

LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

JORGE W. PEYRANO

Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina,
Facultad de Derecho de Rosario (Argentina)

“Sólo piensa de verdad quien ante un problema en vez de mirar únicamente por derecha hacia lo que el hábito, la tradición, el tópico y la inercia mental harían presumir, se mantiene alerta, pronto a aceptar que la solución brinque del punto menos previsible en la gran rotundidad del horizonte.”

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

I. ADVERTENCIAS PREVIAS

Llevaremos a cabo, ante todo, algunas advertencias al lector de las líneas que siguen. Destacamos que el título de la Ponencia que se nos encomendara confeccionar, admite plurales enfoques. Elegimos el que nos pareció más apropiado.

Por de pronto, alertamos acerca de que, nos ceñiremos, en lo que atañe a la materia, al área del proceso civil, sin perjuicio de que muchas de las afirmaciones que formularemos se nos ocurran traspolables al ámbito de otros fueros. Estrechando, un poco más, el muy amplio campo de acción que todavía podría abarcar la tarea encargada, también señalamos que centraremos nuestra atención en la prueba a producir en primera instancia –grado jurisdiccional éste que concita el mayor interés en la actualidad¹- y en el seno de un proceso contencioso de conocimiento amplio (juicio ordinario, por ejemplo) con generación de pruebas. El descripto es el campo de Agramante donde más encarnizadamente se debate todavía respecto de las bondades de una u otra de las alternativas que plantea el epígrafe, dado que tal discusión no se plantea respecto de otro tipo de causas, cuales serían, vgr., los ejecutivos de toda laya, los de naturaleza monitoria, aquellos que por su índole hacen prevalecer acusadamente la forma escrituraria y los que tutelan ciertos nuevos derechos². Asimismo, comunicamos al lector que consideramos imposible ofrecerle un panorama completo de lo que sucede en todas las latitudes respecto del asunto cuyo análisis se nos ha atribuido. Preferimos, entonces, proporcionar alguna información que reputamos sustanciosa y diseñar propuestas que, deseamos, se encuentren dotadas de alguna originalidad y de cierta aptitud operativa porque no son épocas propicias para las especulaciones meramente teóricas³. Finalmente, subrayamos que hemos procurado no internarnos en el tratamiento de asuntos confiados a otras ponencias.

¹ MORELLO, A., Tendencias dominantes en la litigación civil, Santa Fe, 2002, p.75.

² CAPELLETTI, M., La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires 1972, p. 8. OTEIZA, E., Informe nacional argentino, p. 3 al pie de página.

³ BIAVATI, P., “Tendencias recientes de la Justicia Civil en Europa”, Revista de Derecho Procesal, Vol. 1, 2008, p. 538.

Empero, resulta ser que se encuentran tan interrelacionadas que no hemos podido evitar del todo, intromisiones no queridas.

Siempre a título previo, diremos ahora –repetiendo lo que se dijera en Bruselas- que “el problema de la prueba debe ser objeto de continua reflexión”⁴. Las líneas que siguen aportarán, creemos, algunos nuevos motivos de reflexión que, obviamente, no constituirán un nuevo punto de llegada, sino un estímulo en pro de seguir reflexionando.

Concluyendo el presente introito, consignamos que las que siguen son reflexiones que hacen foco en la práctica de la prueba en sede civil, entendida ella como “el conjunto de actos del juez, de las partes y de otros sujetos procesales mediante los cuales se realizan o producen los medios de prueba admitidos”⁵; y sin perder de vista que también comprende la documentación de sus resultados⁶.

II. INTRODUCCIÓN

Establecido lo anterior, destacamos que en la actualidad el concepto de prueba civil ha alcanzado un nivel empinado en la escala axiológica procesal. Se habla, con razón, acerca de que “la prueba es el alma del proceso”⁷; reconociéndose que existe un “derecho a probar”⁸ completado por un derecho a una debida y explicitada valoración de la prueba producida⁹.

Más aún: hoy resulta válido pergeñar nuevas definiciones del proceso civil, ahora desde la perspectiva probatoria. Así, considerarlo como un espacio democrático de reconstrucción de lo pretérito. Existe un renovado interés –adoptando ideas firmemente defendidas por Taruffo¹⁰- por favorecer que la solución del litigio sea justa y para que así ocurra es menester resolver valorando adecuadamente los elementos de convicción allegados a la causa, intentándose eludir, en la medida de lo posible, soluciones in extremis (cual sería, v. gr., la aplicación de la regla de la carga de la prueba) que confesamente se apartan de la búsqueda de la verdad¹¹. Repetimos: en los tiempos que corren no es bienvenida

⁴ Tal consideración se formuló en el curso del Coloquio que tuviera lugar en Bruselas, en octubre de 2001, sobre la temática “Encuentro de los procedimientos judiciales en Europa”.

⁵ ORTELLS RAMOS, M., “La prueba”, Derecho Procesal Civil, Pamplona, 2007, p. 361.

⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., Informe solicitado por el ponente, p.15.

⁷ Acertada expresión del profesor ROGER PERROT, pronunciada en el curso del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg (Alemania Federal, 1983).

⁸ MORELLO, A., “La prueba: evolución 1980-2002”, Avances Procesales, Santa Fe, 2003, p. 442.

⁹ MARINONI, L., Informe nacional brasileño, p. 8 al pie de página: “La necesidad de que el juez justifique sus propias razones, demostrando el motivo por el cual prefiere una prueba en relación a la otra, es nada más que un corolario del derecho a la prueba, ya que como es evidente el derecho a probar no se resume en la posibilidad de producirla sino también al derecho de tener esa prueba valorada”.

¹⁰ TARUFFO, M., La prueba de los hechos, Madrid, 2005.

¹¹ PEYRANO, J. W., “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema”, Revista Jurídica La Ley, Boletín del 23 de abril de

la idea de que el órgano jurisdiccional es un mero solucionador de conflictos, como fuere y con renuncia a desentrañar la realidad de los hechos¹². Posiblemente, el prestigio alcanzado por el concepto de tutela judicial efectiva haya conspirado grandemente en tal sentido.¹³

III. EL CANON PREVALECIENTE: EL LLAMADO PROCESO POR AUDIENCIAS COMO MODELO DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN JUICIO CONTENCIOSO DE CONOCIMIENTO AMPLIO Y EN SEDE CIVIL

Conocido es que el denominado proceso por audiencias coincide, en buena medida, con lo que antiguamente se llamaba “juicio oral”. Ahora bien: esta última locución aludía simplemente a la forma prevaleciente mediante la cual se expresan las ideas volcadas en el curso de un proceso¹⁴ o, si se prefiere, guarda relación con el proceso cuya definición debe basarse, de manera primordial, en el material proferido oralmente, mientras que la referencia a un proceso por audiencias es mucho más amplia. Es que alude a un montaje procesal que no constituye una mera técnica referida a la práctica de la prueba, sino un sistema complejo y completo enderezado a favorecer una tutela judicial efectiva. Bien se ha apuntado que “la adquisición del proceso por audiencias supone una transformación revolucionaria del enjuiciamiento civil porque posibilita en el marco dialogal la actuación de los principios y reglas procesales fundamentales de inmediatez, publicidad, instrumentalidad, adecuación de las formas, paridad de armas entre las partes que se convierten en colaboradores indispensables por el logro de la justa composición del conflicto”¹⁵; a lo que podría agregarse, como ingredientes identificatorios, la instrumentación de la audiencia preliminar en vista a fines conciliatorios y/o saneadores y el montaje de un debate procedimental sencillo y ágil. En dicho ramillete de excelencias, destaca el hecho de que en su seno resulta más viable que, al decir de Marcel Storme, “la búsqueda de verdad sea una obra común para la cual deben colaborar el juez y las partes”.

2008: “La procedencia de la solución judicial de un litigio gracias a la aplicación de la regla de la carga de la prueba debe considerarse de interpretación restrictiva cuando en el curso del proceso respectivo se ha producido prueba. En este caso, la debida fundamentación de la resolución respectiva debe incluir un estudio pormenorizado de todas las pruebas producidas y la explicitación de las razones por las que se las considera insuficientes para demostrar lo que se debía probar”.

¹² PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*, Barcelona, 2007, p. 120.

¹³ BARBOSA MOREIRA, J. C., “Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal Civil”, *Revista del Proceso*, San Pablo, N° 31, 1983. GUIMARAES RIBEIRO, D., *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, 2004.

¹⁴ PICÓ I JUNOY, J., *Informe nacional español*, p.1: “La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material aportado en forma oral o escrita, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, no existe un proceso totalmente oral o escrito”.

¹⁵ BERIZONCE, R., “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 5, Buenos Aires, 2002, p. 121.

Asiduamente, se afirma que el proceso por audiencias es más presto que el que no discurre por dicho carril. Sin embargo, la realidad suele contradecir tal aseveración¹⁶. Es ilustrativo lo que informa Vázquez Sotelo sobre el particular, en lo que atañe a la reciente reforma procesal civil española¹⁷.

De todos modos, es tan marcada la preferencia por la oralidad que no faltan mandas constitucionales que la han impuesto en materia procesal, como es el caso de España¹⁸ y Venezuela¹⁹. La aludida preferencia resulta alentada por la existencia de varias normas transnacionales –v.gr el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- que pensadas primigeniamente para que rigieran en el proceso penal, se han venido extendiendo merced a interpretaciones de Cortes de Justicia transnacionales.

Sabido es que no se dan en la realidad legislativa procesos puramente escritos o exclusivamente orales. En la práctica, siempre son mixtos, con prevaencia de alguno de los polos opuestos²⁰.

Tampoco puede hablarse de un solo tipo de procesos por audiencias²¹, ya que su entramado en los códigos es variado. Alemania, por ejemplo, registra una oralidad con ribetes más acusados²² que el modelo español²³. Éste creemos, guarda varios puntos de contacto con el proceso por audiencias concebido por el Código General del Proceso Uruguayo de 1989 y por el Código Procesal Civil de Perú de 1993. Cabe acotar que el modelo venezolano, también incluye-como se verá infra- características más acentuadas que las corrientes.

Pensamos que tanto para el legislador como para la doctrina autoral el proceso por audiencias sigue siendo el proceso ideal²⁴, y también lo es para

¹⁶ PEYRANO, J. W., El proceso civil. Principios y fundamentos, Buenos Aires, 1978, p. 315.

¹⁷ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 8.

¹⁸ El artículo 120.2 de la Constitución Española que establece que: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

¹⁹ QUINTERO TIRADO, M., Informe nacional venezolano, p. 2: “El artículo 257 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999 constitucionalizó las bases del proceso venezolano, diciendo que tales procedimientos judiciales o administrativos deben ser breves, orales y públicos”.

²⁰ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 7.

²¹ DE LOS SANTOS, M., “El Código modelo y su influencia en la República Argentina”, Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, 2004-III.

²² PÉREZ RAGONE, A., Informe nacional alemán, p.1: “La oralidad fue considerada central no sólo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además, desde lo interno, para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba para el logro de una sentencia lo más legitimada posible. El juez debe apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación... La reforma de simplificación del proceso del año 1976 reforzó aún más el funcionamiento del proceso oral”.

²³ Los contenidos de los informes españoles, así lo revelan.

²⁴ PODETTI, J. R., Teoría y técnica del Proceso Civil, Buenos Aires, s/d., p. 79.

nosotros. Cómo no defender las virtudes de un modelo que - además de las ventajas que ofrece en materia de práctica de la prueba, que examinaremos infra - favorece el poder de dirección del proceso reconocido hoy al juez civil²⁵, dificulta la perniciosa delegación judicial cuando ella no es legalmente admitida²⁶, asegura el control social sobre la labor jurisdiccional al brindarle una mayor publicidad al proceso²⁷, proporciona mucho menos campo fértil para la inconducta procesal²⁸ porque “en la clandestinidad del expediente escrito se emprenden toda clase de maniobras que no se introducirían en el aireado y bien iluminado del juicio oral”²⁹ y, finalmente, se trata de un modelo de proceso donde “estando todos sentados en la mesa común” hay ahorro de los llamados “tiempos muertos del trámite” (traslados, notificaciones, etc.).

Todo lo referido es cierto. Ahora bien: las bondades del modelo en estudio se dan en tanto y en cuanto se respeten determinados parámetros sobre lo que nos explayaremos más abajo. No es, entonces, un modelo utilizable urbi et orbi, sino dónde y cuándo correspondiera. Afortunadamente, no faltan voces que han alertado respecto de los excesos de entusiasmo suscitados por el proceso por audiencias, produciéndose así una suerte de opacamiento de su brillo aunque sin llegar ello a desvanecer su papel estelar en el universo procesal. Tales voces provienen de varios frentes y avisan respecto de ciertas sombras que aquejan al proceso por audiencias. Enumeraremos, algunas: a) ciertos certámenes científicos trascendentes que mostraron una reducción del énfasis puesto sobre la oralidad y las bondades de los procesos por audiencias³⁰; b) las desventajas que ofrece el proceso por audiencias tal y como se lo concibe mayoritariamente en la actualidad y al que nos referiremos más adelante, claro que sin perjuicio de poner de resalto todas sus bondades que son muchas; c) la experiencia de alguna reforma procesal civil reciente que ha incorporado al proceso por audiencias, y que ya presenta “síntomas de fatiga”³¹; d) una fuerte corriente de opinión en pro de la revalorización de la prueba escrita con la consiguiente disminución de las ventajas del proceso por audiencias que logra su máximo rendimiento cuando se trata de las llamadas pruebas³² personales (interrogatorio de partes, testifical). Así,

²⁵ PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 313.

²⁶ OTEIZA, E., Informe nacional argentino, p. 4.

²⁷ PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 313.

²⁸ DE LA COLINA, S., Derecho y Legislación procesal, Buenos Aires 1925, tomo I, p. 376: “Los vicios del procedimiento escrito provienen de extremarse su aplicación. Así se ve, por un lado, que litigantes de mala fe asistidos por letrados sin escrúpulos, embrollan y confunden los asuntos más sencillos, bajo el amparo de las facilidades que este procedimiento ofrece para multiplicar los escritos y los incidentes”.

²⁹ EISNER, I., La intermediación en el proceso, Buenos Aires, 1963, p. 84 al pie de página.

³⁰ Nos referimos, por ejemplo, al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Utrech, en 1987.

³¹ Así lo consigna Picó I Junoy en su informe.

³² VÁZQUEZ SOTELLO, “Informe”, cit., p. 15.

Biavati entiende que “en verdad, en la mayoría de los casos la prueba en Italia, hoy en día, es escrita”³³. Dicha revalorización es admitida aún por quienes se muestran partidarios decididos del proceso por audiencias³⁴. Igualmente, cabe consignar que en la misma línea se enrolan recientes regulaciones comunitarias europeas³⁵. Contribuye, juntamente con otros motivos más tradicionalmente invocados, a explicar la mencionada revalorización de la prueba por escrito, la circunstancia de que “la evidencia documental no necesita del esfuerzo del juez, quien recibe los documentos (o los objetos) sobre su escritorio y sólo tiene que concentrarse en distinguir los materiales relevantes de los irrelevantes”³⁶.

No se crea, por fin, que la opción se debe efectuar, necesariamente, entre las dos alternativas mixtas que proporciona el panorama procesal actual en materia de práctica de la prueba civil. A saber: una oralidad “actuada” y fragmentaria³⁷ donde, v.gr., lo manifestado por los testigos se vuelca en soporte papel mediante la confección de una audiencia en el mejor de los casos presidida por el juez, y un proceso por audiencias que, como se verá, presenta algunos inconvenientes operativos. Pensamos que existe otra opción mejor y superadora, a la cual proponemos denominar oralidad informática o digital³⁸. Éste, imaginamos, es el proceso posible –sobre el que abundaremos más adelante- que no es estrictamente el ideal imaginado por el genio chiovendiano³⁹, pero para otra época y distintas necesidades⁴⁰.

IV. VENTAJAS DEL MODELO PREVALECIENTE EN MATERIA DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN SEDE CIVIL

³³ BIAVATI, P., Informe nacional italiano, p. 9.

³⁴ TAVOLARI, R., Informe nacional chileno, p. 9.

³⁵ BIAVATI, “Informe”, cit., p. 9: “La reciente regulación de la Comisión Europea N° 861/07 que establece un procedimiento europeo para los pequeños juicios considera a la prueba escrita como la forma normal de investigación y hace que la prueba oral sea posible sólo bajo condiciones particulares... Las normas de procedimiento ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y de las otras cortes europeas en Luxemburgo, incluyen tanto la prueba oral como la escrita... Sin embargo, la experiencia práctica muestra que la prueba escrita es absolutamente prevaeciente y la medida de investigación más utilizada es la solicitud de información y producción de documentos”.

³⁶ BIAVATI, “Informe”, cit., p. 1.

³⁷ OTEIZA, “Informe”, cit., p. 6.

³⁸ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 531.

³⁹ CHIOVENDA, G., “Relaciones entre las formas del procedimiento y la función de la prueba”, Ensayos de Derecho Procesal Civil, Tomo 2, Buenos Aires, 1949.

⁴⁰ BIAVATI, “Informe”, cit., p. 10: “Una importante corriente de la literatura italiana actual, desde Giuseppe Chiovenda en adelante, ha considerado al desarrollo oral del caso como el mejor camino para llegar a la Justicia. Pero este enfoque no puede lidiar con los problemas de la estructura y organización judicial y uno se podría preguntar si Chiovenda insistiría en la misma posición si viviera hoy en día. De todos modos, es cierto que los problemas deberían ser enfrentados observando la realidad y saliendo de cualquier jaula ideológica”.

El modelo en estudio que tiene la oralidad como forma expresiva privilegiada en el terreno de la práctica de la prueba, presenta señaladas ventajas en el rubro.

1. La inmediación

Presupone un contacto directo y personal del juez con los elementos de prueba que debe valorar para resolver⁴¹. Por supuesto que no es una nota exclusiva del proceso por audiencias⁴², pero en su seno se concreta con mayor plenitud y mejores consecuencias. Postergaremos su estudio pormenorizado, desde el punto de vista de la práctica de la prueba, para más luego. Eso sí: desde ya puntualizamos que la gran mayoría de los partidarios de la inmediación procesal, sólo piensan en una indispensable inmediación “física”. Este aspecto nos moverá, en su momento, a efectuar algunas consideraciones

2. Mejor aprovechamiento de las denominadas pruebas personales

Media consenso en que la prueba testifical y el interrogatorio de partes⁴³ alcanza su mejor rendimiento en un proceso por audiencias.; manteniéndose, sin variantes, el papel desempeñado por la prueba documental. Sin embargo, se ha apuntado que la incorporación del proceso por audiencias en recientes reformas procesales, ha adunado alguna mejora adventicia en el ítem⁴⁴.

Militan serias razones que justifican dicho mejor aprovechamiento: la solemnidad del acto (audiencia) presidida por el magistrado en vez del lamentable

⁴¹ EISNER, I., “La inmediación en el proceso”, Revista Jurídica La Ley, Tomo 99, p. 894: “Hemos explicado en términos generales como “inmediación”, al principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina”.

⁴² CHIOVENDA, G., Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo 2, Madrid, 1922, p. 174: “El principio de la inmediatezza tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes y entre las partes y el juez, es precisamente directa e inmediata; pero no existe ahí coincidencia absoluta entre los dos principios, y puede tenerse inmediatezza en el proceso escrito y mediatezza en proceso oral”.

⁴³ TAVOLARI, R., “Informe”, cit., p. 6: “La capacidad de convencimiento de la producción de la prueba en audiencia, esto es, con la presencia del juez, llega a su altura mayor cuando se trata de la prueba de relatos, sea que los mismos estén a cargo de las partes –declaración o interrogatorio de partes, o confesión, según las normas positivas de cada país- o de terceros, sea que se exija a éstos especial versación técnica acerca de la materia que es objeto de relato, evento en el cual hablamos de peritos, sea que meramente se exija a ellos haber percibido con sus sentidos los hechos, caso en el cual aludimos a los testigos”.

⁴⁴ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 15: Señala la práctica del intercambio de las fotocopias de los documentos presentados por las partes al finalizar la audiencia previa, ha derivado en que se reconozca la autenticidad de dichas fotocopias cuando no son impugnadas.

espectáculo de su ausencia⁴⁵ y también la presencia judicial “cara a cara” predisponen –en alguna medida, al menos- a emitir relatos verídicos⁴⁶.

3. Apreciación conjunta de toda la prueba a medida que se va produciendo

La totalidad de la prueba, también la pericial⁴⁷, debe ser practicada durante el curso de la respectiva audiencia de prueba. Parra Quijano insiste en que el juez debe hacer “anticipadamente la valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba y los va relacionando con los que se vayan practicando y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos... Se debe afirmar que o hay audiencia concentrada para realizar todos los actos de prueba e inmediatamente los alegatos y la sentencia o es preferible mantener el sistema escrito”⁴⁸. Sin embargo, claro está, algunas pruebas suscitan particulares dificultades para hacer realidad el dogma. Así, por ejemplo, acontece con la pruebas “por imágenes satelitales” captadas por empresas particulares y empleadas para demostrar asuntos tales como la erosión de suelos y daños ambientales en general. En ellas, obviamente, el juez no ha presenciado su actuación y se han producido fuera de la presencia judicial.

4. Favorece la pronta satisfacción de explicaciones, el presto sometimiento a careos y la inmediata formulación de aclaraciones

Estando “todos sentados en la misma mesa”⁴⁹, se posibilita la pronta respuesta a interrogantes suscitados en el curso de la audiencia de prueba; interrogantes generados no sólo por las declaraciones, por ejemplo, de partes o testigos, sino también por el tenor de dictámenes periciales⁵⁰.

5. Pronto dictado de la sentencia de mérito

El modelo procesal en estudio, clásicamente entendido, presupone una pronta sentencia de mérito dictada poco después de finalizada la audiencia donde se practicara la prueba. Es que sus bondades se potencian aún más cuando el tribunal conserva en sus retinas y oídos las resultados de la práctica de la prueba⁵¹.

⁴⁵ EISNER, “La intermediación”, cit., p. 5.

⁴⁶ KIELMANOVICH, J., Teoría de la prueba y medios probatorios, Santa Fe, 2001, p. 69. MUÑOZ SABATÉ, L., Técnica probatoria, Barcelona, 1983, p. 131.

⁴⁷ PARRA QUIJANO, J., Informe nacional colombiano, p. 5.

⁴⁸ PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 4.

⁴⁹ EISNER, “La intermediación”, cit., p. 8.

⁵⁰ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 50.

⁵¹ ORTELLS RAMOS, M., “Los principios del proceso en particular”, Derecho Procesal. Introducción, con Ortells Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Sánchez, R., Valencia, 2003, p. 304: “En efecto, tener presente, en el momento de dictar la sentencia, las alegaciones orales, cómo se ha desarrollado la valoración de la prueba y los términos de la discusión oral final, sólo es posible, sin recurrir a documental, si entre el momento de producirse aquéllos y el momento de sentenciar, no media un período de tiempo prolongado que haya borrado de la mente del juez el recuerdo del material procesal”.

V. DESVENTAJAS DEL MODELO PREVALECIENTE EN MATERIA DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN SEDE CIVIL

1. Insoslayable identidad física entre el juez que recibe la prueba y el que emite el pronunciamiento de mérito

Ortells, con razón, dice que el núcleo del modelo en estudio “consiste en que sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente”⁵². Se ha señalado que dicha identidad, siempre se encuentra amenazada “por traslados, defunciones, enfermedades, ascensos, jubilaciones, etc.”⁵³. A tanto se llega para preservar dicha identidad física que, en el marco de la futura reforma procesal chilena, se ha propuesto mantener la competencia del juez que recibió la prueba para dictar sentencia, en casos de ascensos o traslados⁵⁴. La reciente modificación de la reforma procesal civil española, también incluye alguna norma que, a nuestro juicio, constituye un esfuerzo excesivo por mantener la referida identidad física⁵⁵.

Los inconvenientes producidos por la “movilidad” de la magistratura en virtud de las circunstancias señaladas, aumentan geométricamente cuando se trata de tribunales colegiados, en razón de motivos obvios. También acusa ribetes que hacen meditar sobre la conveniencia de defender a ultranza la mencionada identificación física, la intervención de instancias superiores revisoras que no han presenciado la práctica de la prueba producida⁵⁶ y la problemática que ello produce.

2. Desgaste físico y emocional del magistrado que recibe la prueba

La debida práctica de la prueba –que es la columna vertebral del proceso por audiencias- reclama una particular atención judicial para obtener buenos

⁵² ORTELLS RAMOS, M. ,”La prueba”, “Derecho”, cit., p.362.

⁵³ PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 4.

⁵⁴ SILVA, J. P. Y DOMINGUEZ, J. P., “Principios fundamentales del procedimiento civil: diagnóstico y proposiciones a la luz de un nuevo ordenamiento”, Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente, SILVA, J.P., GARCIA, J. F., LETURIA, F., Santiago de Chile, 2007, p. 440.

⁵⁵ Nos referimos al artículo 194 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que establece, aún cuando admite algunas excepciones, que: “En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto”.

⁵⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “Informe”, p. 9, señala la paradoja consistente en que mientras la nueva LEC hispana de 2000 al posibilitar la documentación audiovisual de las sesiones de prueba mejora la revisión encomendada a la segunda instancia, por el otro implica un retroceso en la dosis de oralidad asignada al segundo grado jurisdiccional.

resultados⁵⁷, ello en miras a advertir contradicciones, provocar careos, requerir aclaraciones, etc. y todo sin solución de continuidad. Parra Quijano exige que la práctica de la prueba debe “estar bajo el yugo de la atención”, vale decir bajo una percepción que no apunte a un simple registro sino a una actitud dinámica, captando todo lo que los medios probatorios aporten, y haciendo constantemente armonizaciones y críticas a medida que se van produciendo⁵⁸. Debe, pues, el juez en cuestión estar dotado de una particular resistencia a la fatiga física⁵⁹ y al desgaste emocional. No resulta, entonces, tarea sencilla encontrar magistrados que reúnan tales condiciones. Por añadidura, sabido es que la atención humana decae con el transcurso del tiempo y es un principio de Oratoria que el pico se produce hacia los treinta minutos de presenciar una exposición para ir cediendo luego, paulatinamente⁶⁰. No obstante ello, se compele a magistrados, muchos de los cuales carecen de las fuerzas propias de la juventud, a presidir durante largas horas, audiencia tras audiencia.

3. No siempre una pronta valoración de la prueba y ulterior presto dictado de la sentencia de mérito se traducen en una eficiente prestación del servicio de justicia

El modelo reclama, como ya se dijera, una pronta resolución que, a veces, puede generar una decisión precipitada, sin mayores reflexiones e injusta. Chioventa ya había alertado acerca de dichos peligros⁶¹.

En tal sentido, nos parece que el proceso por audiencias instrumentado recientemente en Venezuela, es, precisamente, un paradigma de la eventual desventaja del modelo que venimos examinando. En efecto, dispone que: “concluido el debate, el juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de treinta minutos mientras que las partes permanecen en la Sala de Audiencias. Vuelto a la Sala, el Juez pronunciará oralmente su decisión expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho. Dentro del plazo de diez días, se extenderá el fallo completo por escrito y se agregará a los autos”⁶².

4. La agenda de señalamiento de audiencias de prueba

He aquí, a nuestro entender, el talón de Aquiles del modelo bajo la lupa.

En otra oportunidad, afirmamos que “estamos persuadidos de que buena parte de la responsabilidad por las demoras imputadas a los tribunales del fuero civil radica en la imposibilidad física de ampliar el cronograma de audiencias que

⁵⁷ FALCÓN, E., Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia, Tomo III, Santa Fe, 2006, p. 48: “Téngase presente que en los procesos orales en presencia del tribunal, juega mucho el lenguaje corporal y la atención del juez es importante para obtener un mejor resultado”.

⁵⁸ PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 2.

⁵⁹ PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 319.

⁶⁰ Lo apuntado explica algunas prácticas judiciales inconvenientes a la hora de presidir sesiones de prueba. Vide de GARCÍA PAREDES, A., “Un nuevo recurso de apelación”, La Ley (España), entrega del 23 de mayo de 2008.

⁶¹ CHIOVENTA, “Principios”, cit., p.137.

⁶² QUINTERO TIRADO, M., “Informe”, cit., p. 3.

diariamente deben conceder los órganos de la jurisdicción. No puede ello sorprender cuando se repara en que la mayoría de los medios de prueba requieren para su producción la fijación de audiencias. Sabido es que cada juzgado no puede otorgar más allá de un cierto número de audiencias diarias lo que redundaría en que prontamente se encuentran fijadas audiencias a concretar en fechas lejanas. Todo ello provoca morosidad en la dilucidación de los litigios y, por supuesto, la necesidad de los jueces de presenciar y presidir tales audiencias con el correlativo descuido de otros cometidos inherentes a sus funciones”⁶³.

Exigida la presencia inexcusable del magistrado en las audiencias de prueba y no pudiendo fijar más que un número limitado de ellas por día, se sigue que un tribunal que tramita miles de causas (lo que es habitual, en países latinoamericanos) se encontrará prontamente señalando audiencias a tres o cuatro años vista. Adviértase que inclusive en España –que es un país con un nivel de litigiosidad inferior al de otros países con economías menos favorecidas y con consiguientes dotaciones numéricamente inferiores de jueces – se da la apuntada disonancia entre la realidad y la programación llevada a cabo sobre el particular por el codificador cuando imaginara el funcionamiento de la nueva LEC hispana⁶⁴.

Ciertamente que puede prestarse algún alivio a la sobrecargada agenda de audiencias del tribunal, llevando adelante una suerte de privatización de la producción de cierta prueba⁶⁵; aceptando así –en asuntos donde no se encuentra involucrado el orden público, mediando acuerdo de partes (sobre lo que volveremos infra) y en lo atinente a elementos de convicción cuya práctica no arroja complicaciones (v.gr., el reconocimiento de una documental privada)- la posibilidad de que hasta se actúe fuera del ámbito del tribunal y en ausencia del juez ⁶⁶. Quizás, hoy haya llegado la hora para el proceso civil de cuño romano-canónico, de incorporar algo del *discovery period* del proceso estadounidense para la práctica de determinadas pruebas⁶⁷. Téngase en cuenta que aún en países donde existe un fuerte respeto hacia la intermediación procesal, la necesidad – “que tiene cara de hereje”- ha convalidado, por ejemplo, la celebración de audiencias

⁶³ PEYRANO, JORGE W. “La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales”, *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Tomo 1, Rosario, 2002, p. 113.

⁶⁴ PICÓ I JUNOY, J., “Informe”, cit., p. 8: “Partiendo de la plena vigencia del principio de oralidad en el sistema de Enjuiciamiento Civil español, lo cierto es, que en la práctica plantea algún problema. El más relevante es la sistemática infracción judicial de los plazos procesales en el señalamiento de las actuaciones orales (vistas, juicios, comparencias)”

⁶⁵ SOSA, T., *Reingeniería procesal*, La Plata, 2005, p.121. PEYRANO, “Procedimiento”, cit., p.114.

⁶⁶ PEYRANO, J.W., *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Tomo 1, p. 114.

⁶⁷ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 526; PALOMO, D., “Reforma del proceso civil chileno. Algunos apuntes”, *Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente*, p. 463; VIAL, J. “Una mirada desde el Derecho norteamericano”, *Justicia Civil y Comercial, una reforma pendiente*, p. 708.

privadas de testigos fuera del ámbito del tribunal, previo acuerdo de partes, y sin presencia judicial⁶⁸.

Asimismo, puede citarse alguna otra herramienta adventicia para optimizar la agenda de audiencias de pruebas del tribunal. En tal sentido, merece traerse a cuento la propuesta de consultarse mutuamente (tribunal, convocados y letrados) respecto de la fecha de fijación de una audiencia probatoria que se avecina⁶⁹, evitándose así sorpresas e inconvenientes, especialmente a los convocados. En 2005, la reforma al Código Procesal Civil francés parece aceptar dicha posibilidad⁷⁰.

VI. LA INMEDIACIÓN PROCESAL: CLAVE DE UNA MÁS RENDIDORA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

1. Generalidades

Siempre que se habla, y bien, de la intermediación procesal –ese contacto directo y sin intermediarios-⁷¹ entre el magistrado y la prueba a medida que ésta se actúa- se está, a veces inadvertidamente, hablando del siguiente marco: una audiencia donde los sujetos involucrados en la materia probatoria (partes, testigos, peritos, etc.) convergen ante la presencia física del magistrado de la causa quien, primordialmente, observará a aquéllos y escuchará lo que se le diga, explique, aclare o se le dictamine. El enfoque clásico del asunto, ha privilegiado la importancia de la percepción personal y directa⁷² que le posibilita al magistrado, por sobre el tema de la documentación “para futura memoria” de lo ocurrido durante el transcurso de la audiencia respectiva.

La referida percepción directa judicial que permite la intermediación procesal mediante la actuación de la prueba frente a los ojos y oídos judiciales, posibilita que el magistrado presente perciba también, por ejemplo, el llamado lenguaje

⁶⁸ La Cámara Nacional en lo Comercial Sala D de la ciudad de Buenos Aires el 22 de junio de 2007, en “FALCÓN, FOX S.A. c. IPF S.A. –Ordinario” convalidó la celebración de una audiencia de testigos fuera del ámbito del tribunal y sin presencia judicial, previo acuerdo de partes y suscripción de un reglamento sobre el particular.

⁶⁹ ARBONÉS, M, “Mecanismos procesales para la recepción de la prueba y algunas sugerencias prácticas para mayor efectividad”, La prueba en el proceso, con Angelina Ferreyra de De la Rúa, Córdoba, 2007, p.27.

⁷⁰ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 529.

⁷¹ EISNER, “La intermediación”, cit., p.34.

⁷² SIMÓN, L, Informe nacional uruguayo, p.3: “La intermediación asegura al juez el conocimiento directo del objeto litigioso, le permite captar no solamente el contenido de la declaraciones de partes, testigos o pericias, sino la forma en que son vertidas, las vacilaciones, dudas, pausas, matices, etc. de un modo absolutamente inviable en los procesos escritos, donde generalmente son recogidas por un auxiliar, quien a su vez registra lo declarado que luego ha de ser interpretado por el juez al momento de decidir”. Sobre la percepción como medio de prueba siempre deben traerse a cuento las consideraciones de Francesco Carnelutti vertidas en “La prueba civil”, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2ª edición, Buenos Aires 2000, p.56.

corporal⁷³ o no verbal⁷⁴ que integra la comunicación junto con el verbal. Es que toda comunicación personal utiliza dos medios, uno verbal y el otro gestual. Por eso se ha dicho que es casi tan necesario ver el interrogatorio como oírlo⁷⁵. En el punto es tradicional recordar la frase de Ayrault que advierte que “cuando la boca calla, los gestos hablan”⁷⁶.

La intermediación procesal se contraponen a la mediación procesal. Reinando ésta, no se permite la percepción personal del órgano jurisdiccional del material probatorio a medida que se va produciendo, por considerar que ello podría perjudicar la imparcialidad judicial⁷⁷. Se reemplaza dicha percepción por la de intermediarios (relatores, audiencistas) que informarán al magistrado sobre las resultas de la prueba producida.

Párrafo aparte merece la audiencia en sí donde se deberá, en principio, actuar toda la prueba en presencia del magistrado de la causa.

⁷³ FALCÓN, “Tratado”, Cit., p. 27: “La comunicación es mucho más que las palabras que emitimos; éstas forman sólo una pequeña parte de nuestra expresividad como seres humanos. Las investigaciones demuestran que en una presentación ante un grupo de personas, el 58% del impacto viene determinado por el lenguaje corporal- postura, gestos, contacto visual,- el 35% por el tono de voz y sólo el 7% por el contenido de la presentación”.

⁷⁴ TAVOLARI, “Informe”, cit., p.5: “En efecto, establecido que la oralidad tiene lugar cuando el procedimiento se estructura en audiencias no parece aventurado sostener que la denominación se torna insuficiente: es que la comunicación no verbal, aquella que se verifica a través del lenguaje corporal, a través de los gestos, de la expresión facial, de la mirada, del volumen y entonación de la voz, puede concluir transmitiendo al otro una información diferente de aquél que escucha a través de las simples palabras”.

⁷⁵ YOUNG, T., Técnica del interrogatorio de testigos, Buenos Aires, 2001, p. 174.

⁷⁶ GORPHE, F., La apreciación judicial de las pruebas, Buenos Aires, 1967, p. 33.

⁷⁷ MONROY GÁLVEZ, J., Informe nacional peruano, p. 12: “Finalmente, desde una perspectiva procesal, el tránsito de la renovada importancia de la oralidad respecto de la escritura es, simple y llanamente, la evolución ideológica de una concepción consolidada en la Edad Moderna según la cual la garantía de una decisión correcta dentro de un proceso judicial estaba dada por la posibilidad de obtener que el juez que debía resolver los casos no se interiorizara del conocimiento material de los hechos ni de los personajes que intervienen en el conflicto, es decir, que mientras más abstracta y genérica fuera la información que tenía respecto del conflicto contenido en el proceso y de los sujetos involucrados en él, sería mayor la posibilidad de que se obtenga una decisión idónea. En una concepción así, la escritura cumple una función esencial. En efecto, por la escritura se concreta el objetivo de que el juez no tenga que conocer a los litigantes y tampoco a los testigos de los hechos que acaecieron y, por cierto, mucho menos el lugar donde aconteció. El juez sólo debe leer el paquete de hojas cosidas que contienen todo lo afirmado y probado por las partes a lo largo de varios meses y años. Con tal margen de separación de la realidad, el juez no podía ser afectado por los sentimientos, intereses y otros detritus emocionales que contiene cualquier conflicto de intereses”; CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 44.

En primer lugar, debemos señalar que su, digamos, “escenificación” no está desprovista de consecuencias. No es el tema que nos ocupa, así que lo abordaremos de rondón. Resulta un hecho comprobado que la ubicación de los protagonistas de una audiencia de prueba influye sobre el sistema de comunicación entre ellos y sobre la posibilidad de mejor indagar los hechos⁷⁸ En el renglón, se da preferencia al llamado sistema circular de entorno que favorece la interactividad porque todos los participantes se observan recíprocamente, articulándose así una comunicación fluida y clara⁷⁹. No gozan de igual prestigio, otros sistemas –con reminiscencias de la Inquisición- en los cuales el tribunal se enfrenta al declarante que da las espaldas a los demás intervinientes en la audiencia⁸⁰.

En segundo término, no debe perderse de vista que el principio de contradicción campea también, sin reservas, en el seno de la audiencia de práctica de las pruebas⁸¹.

Por fin, descontamos que un mejor rendimiento de la práctica de la prueba, supone un juez activo que preside a la audiencia respectiva. Pero sin asumir un protagonismo absoluto. Así, acontece que, por ejemplo, suelen ser más rendidores los interrogatorios efectuados por las partes que los materializados por el magistrado⁸².

2. Qué hacer cuando la declaración de parte o de testigo presenta indicios que conspiran contra su credibilidad

Sucede que en el decurso de la práctica de una prueba personal, el órgano jurisdiccional puede experimentar percepciones que lo inclinan a desconfiar de la credibilidad de la versión de la declarante⁸³. Se ha dicho, por algunos, que ciertos comportamientos de los declarantes (gestos, vacilaciones, contradicciones, rubor, palidez, dificultad expresiva, etc.), constituyen verdaderos indicios⁸⁴ con influencia sobre la credibilidad de la declaración.

En verdad, la doctrina clásica siempre se ha referido a los mencionados atisbos de poca credibilidad de la versión del declarante, tratándolos en forma extensa. Así lo han hecho, Caravantes⁸⁵, Bentham que enumera y analiza los

⁷⁸ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.41.

⁷⁹ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.41.

⁸⁰ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.41.

⁸¹ EISNER, “La intermediación”, cit., p. 79.

⁸² FALCÓN, “Tratado”, cit., p.55.

⁸³ CARBONE, C., “Interés de documentar el comportamiento procesal relevante de las partes en el proceso escrito”, Valoración judicial de la conducta procesal, con Jorge W. Peyrano, Santa Fe, 2005, p. 286.

⁸⁴ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p.93; DÖHRING, E., La prueba, su práctica y apreciación, Buenos Aires, 1996, p. 66; CARBONE, C., “Interés” cit., p. 286.

⁸⁵ CARAVANTES, J., Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, T. 2, Madrid, 1856, p. 256.

síntomas de miedo en el declarante⁸⁶; Döhring que se circunscribe más a los visajes del rostro⁸⁷; Gorphe que memora una amplísima sintomatología para verificar la credibilidad del declarante⁸⁸ y Mario Pagano siempre recordado a raíz de una cita chiovendiana⁸⁹.

Sobre lo que no se ha discurrido demasiado, es acerca de qué debe hacer el juez frente a la concurrencia de dichos atisbos de mendacidad.

En el tema, se debe ser particularmente prudente porque pueden existir plurales motivos que justifiquen, v.gr, una actitud vacilante o timorata del declarante; contándose entre ellos su poca capacidad narrativa⁹⁰. Además, la conducta emotiva es equívoca⁹¹, dependiendo del grado de sensibilidad del declarante (que experimenta, por ejemplo, temor reverencial ante la presencia del juez); requiriendo una inusual finura psicológica⁹² separar “la paja del trigo”, es decir la conducta del mendaz del proceder del particularmente sensible a raíz de su comparecencia frente a los estrados judiciales.

Creemos que los jueces han sido muy prudentes en la materia. Tanto es así que no abundan resoluciones judiciales donde expresamente los tribunales hayan descartado el valor probatorio de una declaración, en mérito de los susodichos indicios de falta de credibilidad del declarante⁹³. No hemos constatado, v.gr. que el rubor o el tartamudeo de un testigo haya conspirado en sentido contrario a la atendibilidad de sus dichos. Más allá de tratarse de indicios equívocos, como ya se ha expresado, no debe pasarse por alto que la razonabilidad de tal descalificación no sería controlable en forma alguna por una eventual Alzada, por más que, como algunos quieren⁹⁴ se hubieran consignado tales atisbos en el acta escrita que

⁸⁶ BENTHAM, J., Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, 2002, p.178.

⁸⁷ DÖRING, La prueba, su práctica y apreciación, p. 68.

⁸⁸ GORPHE, “La apreciación”, cit., p.236.

⁸⁹ CHIOVENDA, “Relaciones”, cit., p. 494.

⁹⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., Compendio de la Prueba Judicial, Tomo 2, Santa Fe, 1984, p. 112.

⁹¹ GORPHE, “La apreciación”, cit., p. 351: “Sin embargo, el estado emotivo, por sí solo constituye un indicio equívoco, ya que las reacciones afectivas dependen de la sensibilidad individual; CORNERO, G., “Valor probatorio de la conducta procesal”, Valoración judicial de la conducta procesal, con PEYRANO, J. W., p.217.

⁹² CARBONE, “Interés”, cit., p.289.

⁹³ Forma excepción un caso- espigado en Revista Jurídica La Ley, Tomo 95, p. 606, ocurrido hace cinco décadas y en época donde no existía el test de ADN- en el cual se atribuyó una pretensa hija a un padre a raíz de que en el curso de una audiencia el juez constató que el demandado se conducía con apatía y hasta rehuendo enfrentar a la actora con su mirada.

⁹⁴ CARBONE, “Interés”, cit., p.289.: “Nosotros nos enrolamos en la corriente de opinión que expresa que, salvo expresa prohibición legal, el juez puede hacer constar a través del actuario los gestos antes ejemplificados: pensamos que no se trata de tener especiales percepciones psicológicas o dotes extraordinarias para hacer constar un quiebre de voz, una desviación aislada o permanente de la

documentara la prueba en cuestión. Por añadidura, se vislumbra que la consignación actuarial de tales indicios en el acta de audiencia, será motivo de duros cuestionamientos y de plurales planteos a la hora de tratar de incorporarlos al protocolo de la audiencia.

Así las cosas y como regla, interpretamos que el tribunal que percibe los mencionados indicios en el momento de actuación de la prueba, deberá limitarse en el curso de la audiencia respectiva a requerir inmediatamente⁹⁵ precisiones y aclaraciones a los declarantes ,a formular repreguntas, a materializar careos; y todo ello con destino específico a conceder (o negar) credibilidad a la versión fáctica aportada⁹⁶.

3. Clases de intermediación procesal, en la actualidad

Predomina, todavía, un concepto de intermediación procesal circunscripto a la presencia física del juez en ocasión de la práctica de la prueba. Se trata, pues, de una intermediación física presencial. Pero hoy, y cada vez con más fuerza, puede darse una intermediación virtual⁹⁷ que permita que el juez asista a la práctica de la prueba e inclusive, interactúe con sus protagonistas, en tiempo real, pese a su ausencia física del lugar donde se desarrolla aquélla. Estamos aludiendo a la videoconferencia⁹⁸ para asegurar la intermediación en el supuesto de distancia física entre el tribunal y algún protagonista de la prueba a practicar; videoconferencia que, por ejemplo, posibilita una menos gravosa cooperación del testigo con el Servicio de Justicia⁹⁹. Dicha tecnología ha sido aceptada por regulaciones

mirada hacia el careado o hacia el juez, un llanto, un rubor o sobresalto ante una pregunta, o lágrimas, sonrisas, silencios prolongados ante determinadas preguntas o confrontaciones con objetos o personas realizadas en las audiencias, etcétera, por cuanto tales constancias constituyen datos objetivos no sustentados en subjetividades arbitrarias o descabelladas del tribunal”.

⁹⁵ SIMÓN, “Informe”, cit., p.3.

⁹⁶ YOUNG, “Técnica”, cit., p. 75.

⁹⁷ PÉREZ RAGONE, “Informe”, cit., p.10.

⁹⁸ PEYRANO, J. W., “El proceso civil que viene”, Libro del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 819.

⁹⁹ PICÓ I JUNOY, “Informe”, cit., p. 5. Toribio Sosa acota en el informe que se le solicitara y a p. 4, lo siguiente: “En EE.UU, desde 1971, en la ciudad de Williamsburg (Virginia) existe un Centro Nacional para las Cortes del Estado (National Center for State Courts),, encargado de atender a los tribunales locales y federales mediante asistencia directa y programas de investigación y capacitación. El Centro cuenta con un laboratorio de Tecnología Judicial encargado de localizar y testear tecnologías aplicables a la labor tribunalicia. Además, tiene un juzgado experimental, llamado “Courtroom 21” (corte del siglo XXI), el lugar tecnológicamente más dotado del mundo en materia judicial. Entre otros avances tecnológicos, en ese juzgado experimental, ya en 1999 las audiencias podían llevarse a cabo sin necesidad de que sus protagonistas estuvieran físicamente presentes, cualquiera sea el lugar de planeta en que estuviesen, a través de teleconferencia en tiempo real, cuyo sonido e imagen se va automáticamente registrando para su conservación y reedición”.

comunitarias europeas¹⁰⁰ y por recientes reformas procesales¹⁰¹; sorprendiendo que la modificación de 2000 de la ley española y a diferencia de lo ocurrido en Alemania¹⁰², no haya previsto expresamente nada sobre el particular¹⁰³. Obviamente, las videoconferencias se prestan para múltiples usos procesales ventajosos y no sólo para el apuntado. Así, acontece con la videoconferencia destinada a evitar el dispendioso y triste espectáculo consistente en el traslado de presos desde las cárceles en que se encuentran hasta recintos tribunalicios, a efectos de que presten declaración.

Pero, además, en la actualidad también se registra una fuerte corriente de opinión en pro de que, llegado el caso, sea válido acudir a una intermediación sensorial no presencial. Nos estamos refiriendo a la filmación de las audiencias de prueba, admitida por varios ordenamientos procesales¹⁰⁴. Es decir que ellas se puedan y deban registrar por medios audiovisuales y/o electrónicos, lo que equivale a manifestar que las actuaciones probatorias respectivas se documentarán mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, por más que no faltan voces que consideran, con buena dosis de razón, que tal terminología es anticuada¹⁰⁵.

La reproducción de la imagen y sonido de lo ocurrido en el curso de la audiencia de prueba posibilita una intermediación sensorial (el juez observa y escucha, lo sucedido) que puede ser no presencial (el juez no estaba físicamente presente mientras se actuaba la prueba). Dicho tipo de intermediación (la sensorial, no presencial) conserva la mayoría de los atributos de la intermediación física. Volveremos sobre esto último, más abajo.

4. Cómo incorporar las nuevas tecnologías audiovisuales e informáticas de modo tal de posibilitar la intermediación virtual y la sensorial no presencial cuando ello no ha sido regulado expresamente

A los fines expuestos en el epígrafe, es preciso, sin duda concretar una suerte de reingeniería procesal¹⁰⁶. Uno de los pilares de dicha reingeniería procesal, reside en la concesión de validez a los acuerdos procesales celebrados entre las partes tendientes a aceptar las ventajas de las nuevas tecnologías audiovisuales y digitales, pese a que el código procesal aplicable hubiera omitido incorporarlas.

¹⁰⁰ BIAVATI, “Informe”, cit., p.10.

¹⁰¹ PÉREZ RAGONE, “Informe”, p. 10: “La reforma del año 2002 introdujo el 128 A, por el cual se regula y permite el empleo de medios de transferencia de sonidos e imágenes en el proceso. Así se ha dado el fenómeno de la morigeración de la oralidad presencial, sustituida por una nueva escrituralidad mediatizada...”.

¹⁰² Artículo 128 a) inciso 1^a e inciso 2^o de la ZIP alemana.

¹⁰³ RAMOS MÉNDEZ, F., Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles, Tomo 1, Barcelona 2008, p. 725.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículo 147, ZPO alemana, artículo 160 a.1 y artículo 125 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (Argentina) de 2007.

¹⁰⁵ RAMOS MÉNDEZ, “Enjuiciamiento”, cit., p. 777. Considera que debe hablarse de “prueba por medio de documentos multimedia”.

¹⁰⁶ SOSA, “Reingeniería”, cit., p. 99.

Los llamados contratos o negocios jurídicos procesales son conocidos desde larga data y en la época procedimentalista fueron considerados con benevolencia¹⁰⁷. Pero hoy, el advenimiento del procedimentalismo y la consiguiente visión más pública del proceso civil determinaron la adopción de una actitud reticente y más bien contraria a los procesos contractuales¹⁰⁸, que son las que reconocen, hasta cierto punto, que las partes puedan crear algunas normas procesales en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Afortunadamente, un sector de la doctrina autoral contemporánea comenzó a discriminar casos, conservando así la susodicha reticencia sólo cuando se trataba de asuntos relacionados con el orden público procesal¹⁰⁹.

Por supuesto que no se trata de afirmar que la validez de los negocios jurídicos procesales se debe imponer, sin más y en todos los supuestos, al juez¹¹⁰.

El negocio jurídico procesal del caso, debe ser aprobado, expresa o tácitamente, por el órgano jurisdiccional. Es que –a diferencia de lo que acontece con los negocios jurídicos en general- los negocios procesales no generan directamente los efectos perseguidos puesto que, en cierto modo, se celebran ad referendum de lo que establezca la autoridad judicial.

Francia, últimamente, registra una revalorización de los contratos procesales, confirmando así una tendencia de viejo cuño¹¹¹.

En lo que atañe específicamente a los contratos procesales sobre prueba, estimamos que una referencia adversa de Chioventa¹¹² mucho ha contribuido a quitarles prestigio y validez, por lo menos en lo concerniente a la doctrina autoral no demasiado reciente¹¹³. Si bien se mira, no puede sorprender la repulsa de Chioventa y de otros¹¹⁴ respecto de la validez de negocios jurídicos procesales que le impongan al órgano jurisdiccional, por ejemplo, que valore prueba en determinado sentido o que dispense de algunas formalidades esenciales a la práctica de determinado medio de confirmación. Frente a tales hipótesis, el tribunal, claro está, no los aprobará. En cambio, si se tratara, v.gr., de un acuerdo

¹⁰⁷ CHIOVENDA, G., “La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo”, Ensayos de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Buenos Aires, 1949, p. 399.

¹⁰⁸ DÍAZ, C., Instituciones de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1968, Tomo 1, p. 63 al pie de página.

¹⁰⁹ PODETTI, “Teoría”, cit., p.164.

¹¹⁰ MICHELI, G. A., Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Buenos Aires, 1971, p.291; GUASP, J., Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Madrid, 1969, p.261.

¹¹¹ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 529.

¹¹² CHIOVENDA, “Principios”, cit., p.126.

¹¹³ VITERBO, C., “Valor probatorio de los libros de comercio cuando una de las partes no es comerciante”, Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, Tomo 66, p. 705. ALSINA, H., Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo 1, Buenos Aires 1963, p. 61.

¹¹⁴ SCHÖNKE, A., Derecho Procesal Civil, Barcelona, 1950, p. 200.

procesal tendiente, aprovechando los beneficios de la telemática, a que un testigo residente un lugar distante pueda declarar participando de una videoconferencia, creemos que ello no puede incluirse entre los contratos procesales vedados.

VII. DOCUMENTACIÓN DE LA PRUEBA PRODUCIDA

1. Documentación por escrito. Acta o protocolo de audiencia

En el proceso romano-canónico y común, las pruebas no eran asumidas por los jueces, sino por secretarios y/o interrogadores. Mucho contribuyó a favor de la aparición de los susodichos intermediarios la circunstancia de que la prueba tasada reinante (que importaba un cálculo apriorístico respecto de la valoración de cada prueba), provocaba que la observación personal del magistrado careciera de mayor interés¹¹⁵. Esto explica la permanente delegación que efectuaban los jueces en cabeza de relatores o audiencistas¹¹⁶. Igualmente, militaba en favor de dicha delegación el hecho de la existencia de interrogatorios preformulados que tornaban prescindible la presencia judicial¹¹⁷. Fácil es colegir que tal estado de cosas hizo menester consignar en documentos escritos (actas o protocolos) lo ocurrido en las audiencias de prueba para futura memoria¹¹⁸, máxime cuando la instancia revisora estaba emplazada en sitios muy distantes de aquél donde se había celebrado la sesión probatoria¹¹⁹.

Las explicaciones hasta aquí brindadas no pueden hacernos perder de vista el papel importantísimo en materia de difusión de la práctica de confeccionar actas de audiencia, que tuviera la famosa Decretal de 1216 del Papa Inocencio III, que ordenara que todas las audiencias, inclusive aquéllas a las que no hubiera asistido el juez, debían ser documentadas por escrito y que la sentencia se basaría exclusivamente en dichas actas¹²⁰. La posibilidad de la existencia de “jueces viles”¹²¹ viene también a justificar dicha práctica porque permitía, y permite, un control jurídico y social del acierto (o no) de la labor jurisdiccional. Es que, verdaderamente, la consignación por escrito de lo acontecido en la audiencia de prueba, ofrecía, por ese entonces, indudables ventajas que contabiliza Bentham: conserva las declaraciones de los testigos y les posibilita defenderse ante imputaciones de falso testimonio, permite la prueba trasladada y la revisión en apelación, entre otros beneficios¹²². Pero, también presenta desventajas provenientes de que el encargado de labrar el acta suele resultar influido por subjetividades y, para colmo de males, a veces no emplea un lenguaje que refleja

¹¹⁵ CHIOVENDA, “Relación”, cit., p. 491.

¹¹⁶ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 21.

¹¹⁷ *Ibíd.*, pág. 21 al pie.

¹¹⁸ ORTELLS RAMOS, “Derecho Procesal”, cit., p. 302.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit.: Señala, por ejemplo, que para que el emperador romano (titular último de la jurisdicción) pudiera conocer un determinado asunto, resultaba indispensable que pudiera compulsar la prueba producida y dado que la extensión del imperio tornaba imposible su reproducción ante el emperador, se hizo necesario documentarla.

¹²⁰ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p.36.

¹²¹ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p.2.

¹²² BENTHAM, “Tratado”, p. 73.

fielmente lo sucedido¹²³. Para eliminar, en alguna medida, la incidencia de tales desmanejos, se ha propuesto, sin éxito y hoy se trata de una propuesta abandonada- documentar taquigráficamente las audiencias¹²⁴.

En lo que no median dudas, es acerca de que siempre en las audiencias de prueba debe prevalecer la expresión oral. En lo tocante a su documentación de manera distinta a “por escrito”, todavía se deben superar polémicas y tercerías.

2. Documentación audiovisual de la práctica de la prueba en sede civil

Sin duda que la primera vía ensayada para la documentación de las audiencias probatorias mediante el uso de medios tecnológicos, fue la fonograbación analógica. Superado ampliamente el empleo de cintas de grabación fonomagnéticas analógicas por medios digitales incrustados, es decir, aparatos que incluyen el formato de grabación digital y el soporte donde se hará el mismo (por ejemplo, el ZIP disk, los CD's, y posteriormente el Pendrive y las Tarjetas Flash, que implementaron un copiado mejorado).

Argentina, tímidamente y sólo a título de alternativa escogida por el tribunal, estableció la posibilidad de fonograbaciones de audiencias probatorias¹²⁵.

Hoy, en cambio, el camino preferido es el de la documentación audiovisual de lo sucedido en las audiencias probatorias, pues así se dota al magistrado de la chance de observar y no sólo de oír lo acontecido.

La videofilmación, que tanto puede ser materializada con una videocámara portátil¹²⁶ o mediante el uso de salas de audiencia preparadas especialmente para una mejor filmación¹²⁷, logra grabar y luego reproducir imágenes y sonidos que

¹²³ SOSA, T., “Informe interno solicitado por el ponente, p.1: “La escritura, con todo lo que supera ampliamente la memoria, supone al menos dos inconvenientes severos para el registro de sucesos:el observador inexorablemente construye la realidad al interpretarla, y ello sucede en automático, en función de su modelo mental (conformado por su biología, por su historia personal, por sus creencias, por sus valores, etc.);el observador elige las palabras con las cuales representa su observación de la realidad y aún descartando la chance de elección errónea, no siempre las palabras “visten a medida” esa observación y nunca queda al margen la posibilidad de ambigüedad del lenguaje”.

¹²⁴ GORPHE, “La apreciación”, cit., p. 391.

¹²⁵ Artículo 125 incisos 6 y 7 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La muy reciente reforma procesal penal argentina –ley 26374- dispone al regular un nuevo sistema de apelaciones por audiencias, la fonograbación de las audiencias.

¹²⁶ BÜSSER, R., MÜLLER, E. Y RIVERA RÚA, N., Las audiencias en el proceso, Santa Fe, 2007, p. 44.

¹²⁷ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 3: “Corresponde señalar que, a todas luces, resulta superior la filmación materializada en salas de audiencia especialmente predisuestas a tal efecto. Así, un empleado podría atender, sin inconvenientes, cuatro salas de audiencias en forma simultánea. Se centralizaría así la grabación, ya que existiría un solo monitor para 3 o 4 cortes y sería necesario un solo hardware. Dos servers operarían en forma independiente, de modo que si uno falla el back up funcionaría supliendo el déficit”.

configuran una documentación que le permite revivir al magistrado todos los aspectos que quedan ocultos en las tradicionales actas escritas¹²⁸; merced, simplemente, a la conexión del reproductor correspondiente con un aparato televisivo o con una computadora personal.

No acaban ahí las ventajas de la filmación. Veamos: a) se finiquita con la posibilidad de fingimientos consistentes en que la inasistencia del juez a la sesión probatoria no se hacía constar y, por el contrario, se registraba su presencia en el acta respectiva. La imagen captada por la videofilmación no miente y la ausencia del juez resulta fácilmente verificable cuando se filma una audiencia¹²⁹; b) elimina la mayor parte de las razones que se invocan para defender, a todo trance, una necesaria identificación física entre el juez que recibe la prueba y el que dirime la contienda¹³⁰; c) la reproducción audiovisual filmada posibilita al tribunal de apelación revisar la sesión probatoria¹³¹, zanjando buena parte de los óbices puestos en miras a impedir que la instancia revisora se interne en la valoración de los hechos de la litis¹³²; d) le otorga al juez la chance de reflexionar el contenido de la sentencia de mérito a emitir, sin estar urgido por una memoria traicionera de lo acontecido durante la actuación de las pruebas; e) la filmación involucra un significativo ahorro de tiempo, ya que torna prescindible la tarea del empleado judicial que debe tomar notas dactilográficas¹³³.

Obviamente, el actuario participante debe, en el caso de la filmación de audiencias probatorias, formalizar una breve acta dando cuenta de que en tal día y en tales actuaciones, se celebró una sesión probatoria; conservando una copia de la filmación en el recinto del tribunal y debiendo entregar copias a las partes para mayor resguardo de sus derechos.

Nos parece que aportaría al mejor éxito de la documentación audiovisual en análisis, prohibir, legal y expresamente, que lo manifestado durante la filmación se vuelque en un protocolo tradicional escrito. De tal modo, se compelería, hasta cierto punto, al magistrado a observar efectivamente la filmación para poder materializar su decisión¹³⁴.

¹²⁸ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p.17.

¹²⁹ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 6.

¹³⁰ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 17.

¹³¹ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 20.

¹³² SOSA, “Informe”, cit., p. 3.

¹³³ ARAZI, R., ROJAS, J., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro. Anotado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Santa Fe, 2007, p. 67.

¹³⁴ MARINONI, L., Informe nacional brasileño, p.6, donde se hace saber que en ciertos tribunales brasileños altamente digitalizados se ha dispensado usar papel, lo cual constituye un avance, creemos, en pro de una futura prohibición del empleo del soporte papel.

En otro orden de cosas, interesa subrayar que el uso de la mencionada tecnología audiovisual puede cambiar prácticas forenses alegatorias que acostumbran a hacer referencia a la foja tal o cual del expediente¹³⁵.

3. Documentación digitalizada de la prueba practicada

La filmación audiovisual obtenida de una audiencia probatoria, puede ser objeto de almacenamiento en un soporte electrónico (digitalizándose así, la prueba lograda), a efectos de su posterior reproducción y/o transmisión. Inclusive, la filmación que se hubiera realizado originariamente de modo analógico, puede digitalizarse mediante el uso de una placa digitalizadora, dispositivo accesorio éste de bajo costo.

En el actual estado de cosas, los soportes electrónicos más empleados son los discos ópticos llamados CD's y DVD's. Los mencionados difieren entre sí, sólo por la mayor capacidad de almacenamiento de estos últimos y la mejor calidad de imagen que proporcionan, ya que ambos pueden almacenar y reproducir, texto, sonido e imágenes (tanto fijas como en movimiento). Hoy, dicha tecnología ha sido superada por el disco óptico de última generación llamado BLU-RAY. Este soporte tiene muchísima mayor capacidad de almacenamiento y su imagen es de alta resolución, siendo más que previsible que desplazará al DVD, muy utilizado en los tiempos que corren para documentar sesiones probatorias.

Corresponde ahora recordar que por documento digital se interpreta a la fijación de la información respectiva en un soporte electrónico (CD, DVD, Blu-Ray, Pendrive, etc) apto para recibir y codificar impulsos electrónicos (biestables) o bits. En su caso, la prueba así digitalizada puede observarse y oírse merced a un proceso de traducción del código de señales digitales, lográndose, entonces, la visión filmada de la audiencia.

La digitalización de la prueba, posibilita, asimismo, su transmisión electrónica, mediante, por ejemplo, un formato como el MP4¹³⁶, idóneo para transferir gran cantidad de información, sin mayores dificultades y a través de la red Internet.

No será motivo de nuestra atención preferente, pero debemos señalar que debe considerarse fiable al procedimiento de digitalización, siendo remota la posibilidad de que resulten inadvertidas maniobras tales como el borrado, sobrepresión o trucaje de los mencionados soportes informáticos¹³⁷.

¹³⁵ VÁZQUEZ SOTELO, "Informe", cit., p. 6, el nuevo método de documentación ha obligado a que cuando se interpone después algún recurso contra la sentencia o resolución judicial, los abogados en vez de referirse a una hoja o página se refieren al minuto y segundos de la grabación (v.gr., se alega que en el minuto 34 el testigo respondiendo tal pregunta, contestó...)"

¹³⁶ El MP4 es un formato de codificación de audio asociado a la extensión mp4 MPEG4 es un códec estándar internacional de video creado especialmente para la web. Es un algoritmo de compresión que codifica datos de audio y video optimizando su calidad de almacenamiento, codificación y distribución en redes.

¹³⁷ TORRES TRABA, J. M., "Los medios de prueba no previstos y el principio de libertad probatoria", Tratado de la Prueba, con Marcelo Midón, Córdoba 2007, p. 763.

En lo concerniente a la práctica de la prueba que nos ocupa, se ha entendido que ha sido superada la controversia entre oralistas y escrituristas, estimando que ello ha ocurrido gracias a la aparición de la corriente digitalista¹³⁸.

No puede extrañar, entonces, que en un futuro no demasiado remoto los expedientes sean íntegramente digitales¹³⁹ y que su tramitación culmine con el dictado de una sentencia multimedia¹⁴⁰ cuyo contenido incluya la versión digitalizada de sus fundamentos, el tenor de la documentación presentada merced a su escaneo y la documentación audiovisual de la sesión probatoria filmada cuyas resultas justifican la decisión judicial adoptada.

Ínterin ello ocurra, se avizoran síntomas alentadores¹⁴¹.

VIII. UN PROCESO CIVIL POSIBLE, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA, FRENTE A LA SITUACIÓN IMPERANTE

Sumamos nuestro voto al de quienes consideran que el proceso por audiencias, clásicamente interpretado, es el modelo deseable para una mejor práctica de la prueba. Pero no podemos pasar por alto que la intermediación física que presupone, provoca que no pueda funcionar adecuadamente cuando un tribunal substancia, en vez de las cuatrocientas a seiscientas causas aconsejadas como máximo¹⁴², tres mil o más expedientes.

Nunca los Poderes Administradores han sido generosos con el Poder Judicial¹⁴³ – tampoco en Europa¹⁴⁴ – por lo que la sempiterna y difundida escasez de recursos económicos con destino a las arcas judiciales, determina que rara vez la espiral de crecimiento de la población sea acompañada por un proporcional

¹³⁸ SOSA, “Informe”, cit., p. 6.

¹³⁹ PEYRANO, “El proceso civil que viene”, cit., p. 819.

¹⁴⁰ SOSA, “Informe”, cit., p. 4: “El día 10 de marzo de 1998 se confeccionó la –hasta donde sabemos– primera sentencia multimedia producida por el Servicio Judicial argentino, en autos “Degiovanángelo Hnos S.R.L. c. Los Grobo Agropecuaria S.A. s. Cobro de Pesos”, expte 266/79, en el Juzgado Civil y Comercial n° 2 de Trenque Lauquen, Provincia de Buenos Aires.

¹⁴¹ PÉREZ RAGONE, “Informe”, cit., p. 10: Así, “la ley de Comunicación en la Justicia del 1° de abril de 2005, suma reformas que perfeccionan el régimen para el comercio electrónico en la justicia. Se permite el escrito judicial digital (o electrónico, que de por sí ya implica un medio que facilita y agiliza el acceso a la Justicia) y también constituye un síntoma alentador lo que señala informa Luiz Marinoni a p.6 de su informe: “Los Juzgados Especiales Federales vinculados a la Justicia Federal de la 4ª Región – que comprende las tres provincias del Sur, Paraná, Santa Catarina y Río Grande do Sul, funcionan, integralmente, por medio electrónico (sistema e-proc, creado y desarrollado por la justicia brasileña), dispensando el uso del papel. Este proceso electrónico permite anexar archivos digitales de MP3 (formato de audio) y de también de DP4 (audio y video). Las audiencias pueden ser totalmente grabadas en este formato digital, permitiéndole a las partes y a los jueces de segunda instancia oír e inclusive ver lo que ocurrió durante la fase de instrucción”.

¹⁴² OTEIZA, “Informe”, cit., p.10 y p.12.

¹⁴³ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p.533.

¹⁴⁴ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 525.

incremento de los órganos judiciales¹⁴⁵. Esto acarrea sobrecarga en las tareas jurisdiccionales¹⁴⁶, dándose así inicio al ya señalado desfase del cronograma de audiencias probatorias cuya fijación se posterga cada vez más en el tiempo.

Ya nos hemos explayado sobre las conveniencias plurales derivadas de la filmación de las sesiones de prueba, pero ello no resulta suficiente para conseguir un mejor Servicio de Justicia si no se acepta que en causas a seleccionar legalmente o dejando ello al prudente criterio judicial (v.gr. cuestiones de entidad económica modesta, asuntos en los cuales no está involucrado el orden público, y tampoco poseen especial trascendencia social o institucional, etc.), la intermediación física sea reemplazada por una intermediación sensorial no presencial¹⁴⁷; legitimándose así que el juez de la causa no presida la audiencia de prueba y sea reemplazado por un audiencista (letrado, claro está, especialmente adiestrado en dirigir audiencias y con atribuciones fedetarias) que asista a la actuación de las pruebas y su filmación y que luego ponga todo en manos del magistrado. Por supuesto que se le deberá reconocer al juez de la causa facultades para citar nuevamente a audiencia a aquellos que protagonizaron la ya filmada, a los fines que creyera menester (llevar a cabo careos, requerir explicaciones, etc.). Ya en alguna región de Brasil se ha previsto y regulado que las audiencias de prueba de ciertos juicios pueden ser presididas por un funcionario judicial que no es el juez de la causa¹⁴⁸, y que arbitrará lo conducente a fonogramar o a filmar lo acontecido en la ocasión.

Téngase en cuenta que la intermediación sensorial no presencial cuenta con la gran mayoría de las ventajas proporcionadas por la intermediación física, no ofreciendo las desventajas propias de esta última. Acerca de tales ventajas y desventajas, ya hemos tenido ocasión de expresarnos *ut supra*.

IX. CONCLUSIONES

¹⁴⁵ QUINTERO TIRADO, "Informe", cit., p. 1; VÁZQUEZ SOTELO, "Informe", p. 2 al pie.

¹⁴⁶ MUÑOZ SABATÉ, "Técnica", cit., 132; PEYRANO, "La privatización", cit., p. 105: "Si algo caracteriza al actual estado del proceso civil argentino (y no sólo argentino) es que padece "sobrecarga" de trabajo. El proceso civil contemporáneo –muy distinto del que necesariamente debe advenir– fue pensado para otra realidad, más acotada y no tan pródiga en todo: causas, litigantes, documentación presentada, audiencias fijadas, etc".

¹⁴⁷ Cabe recordar, a título de curiosidad, que la ley 16, Título 10, Libro XII de la Novísima Recopilación, disponía que los jueces en los procesos criminales y en los procesos civiles arduos y de importancia, siempre tomarían y examinarían por sí los testigos ante escribanos, sin delegar la referida función en éstos ni en otros bajo severas penas.

¹⁴⁸ MARINONI, L., en su Informe nacional brasilero, p. 4 y siguientes da a conocer que en 2005 se autorizó a las Juzgados Especiales Federales de la 4ª región a permitir que el conciliador (que no es el juez de la causa) instruya y reciba la prueba, en especial la toma de la prueba oral, sin perjuicio de su renovación por ante el titular del tribunal. El conciliador puede realizar la instrucción de los procesos respectivos por medios fonográficos o audiovisuales, recibiendo por sí las declaraciones de las partes y de los testigos.

Las prédicas de Klein y de Wach, han dado sus frutos. Ha cesado ya la controversia oralistas versus escrituristas, en el ámbito de la práctica de la prueba civil y en lo que atañe al proceso de conocimiento de máxima jerarquía. Ha prevalecido la tesis que defiende las ventajas de una expresión oral vertida en una sesión probatoria dentro del marco llamado “proceso por audiencias,” que tiene por signo distintivo la reconocida excelencia de la inmediación física entre el juez y la actuación de la prueba a medida que ella se va produciendo.

El escaso número de tribunales en proporción a la población ha generado, en muchos lugares, sobrecarga de tareas en aquéllos y las consiguientes demoras en el señalamiento de sesiones probatorias en las agendas de audiencias de los jueces que intentan asegurar su presencia física en ellas.

La inmediación física probatoria concretada por el juez de la causa es, claro está, lo deseable en todos los casos, pero, a veces, resulta ser impracticable en los hechos. Puede, entonces, en ciertos supuestos seleccionables, ser suplida por una intermediación judicial sensorial no presencial obtenida gracias a la observación de la filmación de audiencias probatorias dirigidas por un audiencista letrado (especialmente adiestrado para gobernar audiencias, y con poderes fedetarios); posibilitándose así que el magistrado reviva, con imagen y sonido, cabalmente lo ocurrido.

La digitalización de la prueba es fácilmente realizable gracias a la tecnología informática ya existente. Se agrega, de tal guisa, un nuevo elemento que contribuye al mejor almacenamiento, recuperación, reproducción y transmisión a distancia de la documentación audiovisual lograda.

La realidad manda. Deben abandonarse dogmatismos y especulaciones huera. Resuenan, todavía, las palabras de Carpi “La gran escuela sistemática europea de la primera mitad del siglo XX- con especial mención de la alemana e italiana –desembocó hacia el dogmatismo, la abstracción y la creación de una teoría pura del proceso. Nadie quedó sin constatar, sin ser testigo del divorcio operado entre la ciencia del proceso y la justicia, como institución organizativa cuyo fin principal debe ser el de satisfacer las necesidades de los hombres”¹⁴⁹. Los requerimientos de la hora exigen realismo, pragmatismo y sinceridad. Así sea.

¹⁴⁹ Palabras pronunciadas en el curso del Informe de cierre del Coloquio de Gante, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal en 2000.