

ORALIDAD Y ESCRITURA COMO FACTORES DE EFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL*

(VERSIÓN ABREVIADA)

MICHELE TARUFFO

Catedrático de Derecho. Università di Pavia (Italia)

I. INTRODUCCIÓN

Tratar el ya clásico e interminable problema de la oralidad y la escritura en el proceso civil desde el punto de vista de la eficiencia tiene un lado positivo y otro negativo. El lado positivo es que, desde una perspectiva instrumental como ésta, a uno se le permite –o eso espero– dejar de lado los mitos que resultan inherentes a ese tema desde hace por lo menos un siglo. Digo *mitos* en plural porque, cuando menos, existen dos: el mito *positivo*, según el cual la oralidad se considera un valor óptimo básico, una especie de panacea que debería resolver todas las dificultades del funcionamiento del proceso civil; y el mito *negativo*, por el que la escritura es esencialmente perversa y responsable de la mayoría de los problemas que surgen en un litigio civil, por lo que debería reducirse al mínimo indispensable, o incluso, posiblemente, anularse. No tengo nada contra los mitos en general: son parte de las culturas y, junto con las ideologías (y a menudo confundidos con ellas), nos proporcionan la base de todo tipo de constructos sociales y legales. No obstante, también pueden erigirse como poderosos óbices que entorpecen la comprensión adecuada de las maquinarias procesales.

En los tiempos que corren, por otro lado, lo que necesitamos son menos mitos y más eficiencia. Entre las numerosas razones que lo justifican, existe una especialmente importante que va a incrementar su relevancia a corto plazo: en un mundo globalizado y globalizante, con toda una serie de fenómenos económicos, financieros y jurídicos de extrema complejidad que están creando una red transnacional o supranacional de relaciones, la eficiencia es quizás el valor más importante. Más concretamente, la eficiencia de los sistemas jurídicos, y en especial la eficiencia de las resoluciones judiciales, está adquiriendo una importancia cardinal en el mercado y en la competencia entre jurisdicciones.

Sin embargo, cuanto mayor importancia se procura a la eficiencia, tanto más difícil resulta definir lo que significa pensar en un sistema judicial eficiente. Por otro lado, hablar de la oralidad y de la escritura como factores de eficiencia de las resoluciones judiciales resulta probablemente imposible si no se define antes lo que entendemos por eficiencia en el proceso civil. De hecho, desde la perspectiva que adoptamos, la oralidad o la escritura se consideran medios, mecanismos dedicados instrumentalmente a conseguir precisamente ese propósito.

II. CONCEPTOS DE EFICIENCIA

Un primer paso hacia la comprensión de lo que queremos decir al hablar de *eficiencia* en el proceso civil consiste en preguntarnos *para qué* esa eficiencia. El paso se justifica por el mero hecho de que la eficiencia, por sí misma, es un concepto instrumental: resulta sensato, por tanto, preguntarnos por qué, y a la

* Traducido del inglés al español por Esther Monzó (Universitat Jaume I, España).

vista de qué resultado final, debería ser eficiente un mecanismo procesal. De hecho, sólo si decidimos eso previamente podremos cuestionarnos qué proceso sería eficiente. Yendo un poco más allá, podríamos también preguntarnos si la oralidad y la escritura pueden considerarse factores de eficiencia, y en qué condiciones.

Para plantearnos una posible respuesta, deberíamos definir los objetivos de las resoluciones judiciales, puesto que a la luz de ellos podremos situar debidamente el problema de la definición de la eficiencia procesal. La tarea, como todo el mundo sabe, es harto complicada, y no podemos aspirar a completarla en estas líneas. No obstante, simplificando profundamente, podemos expresar una distinción general en los siguientes términos: el objeto de los procesos civiles puede ser *a*) una resolución de conflictos pura o *b*) una resolución de conflictos mediante decisiones justas.

La opción *a* implica que el objeto del proceso se cumple en cuanto se da conclusión a la controversia entre los litigantes. Se trata de una cuestión de hecho que depende de un cierto número de condiciones, aunque el aspecto más relevante sea que el fondo y la calidad de la decisión final no es lo importante: una decisión errónea o incluso ilegal puede poner fin a la disputa entre las partes si, por la razón que sea, ninguna de ellas quiere proseguir con la acción.

La opción *b* supone que el objeto del proceso es poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos, ciertos y equívocos. Desde esta perspectiva, el fondo y la calidad de la decisión adquieren una relevancia extrema, puesto que determinan el núcleo auténtico de los propósitos del proceso. Estos propósitos podrían conseguirse o no, pero en todo caso deberían orientar y determinar el funcionamiento de los mecanismos judiciales.

Si nos acogemos a la definición *a*, parece coherente pensar que la eficiencia debería definirse básicamente en términos de velocidad y costes reducidos. Cuanto más rápida y barata sea la resolución del conflicto, tanto más eficiente se entenderá el proceso. Desde este punto de vista, podríamos considerar que los procesos judiciales, en términos generales, tienden por sí mismos a ser muy poco eficientes: con frecuencia no son precisamente rápidos, y a menudo resultan bastante caros. Por ello, podríamos pensar en distintas técnicas para solucionar conflictos de modos mucho más eficientes: según Rawls, “la justicia procesal pura” era la de las loterías, y lanzar una moneda al aire es un modo extremadamente rápido y barato de decidir lo que sea. Podría incluso ser justo, en aras de la igualdad, puesto que cada parte tiene el 50% de probabilidades de ganar. No se trata de ninguna paradoja. La solución aleatoria de conflictos no es lo único que se propone en ocasiones: el hecho es que si la calidad de la resolución no es relevante, porque el objetivo auténtico es poner punto final al litigio, los métodos más eficientes serán los que maximizan las ventajas en términos de tiempo y dinero. Así, éstos deberían ser los valores centrales de la cuestión.

Si, por el contrario, optamos por la definición *b*, el tema se complica: por un lado, incluso en este caso el tiempo y el dinero que se requieren para alcanzar la solución del conflicto son importantes, puesto que malgastarlos va en detrimento de la eficiencia de todo proceso judicial; por otro lado, los factores relacionados con la calidad y el fondo de la decisión final deberían tenerse igualmente en cuenta. Para poder ser equívoco, una decisión debe fundamentarse

sobre la presentación adecuada, completa y justa que de los aspectos jurídicos de las alegaciones realizan ambas partes, así como en una resolución certera, completa y posiblemente veraz sobre los hechos, basada en un examen justo de las pruebas. En este supuesto, un sistema judicial es eficiente cuando su funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero también cuando se orienta estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes.

Ambas ideas de lo que es la eficiencia son razonables, y podrían considerarse dos caras de una misma moneda. Sin embargo, pueden ser contradictorias, puesto que un proceso rápido y barato podría conllevar soluciones incompletas o incorrectas, mientras que una decisión justa puede requerir tiempo, dinero y una actividad judicial por parte de los litigantes y del propio tribunal. Por tanto, dentro de la perspectiva *b*, una elección radical puede considerarse errónea si opta por escoger una de las caras y excluir por completo la otra: es probable que para conseguir una solución justa no tengamos más remedio que llegar a un compromiso de equilibrio entre estas dos ideas de eficiencia mutuamente excluyentes. Por un lado, deberíamos considerar que entre estas nociones existe una relación de proporcionalidad inversa y complementaria: si un sistema maximiza su eficiencia en términos de rapidez y reducción de costes, lo más probable es que la minimice en cuanto a la precisión y ecuanimidad de la solución del conflicto; por el contrario, si se potencia la eficiencia entendida como una decisión precisa y ecuaníme, es probable que se minimice la reducción de inversión en tiempo y dinero.

III. ¿EFICIENCIA DE QUÉ?

Un proceso civil es una maquinaria de una complejidad extrema: hablar de su eficiencia como un todo unitario obligaría al investigador a restringirse a sólo unas pocas obviedades generales e inútiles. Lo dicho es especialmente aplicable al contexto actual, en el que la eficacia debería discutirse desde el punto de vista de una especie de evaluación comparativa de las ventajas e inconvenientes de la oralidad y la escritura. Por ello, y con el fin de conseguir un mejor nivel de análisis, parecen necesarias dos premisas, a saber: 1) el panorama puede reducirse dejando de lado la definición precedente *a* referida a los propósitos del proceso civil. Soy conocedor del hecho de que muchas personas están, más o menos conscientemente, a favor de esta definición, pero me inclino a pensar que resulta inadecuada y sustancialmente errónea. Por ello, haré uso del privilegio del informador, que consiste en escoger la perspectiva teórica que se considera de mayor provecho para sus propios fines. Por tanto, a partir de este punto, asumiré que el propósito del proceso civil es resolver disputas mediante decisiones precisas, completas y ecuanímes.

Con todo, todavía queda una premisa y ésta es que 2) la maquinaria del proceso civil puede estudiarse, en especial desde una perspectiva comparada, tratando distintos procesos, cuando menos distinguiendo algunos temas principales, que son: *a*) la presentación de la demanda; *b*) la práctica de las pruebas, y *c*) el examen de la causa al considerar la decisión final.

1. Una presentación eficiente de la demanda

Con la expresión “presentación de la demanda” me refiero a distintas actividades que ejecutan las partes (con la participación activa del juez o sin ella) con el propósito de definir y presentar sus propias “causas” al tribunal.

Un aspecto esencial de la presentación de la causa es la preparación preliminar de la misma. Esta preparación suele tener un objetivo doble: definir el asunto, a la vista de las pruebas y de los pasos procesales siguientes, y, siempre que sea posible, solucionar la disputa sin proseguir con el litigio.

En varios sistemas procesales, el juicio está claramente dividido en dos fases: una fase previa al juicio, que se dedica principalmente a seguir con la preparación de la causa después de las primeras alegaciones, y una fase de juicio en la que se practican las pruebas y se llega a la decisión final.

En los sistemas modernos, la fase previa al juicio se ha convertido en la más importante del proceso, en esencia debido a su capacidad, por lo menos en Inglaterra y, hasta cierto punto, también en los Estados Unidos, para dar término al conflicto evitando el juicio y la sentencia. El tipo ideal de una fase previa al juicio deriva, principalmente, de la experiencia de los sistemas de derecho consuetudinario, aunque existen diferencias notables entre las fases previas americana e inglesa.

Según el Reglamento Procesal Civil (*Civil Procedure Rules*) inglés, promulgado en 1999, la fase previa al juicio puede adoptar formas distintas según el tipo de *vía* que el juez escoja para cada causa particular, lo cual se decide principalmente en función de su importancia y complejidad. En la *vía de escasa cuantía*, suele haber una sola vista, en la que los litigantes discuten la causa ante el juez, con el fin de conseguir una solución rápida a su conflicto. En este caso, la oralidad resulta eficiente porque ahorra tiempo y actuaciones procesales. En la *vía sucinta*, la fase previa al juicio presenta mayor complejidad, puesto que consiste principalmente en el intercambio de escritos y la proposición y práctica de pruebas documentales. En este caso, la escritura es eficiente para la preparación de la causa, y no suele haber ninguna vista. En la *vía múltiple*, que se emplea para causas de mayor importancia y complejidad, el juez goza de una discreción bastante amplia para dirigir la fase previa al juicio; con todo, la preparación de la causa suele realizarse por escrito, y sólo en causas de gran complejidad se celebra una vista especial, denominada *revisión previa al juicio (pre-trial review)*, con la finalidad de esclarecer y determinar las cuestiones procesales relevantes con vistas al juicio. Por tanto, a excepción de los litigios de escasa cuantía, la oralidad aparece en raras ocasiones en la fase previa inglesa, y el empleo de escritos y documentos se considera el modo más eficiente de preparar la causa.

La fase previa al juicio en el sistema americano cumple una serie de funciones entre las que se incluye la modificación de las primeras alegaciones, la proposición de la prueba documental y de cualquier otro tipo, así como una relación más completa y detallada de los hechos controvertidos. En los Estados Unidos, la fase previa al juicio es muy distinta entre una y otra causa: puede ser rápida y simple cuando la naturaleza de la demanda lo permite, pero también puede ser extremadamente compleja, dilatada, cara y gravosa en causas importantes y complejas. En relación con esto, existen dos aspectos importantes que merecen mención especial. En primer lugar, la fase previa al juicio, y en especial la proposición de las pruebas, son completamente dependientes de la iniciativa de las partes, las cuales determinan qué pruebas se proponen y cómo. En segundo lugar, pese a que algunos mecanismos de proposición (como las declaraciones, *depositions*) se practican de forma oral, el hecho es que la mayoría se presenta como escritos, esto es, como la propuesta y examen de distintos documentos. Por poner un ejemplo, una declaración puede prestarse mediante un

interrogatorio oral (con la consiguiente toma de notas para el acta), pero también puede tomarse mediante los *interrogatorios escritos* (*interrogatories*) en los que el futuro testigo escribe sus respuestas a preguntas que se formulan también por escrito (véanse las normas 27(3), 30(4), 30(c) y (f) y 31 del Reglamento Procesal Civil Federal, *Federal Rules of Civil Procedure*). Además de la proposición, el resto de actividades procesales de los litigantes se lleva a cabo por medio de escritos que las partes intercambian y presentan al tribunal. Si el tribunal lo decide (queda a su discreción), la fase previa al juicio puede concluir en una *audiencia previa* (*pre-trial conference*) que, entre otras cuestiones, puede servir para programar y planificar el decurso del proceso, para mejorar “la calidad del juicio mediante una preparación concienzuda”, y para facilitar el acuerdo entre las partes (véase la norma 16(a) y (b) del Reglamento Procesal Civil Federal). En esta audiencia, el tribunal desempeña la mayoría de sus funciones de dirección. No obstante, debería mencionarse que es, en esencia, el único momento de oralidad dentro de una fase preliminar del proceso que podría ser extremadamente compleja, pero que se ejecuta casi completamente de forma escrita.

En los sistemas modernos de enjuiciamiento civil, existe una gama de disposiciones que tratan la preparación del proceso en una fase anterior a la práctica de las pruebas. Tales disposiciones no pueden analizarse aquí en detalle, pero atender a algunos ejemplos puede ser útil para comprender que la oralidad y la escritura pueden desempeñar papeles distintos en este momento del proceso.

Un primer ejemplo de gran interés es el caso de España. Tras una larga tradición histórica en la que la escritura era la única forma para el litigio civil, la Ley de enjuiciamiento civil, promulgada en el año 2000, introdujo un cambio drástico en la estructura del proceso. El aspecto más importante es el de la *audiencia previa*, una audiencia preliminar en la que transcurren muchas actividades: intentos por lograr un acuerdo entre las partes, la resolución de cuestiones prejudiciales, modificaciones a las alegaciones, el esclarecimiento de los hechos contestados y no contestados, la proposición de pruebas y la determinación de su admisibilidad. En pocas palabras, debe efectuarse en la audiencia previa todo lo que sea necesario bien para dar fin inmediato a la causa o para esclarecer, simplificar y determinar los extremos de hecho y de derecho en los que haya controversia. En ese momento, todo es oral, esto es, todo se lleva a cabo mediante el debate y la argumentación verbal de las partes, con una participación activa del juez. En una vista de tanta importancia, la oralidad cumple un papel fundamental, y resulta un factor de eficiencia indispensable y sustancial: si todas las actividades que se ejecutan en la audiencia se llevasen a cabo mediante escritos y órdenes, se requeriría un gran volumen de tiempo. La eficiencia del sistema se ha comprobado en la práctica, puesto que existen datos estadísticos que muestran una reducción drástica de la duración de los procesos civiles en España. En lo que se refiere a este sistema, vale la pena mencionar también el *juicio verbal*, que se aplica en casos simples en los que la velocidad resulta especialmente importante: en una vista oral se llevan a cabo todas las actividades requeridas, incluyendo la práctica de la prueba, y la vista concluye con una sentencia final.

Un segundo ejemplo de gran interés, aunque en un sentido bastante distinto, es el que nos ofrece Alemania. El Reglamento Procesal Civil alemán (*Zivilprozessordnung*, ZPO) asigna un papel central a la llamada *vista oral*

(*mündliche Verhandlung*), esto es, al principio de oralidad en la preparación y discusión de la causa. La fase preparatoria puede adoptar dos formas distintas en función de la importancia y complejidad de la controversia: en procesos de menor importancia, la preparación se efectúa en una vista oral preliminar denominada *früher erster Termin* ('primera audiencia previa'), mientras que otros procesos de mayor importancia y complejidad requieren una fase previa al juicio que se desarrolla por escrito (la llamada *schriftliche Vorverfahren*, 'preproceso escrito'). La elección depende del juez, que dictamina en función de las particularidades de la causa y de la probabilidad de que una vista oral pueda llevar a la resolución del proceso. En la vista oral preliminar, los litigantes y el juez tratan todos los extremos vinculados a la causa, con el propósito de determinar las cuestiones de hecho y de derecho en controversia, con vistas a la fase de juicio. Cuando el juicio se prepara mediante escritos, todo resulta mucho más complicado: se produce un intercambio de correspondencia entre las partes y se presentan escritos al tribunal para esclarecer todo lo necesario de cara al juicio. La preparación por escrito resulta más eficiente en causas complejas, puesto que permite que los litigantes desarrollen sus pretensiones y argumentos de un modo completo y detallado, y que se preparen adecuadamente para el juicio. Pese a la aseveración contenida en el ZPO § 128 I, sobre el carácter oral del proceso alemán, según Peter Gilles, la experiencia práctica muestra que el papel real de la oralidad se reduce a los mínimos: parece, por tanto, que el desarrollo procesal alemán es, de hecho, un *Aktenprozess*, esto es, un proceso compuesto principalmente por documentos, escritos y actas.

Un tercer ejemplo de interés es el de Italia. En teoría, un proceso civil debería desarrollarse de modo oral (artículo 180 del código procesal civil italiano), y las reformas recientes procuran llevar a la práctica este principio en la fase preliminar del proceso. Por desgracia, estas reformas se plasmaron de un modo tan equívoco que lo que se ha conseguido es precisamente todo lo contrario. El artículo 183 del código procesal, regula una vista en la que los litigantes (esto es, sus representantes legales) comparecen ante el tribunal para preparar la causa con vistas a la práctica de las pruebas. Sin embargo, las partes pueden modificar sus alegaciones, desarrollar sus argumentos y proponer nuevas pruebas mediante escritos que se presentan al tribunal tras la vista. Asimismo, tras la vista, el juez decidirá mediante un escrito la admisibilidad de las pruebas. En síntesis: la vista se dedica a planificar las fechas en las que deberán presentarse los escritos; el juez no ejerce ninguna función de dirección del proceso, y la preparación de la causa se realiza exclusivamente mediante escritos. Por tanto, no existe ningún esclarecimiento o simplificación de los extremos de hecho o de derecho que las partes desarrollan en sus alegaciones.

A partir de esta revisión limitada y esquemática, pueden derivarse comentarios bastante ambiguos y poco claros. Por un lado, parece que de hecho el proceso en causas de escasa cuantía o relativamente simples requiera alguna forma de preparación oral. Un debate oral es más rápido, menos caro y mucho más simple que una preparación por escrito, por lo que debería considerarse más eficiente. Los ejemplos de Inglaterra, España, Italia y otros países resultan bastante esclarecedores en este sentido.

No obstante, debería considerarse que esta eficiencia (que en esencia se plantea como ahorro de tiempo y dinero) conlleva ciertos costes si atendemos al desarrollo completo y justo de la causa, y, en consecuencia, también en lo que se

refiere al alcance y la precisión de la decisión final. Si existe una razón para acudir a la oralidad en demandas de escasa cuantía se trata tan solo de que su núcleo es precisamente *escaso*, por lo que no merecen la preparación completa que requieren causas mayores. Debiera considerarse, sin embargo, que una demanda de cuantía pequeña puede ser compleja y muy importante desde el punto de vista de la base jurídica: en ese caso debería merecer la preparación completa y cuidada que probablemente no le proporcionará una vista oral.

Por otro lado, habría que tener en cuenta que la preparación oral en causas menores y simples ha tenido éxito en Inglaterra, España y, hasta cierto punto, Italia, pero que la práctica de Alemania y también de otros sistemas nos indica que incluso en esos procesos se prefiere la forma escrita. Por tanto, existen motivos para considerar que un escrito puede ser eficiente incluso en demandas de escasa cuantía. Encontramos una confirmación de este extremo en el reglamento europeo número 861 de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo para demandas transnacionales de escasa cuantía, en el que se regula un proceso simplificado basado en escritos.

Cuando consideramos procesos complejos e importantes, parece que la tendencia general es emplear mecanismos procesales complicados, articulados y esencialmente escritos. Esto resulta válido pese a las distintas diferencias que existen entre estos sistemas, en Inglaterra, los Estados Unidos, Alemania, Italia y muchos otros países. Parece que desde esta perspectiva, la excepción es meramente España, puesto que la preparación oral de la causa en la audiencia previa parece funcionar de un modo satisfactorio incluso en causas importantes y complejas. Aparte de este caso, la razón por la que se prefiere una preparación por escrito en litigios importantes queda bastante clara: el intercambio de un cierto número de escritos entre las partes, la presentación de tales escritos al tribunal, de peticiones por escrito al juez y la emisión de órdenes escritas parece asegurar un desarrollo completo, detallado, pleno y articulado de todos los asuntos relevantes (o incluso irrelevantes) del litigio. Desde este punto de vista, y asumiendo que se necesita una preparación pormenorizada del proceso, parece que la forma escrita resulta más eficiente.

IV. PRESENTACIÓN ORAL Y ESCRITA DE LAS PRUEBAS

La presentación oral o escrita de las pruebas también es un tema clásico de la teoría procesal, principalmente en el campo de los sistemas procesales de Derecho civil. En los sistemas de Derecho consuetudinario, nunca se ha tratado verdaderamente como objeto de reflexión, por un motivo muy obvio: en la medida en que el modelo del proceso civil angloamericano se concentra en un juicio con jurado, la oralidad de la práctica de las pruebas constituía una necesidad empírica. En los sistemas de derecho civil, por el contrario, la tradición desde la época del proceso romano-canónico se basaba esencialmente en el uso de pruebas escritas, mientras que las pruebas orales se practicaban sólo en un número reducido de ocasiones. Incluso los testigos declaraban por escrito, esto es, por medio de actas que generalmente tomaban secretarios judiciales o notarios. Como reacción a esta praxis tradicional, la cual conllevaba litigios gravosos, dilatados y formalistas, el propósito primordial de muchos reformistas fue, cuando menos hasta el final del siglo XIX, la introducción de la oralidad en la práctica de las pruebas. No obstante, la realidad de facto, considerada a la luz de la eficiencia procesal, requiere una comprensión más profunda y algo distinta.

En primer lugar, debe considerarse que en todos los sistemas modernos de litigio, una forma muy frecuente de demostrar los hechos en disputa es la práctica de la prueba documental. En la mayoría de causas vinculadas al Derecho de sociedades, mercantil, financiero y de contratos, las pruebas más típicas se conforman de una colección más o menos amplia de documentos; las pruebas documentales son asimismo frecuentes en otros tipos de causas, como las vinculadas al Derecho de familia, responsabilidad civil, etc. Además, casi todos los medios *atípicos* de prueba, que se admiten en la mayoría de sistemas procesales, son, de hecho, papeles escritos.

Un segundo factor que merece tenerse en cuenta podría definirse como la transformación de pruebas orales en documentos escritos. Esta transformación puede tomar, al menos, dos formas principales distintas. La primera es una cuestión de necesidad. Como veremos en breve, la práctica oral de las pruebas se basa en la asunción de que quien juzga los hechos se forma sus propias impresiones sobre los mismos por medio del contacto directo con el testigo, y así toma sus decisiones directamente a partir de esas impresiones. Con todo, algo así puede ocurrir sólo si la resolución sigue de forma inmediata a la práctica de las pruebas (y, por supuesto, cuando quien deba decidir sea la persona que asistió a la misma). Estas condiciones se cumplen en algunos casos, pero no se dan en muchos más. Si la práctica de las pruebas no se concentra en una sola vista, y si la sentencia no se pronuncia de forma inmediata al fin de la misma, las pruebas originalmente orales se transforman en pruebas escritas. Resulta obvio que esto ocurre cuando las personas que toman la resolución final no son las mismas que las que han asistido al examen de los testigos, porque se ha cambiado de juez durante el proceso o porque se acude a un tribunal de apelación: en todos estos casos, las pruebas disponibles son, de hecho, escritas.

1. Contacto directo con las pruebas

Si dejamos de lado los problemas relacionados con los métodos del interrogatorio de testigos, podemos centrarnos ahora en el aspecto que parece ser la base de todo tipo de prueba oral, esto es, el contacto directo e inmediato entre quien debe juzgar los hechos y el testigo. La visión tradicional es que, si el juez sólo puede leer el acta escrita del interrogatorio que lleva a cabo otra persona, no podrá apreciar la fiabilidad de lo que dijo el testigo ni determinar su credibilidad. Por el contrario, según se dice, el contacto directo y personal de quien debe examinar los hechos y el testigo, lo cual se da únicamente en el contexto de un interrogatorio oral, permite que se evalúen las respuestas y se desarrolle un interrogatorio completo y concienzudo, y que se estime asimismo la credibilidad del testigo: por tanto, quien examina los hechos se encuentra en una posición ideal para determinar el valor probatorio de la prueba testifical.

Es lo que se suele decir y asumir: que la práctica oral de las pruebas resulta infinitamente más eficiente que su práctica a través de un acta escrita. Pese a que sea tradicional y ampliamente aceptada, esta creencia común no está exenta de dudas. Una de ellas es que se basa en una especie de psicología *amateur*, según la cual quien juzga los hechos es capaz de determinar la credibilidad del testigo con una mera observación directa de su conducta, de su *lenguaje corporal*, de sus modos de hablar, de contestar, de su asertividad o de su timidez, entre otras cuestiones. En síntesis, la observación directa de la conducta verbal y física del testigo debería facultar a quien juzgará los hechos para establecer si el testigo ha dicho la verdad o no. Sin embargo, todo el mundo entiende hasta qué punto

resulta incierto e incluso insólito este tipo de análisis psicológico que se le exige al juez de los hechos. La mayoría de jueces no tienen una formación especial en psicología del testimonio; en el mejor de los casos, algunas pueden haber tenido experiencias en su práctica judicial. Cuando se trata de jueces legos, la única base de su perspicacia psicológica son las generalizaciones *grosso modo* que nos brinda el sentido común (y que en la mayor parte de los casos se basan en prejuicios y predisposiciones). Desde este punto de vista, la práctica oral de las pruebas presenta una eficiencia dudosa como método para obtener información fidedigna de testigos creíbles. En cualquier caso, debe descartarse que el contacto directo del juez de los hechos con los testigos pueda conducir a una especie de pronóstico o de intuición subjetiva sobre si el testigo dijo o no dijo la verdad. En otras palabras, el contacto directo no debería constituir un medio de comprensión irracional e inescrutable de la mente del testimonio; por el contrario, debería proporcionar al juez la oportunidad de recopilar información para la evaluación racional de la credibilidad del testigo, basada en unos criterios racionales. De modo equivalente, el juez de los hechos debería ser capaz de justificar su evaluación en la opinión razonada que se incluye en la sentencia.

En lo que se refiere a la exhaustividad en la información de los hechos, ésta depende del método mediante el cual se realiza el examen. El juez que interroga a un testigo *ex officio* quizá no se sienta particularmente interesada en llevar a cabo un interrogatorio autónomo y concienzudo, y en muchos casos no tiene facultades para hacerlo. Por otro lado, las letradas que lleven a cabo el interrogatorio o el interrogatorio contradictorio quizá no estén particularmente interesadas por conseguir una relación verídica, completa y objetiva de los hechos controvertidos: su principal interés es ganar el juicio y no determinar la verdad, lo que implica que ésta se encuentra entre los objetivos de la letrada sólo si resulta favorable a su cliente (y quizás ni siquiera en este caso).

Desde el punto de vista de la eficiencia *económica*, la práctica oral de las pruebas también suscita algunas dudas. Interrogar a un testigo suele requerir una cantidad bastante notable de tiempo, en especial en los interrogatorios contradictorios. Además, la preparación del interrogatorio exige tiempo de las letradas de los litigantes, ya sea para presentar al juez los hechos sobre los que debe interrogar o para preparar el propio interrogatorio. Todo ello comporta, en ambos casos, que se necesita tiempo y también dinero para pagar los honorarios de las letradas. Existen otros problemas asociados al tiempo y el dinero que surgen cuando el testigo vive lejos del tribunal (lo cual sucede con cierta frecuencia), puede que incluso en otro país, y o bien debe viajar a la sede de aquél o bien debe mediar un exhorto y la colaboración de otro tribunal.

Razones como éstas justifican una tendencia que va tomando cuerpo en distintos sistemas y que se muestra a favor del uso de testimonios escritos en sustitución de los orales. La práctica de las *declaraciones juradas (affidavits)*, esto es, de declaraciones por escrito en las que se contiene un testimonio, resulta frecuente en los sistemas de Derecho consuetudinario. Además, la norma 32(a) del Reglamento Procesal Civil Federal permite a las partes emplear como medios de prueba las declaraciones escritas que se hayan obtenido en el transcurso de la proposición de pruebas previa al juicio. Una posibilidad similar existe también en Inglaterra. De hecho, los testimonios escritos suelen admitirse con frecuencia. En los sistemas de Derecho civil, este recurso a testimonios escritos quedaba tradicionalmente excluido, pero ahora se admite como algo cada vez más común.

Un ejemplo de gran relevancia de este fenómeno son los *attestations* que regulan los artículos 200-203 del código francés del proceso civil (*Code de Procédure Civile*). Otro ejemplo interesante es el alemán. El ZPO, § 377 n.º 3, dispone que el tribunal, a su propia discreción, puede decidir que se preste testimonio contestando a preguntas por escrito. En Italia, existen disposiciones similares en la regulación sobre arbitraje (véase el artículo 816 *ter*, párrafo 2, del código procesal civil), y ahora también en el artículo 9 del reglamento europeo sobre demandas transnacionales de escasa cuantía que ya he mencionado. Por tanto, debería tenerse en cuenta que el tipo oral tradicional para la práctica de la prueba testifical está perdiendo sus rasgos orales. Las razones de este cambio son simples y prácticas: en muchos casos resulta más rápido y menos gravoso emplear declaraciones por escrito en lugar de interrogar oralmente a los testigos. El interrogatorio oral tradicional todavía resulta provechoso, pero el problema surge a la hora de comprobar directamente la fiabilidad de la autora de las declaraciones: como norma, de hecho, el tribunal puede disponer el interrogatorio de los testigos siempre que el testimonio escrito no parezca satisfactorio en términos de credibilidad o fiabilidad. Por otro lado, los testimonios escritos suelen aceptarse cuando la cuestión sobre la que deben arrojar luz es bastante simple (como sucede cuando el problema se limita a confirmar la fecha o las condiciones de un contrato). Cuando deben establecerse hechos complejos por medio del conocimiento de personas que hayan tenido una apreciación directa de esos hechos y cuando su fiabilidad sea dudosa, el único medio disponible es el interrogatorio oral de los testigos.

V. EL MODELO IDEAL DE UN JUICIO ORAL CONCENTRADO

Como ya se ha dicho, la oralidad puede ser una forma eficiente para la práctica de las pruebas cuando se cumplen dos condiciones principales (además del contacto directo del juez de los hechos con las fuentes de prueba): la concentración y la resolución inmediata al final de la última vista.

La concentración del proceso, y en especial de la práctica de las pruebas, resulta indispensable para preservar el carácter oral de las pruebas. Ésta es la razón principal por la que los sistemas procesales orientados a poner en práctica el principio de la oralidad de las pruebas disponen una vista única y concentrada en la que deben practicarse sin interrupción todas las pruebas orales. Esto suele ocurrir tradicionalmente en los sistemas procesales del Derecho consuetudinario, pero no siempre sucede en la mayoría de los sistemas de Derecho civil (como Alemania y España, entre otros), en los que las pruebas deberían practicarse en una misma vista.

No obstante, en algunos sistemas, la práctica de las pruebas no se concentra: Italia se encuentra en los muchos ejemplos de esta situación. El hecho es que las pruebas se practican a lo largo de distintas vistas, con largas demoras (de meses, si no años) entre unas y otras: el proceso prosigue *a plazos*, de modo que cuando hay que interrogar a diez testigos pueden necesitarse tres o cuatro vistas y, quizá, un par de años. Sólo cuando el legislador pretende poner en práctica el principio de oralidad de un modo eficaz, sobre todo en aras de la velocidad, la norma es que todas las pruebas se presenten en una única vista concentrada: el ejemplo paradigmático, en el sistema italiano, lo ofrece el proceso laboral.

Cuando la práctica de la prueba no se concentra, las consecuencias no se limitan a una necesidad mayor de tiempo, con los óbices consiguientes para la eficiencia, sino que se provoca que el expediente escrito sea la única fuente disponible para quien deba juzgar los hechos.

Una decisión inmediata también constituye un factor importante de la oralidad: como ya se ha dicho, si la decisión sobre los hechos se toma meses o años después de la vista en la que se practicó la prueba, la auténtica fuente de la decisión será un acta escrita, y no una prueba oral. Por supuesto, ello implica una condición derivada, a saber: el juez de los hechos que toma la decisión final debe ser la misma persona que asistió a la vista en la que se interrogaron a los testigos. Resulta obvio, porque si no sucede de este modo, de nuevo, la fuente de la decisión final será un acta escrita.

Estas condiciones dan apoyo a la definición de lo que puede considerarse el *tipo ideal* de un proceso oral: una vista judicial en la que se concentran y ejecutan la mayor parte de las actividades procesales de forma oral, y que concluye con la decisión final. El modelo de esta vista es muy simple: *a)* puede empezar con una declaración de apertura en la que las letradas de las partes presentan y esclarecen su propia versión del pleito; *b)* sigue la práctica oral de las pruebas; *c)* las letradas llevan a cabo una discusión final de la causa, extraen sus conclusiones a partir de las pruebas, presentan sus alegaciones finales al tribunal y le solicitan una solución que consideren adecuada para la controversia. Tomando como base este paso, *d)* el tribunal pronuncia su sentencia final al término de la vista. En ocasiones este proceso puede incluir otros momentos, como puede ser el interrogatorio de las partes por la letrada contraria y los intentos del tribunal por promover un acuerdo, pero estos factores no modifican sustancialmente la estructura del modelo.

El modelo se sigue en muchos sistemas. Por descontado, en los países de Derecho consuetudinario, de acuerdo con una larga tradición basada en la presencia de un jurado: más que una elección teórica o política, el juicio oral y concentrado era una necesidad práctica de los procesos de esta familia jurídica. Hallamos una confirmación indirecta de este extremo en el hecho de que los juicios orales no se daban en los procesos de Equidad, que eran esencialmente escritos y no concentrados, primordialmente porque el jurado no existía. No obstante, en Inglaterra todo ha cambiado en las últimas décadas y sobre todo con la reforma de 1999. Por un lado, el jurado civil ha desaparecido prácticamente desde hace décadas; por el otro, el nuevo Reglamento Procesal Civil introdujo reformas significativas en la fase previa al juicio, con la consecuencia de que éste suele ser muy simple: cuando sea necesario, el juez permitirá el interrogatorio contradictorio de un testigo si se cuestiona su credibilidad. Por lo tanto, la oralidad se reduce a los mínimos.

En los Estados Unidos, por el contrario, el pleito todavía sigue el modelo descrito: las letradas de las partes pronuncian sus alegatos de apertura, se interroga a los testigos, las letradas enuncian sus discursos de clausura y entonces el jurado (si es uno de los frecuentes juicios con jurado) da un veredicto.

El mismo modelo es válido también para algunos sistemas de Derecho civil, cuando el Derecho procesal se orienta a la puesta en práctica del principio de oralidad. Es, por ejemplo, el caso de España: el denominado *juicio* es una vista en la que se practican las pruebas y los litigantes desarrollan sus argumentos finales

de cara a la decisión. Lo mismo ocurre en Alemania: la *audiencia principal* (*Haupttermin*) se corresponde perfectamente con el modelo: en primer lugar las partes presentan sus causas, entonces se practica la prueba oral y después las partes presentan los argumentos finales al tribunal. Incluso en algunos sistemas en los que la oralidad del proceso ordinario no suele asegurarse, el modelo se sigue en algunos procesos especiales: en Italia, por ejemplo, se utiliza para algunos procesos de especial importancia, como sucede con la jurisdicción social y mercantil.

Por otro lado, el modelo no se sigue en distintos sistemas que no adoptaron la estructura procesal tipo juicio. Además de varios países de América Latina, los ejemplos principales de esta tendencia distinta son los procesos ordinarios de Francia e Italia. En ambos países, el pleito no se concentra, y las pruebas se practican a lo largo de diversas vistas según cómo dirija la causa el tribunal. Cuando se han presentado todos los medios de prueba, la fase probatoria del proceso se cierra y el juicio sigue hasta su fin. En estos sistemas, el debate final de la causa puede regularse de distintos modos. En Francia, por ejemplo, existe una vista final especial que se dedica a la discusión oral de la causa (la denominada *débats*), en la que las letradas despliegan sus argumentos y conclusiones bajo la dirección del juez presidente (artículos 430 y 440 del código procesal civil francés). En Italia el juez programa una vista en la que las partes en último término pronuncian sus conclusiones. Tras esta vista, los litigantes presentan al tribunal un primer escrito final en el que se contienen todos sus argumentos en relación con los hechos controvertidos y los fundamentos jurídicos sobre los que cabe decidir; tras esto, cada parte puede presentar otro escrito con la contestación al de la otra parte. De este modo, la discusión final de la causa se realiza de forma escrita, y cada parte puede presentar dos escritos finales.

En vista de estos sistemas tan diferentes, y teniendo en cuenta principalmente la discusión final de la causa, pueden argüirse algunos comentarios en relación con la eficiencia. Por un lado, el modelo de vista tipo juicio que se ha descrito antes parece especialmente eficiente en términos de tiempo: la concentración de la práctica de las pruebas en una o diversas vistas continuadas no es meramente una condición necesaria para la puesta en práctica de la oralidad, sino también un medio para evitar retrasos y pérdidas de tiempo. En este modelo, la forma oral de la discusión final de la causa, de cara a una decisión inmediata, constituye una parte necesaria del sistema. Además, una discusión final en el contexto de una vista concentrada suele ser relativamente corta, y por ello también es eficiente en términos de tiempo. No obstante, esto no significa necesariamente que este sistema funcione bien en la práctica. De hecho, Peter Gilles, al referirse a la situación alemana, afirma que la discusión oral suele evitarse, lo cual conlleva que la decisión se tome sobre la base de los escritos de alegaciones. Resulta eficiente en términos de tiempo, puesto que de este modo se ahorra el tiempo destinado a la discusión oral, pero podemos dudar que sea eficiente en términos de un tratamiento justo y adecuado de la causa. Esto resulta determinante para considerar no sólo los modelos abstractos que nos proporciona el Derecho, sino también, y especialmente, la puesta en práctica de dichos modelos.

VI. COMENTARIOS FINALES

A partir de la visión general y esquemática ofrecida en las páginas precedentes, podemos extraer algunos comentarios finales de carácter provisional.

En primer lugar, debemos recalcar que en términos de eficiencia no se puede conceder una preferencia absoluta ni a la oralidad ni a la escritura. Por otro lado, cada uno de estos modos puede ser eficiente para unos propósitos y no para otros: la oralidad es eficiente en términos de ahorro de tiempo y dinero, pero no es necesariamente eficiente para preparar decisiones adecuadas y verídicas sobre el fondo de la causa; la escritura puede ser eficiente también en términos de ahorro de tiempo y en especial para la preparación de causas complejas, pero no lo es cuando surge el problema de evaluar la fiabilidad de la prueba oral. En cualquier caso, parece inadecuado hablar del proceso civil en su conjunto en términos disyuntivos de formas orales o escritas: todos los sistemas actuales se apoyan en varias combinaciones de ambas, y a menudo dentro del mismo sistema hay tipos de procesos predominantemente orales o escritos.

Otra cuestión relevante es que la eficiencia de los mecanismos procesales orales o escritos debería considerarse en el contexto del tipo concreto de litigio que se sopesa. Si el valor primordial que pretende el legislador es la velocidad de la resolución de la controversia, y en consecuencia dispone un proceso concentrado, la oralidad es claramente la forma más eficiente: la concentración no permite el intercambio de escritos y apenas tolera el uso de pruebas escritas. En este caso, todo, desde la preparación del juicio a la práctica de la prueba y la discusión final, deberían ser orales. El *modelo ideal* que se describía anteriormente lo ilustra de forma clara. No obstante, todo cambia si no consideramos que la concentración sea una necesidad, puesto que se da prioridad a otros valores, que en consecuencia prevalecen sobre la velocidad de la solución del litigio. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el legislador tiene en cuenta razones políticas y da libertad a los litigantes para determinar el ritmo del proceso, puesto que los *valores contradictorios* se consideran más importantes que el interés *público* por la resolución rápida de las disputas: es el caso del proceso especial italiano en asuntos de Derecho societario, como también el de la proposición de pruebas en el sistema americano. En estas situaciones, la elección básica del legislador no es la eficiencia del sistema procesal sino la protección de la libertad de las partes para llevar a término su contienda sin normas restrictivas y sin que se asignen al juez facultades de dirección. Análogamente, no hay necesidad de oralidad, y el uso de escritos y documentos se convierte en la norma general.

Otra cuestión destacable es que la eficiencia de los mecanismos orales o escritos depende, por lo menos hasta cierto punto, del tipo de litigio. En muchos casos, se dispone una vista simplificada y concentrada tipo juicio para las demandas de escasa cuantía: la oralidad sirve a la simplificación y a la eficiencia entendida en términos de tiempo y dinero. La oralidad resulta asimismo eficiente para la preparación de causas sencillas, con independencia de la cuantía implicada, como sucede en la fase preliminar oral alemana. Sin embargo, en otras causas, el intercambio de escritos y la lectura de documentos puede resultar también eficiente teniendo en cuenta el factor tiempo. Por otro lado, cuando los hechos y las bases jurídicas implicadas en una controversia son complejos, acudir a una preparación escrita suele ser la tendencia general. Los ejemplos son diversos, desde la práctica de pruebas americana a la vía múltiple inglesa, pasando por la fase preliminar escrita del Derecho alemán. La razón que subyace a esta tendencia resulta bastante clara: los escritos y los documentos parecen más eficientes si se pretende tratar con asuntos complejos de un modo completo, detallado y concienzudo; el que la preparación por escrito no sea eficiente en

términos de tiempo y dinero puede no creerse especialmente relevante. Con todo, España proporciona un contraejemplo significativo, puesto que la oralidad se utiliza en todo tipo de controversias, tanto en la audiencia previa como en el juicio.

No obstante, desde esta perspectiva, el problema primordial parece ser el de adaptar el proceso a las necesidades de cada causa. La experiencia de sistemas más maduros, como pueden ser el inglés y el alemán, nos muestra que el juez debería decidir caso por caso, con lo que desempeñaría un importante papel de dirección, de modo que el litigio debería proseguir del modo más eficiente y adecuado. Quedaría a discreción del juez decidir, en función de las características de cada caso, si lo más adecuado es una vista preparatoria simple y oral, o si por el contrario se requiere una preparación por escrito; si los testigos deben interrogarse de forma oral o si los testimonios por escrito serían suficientes para demostrar los hechos; y si la discusión final de la causa previa a la decisión final merece un intercambio de escritos o puede realizarse con discursos orales. De modo análogo, lo más habitual debería ser la flexibilidad del litigio, bajo la cuidadosa supervisión y la dirección activa del juez.