades para el ejercicio de las mismas.

Además, la ausencia de tecnicismos en los escritos electrónicos permite una redacción flexible y ligera de los actos procesales. El uso del escrito puede, al fin, ser separado de la representación obligatoria. La seguridad que ofrece la forma escrita se proporcionaría de este modo a los pequeños litigios. En efecto, una particularidad de las nuevas tecnologías es la de poder conservar un rastro de los actos procesales, lo que permite facilitar la prueba de su contenido y fecha.

15.- Respeto de la contradicción. Las nuevas tecnologías favorecerían igualmente el respeto de la contradicción. “Incontestablemente, la desmaterialización de los actos y de los documentos que se han presentado en la vista, su comunicación electrónica a todas las partes del proceso, el acceso en tiempo real y de manera simultánea a los elementos del expediente, permiten una aplicación del principio de contradicción más rigurosa, más completa, más rápida, mejor controlada por el juez, y por las partes<sup>40</sup>”

El escrito electrónico favorecería la contradicción y facilitaría su propia prueba, al contrario de lo que sucede con el intercambio oral.

---

<sup>39</sup> BAZOT, A., “Les justiciables face à la réforme de la carte judiciaire”, *D.2007*, p. 2920. Directeur de UFC-Que choisir ? : « *Una generalización de los medios informáticos y la gestión electrónica del procedimiento deberían conducir a una justicia más eficaz. En efecto, resulta anacrónico constatar que en procedimientos en los que hay centenares de personas contra un mismo profesional, ya sea en lo penal o en lo civil, sea imposible la transmisión del conjunto de los documentos relativos al proceso por vía electrónica.* ». CHABOT, G. “La cyberjustice, réalité ou fiction?” *D2003*, pp.2322 y sig., « *De esta forma internet ha facilitado la gestión de las acciones colectivas por responsabilidad que han sido interpuestas, en derecho anglosajón, contra los fabricantes de cigarrillos. La gestión vía internet de estos procedimientos tan complejos- class actions americanas o recours collectifs en Quebec- favorece la comunicación con la jurisdicción y la centralización de los actos procesales, en el caso de acciones en las que existan numerosos litigantes. Si el coste de la gestión informatizada de estas acciones resulta elevado, se verían sin embargo economizados a medida que aumentase el número de personas partes en el pleito. Esta experiencia merece ser señalada, ahora que la práctica de las acciones colectivas en Francia se encuentra aun en estado embrionario*”.

<sup>40</sup> LEGRAS, M., “La justice et les technologies de l’information et de la communication”, en “*L’administration électronique au service des citoyens*”, CHATILLON, G., DU MARAIS, B., (dir), Bruylant, 2003, p.197, y 199. También en este sentido, CHABOT, G. “La cyberjustice, réalité ou fiction ?” cit. pp.2322 y sig. : « *¿El principio de contradicción podría debilitarse de nuevo? En verdad, el carácter esencialmente escrito del procedimiento no debería alterar las virtudes contradictorias. Al contrario, el automatismo de los procesos informáticos nos parece que se adaptan al ritmo del debate contradictorio y favorece el desarrollo del mismo*”.

Un ejemplo ilustrado de lo que supone una contradicción reforzada por el uso de nuevas tecnologías se puede encontrar en la reciente reforma acaecida en Gran Bretaña. Se trata de una reforma experimental, limitada exclusivamente a la jurisdicción comercial, y que entro en vigor el pasado 1 de febrero de este año 2008, y que permite al demandado responder a las conclusiones del demandante en el mismo soporte.<sup>41</sup>Las respuestas aportadas se integran en el mismo documento y son visibles por el cambio de color o de tipo de carácter. Esto permite al magistrado tener una lectura eficaz y combinada de las posiciones encontradas. Los abogados consideran que esta herramienta permite un mejor acceso a la justicia para el justiciable, ya que así se logra una mejor comprensión de lo que se debate.

En los Estados Unidos, las conclusiones que se envían de forma electrónica contienen vínculos que dirigen a los documentos probatorios. A continuación de una frase que menciona un medio de prueba concreto, encontramos el vínculo que dirige al mismo, el cual ha sido, por ejemplo, escaneado. Este tipo de lectura del expediente es un gran logro para facilitar el trabajo del juez. La seguridad y fiabilidad de los documentos, debe ser, ciertamente, verificada, pero esto puede realizarlo otro funcionario judicial, distinto del magistrado.<sup>42</sup>

Las nuevas tecnologías, además, animan el dialogo, sobre todo gracias a las videoconferencias. Estas se permiten desde la publicación de la Ley de simplificación del derecho de 20 de diciembre de 2007, aunque de uso limitado, al estar prohibida la grabación de las mismas.<sup>43</sup>Esto también es posible en Austria desde 2004, así como en Grecia y Japón. Aseguran un intercambio muy propicio a la contradicción, tal y como señalaba P.HEBRAUD “entre el escrito y en oral, se encuentra la diferencia que existe entre la “ciencia hecha”, y una “idea en el

---

<sup>41</sup> La *commercial court* se ha vuelto autónoma con respecto a la *district court*. Fue inaugurada en Westminster y pretende responder las necesidades de justicia como elemento esencial para el buen desarrollo del comercio.

<sup>42</sup> Se trata de personal más activo que los secretarios judiciales en Francia (les *greffiers*). El auge de su función debería conducir a una uniformización de su estatuto, al menos en Europa.

<sup>43</sup> Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 *sur la simplification du droit*, artículo 25: “I.-tras el artículo L.111-11 del *Code de l'organisation judiciaire*, se inserta un artículo L.111-12 redactado como sigue : « art L 111-12- Las audiencias en las jurisdicción judicial, sin perjuicio de las disposiciones particulares del code de procédure pénale y del code d'entrée et séjour des étrangers, y del derecho de asilo, pueden, por decisión del presidente de la formación de enjuiciamiento, ya sea de oficio, o a instancia de parte, y con el consentimiento de todas las partes, pueden desarrollarse en diversas salas de audiencias unidas directamente por medios de telecomunicación audiovisual que garanticen la confidencialidad de la transmisión. Una o varias de estas salas pueden encontrarse fuera del territorio de competencia del tribunal al que se dirige el demandado. Para el desarrollo de los debates en sesiones públicas, cada una de estas salas estará abierta al público. Para los debates que se desarrollen en *Chambre de Conséil*, se procederá sin la presencia de público en cada una de las salas. Las tomas de imágenes o de sonido no pueden ser objeto, en ningún caso, de grabación, salvo lo dispuesto en el art.L.-221-1 y sig. Del *Code du patrimoine*”.

trabajo”<sup>44</sup>. Existe una virtud en la discusión oral, ya que va construyendo el debate a medida que avanza el intercambio. Esto no es posible encontrarlo en los escritos, ya que, al contrario, inmovilizan el mismo. “El sentido del procedimiento oral es doble: por un lado resulta mas rápido, concentrado, eficiente, y por otro lado, el procedimiento refleja fielmente una metodología concreta y empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y en la apreciación de las pruebas<sup>45</sup>” Desafortunadamente, este intercambio sufre reveses, ya que favorece las sorpresas y la evolución del litigio de ultimo minuto.<sup>46</sup>

16.-Desarrollo económico. El desarrollo de las nuevas tecnologías seria además un exponente del desarrollo económico. Como consecuencia de un procedimiento mas sencillo, se garantiza y se anima al intercambio comercial. “La espectacular disminución de los costes de negociación en los contratos internacionales lleva aparejada la bajada del umbral económico a partir del cual un contrato internacional es concluido”<sup>47</sup> Esto, consecuentemente, tranquiliza a los inversores.<sup>48</sup> Lo que también supone un desarrollo de las reglas transnacionales que regulan el proceso civil.

Las nuevas tecnologías se inscriben perfectamente en este movimiento tendente a un proceso modernizado, en búsqueda constante de una mayor eficacia.

Las nuevas tecnologías se presentan como la unión sagrada entre lo escrito y lo oral, una modalidad superior de expresión al servicio de los sujetos que participan en el proceso. En este sentido, a veces se describen como si fuera una especie de “oralidad secundaria”, renovada. Sin embargo, su forma hibrida traspasa la dicotomía entre lo escrito y lo oral, e invitan a plantearse la cuestión esencial del formalismo en el proceso civil.

## 2. Las formas de la oralidad secundaria

17.-“El coloquialismo en los textos electrónicos en Internet y del web podrían significar una vuelta de la oralidad”<sup>49</sup>. Se trata de saber si las nuevas tecnologías son un resurgir de lo escrito, una exaltación de lo oral, o una tercera

---

<sup>44</sup> HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit., pp.32 y sig, p.323.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit., pp.91-92.

<sup>46</sup> GRESLEY, R-N, “A treatise on the law of evidence in the Courts of Equity” Saunders and Benning London, 1836, pp.55 y sig. “*toda persona que haya vivido la experiencia de un interrogatorio de testigos (en las courts de common law- de viva voz, sabe bien que toda demanda consecutiva depende del contenido de las respuestas precedentes, y que resulta imposible que preguntas preparadas con antelación, aun formuladas con inteligencia y perspicacia, puedan ofrecer y bastar para estas variaciones y evoluciones que se dan en casi todos los interrogatorios*”.

<sup>47</sup> SCHULTZ, T., “Réguler le commerce électronique par la résolution de litiges en ligne”, cit., p.252.

<sup>48</sup> JEULAND, E., “ Ponencia presentada por Brasil sobre las nuevas tecnologías” cit. “En África del Norte, Túnez y Marruecos están implantando las nuevas tecnologías en asuntos de justicia para permitir un mejor acceso a la misma, y para crear un clima favorable a los inversores (particularmente en Marruecos)”.

<sup>49</sup> *Maîtres et disciples*, NRF Essais, Gallimard, Paris, 2003, p.40.

vía híbrida. Dicho de otro modo, ¿cuál debe ser la calificación jurídica de estas nuevas tecnologías?, ¿cuál le corresponde para determinar su régimen jurídico?. Las nuevas tecnologías se asimilan, formalmente, bien a una forma escrita no formalista, bien a una oralidad formalizada, y ambas están, alternativamente, permitidas (A). Esta constatación invita a preguntarse si la verdadera discusión no debería recaer sobre el formalismo en el proceso civil (B).

#### **A) Formas de las nuevas tecnologías**

18.- Equivalente funcional del escrito en papel. Aquí, la cuestión que se suscita es la de saber si el paso a las nuevas tecnologías supone realizar una simple equivalencia entre el escrito sobre papel y el escrito en formato electrónico, o si este paso significaría una flexibilización en las formas. A priori, aparentemente parece que esto solo afectaría al modo de transmisión del escrito. Por lo tanto, las exigencias formales deberían quedar intactas. En derecho civil, según la ley de 13 de marzo de 2000, se establece la equivalencia entre el escrito en soporte papel y el escrito en soporte electrónico. De modo que en el proceso podría resultar indiferente el tipo de soporte que contenga la manifestación de la voluntad.

19.-Escritos informales. El escrito electrónico, informal, puede ser útil en los procesos de carácter escrito, como nuevo modo de comunicación entre los jueces y magistrados. Aparte de los actos de procedimiento formales, existen, también, comunicaciones informales en el seno de un procedimiento escrito. Por ejemplo, una muestra muy reveladora de ello serían los boletines de procedimiento que informan sobre el estado de un asunto y que son dirigidos por el juzgado a los auxiliares de justicia. Aquí lo importante no es tanto el soporte, sino su modo de transmisión. Las nuevas tecnologías podrían en este sentido aportar la figura de escritos no formalizados.

Los mensajes electrónicos son “escritos hablados u oralizados”, dada la ausencia de formalidad y de la espontaneidad en su redacción, aunque esta ausencia de formalidad no siempre beneficia a su redactor. En efecto, de la misma manera que a la palabra se la lleva el viento, el escrito electrónico deja huellas. Cuando no se trata de la comunicación en sí, pero de medios de prueba, estos escritos informales son muy problemáticos, tal y como lo revela la sentencia de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation de 23 de mayo de 2007, en la que un litigante se vio oponer una prueba obtenida a través de SMS.<sup>50</sup> Esta prueba no se consideró desleal porque la parte no podía ignorar que el mensaje se registraba en la memoria del teléfono. La palabra, el habla espontánea, precipitada, queda atrapada.<sup>51</sup>

20.- Escritos “oralizados”. Las nuevas tecnologías pueden dejar entrever una nueva perspectiva de procedimientos informales que no supondrían aligerar el

---

<sup>50</sup> Cass. Soc. 23 mai 2007, *JCP*, G, 2007, I, 200, especialmente obs. AMRANI-MEKKI, S., II, 10140, note WEILLER, L., *JCP*, S, 2007, 1639 ; Comm, BEAL, S., FERREIRA, A., *D*, 2007, p.2285 ; n..CASTETS-RENARD, C.; *Gaz.Pal.* 1<sup>o</sup>-2<sup>o</sup> juin 2007, p.1598 , obs. FABRE, A., *Procédures*, comm.182, obs. PERROT, R .

<sup>51</sup> El teléfono móvil favorecería lo escrito y lo oral, la comunicación queda en él inmovilizada. V. FERRARIS, M., *T'est où ? Ontologie du portable*, Albin Michel, Paris, 2006.

procedimiento escrito, sino más bien reforzar el procedimiento oral. En efecto, en los procesos de forma oral sin representación obligatoria, los magistrados subrayan a menudo que a penas tienen tiempo de comprender qué es lo que pretenden los justiciables, que confusos, no logran sintetizar su pensamiento. En la práctica, no es raro que el magistrado aplase la vista y solicite a su vez la redacción de notas escritas a los justiciables. Así lo refería M.RAYNAUD “al cabo de una hora nadie comprendía nada de nada, cada una de las partes no sabía ya qué es lo que querían las otras, y aquí su servidor, aun menos. Yo les dije “de aquí a 8 días, me escriben ustedes una pequeña nota porque si no, no habrá manera de deshacer este embrollo””<sup>52</sup>

El recurso a las Maisons de Justice<sup>53</sup> o a los eventuales centros de proximidad, son bien aceptados para ayudar a las partes a que se expresen.<sup>54</sup> Se pretende de ellos que realicen una labor previa de preparación antes de presentarse en la audiencia.

Frente a la nota escrita no formal, la comunicación entre el juez y las partes podría ser más fluida, rápida y eficaz si esta se realizara vía internet mediante un intercambio de mensajes electrónicos. El escrito electrónico encontraría de este modo su lugar como una nueva forma de oralidad, una oralidad secundaria. Pero si el escrito se oraliza, a la inversa, lo oral se formaliza un poco más.

21.- Lo oral materializado. De una nueva forma de escrito, se pasa ineluctablemente a una nueva forma de oralidad en la que las videoconferencias serían un ejemplo perfecto. Estas últimas permiten el desarrollo de una audiencia a distancia, y se encuentran expresamente autorizadas por el Reglamento comunitario de 28 de mayo de 2001 (art.17-4). La oralidad que resulta de ellas es, sin embargo, secundaria. Se acerca, en primer lugar, al escrito ya que su contenido se encuentra “inmovilizado” en las grabaciones (¿del scripta manent a la voca manent?). Si bien la grabación de las mismas queda claramente prohibida por la ley francesa de 20 de diciembre de 2007, en España, sin embargo, se utilizan las videoconferencias desde la promulgación de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Las ventajas que ofrecen son numerosas. Permite una nueva escucha en el momento de la deliberación en caso de duda sobre lo que se dijo, o sobre la manera en que se dijo. Además, su reutilización en caso de recurso supone un ahorro de costes en nada despreciable. La perennidad y la seguridad del escrito se encuentran, como se ve, en esta oralidad secundaria.

---

<sup>52</sup> RAYNAUD, M., « Table ronde », *La parole et l'écrit en droit judiciaire*, XIV<sup>ème</sup> colloque des IEJ, Reims 3, 4 et 5 juin 1982, Presses Universitaires de Reims, sous l'égide de l'association française de DJP, Reims, 1985, p.44.

<sup>53</sup> Nota del traductor: las Maisons de Justice en Francia son lugares donde se ofrece asesoramiento jurídico gratuito en diversos ámbitos del derecho, así como servicios de mediación. Dependen del Ministerio de Justicia y de los Ayuntamientos. Fueron creadas para acercar la justicia a los ciudadanos.

<sup>54</sup> BAZOT, A., “Les justiciables face à la réforme de la carte judiciaire”, cit. Director de UFC-qué choisir?: « *Estimamos que el desarrollo de las nuevas tecnologías para la realización de trámites en línea debe acompañarse de la puesta a disposición de medios materiales y técnicos que estén al servicio de todos los usuarios y consumidores. Los centros de proximidad que proponemos permitirían esta puesta a disposición en beneficio de todos los justiciables*”

La asimilación al escrito se produce por la distancia que media entre el emisor y el receptor del mensaje. “La” video-audición” podría no permitir al juez de hacerse con la idea exacta de la persona que la vierte”<sup>55</sup> Las videoconferencias tienen lugar, ciertamente, en idéntico momento. Sin embargo, se corre el riesgo de romper el contacto físico y directo entre los actores del proceso debido a la distancia existente. La distancia, así como la fijación de lo que se dice, son también atributos del escrito. La oralidad reproduce, pues, particularidades del escrito.

22.-Forma híbrida de las nuevas tecnologías. Dicho de otro modo, las nuevas tecnologías empañan la distinción entre el oral y el escrito, constituyendo soportes híbridos. Estos escritos no formalizados siempre han existido, así como las comunicaciones orales no directas. El contacto telefónico entre magistrados y abogados son frecuentes en Alemania. En Francia, también existe esta costumbre en aquellas jurisdicciones en las que el número de representantes es limitado. Se crean vínculos entre los magistrados, procuradores o abogados aux Conseils (Cour de cassation et Conseil d'état), lo que facilita estos tramites informales. Estos, aunque antiguos, salen a la luz por la aparición de las nuevas tecnologías que proporcionan una virtualidad de uso importante. A decir verdad, las nuevas tecnologías, entre el escrito y lo oral, no crean una problemática nueva. Exacerban las dificultades recurrentes del proceso civil. Principalmente, detrás del problema relativo a la manera de manifestar la voluntad en el proceso civil, se encuentra la exigencia de un formalismo procedimental.

### ***B) El formalismo en el proceso civil***

23.- Parece que el formalismo y el proceso civil son consubstanciales (a). La aparición de un nuevo modo de expresión, renueva el debate de su consistencia (b)

#### *a) Formalismo escrito, y formalismo oral*

24.-Definición de formalismo. El formalismo proviene del derecho romano, en el cual la validez de los actos realizados dependía de la observación de las formas requeridas. El formalismo, según J.FLOUR, “no aparece que tanto el consentimiento debe ser envuelto en un sobre estrictamente determinado por la ley, de tal modo que, si las prescripciones edictadas por esta no han sido respetadas, la manifestación de voluntad resultaría ineficaz jurídicamente en un determinado nivel<sup>56</sup>” El formalismo tiene un lugar importante en el proceso civil. Justificaría, particularmente, la especificidad de los actos de procedimiento.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> GAUTIER, P.-Y., V° Internet, in *Dictionnaire de la Justice*, L.CADIET (Dir.), PUF, Paris, 2004.

<sup>56</sup> FLOUR, J., “Quelques remarques sur l'évolution du formalisme”, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mélanges RIPERT, LGDJ, Paris, 1950, T.I, pp.93 y ss. V.égál. GENY, F., *Science et technique en droit privé positif*, t.3, Société de Recueil Sirey, Paris, 1925, n°203, p.98 ; CORNU, G., “Formalisme”, en *Vocabulaire Juridique*, cit. : « *El formalismo es una exigencia de forma llevada al mas alto nivel (se habla de formalismo substancial), que consiste en subordinar la validez de un acto (llamado solemne) en el cumplimiento de formalidades determinadas (requeridas so pena de nulidad absoluta)* ».

<sup>57</sup> Contra, considerando que el acto procesal es un acto juridico como otro : CORNU, G., note precitada, D.1977, p.126 ; CORNU, G., FOYER, J., *Procédure*

Según la teoría procesalista, los actos procesales se distinguirían de los meros actos jurídicos de derecho civil, por la idea de que es el legislador el que impone un formalismo que suplanta el rol de la voluntad. Mientras que la voluntad es quien genera, ella sola, los efectos del acto jurídico, en el proceso estos no se producirían con el único concurso de la voluntad. Los efectos serían causados por el formalismo y solamente se provocarían por la voluntad. “El efecto de derecho no está aquí directamente ordenado por la voluntad, pero por la forma elegida<sup>58</sup>”

Esta teoría, debe ser matizada según el tipo de acto al que nos refiramos. Respecto de los actos directivos, cuya finalidad sería hacer avanzar el proceso para obtener un juicio, formalistas, y sometidos al poder del juez, se oponen los actos dispositivos, los cuales persiguen renunciar a la justicia del estado. Para estos últimos, el rol de la voluntad es más importante, y la asimilación a los actos jurídicos civiles se realiza de forma más liviana. “La voluntad del autor de un acto directivo debe necesariamente encontrar su límite en las prerrogativas del juez destinadas a dirigir la instancia para que esta encuentre su desenlace en un juicio, mientras que la voluntad del autor de un acto dispositivo, aun cuando esta quedaría enmarcada en los límites de poder del juez, se impone, sin embargo, a este, en la medida que se orienta hacia un fin que el legislador pretende favorecer<sup>59</sup>” Sin embargo, es corriente considerar el proceso como formalista. El

---

*Civile*, 2<sup>ème</sup> éd ;PUF,Paris, coll Themis, 1996, spéc.n°84 p.374 ; .de BIEVILLE, M., *Les nullités des actes de procédure en matière civile*, thèse dact, Paris,1944,p.9 : « *Acabamos de desentrañar el carácter esencial del acto de procedimiento : el elemento voluntario, que lo califica como un acto jurídico propiamente dicho*»; DENTI, V., “Rapport général sur l’inexistence, nullité et annulabilité dans la procédure civile et pénale”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t;14, 1961-1962, p.672; VERDOT, R., HEBRAUD, P., *Rép.D.Civ.*, V° Acte spéc. n°82: « *los actos formalistas, como lo son los actos procesales, colocan en un primer plano el elemento externo; pero no dejan de basarse sobre una voluntad, por lo que se hace necesaria la verificación de las condiciones de capacidad, y de representación, la ausencia de vicios, y de interpretación*”. HERON, J. *Droit judiciaire privé*, 3<sup>ème</sup> éd. Éd.par LE BARS, T., Montchrestien, Paris, 2006, n°180, p.147 ; JEULAND, E, *Droit processuel, Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, Paris, 2007, n°423 p.368 ; LEBORGNE, A., « Acte de procédure », *Rép. D.proc.civ.*, n°4,2005; GUINCHARD, S., FERRAND, F., *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, Dalloz, 28<sup>ème</sup> Ed., Paris, 2006, n°737, p.649.

<sup>58</sup> MULLER, Y., *Contrat judiciaire en droit privé*, Thèse dactylographiée, Paris, 1995, pp.367-368, V. égal. TOMASIN, D., “Remarques sur la nullité des actes de procédure”, en *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, Université de Sciences Sociales, Toulouse, 1981, p.870 : « *El efecto de derecho no está ordenado por la voluntad, pero por la forma elegida. Esta última es el intermedio obligatorio entre la voluntad y el efecto buscado* »; E.T.LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 5<sup>ème</sup> éd., 1992, n°102, p.216.

<sup>59</sup> MAYER, L., *L’acte de procédure*, Thèse Paris I, 2007, spéc.n°438. Esta distinción entre actos directivos y dispositivos la retoma el Prof. L.Cadiet, en el lo concerniente a los actos convencionales entre las partes ; CADIET, L.: “Les accords sur la juridiction dans le procès”, en *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, ouvr. Coll. Sous la dir. ANCEL, P., RIVIER, M-C.*, Economica, Paris, 2001, p.52 s.;V. también HUC, T., *Du formalisme romain*, Typographie Bonal et Gibrac, Toulouse, 1861, p.9 : « *¿No lo es, asegurándose la voluntad de las partes, la regularidad del acto, y su conformidad a las reglas de la ciudad ? y, para eso, no es necesario que intervenga en el acto*

vínculo que pudiera existir con el modo de expresión había sido poco estudiado hasta que las nuevas tecnologías reavivaran la cuestión.

25.-¿Exclusión de la oralidad?. No existe un vínculo automático entre formalismo y escritura. El formalismo supone el respeto de las formalidades, que pueden ser tanto escritas como orales<sup>60</sup>. De hecho, se ha podido oponer la formalidad al escrito reduciendo la forma a “todo hecho exterior y sensible, que, no teniendo su razón de ser ni en un principio racional ni en una necesidad social, tiene por objetivo subordinar la creación o extinción de derechos a su cumplimiento<sup>61</sup>” La venta de un inmueble se haría así por gestos en el cual el vendedor manifestaría su voluntad de empujar el bien, mientras que el comprador se enrollaba en el suelo para manifestar la adquisición de la propiedad.

Sin embargo, algunos autores consideran que los procesos seguidos en jurisdicciones de excepción, son orales por no ser formalistas. “En efecto, si sobre el plano teórico, la distinción clásica del derecho civil entre el negotium y el instrumentum conserva todo su interés en el procedimiento, en la practica, el acto de voluntad de un litigante queda desprovisto de valor mientras no haya encontrado su expresión en el escrito previsto al efecto, a pesar de ello esta matización pierde fuerza cuando se trata de procedimientos no formalistas de los tribunales de excepción<sup>62</sup>” Esta asimilación del formalismo a lo escrito se comprende en la medida en que la única formalidad exigida es la de la expresión oral. Más allá de este soporte de la voluntad, ninguna forma sacramental es exigida.

Ahora bien, no se puede reducir el formalismo a su expresión escrita. “Por lo que, poco importa el vector de las pretensiones o los medios, es la levedad del formalismo la que debería impregnar este procedimiento. La parte podría, pues, emplear alternativa o cumulativamente el escrito o las palabras, las dos están en

---

*jurídico planteado por las partes...el notario, en efecto, es un representante de la autoridad pública cuando dota a un acto la formula ejecutoria, se puede decir lo mismo de los tribunales cuando vuelven ejecutivas las convenciones adoptadas”.*

<sup>60</sup> MAYER, L., “L’acte de procédure, Thèse” spéc.n°101 : « la exigencia de oralidad constituye en efecto una exigencia de forma, a partir del momento en que la formulación oral del acto en la audiencia es, en estos procedimientos, el único modo admitido para manifestar la voluntad del litigante”. CORNU, G. “Formalité”, “Vocabulaire Juridique”, cit.: la formalidad se define como una operación consistente en la realización de actos diversos que la ley exige en distintos ámbitos (formalidades administrativas, formalidades procedimentales, etc) pero con fines y sanciones variables”. Ver también ANDRIEUX, J-P., V° “Formes et procédures”, in *Dictionnaire de la cultura juridique*, ALLAND, D., RIALS, S., (Dir) PUF, Paris, 2003: « La forma requerida por el derecho ad substantiam puede ser oral (contrat verbis), escrita (contrat litteralis) o real (contrats re) y el principio se ha deducido del Digesto »

<sup>61</sup> HUC, T., *Du formalisme romain*, cit. p.7.

<sup>62</sup> GUINCHARD, S., FERRAND, F., “ Procédure civile” cit., n°737, p.649. V. égal. Una opinión menos categórica, LAGARDE, X. “Formalismo”, in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET, L., (Dir), cit. “*Generalmente, y salvo pervivencia del pasado (por ejemplo, la necesidad de esperar que tres velas se consuman antes de declarar el cierre de una venta por subasta de un bien inmobiliario), las formas impuestas son formas escritas*”

pie de igualdad y producen los mismos efectos<sup>63</sup>” Como prueba, cuando el Code de procédure civile dispone que el procedimiento es oral, la Cour de Cassation considera que la oralidad se convierte en una formalidad. Impone, entonces, el respeto de la oralidad para que los actos procesales sean considerados validos. La Cour de Cassation multiplica sin embargo, a placer, excepciones a esta formalidad oral generando dudas sobre su consistencia. Según un sector de la doctrina<sup>64</sup>, lo oral sería una especie de favor hecho a las partes, pero no una obligación, lo que no la convertiría, pues, en una formalidad.

26.- La finalidad del formalismo. El formalismo en el proceso, la mayoría de las veces, es evidentemente protector. Así, en los procesos orales la simplicidad de la forma oral protegería al justiciable, ya que le garantiza una proximidad con la justicia. “En su principio, el formalismo es protector de los derechos del justiciable; este obstáculo es también garantía de buena justicia<sup>65</sup>” Si este formalismo pierde su objetivo por una jurisprudencia excesivamente rigurosa que acaba por convertirlo en una trampa, una ilusión, se produce entonces un efecto perverso de algo, que sin embargo, pretendía ser un ejemplo de formalismo “flexible”.

Igualmente el escrito es una manera de formalizar la protección de las partes por la información que contiene y que proporciona. Se habla en este caso de formalismo informativo<sup>66</sup>.

El formalismo, por otro lado, puede ser directivo, como lo es en el caso de la exigencia relativa a la presentación formal de conclusiones escritas. El vínculo se realiza en este caso entre formalismo y eficacia del procedimiento. El rigor en la redacción facilita el trabajo de los magistrados. Así, se preconiza en apelación el imponer una separación de los motivos y del dispositivo en las conclusiones, lo que supondría una exacerbación del formalismo. “La reforma consistiría en introducir en el Nouveau Code de Procédure Civile un artículo que contuviese las

---

<sup>63</sup> GENTILI, C., *L'écrit des parties et le procès oral*, Procédures, décembre 2007, Etudes, 24, spéc.n°2.

<sup>64</sup> JEULAND, E., “La place de l'écrit dans la procédure orale”, *Bull. inf. C.Cass, hors série* 1994, n°3, p.39 y ss. ; AMRANI-MEKKI, S., obs. sous Cass. Soc, 14 mars 2007, *JCP*, G, 2007, I, 200, n°é’, Contra, PERROT, R., *RTD Civ.* 1993, p.193, *Procédures* 2002, comm.181.

<sup>65</sup> CADIET, L., JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup>. Ed. Litec, Paris, 2006, n°16, p.9.

<sup>66</sup> LAGARDE, X., “Formalismo”, en “Dictionnaire de la Justice”, cit. “*Por lo demás, el objeto de las reglas procesales es el de garantizar un desarrollo del proceso en condiciones equitativas, lo que supone, esencialmente, el respeto de “la igualdad de armas”, definida como “la posibilidad razonable (para una parte) de exponer su causa en condiciones que no la sitúen en desventaja en relación con la parte adversa)”*, y, de manera general, el respeto de los derechos de defensa. Con el fin de asegurar la efectividad de estas exigencias, importa que las partes sean claramente informadas sobre el objeto y evolución del proceso. Para hacer llegar la información, la solución formalista presenta ventajas: de ahí, por ejemplo, las menciones obligatorias que constan en la comunicación de la demanda que permiten al demandado identificar quién le esta requiriendo en un proceso, y por qué motivos, la precisión de los plazos procedimentales, la información sobre las vías de recurso de que disponen las partes, etc.”

reglas aplicables en materia de presentación de las conclusiones en apelación y de los documentos que se presentan en apoyo de las mismas. Otro artículo sería consagrado a las sanciones susceptibles de aplicación de caso de no cumplimiento de las normas así edictadas<sup>67</sup> Estas exigencias de precisión, de concisión, y de orden, podrían imponerse al oral aun en el caso de que las ausencia de representación y asistencia letrada las volviera de difícil respeto.

¿Cómo se acomodan, pues, las nuevas tecnologías al formalismo?

*b) Formalismo y nuevas tecnologías*

27.- Indiferencia de las nuevas tecnologías. Tres vías son plausibles y posibles en lo concerniente a las relaciones del formalismo y las nuevas tecnologías. En primer lugar, podría resultar en todo indiferente para las nuevas tecnologías, y se calcaría el régimen relativo al escrito o al oral, según su utilización.

El escrito y el oral, no dejan de ser, en efecto, más que modalidades de manifestar la voluntad en el proceso civil. Entre estas formas de expresión, la elección retenida se sitúa a veces en beneficio de un formalismo particular. “Rigurosamente entendido, (el formalismo) no es caracterizado que en el caso de que las partes en un acto no sean libres de elegir la forma necesaria para expresar su voluntad<sup>68</sup>” Así, la demanda “obedece a un formalismo que resulta de la naturaleza misma del acto, y no depende del carácter oral o escrito del procedimiento<sup>69</sup>” Podría, entonces, ser totalmente indiferente el soporte electrónico de cara al formalismo. Si el escrito en papel se asimila al escrito electrónico, las formas, entonces, deberían reproducirse escrupulosamente.

28.-Del formalismo al consensualismo. En segundo lugar, las nuevas tecnologías podrían ofrecer una puerta de entrada al consensualismo en el proceso civil. El acto consensual es “un acto jurídico, un contrato, o una convención, que puede concluirse, según la voluntad de los interesados, bajo una forma cualquiera, y respecto del cual se dice que resulta exclusivamente del intercambio de consentimientos, de modo que las voluntades se acuerdan de una manera u otra, bien por escrito, (en documento privado, acto auténtico), bien oralmente, incluso tácitamente<sup>70</sup> Lo importante es que la voluntad sea conducida hasta su destinatario, poco importa su modo de expresión. Así, si la ley o la jurisprudencia exigen en ocasiones una cierta consistencia en los actos de procedimiento, es con el fin de garantizar la seguridad jurídica. La cuestión es, por lo tanto, más bien una cuestión de prueba sobre el contenido de la voluntad, que la de su modalidad de expresión. Por eso, en caso de desistimiento, o de allanamiento, la importancia del acto que pone fin a la instancia impone que sea por escrito, aunque se estima suficiente por medio de declaración oral, si esta asegura su modo de prueba. La seguridad puede también obtenerse por la expresión oral. Las nuevas tecnologías

---

<sup>67</sup> CHAZAL DE MAURIAC, R., “ La structuration des écritures”, in *L’efficacité au service de la justice*, *Gaz. Pal.* 20 nov. 2007 pp.13 y ss. spéc. p.14.

<sup>68</sup> LAGARDE, X., “Formalisme”, cit.

<sup>69</sup> GENTILI, C., *L’écrit des parties dans les procédures orales*, op.cit. spéc. n° 18.

<sup>70</sup> CORNU, G., “ Consensuel”, in *Vocabulaire juridique*, op.cit.

en esto aportan nuevos medios de comunicación cuyo mérito consiste en ser simples y además dejan rastro de su uso<sup>71</sup>. Podrían así simplificarse los intercambios, privilegiando el *negotium* sobre el *instrumentum*, mediante la decadencia del formalismo traduciéndose por una indiferencia en la forma de expresión. De este modo no habría necesariamente consensualismo, pero un formalismo menos pesado, o un consensualismo dirigido<sup>72</sup> Es en este sentido que la Cour de Cassation propone, en su memoria anual, que el juez tenga en cuenta en los procedimientos orales “los escritos de las partes, según las modalidades que surjan por la evolución sociológica y las tecnologías contemporáneas<sup>73</sup>” La oralidad ya no es una formalidad impuesta, pero una manifestación posible de la voluntad.

Además, las nuevas tecnologías tienen el mérito de sacar a la luz actos procedimentales no formalistas que son fruto de la práctica de los Tribunales. Las nuevas tecnologías descubren una imagen flexible del intercambio entre el magistrado y las partes. Menos marcado por la dirección del juez, el lugar que se deja al diálogo informal es más importante. “Incluso si una intervención legislativa o reglamentaria puede ser necesaria para suavizar el formalismo procedimental, no hay duda de que las mejores iniciativas tomadas en este ámbito son las que llevan a cabo los profesionales, ya sean magistrados o auxiliares de justicia<sup>74</sup>”. Estos actos son hoy más visibles, ya que la aparición de las nuevas tecnologías ha puesto en tela de juicio el problema del estatuto de una conversación telefónica o del envío de un mensaje electrónico. Así, el iCourtLab, creado en el año 2006 en Singapur, experimenta con las nuevas tecnologías, y pone a punto “the web-based desktop video conferencing”, es decir, una comunicación entre abogados y secretario judicial vía teléfono móvil<sup>75</sup>.

La ausencia de forma no impide conferir algunos efectos de derecho a dichos actos, como podrían ser la posibilidad de interrumpir un plazo de expiración de la instancia mediante un email que manifestara un verdadero impulso procesal.

---

<sup>71</sup> En Alemania, le § 371 a. ZPO precisa que los escritos electrónicos tienen la misma fuerza probatoria que los actos reflejados en documentos privados. Aunque el alinea 2 dispone que en el caso de ser emitidos por el tribunal dentro del límite de sus funciones, tendrán la fuerza probatoria del acto auténtico.

<sup>72</sup> El Reglamento interior unificado de la Abogacía recuerda así en qué consiste el secreto profesional (art.2.2: sea cual fuera el soporte, material o inmaterial (papel, fax, vía electrónica...) la confidencialidad necesaria de las comunicaciones “sea cual fuera el soporte” (art.3-1), o las modalidades de comunicación por teléfono, o de correo electrónico con el adversario en vistas de alcanzar una solución amistosa (art.8-2).

<sup>73</sup> *Rapport de la Cour de Cassation 2003*, spéc. p.17, et *Rapport de la Cour de Cassation 2006*, spéc.p.12.

<sup>74</sup> CROZE, H., “Le Conseil National des Barreaux et l’avocat électronique”, cit.

<sup>75</sup> WALKER, J., WATSON, G-D., “New technologies and the Civil Litigation Process”, cit., p.27: “Las audiencias por teléfono, y la videoconferencia han aumentado la eficiencia, pero se presenta el reto de la valoración de la prueba o de lo sometido de este forma, en relación con lo que se ve y se oye cara a cara”

De ahí a considerar que el consensualismo gana el procedimiento civil, solo hay un paso.

29.-Un formalismo paradójicamente más riguroso. En tercer lugar, paradójicamente, las nuevas tecnologías hacen temer el resurgimiento de un formalismo arcaico. El Reglamento Interior Unificado de la Abogacía enseguida ha percibido la necesidad de regular las nuevas tecnologías en lo que refiere al secreto profesional, la confidencialidad, las obligaciones del abogado en la indicación de la dirección de internet, etc.

Además, la práctica se encuentra frente a problemas de nueva índole, y se tiene la tendencia a ser aun más exigente que con los escritos ordinarios. De ahí la dificultad que se plantea con las comunicaciones electrónicas operadas por una sociedad de abogados. Cuando un abogado cambia de estructura, pero es la sociedad la destinataria de los mensajes electrónicos, la cuestión que se plantea es la de saber si el asunto permanece en la estructura, o si por el contrario sigue al abogado en su nueva sociedad.<sup>76</sup> Actualmente se debe proceder a una nueva certificación: bien para el abogado que ha cambiado de estructura si éste conserva la dirección del asunto, o bien para el abogado que ha sido designado para llevar el asunto que conserva la estructura. Pero, cuando el procedimiento es escrito, basta una constitución en el sitio y lugar, que no es ni siquiera necesaria si es la estructura quien conservó el expediente. La preocupación por garantizar la seguridad de las comunicaciones correría el riesgo de limitar la seducción generada por las nuevas tecnologías, convirtiéndolas paradójicamente más formalistas<sup>77</sup>. En este sentido las nuevas tecnologías marcarían un retroceso hacia un procedimiento romano-germánico, una regresión<sup>78</sup>. Así, si la tecnología facilita el trabajo del abogado que puede obtener una fecha en référé fácilmente, sin embargo impide a continuación de poder modificar la rigidez del sistema.

En Alemania, si el §130 ZPO permite desde 2001 el uso de escritos electrónicos, es siempre con el uso de firma digital certificada, según lo establecido en la ley sobre firma electrónica.

---

<sup>76</sup> REBBOH, S., “La mise en état électronique”, in *L’efficacité au service de la justice civile, 4<sup>ème</sup> entretiens du Palais, Gaz. Pal.* 25-27 novembre 2007, pp ;5 et s., espec. p.7 : « *Quien en una SCP, o en una SELARL, en una asociación, va a recibir los mensajes? Más delicado aun, ¿ qué sucede cuando existe una modificación de la estructura a la que pertenece el abogado constituido? ¿Qué sucede cuando este abandona una estructura en la que lleva un asunto cuando es la estructura la que recibe los mensajes que conciernen ese asunto específico? Los asuntos, ¿se quedarán en la estructura? ¿O seguirán al abogado a su nueva estructura?* »

<sup>77</sup> En este sentido, NORMAND-BONNARD, X., “La mise en état électronique”, in *L’efficacité au service de la justice civile, 4<sup>ème</sup> entretiens du Palais, Gaz. Pal.* 25-27 novembre 2007, pp.8 y sig., espec. p.11, JAMIN, C., “Rapport de synthèse”, in *L’efficacité au service de la justice, op.cit.*, pp.63 y sig., espec.p.67 : « Nos podemos preguntar, como lo hace M.NORMAND-BONNARD, si el perfeccionamiento de la técnica no engendraria en ocasiones exigencias jurídicas superiores que las que existían anteriormente, lo que hace cuestionarse de nuevo la relación coste, ventajas »

<sup>78</sup> JEULAND, E., « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », cit. p.263.

Las nuevas tecnologías ofrecen una nueva posibilidad para manifestar la voluntad que lleva a renovar la cuestión del formalismo en el procedimiento civil. Técnicamente, la herramienta no es neutra, porque no es reductible ni al escrito ni a lo oral. Calificada de oralidad secundaria, no posee, sin embargo, de alma. Sería una oralidad sin cuerpo, desencarnada, despersonalizada.

## II. UNA ORALIDAD DESENCARNADA

30.- Las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías sobre soporte electrónico a la oralidad corren el riesgo de constituir un anzuelo procedimental. Bajo la excusa de que aportan simplicidad, rapidez y eficacia, caracteres propios a la oralidad, estas, sin embargo la privan de su alma: el contacto con los protagonistas del proceso. Esta despersonalización impide plantear un equivalente funcional con el escrito o el oral. Esta tercera modalidad de expresión de la voluntad en el proceso ofrece una novedad seductora para determinados actos, para determinado tipo de procedimientos, pero es dudoso que pueda incitar la creación de un procedimiento exclusivamente electrónico. Esta forma de oralidad incorpórea debe, pues, ser apreciada (1), para juzgar su justo lugar en el proceso civil (2).

### 1. **Apreciación de la oralidad secundaria**

31- “El saber comienza en la conversación y termina en la conversación (...), el saber se adquiere mejor por las orejas que por los ojos<sup>79</sup>” Las nuevas tecnologías tienen, ante todo, por escollo el de cortar el contacto directo entre los protagonistas del proceso. Ahora bien, ese contacto es esencial para que la oralidad sea efectiva, y constituye incluso un principio del procedimiento en los procesos ibéricos. El principio de intermediación, que se traduce por el principio de presencia es común en todos los procedimientos, incluso si su formulación no está claramente delimitada (A). Además, ellas cambian sensiblemente las tareas de los actores del proceso (B) de suerte que, todo, tanto el escrito, como lo oral, contienen en si el defecto de sus ventajas.

#### *A) El principio de presencia*

32.- La determinación de la consistencia del principio de presencia (a) permitirá estudiar su alteración por las nuevas tecnologías (b)

##### *a) Consistencia del principio de presencia*

33.-Principio de presencia en los procedimientos ibéricos. Las nuevas tecnologías responden a la inquietud de dar proximidad, simplicidad y accesibilidad a la justicia, características también atribuidas a los procedimientos de forma oral. Es por esto que a veces se califican de oralidad secundaria. No obstante, el alma de la oralidad parece haber desaparecido.

La oralidad atrae porque permite un contacto directo entre el juez y los justiciables, lo que asegura el respeto de la contradicción, y otorga publicidad al procedimiento. Ahora bien, este contacto se ve alterado por las nuevas tecnologías. Cuando se trata de intercambios electrónicos, a pesar de que exista un respeto a la contradicción, y haya un automatismo en las comunicaciones, que

---

<sup>79</sup> GUAZZO, S., cité par WAQUET, F., *Parler comme un livre, L'oralité et le savoir XVIè-XXè siècle*, Albin Michel, coll. *L'évolution de l'humanité*, 2003, spéc.p.296.

pueden realizarse simultáneamente (chat), faltaría esta presencia física. La fría pantalla del ordenador constituye una barrera, lo que permite fácilmente la simulación. Cuando se trata de videoconferencia, el contacto físico también se encuentra ausente. “Un procedimiento en su integralidad virtual es incompatible con esta exigencia de contacto directo entre el juez, las partes, y la prueba. Es cierto que con las web-cams, y similares, el juez “podría” ver las partes, testigos, y peritos, pero aun así faltaría el carácter directo de este contacto<sup>80</sup>.” La distancia geográfica coloca un espacio emocional con el resto de los protagonistas del proceso. Ni siquiera es posible suplirlo con la práctica al uso de colocar una pantalla del tamaño de la pared que permita ver los protagonistas de cuerpo entero.

Los procedimientos ibéricos establecen el principio de intermediación, traducible en Francia por el principio de presencia<sup>81</sup>, y es aquel por el cual debe haber una reunión física entre el juez y las partes<sup>82</sup>. El juez debe escuchar las alegaciones de las partes, experimentar las pruebas frente a él, y debe ser además la persona que juzgue. La norma es importante, ya que si se interrumpe la instancia, o esta se suspende, habrá que asegurarse de que sea el mismo juez el que retome el desarrollo del proceso, y en caso contrario, recomenzar lo realizado. Este principio, además, se sanciona con la nulidad de lo actuado, de pleno derecho, pudiendo ser declarado de oficio por el juez, sobre todo en caso de recurso. La sanción es rigurosa, lo que revela la importancia de la norma.

34.-Principio de presencia en otros sistemas procesales. Si bien un principio de estas características no existe en todos los países, conviene cuanto menos señalar que se encuentra subyacente. Así, en los procedimientos de Common Law, influenciados por las obras de J.BENTHAM, retoman su substancia. Según este autor, “ningún escrito se recibe en nombre de una parte que en el carácter de declaración, y como acta de declaración oral en el caso de que la comparación personal no hubiere sido posible, o como suplemento al testimonio oral en la sesión inicial (...) Cada causa es oída del principio al final por el mismo

---

<sup>80</sup> GASCON INCHAUSTI, F., *Les nouvelles technologies dans les procès civils*, in Colloque de Bahia, septembre 2007.

<sup>81</sup> JEULAND, E., « L'arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », cit., pp.262 y sig.

<sup>82</sup> Así, el artículo 137 de la LEC, dispone: *Presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas. 1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebraren siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto. 3. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones ». CORTES DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, T 1, Practica jurídica, Tecnos, Madrid, 2000, spéc. p. 234 « El principio de intermediación significa que el juez se halla en contacto o comunicación directa con las partes o con los materiales del proceso, a medida que se van produciendo, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto ».*

juez. El mismo que recoge las pruebas, pronuncia su decisión<sup>83</sup>». La importancia del contacto humano es aún más fuerte en los sistemas de Common Law, como los Estados Unidos, que funciona con el jurado popular. La fuerza de persuasión es más grande con la presencia física. La emoción cuenta con un lugar particular, es por esto que en Japón, por ejemplo, se haya instaurado hace poco<sup>84</sup> un jurado de estas características en materia penal, lo que, por otro lado, ha sido objeto de críticas. La eficacia de la cross examination puede depender de esta presencia física de los protagonistas del proceso. Hay, además, un juego físico del abogado que evoluciona en la escena del tribunal.

Movidos por una concepción diferente del proceso, los procedimientos de los países socialistas llegaban al mismo resultado. “El principio va unido al carácter popular de la justicia (...) es decir, a la idea de que su administración debe cumplir con su misión fundamental de educar las masas<sup>85</sup>”

35.- Principio de presencia, oralidad, y publicidad. El principio de presencia se distingue de la oralidad y de la publicidad, aun cuando estos se encuentran íntimamente ligados entre sí. “La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto, que incluso puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de dos aspectos de una misma realidad<sup>86</sup>” Un procedimiento por videoconferencia respeta la oralidad y la publicidad, pero no la presencia de las partes. El uso de escritos electrónicos, por el contrario, no respeta la publicidad. Hay mecanismos previstos, y a veces se aplican para reconstituir. Se puede pensar en la posibilidad de dar acceso sobre internet a los procesos que no den lugar a una audiencia física. La Cour de Cassation ha tenido la ocasión de afirmar que la puesta a disposición del pronunciamiento del fallo en la Secretaría Judicial no afecta el principio de publicidad de la vista<sup>87</sup>. Sucedería

---

<sup>83</sup> BENTHAM, J., *Oeuvres*, III, 3<sup>ème</sup> éd. Société belge de librairie Hauman, 1840, p.75 y ss. V. égal. JOHNES, A-J., *Suggestions for a reform of the court of chancery by an union of the jurisdictions of Equity and Law*, London, Saunders and Benning, 1834, p.85 y ss. El autor critica el sistema de la prueba, les *written* ou *documentary evidence* que eran pruebas escritas. Incluso los testimonios, *interrogatories questions* se formulaban por escrito en ausencia de las partes y de sus defensores, frente a un auxiliar de justicia que no era el juez (los *examiners*).

<sup>84</sup> Se trata de la ley de 28 de mayo de 2004, y entrara en vigor el 28 de mayo de 2009. Compuesto por seis personas elegidas al azar entre las listas electorales. La cultura japonesa no está preparada para un sistema semejante. El estado utiliza los medios de comunicación para sensibilizar a la población de la importancia de la represión penal.

<sup>85</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit, pp.32-33.

<sup>86</sup> CORTES DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V., “La nueva ley de enjuiciamiento civil”, cit., spéc. p. 235. Ver. CORTES DOMINGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil*, parte general, 4<sup>ème</sup> éd., 2001, Colex, spéc. p. 39 : « *La oralidad del procedimiento exige la inmediación del juez, pero ambos conceptos no se identifican absolutamente. Si un órgano jurisdiccional decidiera con arreglo al resultado de las actas, el procedimiento sería inmediato pero escrito ; contrariamente, una prueba testifical, realizada por un juez comisionado, mediante la vía del auxilio judicial, es mediatamente oral* ».

<sup>87</sup> Soc. 24 janvier 2007, *Bull. civ.*, V, n° 11. Cette disposition n'est pas non plus contraire aux exigences du procès équitable ; Civ. 1, 25 avril 2006, *Bull. civ.*,

lo mismo con esta puesta a disposición electrónica. Sin embargo, esta publicidad es de menor intensidad. Ahí, donde la góndola procesal se podía pasear por los canales del Palais para oír la justicia, ahora, sin embargo, habría que actuar para poder obtener comunicación de un proceso particular. La publicidad no se dirige, pues, erga omnes, pero solamente hacia las personas interesadas.

Algunos países admiten incluso la difusión de la audiencia en cadenas de televisión, como Brasil, o Escocia. Una difusión de estas características está prohibida en Francia, salvo casos excepcionales<sup>88</sup>. El informe elaborado en Francia por la Comisión sobre la grabación y difusión de debates judiciales considera de este modo que “todo ciudadano sería de una parte ilustrado sobre los riesgos que se toman en caso de tener una desviación de comportamiento, así como sobre los procedimientos a seguir en caso de litigio, y por otra parte, mejoraría incluso la comprensión de lo que está en juego, y a lo que las instituciones se confrontan<sup>89</sup>”. Sin embargo estos argumentos pueden ser dados la vuelta, tal y como sugiere la motivación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa justamente, a la difusión radiotelevisada de un proceso<sup>90</sup>: “Según las circunstancias, la retransmisión en directo de un proceso puede provocar un aumento de presión sobre los participantes en el mismo, influenciarlos indebidamente sobre su comportamiento, y por lo tanto, entorpecer la buena administración de la justicia. Dado que la retransmisión en directo comporta, a pesar de todo, ciertas filtraciones por parte de los periodistas, no sería apta para substituir la presencia del público en el lugar, uno de los medios de asegurar la transparencia y la crítica del poder judicial por el público”.

Este principio de presencia se ve, pues, embestido con fuerza por el uso de las nuevas tecnologías.

#### *b) Las nuevas tecnologías y el principio de presencia*

36.-El escrito electrónico y el principio de presencia. Las nuevas tecnologías revelan el riesgo de perder el vínculo físico esencial para la eficacia de la justicia. La barrera de la pantalla plantea el problema de la disminución de la solemnidad de la declaración. Si bien es cierto que esto ya se ha demostrado con la posibilidad de proceder a través de atestados, y declaraciones escritas, en lugar de seguir una verdadera investigación. Pero puede cuestionarse si la existencia de esta derogación bastaría para justificar su extensión. Las nuevas tecnologías llevan, lo más a menudo, a intercambios electrónicos escritos. Ahora bien, se

---

I, n° 198 ; Civ. 3, 31 octobre 2006, *Bull. civ.*, III, n° 124 ; Civ. 1, 12 décembre 2006, *Bull. civ.*, I, n° 542.

<sup>88</sup> En Francia sólo es posible filmar las audiencias para la su conservación en los archivos históricos (caso Barbie, Touvier), o en materia penal para evitar a menores víctimas de infracciones sexuales varias tomas de declaración (art.706-52 CPP). La ley de simplificación del derecho, de 20 de diciembre de 2007, que permite las videoconferencias, sigue el mismo principio de prohibición de toda grabación sonora o visual.

<sup>89</sup> Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion de débats judiciaires, accessible en el sitio del ministère de la justice : [justice.gouv.fr/publicat/rapports.htm](http://justice.gouv.fr/publicat/rapports.htm).

<sup>90</sup> CEDH, *P4 Radio Hele Norge c/ Norvège*, 6 mai 2003, n° 76682/01

subraya que “la mitad del simbolismo de un lenguaje vivo se pierde cuando se confía al papel, y este simbolismo es el medio por el cual las fuerzas mentales del auditor pueden ser mejor conservadas y mas agradablemente provocadas<sup>91</sup>”

Ciertamente, se podría apuntar que ya existen muchos procedimientos, que funcionan, con una exclusividad total del escrito. Sin embargo, además de estar limitados a contenciosos técnicos en los cuales el margen de discusión a priori se ve reducido, el paso al escrito electrónico es una nueva alteración del principio de presencia tan fuerte que tiene incluso vocación de ser utilizado en procedimientos hoy considerados como orales. Es el caso, por ejemplo, de los pequeños litigios, especialmente los relativos a consumidores y usuarios, una especie de litigios de proximidad podrían ser los temas más dados a una distanciamiento físico. Ahora bien, el peligro podría ser aun más grande, ya que, al contrario de lo que sucede con el escrito en papel, el escrito electrónico no se lee de modo tan concienzudo. La lectura informática difiere sensiblemente de la lectura sobre soporte en papel “de ahí una posible impresión de molestia, de desorientación, o de dificultad, pero también de libertad, de placer o satisfacción. Cuando se sabe que la comprensión y la memorización son proporcionales a la velocidad de lectura, se comprende que un nuevo soporte que reduce la automatización de los procesos provoca un déficit de resultado<sup>92</sup>”. Si, por ahora, el escrito electrónico debe y hasta a veces puede doblarse y transformarse en un escrito papel, nadie duda de que la búsqueda de la celeridad de la justicia pasa por la supresión total de éste algún día, y este paso impone un tiempo y un coste considerados a veces como insostenibles, e inútiles. Los últimos avances procedimentales en la materia lo atestiguan. “Concretamente, los documentos previstos por el art.748-1 del Código de Procédure Civil (los envíos, los depósitos, avisos, convocatorias...) pueden ser expedidos por la jurisdicción al abogado por mensajería electrónica. Ya no tienen que ser impresos, ni expedidos en formato papel, esto evita al Secretario judicial numerosas manipulaciones<sup>93</sup>”

37.- Las videoconferencias y el principio de presencia. Cuando las nuevas tecnologías recurren a la videoconferencia, la alteración es mínima, pero aun así, subsiste. Se puede uno preguntar si las garantías del proceso justo son respetadas en ausencia de contacto humano. El artículo 6§1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, dispone, en efecto, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída”. Dos cuestiones se plantean entonces. Esta escucha, ¿debe ser oral, o puede ser escrita? Esto supone interrogarse acerca de lo que la expresión “ser oído” debe ser interpretada, si de una forma estricta, o de una manera extensa como el hecho de “haber podido expresarse”. Si jurídicamente nada impone que la audición sea oral, sin embargo no puede negarse que esta es oportuna. “En fin, el

---

<sup>91</sup> HENRY HALFORD VAUGHAN justifica así la superioridad de la lección impartida, frente al libro (1950), citado por WAQUET, F., “Parler comme un livre”, cit., p. 266 ; BOURDIEU, P., *Choses dites*, , éd. De minuit, Paris 1987, pp. 7-9 : « la preocupación por hacer sentir o de hacer comprender, que se impone por la presencia directa de interlocutores atentos, incita a un ir y venir, entre la abstracción y la ejemplificación ».

<sup>92</sup> BELISLE, C., *Lire avec un livre électronique : un nouveau contrat de lecture ?*, en Interdisciplines.org

<sup>93</sup> DIDIER G., SABATER, G., “Dématérialisation des procédures : « une révolution culturelle est nécessaire »”, *J.C.P.*, 2008, I, 118.

juez esperado, ¿no es un juez en persona? Nuestra experiencia personal nos proporciona ejemplos de justiciables que, habiendo tenido un proceso civil, o penal, grave o no, han expresado su satisfacción al final del procedimiento en relación no ya con la decisión, que podía ser diferente de la decisión esperada, pero por el hecho de haber sido-al fin- “escuchados”. Ciertamente, se puede escuchar y ver a distancia, podemos ser convincentes por courriel, podemos revelar la personalidad sobre fotos numéricas, o en la pantalla. Pero el intercambio directo entre la persona que se expresa en un proceso, al título que sea, y la persona del que va a decidir, es irremplazable (...) Privar completamente a las partes de la posibilidad de dirigirse al juez sin intermediario humano o técnico, sería, quizá, en algunos casos, contrario al principio del proceso justo, equitativo<sup>94,</sup>”

De ahí se pasa, insensiblemente, de lo jurídico a lo sociológico: el sentimiento de justicia<sup>95</sup>. La justicia ofrece una visión deshumanizada de ella misma, una especie de proceso kafkiano, en el que la justicia no se deja ya ver. Independientemente de las nuevas tecnologías, en Francia el riesgo se ha demostrado ya con el procedimiento escrito, en el que las partes han renunciado a las alegaciones orales, y en los que el juicio se pronuncia mediante su depósito en la Secretaria Judicial. El contacto entre el magistrado y la parte se encuentra discursos, de costumbres, que son también símbolos judiciales.

Además, el testimonio a distancia plantea el problema de la manera en que se filma. Nadie duda que, para evitar puestas en escena, todo efecto dramático todo movimiento de cámara, estará proscrito. El plano fijo, encuadrado sobre el testigo, impide hacerse una impresión de conjunto. ¿Mostro un estrés particular por movimientos intempestivos de piernas? Las partes ¿miraban con insistencia?<sup>96</sup>

38. Admitir las nuevas tecnologías en los procesos civiles, no puede hacerse, pues, sin preguntarse “qué tipo de presencia debe exigirse en el futuro en un proceso<sup>97</sup>” ¿Es realmente necesaria una presencia física o corporal, o es posible contentarse con intercambios escritos, o videoconferencias? La respuesta a esta cuestión tan esencial, ordena el lugar que habría que acordar a las nuevas tecnologías en el proceso. Este último dependerá igualmente de la manera en la

---

<sup>94</sup> LEGRAS, M., “La justice et les technologies de l’information et de la communication”, pp.197 y sig., en *L’administration électronique au service des citoyens*, G. Chatillon, B. Du Marais (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 203-204.

<sup>95</sup> COUCHEZ, G. “La parole et l’écrit en droit judiciaire privé”, cit., p. 22 y sig, p. 66 : « *El habla se dirige a menudo más al sentimiento que a la razón, existe un riesgo de ver hacer depender de la oralidad la solución del litigio, de una parte irracional, de no jurídico* ».

<sup>96</sup> WALKER, J., WATSON, G-D, “New Technologies and the Civil Litigation Process”, cit., p. 23: « *Según se van introduciendo nuevas evoluciones, la preocupación se ha centrado en estudiar la manera en que los medios, y la presentación de los métodos, pueden llegar a distorsionar la percepción de los miembros del jurado en el prueba presentada* ».

<sup>97</sup> GILLES, P., FISCHER, N., “Les nouvelles technologies dans les procès civils”, cit.

que las nuevas tecnologías vayan a perturbar el oficio de las personas que participan en un proceso.

### ***B) El oficio de los actores del proceso civil***

39.- El carácter escrito u oral del procedimiento está íntimamente ligado a las funciones relativas al oficio de los protagonistas del proceso: el juez (a) y los auxiliares de justicia (b).

#### *a) El oficio del juez.*

40.- Relación ente el carácter oral o escrito del procedimiento, con el oficio del juez. P.HEBRAUD señalaba que “el carácter escrito u oral del procedimiento tiene mucha relación con el rol que corresponde a las partes y al juez en el proceso. La dirección del proceso por el juez se inclina hacia el carácter escrito, mientras que la dirección de las partes se adapta mejor a la oralidad<sup>98</sup>”. Ni el modelo acusatorio, ni el modelo inquisitivo existen en estado puro. En el proceso civil se trata más bien de una cooperación entre las partes y el juez, que se verifica sea cual sea el sistema judicial<sup>99</sup>. Este equilibrio de poderes de los protagonistas del proceso se encuentra en el uso ponderado de lo escrito y de lo oral en el procedimiento civil, pero podría verse perturbado también por la aparición de las nuevas tecnologías. Así, según M.E.JEULAND, “algunos principios procedimentales parecen más desarrollados en países de derecho civil, como el principio de cooperación entre los jueces y las partes (mientras que en Common Law, el juez, en principio, se encuentra pasivo), son susceptibles de verse afectados por las nuevas tecnologías<sup>100</sup>”. La idea sería que las nuevas tecnologías permiten un mayor dominio del juez en el desarrollo de la instancia, lo que rompería el equilibrio establecido por el principio de cooperación, y ofrecería de nuevo una imagen inquisitiva del oficio del juez en los países de civil law. En efecto, las nuevas tecnologías se asimilan a un resurgimiento del escrito, y de la instrucción, símbolo de la dirección de la instancia por el juez.

41.- Influencia de las nuevas tecnologías sobre el oficio del juez. A la inversa, las nuevas tecnologías podrían, al contrario, disminuir el oficio del juez en la determinación del objeto litigioso<sup>101</sup>. En un procedimiento oral, la ausencia

---

<sup>98</sup> HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit.pp. 323 y ss., spéc. p. 348 ; D’AMBRA, D., “Oralité / Ecritures”, in *Dictionnaire de la justice*, CADIET, L., (Dir.), P.U.F., Paris, 2004: « En realidad el principio de oralidad nunca se ha buscado en si mismo. Es el reflejo de principios más fundamentales. Así, el carácter escrito u oral del procedimiento varía según el rol acordado al juez y a las partes. La escritura se presta más a un procedimiento de tipo inquisitivo, mientras que el acusatorio necesita la oralidad. Cuando la prueba es libre, el procedimiento puede ser oral, mientras que el sistema de la prueba legal se adapta mejor a un procedimiento escrito”.

<sup>99</sup> ZUCKERMAN, A., *Civil justice in crisis - Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, 1999 ; MARTIN, J., “Administration de la justice et techniques et managment : l’exemple anglais, en *De l’économie de la justice*”, *R.I.D.E.*, 1999-2, n° Spécial, pp. 267 y ss.

<sup>100</sup> JEULAND, E., “Les nouvelles technologies dans les procès civils, rapport général”, cit., n°32.

<sup>101</sup> Esto, sin contar con la influencia en el oficio del juez que tienen las nuevas tecnologías gracias al uso de bases de datos, utilización de sistemas

de representación obligatoria implica aún más al juez en el debate. La proximidad con las partes que se da en la audiencia permite al juez instaurar un dialogo interactivo entre las partes. En este sentido tendría un rol reforzado, se supone que para ayudar a las partes a formular sus pretensiones. Las partes no tienen, en efecto, la obligación de formular jurídicamente sus pretensiones y fundamentos. Le corresponde al juez la obligación de declarar de oficio cual es la calificación jurídica aplicable<sup>102</sup>. Sin embargo, el juez se queda más al margen en los procedimientos escritos debido a la existencia de las notificaciones de demanda calificativas<sup>103</sup>. En este caso el juez no tiene la obligación, pero la facultad de declarar de oficio las normas que se adaptan al caso, siempre que se respete el principio de contradicción y el principio dispositivo<sup>104</sup>. Se trata de saber si este esquema se ve afectado por la intervención de las nuevas tecnologías. Ahora bien, las nuevas tecnologías favorecen claramente el escrito, incluso cuando estos son “oralizados”. Por este hecho, suponen una distanciamiento del justiciable con sus jueces. Parece, pues, que su cooperación para la determinación de la materia litigiosa se vea disminuida. Los intercambios, incluso formales, no se harán ya en una unidad de tiempo y de lugar.

42.- Efectividad del dialogo entre el juez y las partes. La ausencia de discusión disminuye el oficio del juez en la determinación de la materia litigiosa. Aunque el dialogo se encuentra a salvo. Si se debe considerar, como M.S.GUINCHARD, que un principio de dialogo emerge en el procedimiento civil<sup>105</sup>, este no se encuentra vinculado al modo de expresión, escrita u oral. De hecho, M.S.GUINCHARD cita como manifestación de un tal principio la “requête

---

expertos, de biblias de considerandos, o simplemente del ordenador.V. not. LEGRAS, M., La justice et les technologies de l'information et de la communication, pp.197 y ss., in *L'administration électronique au service des citoyens*, G.Chatillon, et B. Du Marais (dir), cit.: « si el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación no conlleva automáticamente la supresión de la motivación, se inscriben en una dinámica de armonización, formalización, y de estandarización de los contenidos, como las formas de las decisiones, que conviene saber manejar. Una sociedad que se organiza alrededor de formularios electrónicos, y de la inmediatez de la respuesta, no debe olvidar las verdaderas razones de la exigencia de la motivación que la ley impone a los jueces: un verdadero juez es el juez que se explica, que toma el tiempo de explicarse”. Más ampliamente, se permitiría un mejor control del oficio del juez siguiendo la pista electrónica de su trabajo, lo que puede ser percibido como garantía de independencia. (FABRI, M. *Amministrare la giustizia*, Lexis Clueb, Bologne, 2006, p.136 « la visibilità delle procedure e del lavoro svolto esalta l'autonomia e l'indipendenza dalla funzione giurisdizionale ») o, al contrario, un riesgo importante de ver afectada la independencia de la justicia (Rapport Allemand).

<sup>102</sup> Cass. civ. 3, 27 juin 2006, *Procédures* 2007, com. n° 266, obs. PERROT, R..

<sup>103</sup> Son aquellas demandas en justicia que contienen una fundamentación jurídica detallada, con un *petitum* jurídicamente formulado.

<sup>104</sup> En ultimo lugar, A.P., 21 décembre 2007, *J.C.P.*, 2008, II, 10006, n. WEILLER, L.

<sup>105</sup> GUINCHARD, S., *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, op. cit., spéc. n° 1290 y ss., p. 1189 y ss.

conjointe<sup>106</sup>”, la asignación calificativa o los intercambios en la fase de instrucción civil<sup>107</sup>. No obstante, su eficacia es mayor por el contacto directo de los protagonistas del proceso. Así lo señala M.VOGLIOTTI “de la misma forma que en un texto las palabras aparecen solas, aisladas del contexto, el que está escribiendo también se encuentra solo, aislado del resto del mundo, en un lugar artificial y silencioso que le permite ordenar sus pensamientos y de encadenarlos sobre la blanca pagina. Por el contrario, la palabra hablada siempre se dirige a otra persona: vive en el dialogo, y en una situación específica que engloba mucho más que simples discursos. Estas nunca están solas, siempre ligadas a un ambiente complejo y a un tiempo preciso. El modelo de la escritura, que se aleja, no puede desvalorizar el carácter procedimental del derecho (el proceso esencialmente ligado al tiempo y a la confrontación dialéctica), y los hechos, que se reducen a un simple accidente externo, a una ocasión para el derecho de manifestarse<sup>108</sup>”

43.- Equilibrio entre finalidades y modalidades. Este principio de dialogo, que tan mal se distingue del principio de contradicción, plantea el problema del distanciamiento, a veces consecuente, de la teoría y práctica judiciales, jurídica, y sociológica. En realidad, contradicción, publicidad, diálogo, son todas garantías para asegurar el descubrimiento de la verdad judicial. Frente a esta finalidad, se encuentra igualmente la de ofrecer una justicia eficaz en el sentido de que se dará con celeridad. El escrito, lo oral, o las nuevas tecnologías son modalidades que deben todas ellas respetar estas finalidades, pero sus herramientas operan un equilibrio que le es propio. El escrito favorece la contradicción en el sentido que asegura la prueba, y evita el efecto sorpresa, pero se trata de una contradicción solidificada y sin vida. Lo oral, persigue la contradicción mediante un intercambio directo y vivo entre los sujetos participantes en el procedimiento, pero es peligroso por su carácter volátil e imprevisible. Se puede suavizar el procedimiento escrito, o reforzar los orales, las nuevas tecnologías podrían ser una vía intermedia, que según la forma en que se aprehendan, ofrecen todas las ventajas del escrito (seguridad), y del oral (discusión), o bien, todos sus defectos (distancia, ausencia de maduración).

#### b) El oficio de los auxiliares de justicia

44.- Oficio de los abogados. En relación con el trabajo de los demás protagonistas del proceso, la evolución sería bastante sensible. Las nuevas tecnologías cambian la práctica de abogados y procuradores. El procedimiento escrito debería hacerse menos formalista con la facilitación de las comunicaciones, tal y como revela el E-Barreau “ El E-Barreau, es un portal de internet únicamente accesible desde le RPVA que permitirá optimizar la gestión de las audiencias y de las instrucciones (...) el abogado gana mucho tiempo, lo

---

<sup>106</sup> Nota del traductor : La requête conjointe es uno de los medios para interponer demanda que existen en Francia. Se trata de una demanda presentada conjuntamente por actor y demandado, y que se dirige directamente a la secretaria judicial del tribunal competente. Se utiliza menos que l’assignation, medio de notificación de la demanda a través de huissier de justice, que comunica la misma al demandado, y le emplaza a comparecer ante el juez. (arts.54 y 55 NCPC)

<sup>107</sup> Nota del traductor : En francés, *mise en état*.

<sup>108</sup> VOGLIOTTI, M., “De l’auteur au « rhapsode » ou le retour de l’oralité dans le droit contemporain”, *R.I.E.J.*, 2003, 50, pp. 81 y ss., spéc. p.106.

que le evita desplazamientos al juzgado...Este ha sido el primer acercamiento: poder gestionar virtualmente desde su despacho las audiencias de trabajo de la instrucción en el tribunal de grande instance, volver a dar tiempo útil a los actores, secretarios judiciales, magistrados, y abogados<sup>109</sup>.” Las nuevas tecnologías permitirían una mejor gestión de los procedimientos escritos. Así, esto supone la posibilidad de consultar el estado de un asunto por internet, de recibir las notas electrónicas, y de no tener que desplazarse mas para audiencias formales en las que sólo se pretende solicitar un aplazamiento<sup>110</sup>. Es esta una reivindicación bien antigua de los profesionales del derecho. Conservar la oralidad ahí donde ella sirve. “Si se pudiera llegar a una organización horaria de la justicia, proyecto que me es querido desde hace tiempo, ustedes volverían a ver ante ustedes abogados responsables y no, como sucede a veces, a los colaboradores, que son el vector más o menos competente para hablar de asuntos que no siempre conocen, lo que perjudica la buena oralidad<sup>111</sup>”. Sin embargo, estudiada de cerca, esta afirmación debería ser matizada, ya que se ha visto que las nuevas tecnologías podían implicar un aumento del formalismo.

45.-Oficio de nuevos auxiliares de justicia. Respecto a los procedimientos orales, la posibilidad de tomar escritos informales puede llevar a que emerja la necesidad de nuevas ayudas en la redacción y transmisión de los documentos. Las nuevas tecnologías hacen surgir nuevas necesidades que suponen la intervención de nuevos auxiliares de justicia, como la de los operadores de internet, que permitirían certificar la recepción de un correo electrónico. La intervención de sociedades privadas plantea la cuestión de su estatuto en el proceso. Se ha manifestado el temor de que las empresas informáticas pudieran tener un interés en que el contencioso aumente<sup>112</sup>. El Icourtlab de Singapur, que trabaja sobre las

---

<sup>109</sup> DIDIER, G., SABATER, G., “Dématérialisation des procédures : « une révolution culturelle est nécessaire », cit.

<sup>110</sup> REBBOH, S., “La mise en état électronique”, cit., p.7 : « *Ha sido necesario armonizar los boletines de procedimiento, lo que se ha logrado gracias a la colaboración del Ordre des avocats, ya que se ha reducido el número de una centena a cuatro (...) los boletines de procedimiento, que son enviados por la secretaria del tribunal de grande instance de Paris precisan, que, salvo indicación contraria, la presencia de los abogados no es obligatoria, en el momento en el que ellos reenvían el boletín a la secretaria, ya sea por vía electrónica, que es lo que nosotros preconizamos, ya sea por cualquier otro medio que no sea el fax, ya que, contrariamente a lo que pudieran imaginar, el fax no es un medio para comunicar rápidamente con una sala civil del Tribunal de Grande instance de Paris*”.

<sup>111</sup> WOOG, M., table ronde, in *La parole et l'écrit en droit judiciaire*, XIVème colloque des IEJ, Reims 3, 4 et 5 juin 1982, Presses Universitaires de Reims, sous l'égide de l'association française de DJP, 1985, spéc. p. 45

<sup>112</sup> Rapport Brésilien, *Les nouvelles technologies dans les procès civils*, op. cit. : « *En mi opinión, el uso progresivo de las nuevas tecnologías en el proceso es totalmente indiscutible, bien porque se impone para el tratamiento de gran número de asuntos en un menor tiempo, bien para facilitar las vías procedimentales de acceso a la justicia, o bien porque sea la consecuencia propia a un desarrollo tecnológico de formas de comunicación, de escritura y grabación de datos, o finalmente, porque la potencia industrial y comercial de las empresas informáticas empujará a su uso judicial, como un campo de enormes posibilidades económicas para su industria y el comercio del sector informático* ».

nuevas tecnologías, lo hace también en estrecha colaboración con la industria de tecnología de punta para la creación de productos útiles.<sup>113</sup>

Esta intervención de actores electrónicos puede ser lamentable en el sentido de que la comunicación es la traducción técnica de la contradicción. Cuando esta se realiza por vía de auxiliares de justicia, las garantías de independencia, de imparcialidad, están aseguradas. “Lo que importa para garantizar la contradicción, es menos la transmisión del acto que el control de la información contenida en el acto... El huissier de justice, con la notificación de la demanda judicial, es más humana, y es, por lo tanto, garante del equilibrio de las partes en presencia, el único garante de la contradicción, y en definitiva, uno de los garantes de la democracia<sup>114</sup>” Sobre todo en Francia, el huissier de justice tiene una misión informadora que lo convierte en irremplazable para las notificaciones electrónicas. Existe un verdadero principio de presencia referido a él. Si, históricamente, debía tocar al destinatario con su vara de cobre o de marfil<sup>115</sup>, hoy debe informar oralmente y precisar por escrito que esta diligencia ha sido respetada<sup>116</sup>. Su deontología, difícilmente puede ser aplicada a los operadores de internet.

46.-Nuevas tecnologías y política jurídica. Las nuevas tecnologías son una nueva modalidad de expresión de los sujetos del proceso. Por su seducción, llevan hoy a plantear cuestiones aún no resueltas sobre el estatuto de lo oral y de lo escrito en el proceso civil. Y la falta de teorización al respecto se hace sentir. Esta carencia se explica por el hecho de que los actos de procedimiento son múltiples y variados. Las conclusiones recapitulativas se codean con simples cartas, con llamadas telefónicas.

---

<sup>113</sup> WALKER J., WATSON, G-D, “New Technologies and the Civil Litigation Process”, cit., p. 23 : « *The iCourtLab88 was launched in July 2006 and the Courts have since linked it with the IT industry to test out their product and solutions* » . v. égal. *Leadership in Customer Service: Delivering on the Promise*, spéc. p. 73 : [http://www.accenture.com/Global/Services/By\\_Industry/Government/R\\_and\\_I/DeliveringonthePromise.htm](http://www.accenture.com/Global/Services/By_Industry/Government/R_and_I/DeliveringonthePromise.htm)

<sup>114</sup> CASTELAIN, J., “La transmission sécurisée et la signification des actes”, en *Nouveaux droits dans un espace européen de justice : le droit processuel et le droit de l'exécution*, (dir). ISNARD I.ET NORMAND, J., colloque international des 4-5 juillet 2001, éd. Jur. Et techniques, coll. Passerelle, 2002, p. 81 y 82.

<sup>115</sup> Los huissier de justice debían tocar “aquellos a los que tenían la carga de lograr justicia”.

Nota del traductor: El *huissier* (ujier) de justicia es un oficial público ministerial en Francia, que ejerce una profesión liberal reglamentada. Se encarga de la notificación de asuntos, de la ejecución de sentencias judiciales, pero también tiene competencia para dar fé de situaciones diversas, así como el asesoramiento jurídico en determinados sectores (alquileres, administración de inmuebles, cobro de impagos...), y redacción de acuerdos privados.

<sup>116</sup> Ver not. Art.1414 NCPC, que en materia de “injonction de payer” (requerimiento judicial de pago, procedimiento sumario), los huissier de justicia tienen la obligación de “*poner en conocimiento del deudor las indicaciones mencionadas en el artículo 1413, el cumplimiento de esta formalidad debe ser mencionado en el acto de notificación*”

Como ya lo decía Y.LOBIN a propósito del escrito y de lo oral, y que resulta aplicable para las nuevas tecnologías “hay un conjunto de factores que contribuyen a acentuar o a disminuir la importancia del elemento escrito o del elemento oral según las épocas o las jurisdicciones. Lo que es indispensable, es que tanto el uno como el otro no sean sacrificados en detrimento del otro. Deben coexistir en todos los procedimientos, ya que las funciones que son susceptibles de cumplir son complementarias, y aseguran todas las garantías del justiciable<sup>117</sup>” Lo escrito, lo oral, las nuevas tecnologías, todos ellos son herramientas de una política jurídica que, en búsqueda constante de eficacia procesal, debe ser combinada de la mejor manera para cada tipo de contencioso. Admitir la equivalencia del escrito papel sobre el escrito electrónico, o de la audiencia oral “directa” a la videoconferencia, participa de esta preocupación por la celeridad de la justicia. Sin embargo, la calidad de esta, puede verse afectada, y suponer, jurídicamente, una contradicción menos eficaz, o sociológicamente, ofrecer otra imagen, distinta, de la justicia. Es por esto por lo que algunos países, como Japón, prohíben la transmisión electrónica de los actos más importantes, como pueden ser la demanda judicial, o el juicio. Parece pues, que el uso de las nuevas tecnologías se encuentra necesariamente limitado en lo que concierne al proceso civil, bien deberán circunscribirse solamente a determinadas modalidades del desarrollo de la instancia, bien a cierto tipo de litigios.

## **2. Delimitación de la oralidad secundaria**

47- Salvo el recurso sistemático a las nuevas tecnologías que se da en los EEUU, en Australia, Austria, o Singapur, estas no han encontrado todavía su sitio. “Es una relectura general de nuestro derecho procesal lo que convendría hacer, sopesando entre lo que la búsqueda de celeridad y efectividad de la justicia nos conduce a retener como uso posible de las nuevas tecnologías, y de lo que deberíamos evitar desarrollar si no queremos arriesgarnos y colocarnos en contradicción con algunos de nuestros principios<sup>118</sup>” Si las nuevas tecnologías son una nueva modalidad de expresión en el proceso, queda aún por determinar su lugar junto al escrito y lo oral. A este respecto, si bien resulta sencillo imaginar una complementariedad con el escrito y lo oral (A), es más delicado, sin embargo, de considerar una total substitución (B).

### **A) Complementariedad de las nuevas tecnologías**

48.-Capacidad de hacer uso de las nuevas tecnologías. “Se dirige menos, para ser, hacia un proceso enteramente virtual, que hacia un uso importante, pero mesurado, de las nuevas tecnologías en el proceso. El proceso virtual es además un horizonte, mientras que la e-justice en el sentido de uso de las nuevas tecnologías en el proceso, es una realidad naciente<sup>119</sup>” Las razones de esta complementariedad de las nuevas tecnologías, son numerosas. La primera es, sin duda, de orden eminentemente práctico. El uso de las nuevas tecnologías supone la detención y uso de material informático. Si este punto de partida no plantea dificultad para las jurisdicciones, las cuales se encuentran equipándose, así como

---

<sup>117</sup> LOBIN, Y., rapport français, Procédure orale et procédure écrite

<sup>118</sup> LEGRAS, M., “La justice et les technologies de l’information et de la communication”, cit., p. 205.

<sup>119</sup> JEULAND, E., “Arbitrage en ligne et procès virtuel, pour le principe de présence”, cit.,pp. 262 y ss., spéc. p. 262

los auxiliares de justicia, la cuestión es más delicada, sin embargo, para los particulares. El equipo material es condición sine qua non<sup>120</sup>. Es por lo que, a menudo, las normas prevén que la parte debe aceptar ser contactada electrónicamente. El acceso simplificado a la justicia depende del acceso a la informática. La “reforma de las formas<sup>121</sup>” debe acompañarse de medidas más amplias y prácticas (equipo, pedagogía). Es por lo que algunos países han previsto establecer un lugar donde los justiciables puedan recibir ayuda informática. Es el caso de Singapur con la creación del EFS service bureaus. El equipamiento no solo concierne a los particulares, pero también a los tribunales. El ZPO reserva el uso de escritos electrónicos a los tribunales que puedan tratarlos. Algunas iniciativas son tomadas para facilitar este acceso. En Marruecos, por ejemplo, los justiciables pueden tener acceso a terminales informáticos en el recinto del Tribunal de justicia. Situación absurda la de que el justiciable tenga que desplazarse al Juzgado, no para que le expliquen su situación, ¡pero para encontrarse frente a la pantalla de un ordenador!

Mas allá del aspecto material, además hace falta que la persona sea letrada. Ahora bien, en Francia, en 1999, existían aun 2.3 millones de adultos que encontraban serias dificultades para leer, escribir, o calcular. La dificultad es tal proporción que se ha llegado a hablar de verdadera “fractura numérica”<sup>122</sup> que afecta a las partes, pero también a los auxiliares de justicia.

49.- Ilustración de un soft law/ droit mou. El lugar de las nuevas tecnologías depende en gran medida de consideraciones prácticas. Es por lo que su instauración y su consagración por la ley provengan, en realidad, del resultado de la práctica. Cuando en determinados países, como Italia, la ley se ha adelantado e impuesto a los usuarios un uso sistemático de las nuevas tecnologías, los problemas prácticos han acabado por bloquear su evolución. En realidad, las nuevas tecnologías sacan a relucir la particularidad del derecho procesal, que es un derecho de profesionales, lo cual hace que se vea afectado por su práctica. La multiplicación de protocolos, de acuerdos, cartas profesionales, ofrecen una nueva cara del derecho, suavizada, que se adapta a las dificultades en la materia. En Finlandia, así como en Austria, países que han ido adaptando progresivamente y de forma pragmática las nuevas tecnologías, ofrecen así la imagen de un procedimiento modernizado y eficaz.

50.- Uso del escrito electrónico. La complementariedad de las nuevas tecnologías, proviene del hecho de que resulta bastante raro encontrar ejemplos de

---

<sup>120</sup> África occidental no ha desarrollado substancialmente las nuevas tecnologías, principalmente por este retraso logístico.

<sup>121</sup> FISCHER, N., “Les nouvelles technologies dans les procès civils”, cit.

<sup>122</sup> SCHULTZ, T., “Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne”, cit., p. 267 : «*fractura numérica...entre los usuarios apasionados por la informática (en sentido coloquial los high-tech users) y los usuarios ordinarios (low-tech users), junto con las partes que pueden permitirse una inversión considerable en dinero y tiempo, de aquellas que no pueden hacerlo, y en fin, entre los usuarios regulares (repeat players) y los usuarios ocasionales (one-shot player). Cuanto más complejo es el procedimiento, mas importante es la fractura que existe entre las distintas categorías de usuarios*».

paperless justice<sup>123</sup>. En efecto, lo más habitual es que los envíos electrónicos sean a su vez enviados en una copia papel lo que presenta el inconveniente de agravar los costes de la justicia debidos a la transmisión y conservación de los documentos. Sin embargo, esto permite una mejor lectura del documento, teniendo además, como ventaja una transmisión rápida. Los problemas prácticos de impresión de documentos y de conformidad con el soporte de los mismos (ya sea papel o electrónico) nunca dejarán de plantearse.

Este escrito electrónico es compatible con una cierta oralidad del procedimiento, en el estadio del debate. La fase oral del proceso se mantiene, e incluso, se ve mejorada, en la medida en que sólo tendrá lugar si aporta alguna cosa. El escrito y el oral saldrían de este modo reforzados por el uso de las nuevas tecnologías.

51.- Uso de la videoconferencia. En cuanto a las videoconferencias, serían útiles en el caso de que la distancia fuera tal que el coste de desplazamiento fuera desproporcionado. Dicho de otro modo, los magistrados deberían apreciar in concreto la oportunidad de realizar una audiencia directa y física de la parte en cuestión. Son ciertos los temores de ver un triunfo de la celeridad. Sin embargo, nadie mejor que el juez puede regular esta práctica, ya que se encuentra en el núcleo duro del sistema.

La cuestión relativa a la grabación de datos de la audiencia es, sin embargo, más delicada, ya que debe ser objeto de una regulación general. En los recursos, el hecho de que la emoción haya quedado “fijada”, es bastante útil cuando los procesos son largos. El tiempo puede jugar malas pasadas a la memoria, borrándola, lo que puede alterar el juicio. Además, el doble grado de jurisdicción se encuentra garantizado gracias a la idea de que se juzga una segunda vez sobre los mismos elementos. Bajo reserva del respeto de la vida privada, la grabación parece una buena solución.

Quedaría por saber si un proceso puede ser enteramente informatizado. Dicho de otro modo, si hay cabida para un procedimiento electrónico al lado del procedimiento oral y el escrito, sabiendo que no existe un modelo puro, y que no se trataría, pues, que de una predominancia de lo electrónico.

### ***B) Substitución de las nuevas tecnologías***

52.- Un procedimiento completamente informatizado. Aun pudiendo imaginar un procedimiento enteramente informatizado, sin embargo, no resultaría del todo deseable. La tendencia es permitirlo, por ejemplo, para procedimientos de requerimiento en pago de cantidades dinerarias.

Los requerimientos de pago son en realidad contenciosos invertidos, que reposan en la presunción de que la ausencia de reacción por parte del deudor supone un reconocimiento, un allanamiento a la demanda. En esta materia, solo están en juego sumas de dinero. El deseo de favorecer el comercio, acentúa la necesidad de celeridad, y pasa a un segundo plano el estricto y pleno respeto de los derechos de defensa. Se retrasan cronológicamente a condición de que haya una reacción del deudor. Esta misma preocupación de eficacia permite evitar el

---

<sup>123</sup> Justicia sin papel. La doble copia es el principio en Francia, España, Italia, Alemania. Sin embargo, algunos países no lo prevén (Austria, Bélgica, Brasil, Japón, Singapur), o solamente en caso de problema técnico (Brasil)

principio de presencia. “Se puede pensar, sin embargo, en el uso de un procedimiento enteramente virtual para los casos en los que la garantía de inmediatez no sea importante: por ejemplo, estoy pensando en el proceso monitorio, cuando la deuda no es contestada por el deudor. Pero sería necesaria una modificación legal<sup>124</sup>”.

Es sintomático que respecto a este asunto, la Unión Europea permita justamente procedimientos de requerimiento de pago informatizados e incluso automatizados para los que una videoconferencia solo sería una eventualidad en caso de contestación por parte del deudor. La referencia hecha por el reglamento europeo a “cualquier medio”, permite en efecto, que el escrito electrónico se convierta en un equivalente funcional. Sin haber visto aún el día, este proyecto inspira a los países que se encuentran en este momento introduciendo procedimientos sumarios de requerimientos de pago (Holanda, Grecia). En Japón, es una realidad en los Tribunales de Osaka y de Tokio. En Alemania, el procedimiento monitorio automatizado conocido por “tratamiento por máquina”, es una realidad (§688ZPO). Se ve facilitada por el hecho de que, al contrario de lo que sucede en Francia, no se verifica si la demanda está fundada. El greffier solo se contenta de realizar un control de abuso de derecho, para rechazar el trámite de las demandas manifiestamente infundadas. El interés de este procedimiento es que se encuentra estrechamente vinculado con el proceso de desjudicialización de la justicia.<sup>125</sup>

Siguiendo el mismo orden de ideas, el contencioso fiscal en Francia se ha adaptado al modo electrónico tras el decreto de 10 de marzo de 2005, y debería extenderse a todo el contencioso administrativo para 2009. Esto no ha supuesto problema mayor, sabiendo que el procedimiento carecía ab initio de oralidad<sup>126</sup>. El equivalente funcional del escrito papel y del escrito electrónico, ha bastado.

La relación entre el comercio y la celeridad justifican procedimientos particulares en los que la eficacia prime sobre el respeto de principios esenciales. Generalmente se considera que se trata de procesos de repetición que impiden a la justicia centrarse en los litigios más importantes. Por eso, resulta sintomático, que el proceso monitorio se sitúe en el centro de una reflexión de desjudicialización de la justicia. Sin embargo, la imagen de la justicia se ve alterada, y no está tan claro que el fin justifique los medios. Es verdad que el aspecto humano es menor que en el resto de contenciosos. De ahí, a sistematizar esa manera de proceder, hay un paso que se ve rápidamente franqueado si lo que queremos es que lo económico se encuentre indisolublemente unido a lo sociológico. Para el justiciable, el pequeño consumidor, su relación con la justicia se volvería fría, técnica, por una suma que sin embargo puede resultarle esencial. Las nuevas tecnologías “son sobre todo

---

<sup>124</sup> GASCON INCHAUSTI, F., “Les nouvelles technologies dans les procès civils”, cit.

<sup>125</sup> V. los trabajos de la *Commission Guinchard*.

<sup>126</sup> NORMAND-BODARD, X., “La mise en état électronique”, cit., pp. 9-10 : El autor, el abogado, expone el sistema SAGACE, ya existente en las jurisdicciones administrativas, que permite “una pantalla de seguimiento del procedimiento”, pero ante todo, del sistema “tele-recurso”, reservado en materia fiscal, y que tiene por particularidad no ser muy exigente desde el punto de vista de la seguridad de los intercambios”.

útiles para los procedimientos rutinarios. Pero, un proceso nunca será rutinario para los particulares, que habitualmente no recurren a la justicia que una vez en su vida<sup>127</sup>”.

53.- Una acción en justicia informatizada, la acción de grupo. Si el “¡todo electrónico!” no puede, según opinamos, ser favorecido para un tipo de contencioso determinado, se ha invocado a propósito de la acción de grupo. Su uso en procedimientos que conciernen pequeños consumidores, pequeños inversores, sería posible en los que el componente humano, sin embargo, predomina. En principio, el contencioso de consumo le corresponde conocer al Tribunal d’Instance, con un procedimiento oral. Sin embargo, las nuevas tecnologías podrían favorecer el acceso al juez. Connecting people, las nuevas tecnologías podrían allanar el camino a la acción de grupo y las condiciones que esta requiere. Aseguran una comunicación rápida y poco costosa entre los miembros del grupo, y borran las distancias entre ellos. Han sido utilizadas en una acción de grupo de pequeños inversores contra una banca, en Austria<sup>128</sup>. Se puede concebir que ofrezcan una ayuda a su desarrollo, siempre y cuando exista un acceso a la informática. Todo el procedimiento podría entonces ser útil, y felizmente, informatizado, especialmente para evitar que las salas de los juzgados se vean convertidas en terrenos de fútbol.

Este uso haría efectiva una acción en justicia en la que el principal escollo es la constitución del grupo mediante la difusión de la información. Las nuevas tecnologías proporcionan una solución eficaz. Dicho esto, no deberían ocultar el escrito en papel que podría ser redactado por el abogado, representante ad litem, incluso las alegaciones orales podrían ser retransmitidas por internet.

Hacer, pues, de las nuevas tecnologías algo exclusivo no tendría sentido.

54.- Medios electrónicos de resolución de conflictos. Se cuenta igualmente con las nuevas tecnologías para el tratamiento no jurisdiccional de litigios. Debido a esta preocupación por la eficacia, la seducción que generan para los medios alternativos de resolución de litigios es más que evidente. Los medios electrónicos de resolución de litigios (MERL) se han desarrollado en litigios relativos a internet, pero podrían ver ampliado el ámbito de aplicación más allá de este tipo de contencioso. “La ciberjusticia no es consubstancial al ciberconflicto, los métodos de la ciberjusticia podrían extenderse a la resolución de litigios ordinarios<sup>129</sup>” Así, existe el cibertribunal<sup>130</sup>, pero sobre todo el sistema ECODIR

---

<sup>127</sup> KODEK, G-E., Les nouvelles technologies dans les procès civils, cit.

<sup>128</sup> JEULAND, E., “Arbitrage en ligne et procès virtuel, pour le principe de présence”, cit., n° 23 : « *por vez primera, todos los documentos fueron registrados en un dossier electrónico, y relacionados entre sí, de manera que por ejemplo, era bastante sencillo comparar las declaraciones sucesivas de los mismos testigos, a lo largo de las diferentes vistas*».

<sup>129</sup> CHABOT, G., “La Cyberjustice, Réalité ou fiction ?”, cit.

<sup>130</sup> CAPRIOLI, E-A., “Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, (L’expérience du « Cybertribunal »)”, *Rev. Arb.*, 1999, pp. 225 y ss. Se trata del primer cibertribunal francófono, constituido en 1996 por el centro de investigación de derecho público de la Universidad de Montréal. La principal innovación reside en la elección del « todo en línea » tratándose del procedimiento a seguir. Este sistema de resolución de litigios tiene la ventaja de ser gratuito.. Ver

(Electronic Consumer Dispute Resolution), que es una plataforma de resolución de litigios de consumo por internet. Los procedimientos establecidos son bastante eficaces y elaborados.

Sin embargo, la negociación impone aun más todavía la presencia física de las partes. A partir del momento en el que el juez, tercero independiente e imparcial, no es más una garantía, estos MERL deberían ser vigilados aún más para que el objetivo perseguido de descargar los tribunales se haga con medios proporcionados. Su ventaja es que reposan sobre la voluntad de las partes. Así, incluso los procedimientos desafortunadamente calificados de arbitraje suponen la aceptación de la solución dada por el árbitro<sup>131</sup>. Pero no se trata propiamente de arbitraje. Habría, por lo tanto, que asegurarse de la realidad de esta voluntad para que esta sea expresada de una forma libre e informada.

55.- ¡No seamos maniqueos! No hay en proceso civil política de todo o nada. No hay que encerrar el procedimiento electrónico en una relación de exclusividad en relación con los demás procedimientos. M.CAPPELLETTI ya escribió que “el problema de la oralidad y de la escritura se plantea a menudo como un problema de predominio, o de coordinación, y no de exclusión total. Una concepción que vería en “el procedimiento oral” un procedimiento que excluye enteramente el uso de un instrumento de comunicación y de fijación del pensamiento, tan extendido y popular como lo es la escritura, no correspondería a la realidad actual<sup>132</sup>”. Ha sido necesario acoger las nuevas tecnologías como nuevas modalidades procedimentales. Una veces se plantean como el equivalente funcional del escrito, y del oral, lo que no es del todo exacto, otras no se regulan en absoluto y dejan la flexibilidad que necesita la práctica judicial. Si la expresión electrónica es híbrida, no crea, sin embargo, un procedimiento híbrido.

---

p. 248 : «*apostemos que el arbitraje electrónico constituirá un complemento natural del arbitraje clásico, y no su competidor (¿natural ?)*»

<sup>131</sup> SCHULTZ, T., “Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne”, cit., p. 187 «*un número nada despreciable de instituciones de arbitraje en línea prevén un arbitraje no vinculante (non-binding arbitration)*». O bien puede ser rechazada, o aceptada en un plazo, (arbitraje condicionalmente vinculante) o bien no es vinculante en absoluto.

<sup>132</sup> CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit., pp. 12-13.