



PROBLEMAS Y LÍMITES DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

PROF. ANDREA A. MEROI

PROBLEMAS Y LÍMITES DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

ANDREA A. MEROI*

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

América Latina asiste a un constante y renovado interés por la *oralidad* en todos los ámbitos procesales: penal, civil, laboral, contencioso-administrativo¹. Existe una pretensión de “oralizar” (si cabe el término) todo tipo de proceso.

Por cierto, la oralidad es la más antigua forma de comunicación humana. Se trata de la materialización del lenguaje —entendido como sistema de comunicación y de representación del mundo— a través de la palabra *hablada*².

Sin elevarlo a la categoría de *principio* —i.e., de línea directriz sin la cual no existe proceso, pues cabe concebir procesos escritos³— el derecho procesal ha consolidado una preferencia axiológica de la *oralidad* por sobre la *escritura* como método de enjuiciamiento.

* Magíster en Derecho Procesal (UNRosario, 2006). Especialista en Argumentación Jurídica (Alicante, 2004). Especialista en Educación y Nuevas Tecnologías (FLACSO, 2008). Profesora Titular de Derecho Procesal I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

¹ Abundan los encuentros académicos y las obras dedicados a este tema. Por sólo citar algunos, *5º Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública. Memorias 2008*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá DC, 2009; *VI Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. Oralidad y proceso*, organizadas por la Universidad de Medellín, 15 de julio de 2009, publicadas por el Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009; etcétera.

² “Hablar y escribir constituyen dos modos de comunicación distintos, con funciones sociales diferentes y complementarias. Ambos modos de comunicación tienen como soporte el mismo sistema lingüístico, pero se producen y se manifiestan de distinta manera. La escritura se concibió como sistema para almacenar información, por lo que no puede entenderse el código escrito ni la comunicación por escrito como una simple representación del código oral o de la comunicación hablada. Escribir es una técnica inventada” (ÁLVAREZ, Graciela E., *La oralidad y su importancia en el Derecho*, Panamá, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 2008, pp. 5/6).

³ Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. I, Lección 13.

Precisamente, se vincula la *oralidad* con la publicidad, la transparencia, el control a la actividad del juez y de las partes, la concentración de los actos procedimentales, la inmediación (en sus más diversos despliegues), la moralidad en el debate y una larga lista de valores deseables para el proceso.

Vinculado con el requerimiento de un juicio *público*, se ha elevado la *oralidad* a verdadera garantía. A ella se refieren numerosos tratados internacionales cuando consagran el “derecho a ser oído públicamente”, tanto para “la sustanciación de cualquier acusación” cuanto “para la determinación de sus derechos y obligaciones”⁴.

Los procesalistas penales han asumido plenamente la oralidad⁵. Estas líneas persiguen describir el estado de situación y los problemas que plantea la oralidad en el proceso civil.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Según las fuentes históricas, los primeros bocetos de lo que hoy conocemos como *proceso* fueron *orales*.

En efecto, hasta bien entrado el s. II a.C. en Roma, las propias raíces de las palabras *judicare* y *vindicare* dan cuenta de un sistema de las *legis actionis* predominantemente oral y lo mismo ocurrió durante el procedimiento formulario (s. II a.C. hasta s. III d.C.)⁶.

⁴ Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; etcétera.

⁵ En la doctrina argentina, v. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, 2005; CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008; ERBETTA, Daniel – ORSO, Tomás – FRANCESCHETTI, Gustavo – CHIARA DÍAZ, Carlos, *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado. Ley 12.734*, Rosario, Zeus, 2008; MAIER, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial El Puerto, 2004; SUPERTI, Héctor C., *Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos*, Rosario, Juris, 1998; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, etcétera.

Recién en la época imperial, en la etapa correspondiente al procedimiento extraordinario (s. III d.C. hasta la Codificación Justiniana, 527 d.C.) y en un todo de acuerdo con el avance del poder estatal en la solución de los conflictos, sobrevendrá el apogeo de la escritura, la preferencia por la prueba documental por sobre la testimonial y las sentencias también escritas⁷.

Mientras tanto, el derecho germano mantenía su tradición de un proceso público y oral, signado por los formalismos, los símbolos y una cierta vocación mística⁸.

La Baja Edad Media (c. 1000 a 1453 ó 1492) será el momento de fusión de ambas tradiciones a través de la consolidación del procedimiento ítalo-canónico, una de cuyas características más salientes será la consagración de la máxima *quod non est in actis, non est in mundo*⁹. Este procedimiento, trasladado por Jácome Ruiz a la Partida III (1265), forjó el *solemnis ordo iudiciarius*: escrito, formalista, complicado, lento y de elevado coste.

Las Partidas imperaron durante seis siglos en España y cuatro siglos en Iberoamérica, perviviendo hasta el s. XIX. Durante ese período, sólo el plenario rápido del derecho mercantil siguió los cánones de la oralidad, la simplificación de las formas, el aumento de los poderes procesales de dirección del juez y la celeridad necesaria para los negocios¹⁰.

Los procedimientos civiles y mercantiles llegaron al s. XIX sin relación entre sí. Para esa época, los litigios civiles estaban regulados en la Partida III y en el Libro XI de la Novísima Recopilación (1805). Las quejas relacionadas con la lentitud y formalismo de esos procedimientos crearon un ambiente favorable a la “mercantilización” del proceso civil¹¹, todo lo cual se concretó en la *Instrucción del*

⁶ Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México D.F., Cárdenas Editor, 1969, vol. I, p. 76.

⁷ Íd. íd., pp. 121 y ss.

⁸ Íd. íd., pp. 127 y ss.

⁹ Íd. íd., pp. 133 y ss.

¹⁰ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant-lo-Blanch, 2001, pp. 21 y ss.

¹¹ Esto es, su conversión en un procedimiento oral, simplificado, concentrado y público, con aumento de las facultades de dirección del juez, eliminación de trámites superfluos, dúplicas y réplicas, etcétera.

Marqués de Gerona (1853) que, no obstante, recibió el rechazo de buena parte de la doctrina y la práctica.

Para 1855, los opositores a la *Instrucción*¹² ya sancionaban la Ley de Enjuiciamiento civil que asumió íntegramente el viejo juicio ordinario, con un procedimiento totalmente escrito, lento y complicado, para “salvaguardia de los derechos de las partes”. Como bien destacan los autores, su comprensión es esencial para la evolución del proceso civil en Iberoamérica¹³ pues fue “el código más prolífico del universo”¹⁴.

Mientras tanto, el resto de la Europa continental iniciaba otros caminos. En 1806 se dicta en Francia el *Code de procédure civile*, que sirvió de modelo a la mayor parte de los países europeos en el s. XIX: se redujo el número de escritos introductorios de las partes, se reguló la preclusión, se eliminó la *litiscontestatio* y se admitieron los procedimientos plenarios rápidos. Nada de esto ocurrió en España, cuya LEC 1855 siguió con el procedimiento ordinario del derecho común¹⁵.

La evolución posterior tiene un hito de extraordinaria importancia en 1895, fecha de sanción de la *Zivil Prozess Ordnung* austríaca. Su autor, Franz Klein, creía que el proceso era un mal, que implicaba pérdida de tiempo y de dinero y que afectaba negativamente la economía de un país. Por ello, concibió un procedimiento oral, con notable aumento de los poderes discrecionales del juez¹⁶.

Para esa época, ya eran varios los ordenamientos procesales que asumían la *oralidad*, sin embargo su elevación a “mito” se debe a la prédica de Giuseppe Chiovenda¹⁷. Conforme a las más recientes investigaciones históricas, este *pater* del procesalismo inició su “apostolado” por la oralidad a partir de una coincidencia

¹² En particular, Pedro Gómez de la Serna, principal redactor de la LEC 1855. V. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La concepción del proceso civil fuera de Francia. El caso español*, Justicia 2006, en especial, p. 31; MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 32 y ss.

¹³ Cfr. MONTERO AROCA, *op. y loc. cits.*

¹⁴ Según la conocida expresión de ALCALÁ ZAMORA.

¹⁵ V. RAMOS MÉNDEZ, *cit.*, pp. 27 y ss.; MONTERO AROCA, *cit.*, pp. 38 y ss.

¹⁶ V., con múltiples referencias en toda la obra, CIPRIANI, Franco, *Batallas por la justicia civil*, trad. Eugenia Ariano Deho, Lima, Cultural Cuzco, 2003.

¹⁷ *Ibidem*.

histórica: la asunción de su maestro, Vittorio Scialoja, como ministro de justicia y la voluntad de éste de liderar una reforma procesal en ese sentido.

¿Cómo era la oralidad chiovendana? Los autores hablan de un complejo de ideas y principios que pueden resumirse así: a) Predominio de la palabra hablada (a salvo los escritos de preparación y documentación del pleito); b) Inmediación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones aquél tiene que valorar; c) Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante todo el juicio; d) Concentración de la sustanciación de la causa en un período único (audiencia única o menor número posible de audiencias próximas); e) Inimpugnabilidad autónoma de las interlocutorias.

No obstante la indicación precisa como fuente¹⁸, las ideas chiovendanas fueron distorsionadas en el *Codice* italiano de 1940, pues “lo que destaca más claramente en el Código, incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países. La figura misma no está claramente perfilada en sus orígenes, pero lo que nos importa es que la existencia misma del juez instructor es contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda, pues para éste era esencial que las pruebas se practicasen precisamente delante del tribunal en su conjunto, de todos los magistrados que tenían que valorarlas y no simplemente ante uno de los integrantes del órgano colegiado, se llamara a ese juez delegado o instructor”¹⁹.

Las décadas siguientes en la mayoría de los países de derecho continental²⁰ vivirán una fascinación por el modelo de la *oralidad colegiada de instancia única*: un proceso tramitado ante tres jueces que, de consuno, valoran el material probatorio producido oralmente en una audiencia (y, de tal modo, irreproducible posteriormente) y dictan sentencia que, así “colegiada”, tiene menos riesgo de

¹⁸ V. la *Relazione al Re*, encargada por el Guardasellos Dino Grandi a Piero Calamandrei para presentación del *Codice* al *Duce* (cfr. CIPRIANI, Franco, *Piero Calamandrei, la “Relazione al Re” y el apostolado de Chiovenda*, en “Batallas...” y publicado originariamente en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, pp. 749 y ss.

¹⁹ MONTERO AROCA, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José de Costa Rica, 18 a 20 de octubre de 2000.

²⁰ Excluida España y, con ella, Iberoamérica, salvo pocas excepciones, y con la aclaración de la figura del “juez instructor” en Italia.

error; una sentencia inapelable respecto de esos hechos de los que no quedó registro y sólo impugnable respecto del derecho (*casación*).

El “modelo” se extendió a diversas materias: laboral, familia, penal, y sirvió de base para el “proceso por audiencias” del Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica²¹, redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, cuya aplicación más expresiva quizá sea el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

No obstante, la mayoría de los ordenamientos ha abandonado la *colegialidad de instancia única*: la indisponibilidad de recursos humanos que implica la atención de un caso por tres jueces, la corruptela del sistema²² a partir del aumento de los índices de litigiosidad y la mayor consideración al derecho al recurso pronto habrían de justificar el cambio hacia una *oralidad unipersonal con doble instancia*, tanto más reclamada a partir de las posibilidades registrales que acercan las nuevas tecnologías. He ahí la opción legislativa española para un cambio esperado 119 años²³.

3. EL PROCESO CIVIL POR AUDIENCIAS

Uno de los modelos de oralidad más difundidos en el derecho continental civil (en el sentido amplio de “no penal”) es el de un *proceso por audiencias*.

Generalmente, el esquema procedimental prevé:

a) Una etapa introductoria, de “constitución de la litis”, a través de la demanda y la contestación de demanda. Esta fase es escrita, particularmente en función de la certeza que requiere la fijación del objeto del proceso. Ocasionalmente algunos

²¹ Puede consultarse en www.iidp.org.

²² Formalmente a cargo de tres jueces pero realmente a cargo de uno (el designado presidente del tribunal o “juez del trámite”).

²³ Entre la LEC 1881 y la LEC 2000, que instauró un juicio ordinario oral, en dos audiencias (previa y de juicio), y un juicio verbal para las causas de menor cuantía.

ordenamientos prevén que la contestación de demanda se haga en audiencia²⁴. También existen diversos criterios respecto del *ofrecimiento de la prueba*, que algunos regulan conjuntamente con los escritos de demanda y contestación de demanda²⁵ y otros postergan para la hipótesis del fracaso de la conciliación de la primera audiencia.

b) La designación de una primera audiencia denominada *previa, preparatoria, preliminar o de saneamiento*, prevista para una serie de objetivos que varían conforme a las regulaciones²⁶ pero que, en su hipótesis de máxima, incluye: *b.1)* el intento del juez de lograr una conciliación entre las partes que termine el pleito; *b.2)* caso contrario, la continuación de la audiencia con la resolución judicial de las *excepciones procesales* (cuestiones de procedibilidad) que hubiera planteado el demandado (o el actor, respecto de la presentación del demandado) o el saneamiento de las irregularidades procesales advertidas por el propio juez; *b.3)* la fijación del objeto del proceso (i.e., de aquello que deberá resolver el juez en la sentencia definitiva), con indicación de los hechos admitidos, controvertidos o de demostración necesaria; *b.4)* el ofrecimiento de prueba de las partes (si es que no se exigió previamente con los escritos constitutivos); *b.5)* la admisión judicial de la prueba, con especial énfasis en su pertinencia (i.e., la conducencia de los medios probatorios ofrecidos a los fines de acreditar los hechos controvertidos antes fijados).

c) La designación de una segunda audiencia denominada *de prueba, de vista de (la) causa o de juicio*²⁷, destinada a la producción de la prueba que pueda ser

²⁴ Vgr. LEC 2000 España, en el juicio verbal (de menor cuantía). Es también el procedimiento en los *juzgados especiales* brasileños (previstos para las “pequeñas causas” y para los juicios de derecho del consumidor) (cfr. PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar, *Acesso à Justiça. Guisados Especiais Cíveis e ação civil pública*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2003).

²⁵ Con grave demérito de la economía procesal, pues el actor debe ofrecer prueba *de todo*, al no poder saber de antemano qué hechos admitirá el demandado.

²⁶ Vgr., LEC 2000 dispone que “... Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba...” (art. 414).

²⁷ Vgr. LEC 2000: “El juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y

practicada en forma oral (las pruebas “personales” de declaración de partes, testigos y peritos) y a las conclusiones finales (alegatos) de las partes. De ser posible, el juez dicta su sentencia inmediatamente en la audiencia. Caso contrario, su emisión (o su fundamentación por escrito) se postergan para un momento posterior.

Quizá sea éste el modelo más difundido de proceso civil oral. Su realización concreta, no obstante, arroja resultados diversos.

En lo que sigue, daremos cuenta de algunos problemas que urge atender tanto desde el diseño legislativo mismo de este procedimiento cuanto desde su implementación práctica.

4. **ORALIDAD E IMPARCIALIDAD JUDICIAL**

Hace ya un tiempo que la prédica del carácter “utópico” del “modelo absoluto de imparcialidad” ha venido a reforzar los mecanismos de optimización de la búsqueda de ese juez “tan imparcial como sea posible”.

A más de otros factores de enorme influencia, hoy se señala la *subjetividad específica* del conocimiento judicial como un factor insuperable de incertidumbre: afirma FERRAJOLI que este “investigador particular legalmente cualificado que es el juez..., por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos”²⁸.

De ahí que la *imparcialidad* no sea una representación *descriptiva* sino *prescriptiva*, equivalente a un “conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de

reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas” (art. 431).

investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud «imparcial» respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la ausencia de preconcepciones en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de en los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados”²⁹.

Coherentemente, el autor afirma que “la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento”³⁰. Lo importante es asumir que, independientemente de las “alteraciones deshonestas y partidistas de la verdad, en realidad son posibles y en alguna medida inevitables las deformaciones involuntarias... En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio”³¹.

Si esto es así, si la imparcialidad es un concepto que se *construye*, lo que queremos afirmar aquí es que existen diseños procesales —también aquellos que asumen la oralidad— que *favorecen* la imparcialidad y diseños procesales que, a nuestro entender, *conspiran* contra ella, haciéndola depender *exclusivamente* de virtudes morales de las personas y excluyendo o dificultando el control³².

4.1. Oralidad y conciliación

Las leyes procesales suelen poner en cabeza de los jueces la facultad (o el deber) de intentar una conciliación entre las partes.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pág. 56.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Íd. íd.*, pág. 580.

³¹ *Íd. íd.*, pág. 56.

³² V., con enorme provecho, RAMÍREZ CARVAJAL, Diana, *La justicia del caso concreto y el principio de legalidad (Un choque entre paradigmas)*, en AA.VV., “Oralidad y proceso”, Medellín, Universidad de Medellín, 2008, pp. 93, con especial referencia a los problemas de “imparcialidad” y de “independencia” del juez.

La práctica de los tribunales da cuenta de actitudes muy diversas entre los jueces a la hora de llevar a cabo esta tarea. En efecto, mientras que algunos jueces se limitan a una recatada invitación a las partes a conciliar sus intereses en la certeza de las ventajas que acarrea una solución autocompositiva, otros avanzan por la siempre escabrosa senda de requerir datos del conflicto, adelantar opiniones y proponer alternativas de acuerdos. En esta última categoría de jueces, es preciso decirlo, no faltan quienes ejercen una inadmisibles coacción sobre la libertad de las partes.

Es también con relación a este tipo de “conciliación” que se corre el riesgo de que los intercambios orales de juez y partes y de partes entre sí terminen horadando la imparcialidad judicial que, contaminada sin remedio por datos y gestos ajenos al objeto del pleito, difícilmente pueda garantizar una sentencia justa.

De ahí que algunos ordenamientos echen mano al auxilio de *mediadores profesionales* para un acercamiento “pre-judicial” —o aun intraprocesal— o bien califiquen la conciliación judicial impidiendo que “exceda del intento de acercar a las partes”.

4.2. *Oralidad y fijación del objeto del proceso*

Se trata de una actividad habitualmente impuesta a los jueces en las “audiencias preliminares” y que demanda un altísimo compromiso profesional con la imparcialidad.

De ordinario, las partes fijan los límites del debate en la demanda y la contestación de demanda. El *objeto del proceso* surge así de un análisis de ambos escritos del que resultará: *a)* si existen hechos controvertidos; *b)* si existen hechos admitidos; *c)* si existen hechos que, aunque admitidos, sean “de demostración necesaria” por tratarse de materia vinculada con el orden público. Esos hechos son los que darán fundamento a la *pretensión* del actor y a las *excepciones* del demandado.

Es dable imaginar que el juez dé inicio a este momento de la audiencia con la descripción de lo que él entiende como *objeto del proceso* y, también, que existan discrepancias de las partes —o de alguna de ellas— con esa descripción.

Pues bien, si no existe la actitud del juez de habilitar el intercambio contradictorio en la definición del objeto del proceso, si no existe la posibilidad de alguna de las partes de controvertir esa definición judicial, ciertamente a la hora del dictado de la sentencia tendremos una *imparcialidad* menguada por el prejujuamiento acerca de cuáles eran los términos del debate.

Esta virtual resurrección de la *litiscontestatio* en cabeza del juez incidirá incuestionablemente en la sentencia, operando como verdadero extremo en el análisis de la correspondencia entre lo debatido y lo decidido.

Si se trata del modelo elegido, es imperioso prever los resguardos contra estos desequilibrios.

4.3. *Oralidad y juicio de pertinencia de las pruebas*

El estadio de *admisión* de las pruebas en un proceso³³ puede enfrentar al juez ante el problema de su *procedencia* / *improcedencia* y de su *pertinencia* / *impertinencia*.

El juicio de *procedencia* refiere a los aspectos formales de admisibilidad (si se trata de un medio probatorio legalmente permitido o previsto, si se ofreció conforme a las condiciones de tiempo, forma y lugar legalmente exigidas, etcétera) y, como tal, debe realizarse al momento de proveer la prueba.

El juicio de *pertinencia*, en cambio, refiere a la idoneidad del medio ofrecido para acreditar alguno de los hechos o extremos de la litis, determinación que puede resultar “sumamente compleja y, en grado sumo, cuando la alegada impertinencia

³³ Para todo esto, v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant-lo-Blanch, 2006, pp. 130 y ss.

se produce respecto de hechos que —para quien desea probarlos— constituyen indicios desde los que cabe efectuar el razonamiento necesario para lograr una presunción”³⁴.

Doctrinariamente, se discute el momento en que debe realizarse este juicio de pertinencia. Para una parte de la doctrina (y de las legislaciones que la siguen), el juez no debe admitir inicialmente la prueba *notoriamente impertinente*; para otra, la conjetura inicial acerca de los resultados de la prueba y de las estrategias de las partes es imposible y, más aún, arriesga la imparcialidad judicial a través de un “pre – juicio” a su respecto.

Las legislaciones procesales que incorporan la *audiencia preliminar* suelen incluir entre sus fines ese juicio de pertinencia probatoria. El requerimiento oral de explicaciones acerca de qué resultados se esperan con ciertas pruebas y la definición judicial de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba a partir de aquéllas puede, una vez más, lesionar la denominada “imparcialidad objetiva” del juzgador con el consiguiente “temor de parcialidad” de las partes³⁵.

4.4. *Oralidad y formación de las pruebas versus oralidad y convencimiento del juez*

Una concepción muy extendida en la juridicidad identifica la *oralidad* con la *inmediación*³⁶ y a ambas con un “método para el convencimiento del juez”.

La *oralidad* es la regla de procesamiento que opta por la palabra hablada (en contraposición con la palabra escrita) como uno de los dos medios de comunicación posibles en el proceso.

³⁴ Íd. íd., p. 133.

³⁵ Acerca de la “imparcialidad objetiva”, puede v. nuestro trabajo *La imparcialidad judicial*, en “Activismo y garantismo procesal”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, pp. 41-56, ISBN 978-987-1123-52-0

³⁶ Sobre *inmediación*, puede v. el clásico argentino de EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1963.

La *inmediación* suele presentarse como una implicación necesaria de un proceso *oral* y público³⁷. Su garantía se vincula “con el carácter in-mediato, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento”³⁸.

Los autores distinguen diversos despliegues de la *inmediación* (temporal, también llamado “*inmediatez*”³⁹, y espacial, en cuanto al “*principio de localización*”⁴⁰) o enfatizan diferentes aspectos (vgr., la dimensión de “*interactividad*” entre los sujetos procesales). Sin embargo, el mayor hincapié está puesto en el contacto directo del juez con el material probatorio.

Es precisamente con relación a esta perspectiva de la *inmediación* que surgen los mayores reparos, toda vez que no resulta raro leer a algún autor ponderando el binomio “*oralidad – inmediación*” a partir, por ejemplo, de la “*mentira*” que sería dable descubrir a partir de un enrojecimiento de la piel, o de un temblor de manos, o de una expresión dubitativa de alguna de las partes o de un testigo. Como escuchamos alguna vez, “un personaje que se retuerce en el banquillo puede ser un culpable que ya está quemándose en el infierno, o puede ser una persona perfectamente inocente a la que atterra no ser creída en lo que dice”.

Ciertamente, nos encontramos frente a visiones irracionales y, como tales, inadmisibles en un debido proceso, pero lamentablemente frecuentes y repetidas en los ámbitos tribunalicios: “En esta materia sorprende comprobar hasta qué punto la cultura imperante en medios jurisdiccionales diverge de los criterios que prevalecen entre los especialistas en psicología del testimonio. El testigo pasa, entre jueces y fiscales, por un medio diáfano de obtención de conocimiento sobre hechos, del que cualquier profesional del ramo está en condiciones de servirse con eficacia a base sólo de buen sentido y de una intención limpia. Ello, unido a que el carácter personalísimo e intransferible de la percepción y apreciación del

³⁷ En contrapartida, además, de un proceso inquisitivo, escrito y secreto.

³⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)*, en “*Jueces para la Democracia*”, N° 46, marzo 2003, p. 57.

³⁹ Cfr. EISNER, *cit.*, pp. 98 y ss.

⁴⁰ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *cit.*, nota al pie # 8).

contenido de tal clase de declaraciones —se dice— veda el control externo, y también a que se da por cierto que las decisiones con este exclusivo fundamento tienen poco o nada que motivar, lleva, al fin, a la consagración de un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo”⁴¹.

Por tanto, y frente a estas distorsiones (o tentaciones) del juicio oral, urge que los sujetos procesales obren con cautelas, fundadas en una crítica a esa mística que convierte al juez en una suerte de vidente de “lo realmente acaecido”.

La psicología del testimonio ha alertado contra la preeminencia de la “clave visual” en la valoración de la prueba. Según sus conclusiones, los jueces harían muy bien en estar mucho más atentos a la clave textual que no a la visual, y fundar el juicio de credibilidad no en la actitud del testigo sino en los contenidos y en la puesta en relación de la información del testigo con otras informaciones⁴².

En otras palabras, es necesario guardar distancia de los aspectos emotivos de la oralidad. En idéntico sentido ha reflexionado PARRA QUIJANO: “Somos conscientes, que en el artículo 404 de la ley 906 de 2004, se dice que en la valoración de la prueba se debe tener en cuenta el comportamiento del testigo. El sentido común que maneja el jurista, no le permite hacer esas evaluaciones y seguramente por estar en esta actividad, descuidará su trabajo lógico que es el que le corresponde, como retener las contradicciones objetivas en que incurre al responder el testigo, el olvido (segmento de realidad) en que incurre. Si el testigo llora, se pone las manos en los ojos, tartamudea. Nos preguntamos ¿qué significa eso? El Juez lo que debe atender es lo que cabe dentro de la racionalidad, como ya se dijo y no esos comportamientos que por ambiguos y que conducen a subjetividades que no son controlables, equivocan la atención del Juez y con posterioridad la valoración”⁴³.

⁴¹ Íd. íd., pp. 60/61.

⁴² Cfr. íd. íd., pp. 62/63.

⁴³ PARRA QUIJANO, Jairo, *¿Qué es realmente la inmediatez?*, MJCH_MJD298, 1-dic-2006, consultado en www.microjuris.com, 04.06.2009.

En suma, es impostergable recordar que “la oralidad – intermediación es una *técnica* de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”⁴⁴. En tanto *técnica* favorecida por la proximidad tempo-espacial, “utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros”⁴⁵.

4.5. *Oralidad e interrogatorio de los testigos*

A diferencia de lo que ocurre en la regulación de (la mayoría de) los sistemas penales acusatorios, las leyes procesales civiles suelen poner en cabeza del juez el interrogatorio a los testigos. Más aún, algunos ordenamientos vedan a las partes preguntar, repreguntar o contrapreguntar libremente.

En estas condiciones, ¿qué hay de la *imparcialidad* de ese juez que interroga? Y es que como bien lo destaca IGARTÚA SALAVERRÍA, “desde hace más de un siglo, la psicología viene poniendo de manifiesto la determinante influencia que ejerce la pregunta sobre la respuesta del preguntado”⁴⁶, recordando a FERRÚA, para quien “la prueba declarativa se forma a través de una tupida red de interacciones entre interrogador e interrogado, entre preguntas y respuestas, en un proceso

⁴⁴ IACOVELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 151, cit. por ANDRÉS IBÁÑEZ, cit., p. 59.

⁴⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, cit., p. 59. Más adelante abundará: “Ahora bien, en ese contexto, una cosa es la objetiva productividad de la confrontación y del diálogo directo y descarnado, con traducción discursiva en expresiones y argumentos articulados con propósito de justificación, de explicación, de rectificación, de evasión o de excusa, susceptible de registrarse fielmente por escrito y, con ello, también de un examen diferido, que permita reconsiderar eventuales conclusiones apresuradas fruto de la percepción original inmediata. Y otra cosa la *lectura* del lenguaje gestual, de la actitud del que declara, en el momento en que lo hace, conformada por rasgos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a todas las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles. Pues la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad” (p. 60).

⁴⁶ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Algunas incidencias de los principios de “contradicción” e “intermediación” en el razonamiento probatorio*, en AA.VV., “Oralidad y proceso”, Medellín, Universidad de Medellín, 2008, p. 23.

comunicativo donde el máximo influjo lo ejerce quien (ministerio público o juez) está dotado de poderes de autoridad. Es difícil pensar que las expectativas, los intereses del órgano inquiriente (...) no ejerzan alguna influencia sobre las declaraciones recogidas, que quien dirige el diálogo permanezca absolutamente indiferente al éxito del mismo, como puro observador objetivante. Ciertamente, el examen cruzado no elimina estas influencias, pero al menos las contrabalancea, oponiendo a la parcialidad del acusador la del defensor en un diálogo que se desarrolla bajo el control del juez”⁴⁷.

El derecho procesal penal tiene una larguísima tradición de análisis de estas cuestiones⁴⁸.

5. ORALIDAD Y TAXONOMÍA DE LOS CONFLICTOS

Muchos ordenamientos asumen la oralidad de manera indiscriminada, sin tan siquiera plantearse que puedan existir litigios en los que ésta se impone y otros en que, por el contrario, no se justifique o, peor aún, sea contraproducente.

¿En qué litigios resultaría más adecuado el debate oral? Para muchos, en todos aquellos en los que predominan las cuestiones de hecho (vgr., la responsabilidad por hechos ilícitos, los conflictos de familia, las cuestiones vinculadas con el “hecho” de la posesión) o centrados en la controversia acerca de cómo ocurrieron los acontecimientos (vgr., los que darían pábulo a un incumplimiento contractual, o al desenlace de una relación laboral o de una disputa societaria). Asimismo, la oralidad puede aconsejarse para aquellos conflictos de familia cuya solución se deja librada en un alto grado a la discrecionalidad judicial (vgr., la definición del régimen de tenencia, del régimen de contacto entre padres e hijos, los alimentos), pues el debate oral habilita el conocimiento de las circunstancias de vida de las partes y, mejor aún, la intervención de éstas en la construcción de la decisión judicial.

⁴⁷ Íd. íd., p. 28, con cita de FERRÚA, P., *Il “giusto processo”*, Bolonia, 2005, pp. 92/93.

¿En qué litigios no se justificaría el debate oral? Típicamente, podríamos pensar en conflictos en los que las cuestiones normativas predominen sobre las fácticas y, más aún, en los litigios “complejos”⁴⁹. En esta clase de juicios, la oralidad puede hacer perder precisión y hondura en el debate de cuestiones jurídicamente sofisticadas y para las que se requiere de la reflexión propia de la escritura. Se trata de casos en que no siempre será posible poder postular y refutar “de inmediato”, para las partes, y retener las sutilezas y complejidades, para el juez.

Finalmente, ¿en qué litigios resulta contraproducente el debate oral? Además de los antes mencionados, puede pensarse en aquellos litigios calificados como “de puro derecho”⁵⁰, en los que no existen pruebas “personales”⁵¹ y que reducen la controversia a la definición puramente jurídica de la relación litigiosa. Además y, en general, la oralidad no se compadece con los juicios ejecutivos y algunos “juicios especiales”, la mayoría de las actuaciones de los juicios universales (sucesiones y concursos de acreedores), etcétera.

En línea de hipótesis, todos los litigios son susceptibles de ser sustanciados en un debate oral. Sin embargo, y vinculado con lo que diremos *infra* # 7., no todos los ordenamientos pueden sustentar la oralidad completa del sistema. De ahí que la

⁴⁸ BAYTELMAN, Andrés – DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*; hay varias ediciones: Universidad Diego Portales (2005), Fondo de Cultura Económica (2007), Dykinson (2007).

⁴⁹ “Complejos de derecho” pero, también, “de hecho”, en los que el juicio oral puede llevar a simplificaciones inadmisibles para la justa solución de la causa. Acerca de la *complejidad* de los casos, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)*, en La Ley, boletín del 22.02.2008; CHAUMET, Mario E., *Los hechos y la complejidad de la decisión judicial*, en La Ley, boletín del 11.04.2007.

⁵⁰ Conforme a la LEC 2000 si las partes, en la audiencia previa al juicio, no ponen fin al litigio mediante un acuerdo pero están conformes en todos los hechos y la discrepancia queda reducida a una cuestión meramente jurídica, el tribunal dictará sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia. Ello implica que, ante la inexistencia de hechos controvertidos sobre los que debe versar la prueba, se hace innecesaria la celebración del juicio y, consecuentemente, la realización de las conclusiones a su término (art. 428.3).

⁵¹ Adviértase que es el caso previsto en el art. 429 LEC 2000: “cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitaren la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquél en que termine la audiencia”. Se suprime la audiencia de juicio pero, con ella, también la posibilidad de presentar las “conclusiones finales” (alegatos), con lo que el menoscabo al derecho de defensa es patente (cfr. SOLANO MARTÍN, Miriam, *Incidencia de la oralidad en la formulación*

flexibilización y selección de las causas a llevar a juicio oral puede convertirse en una herramienta singularmente importante a la hora de implementar esta forma de debate.

Según el tipo de conflicto de que se trate y el grado de complejidad que tenga, parece claro que la oralidad puede incidir en la calidad epistemológica del conocimiento que adquiera el juez a partir de la simplificación, la instantaneidad, la (eventual) superficialidad y alta dosis de emotividad⁵² de la comunicación oral.

En realidad, la posibilidad de categorizar los conflictos y concluir que algunos de ellos son más aptos para el debate oral y otros no, se enmarca en una perspectiva más amplia de la teoría de los conflictos⁵³ que, asumiendo la diversidad, aconseja la creación de un “tribunal multipuertas” que reciba las causas y que, a través de profesionales especializados, deriven su conocimiento a la vía más adecuada para su solución (negociación, mediación, arbitraje o juicio). ¿Por qué no pensar en algún medio análogo para la opción entre juicio oral y escrito?

6. ORALIDAD Y ETAPAS PROCESALES

De la descripción del proceso civil “por audiencias” hecha *supra*, # 3, surge que existen etapas que —maguer la opción por la *oralidad*— se mantienen escritas (la demanda) y otras cuyo carácter oral no se discute (la producción de las pruebas personales). Algunos casos reciben distintas respuestas de los ordenamientos y, otros, cuestionamientos de la doctrina.

de las conclusiones: de la instructa a las conclusiones orales, en “Aspectos prácticos de la prueba civil”, J.M. Bosch, 2005, Id. vLex: VLEX-WP500).

⁵² De la que el juez debe estar prevenido, según expusimos en # 4.4.

⁵³ V. ENTELMAN, Remo, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002.

En primer lugar, y como ya se adelantó, hay leyes procesales que prevén que la contestación de demanda en ciertos juicios se lleve a cabo en la “audiencia preliminar”⁵⁴.

A favor de esta alternativa se señala la mayor predisposición a conciliar de un demandado (o de su profesional) “que no hizo el esfuerzo de contestar la demanda” que de otro que ya estudió el asunto y planteó una estrategia defensiva; asimismo, se destaca la economía procesal en esas hipótesis. Esto sería particularmente aconsejable en litigios de menor cuantía.

En contra, se argumenta con el menoscabo a la defensa que acarrea tener que contestar demanda en una audiencia y con la importancia de la fijación del objeto procesal a través de sendos escritos en los que las partes consoliden su posición.

En segundo lugar, algunos autores alertan contra la “superficialidad y precipitación” que la oralidad puede generar en la elaboración de las resoluciones judiciales. Así, “se ha observado que algunos jueces, sin ánimo de generalizar, toman algunas notas durante la celebración [de la audiencia de juicio], con las cuales redactan de manera rápida su sentencia, al parecer sin la debida reflexión sobre los escritos dispositivos de las partes, que sólo han leído superficialmente. Tal conducta provoca que haya aumentado el número de incongruencias —en sentido técnico— de todo tipo, pero sobre todo se ha generado la sensación de que el Juez ha decidido más a través de las primeras impresiones que le ha provocado la práctica de la prueba, que tomando en cuenta las pretensiones de las partes y su fundamentación”⁵⁵. Frente a este problema, se propone la vuelta a las “conclusiones escritas”, a fin de habilitar la reflexión para la elaboración del juicio⁵⁶.

7. ORALIDAD Y LÍMITES

⁵⁴ Vgr. el juicio verbal previsto por la LEC 2000, en el que sólo la demanda y la sentencia son escritas.

⁵⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *La oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿se ha generado superficialidad y precipitación en la elaboración de resoluciones judiciales?*, Justicia 2007, p. 43.

⁵⁶ *Id. id.*, p. 44.

Uno de los problemas más significativos que enfrenta la conversión del proceso civil a la oralidad es la comprensión de los límites que impone el medio en que ello ocurre: ¿existe la decisión política de llevar a cabo estas reformas? ¿existe el estudio de los índices de litigiosidad y la correlativa definición del adecuado número de jueces para su gestión? ¿existe la previsión de los recursos humanos y materiales para llevar a cabo estos objetivos? ¿existe la capacitación de los recursos humanos para un cambio tan trascendente? O, por el contrario, ¿se trata de una reforma “de maquillaje”? ¿de una legislación “espectáculo” o “propaganda”? ¿de una reforma —en el más indulgente de los adjetivos— irresponsable?

El proceso oral suele desnudar una serie de límites que la escritura esconde: el año tiene un número limitado de días y el día tiene un número limitado de horas en las que llevar a cabo esas “audiencias”. Además, la recta celebración de las audiencias supone un tiempo que el juez y las partes deben dedicar al estudio previo de la causa. Todo ello, sin contar con las otras actividades a cargo del juez.

En resumidas cuentas, si no existe una *ratio* adecuada entre número de jueces y número de juicios la oralidad devendrá en fracaso y en nueva frustración social⁵⁷.

Para mejor ilustración del tema, puede resultar de interés el relato de dos experiencias argentinas:

7.1. La oralidad colegiada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe

⁵⁷ Con relación a lo ocurrido en España, se ha dicho que “en términos de tiempo de duración del proceso, actualmente esa duración depende más del lugar donde se celebre el proceso —por los medios de que se disponga— que del hecho de que sea oral o escrito. Y en muchos casos la duración es excesiva” (NIEVA FENOLL, *cit.*, p. 43). Para una adecuada *ratio*, puede consultarse la experiencia de la República Oriental del Uruguay, PEREIRA CAMPOS, Santiago, *La reforma de la justicia civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias*, en www.ceja.org, consultado el 08.06.09.

En la década del '60 del siglo pasado, la Provincia de Santa Fe⁵⁸ sancionó un código procesal en el que se consagró la oralidad colegiada de instancia única para “los procesos de divorcio, filiación, alimentos, responsabilidad por hechos ilícitos, acciones posesorias y de despojo”⁵⁹, hoy vigente.

El *juicio oral* que se prevé consta de las siguientes etapas: a) demanda escrita, con ofrecimiento conjunto de toda la prueba; b) citación al demandado para contestar demanda; c) posibilidad de oponer excepciones (procesales) previas, con la consiguiente suspensión del plazo para contestar la demanda hasta la resolución en definitiva de aquéllas; d) contestación de la demanda, con ofrecimiento conjunto de toda la prueba y posibilidad de reconvenir; e) fijación de una audiencia de vista de la causa, destinada a la producción de todas las pruebas personales y la formulación oral de las conclusiones; f) celebración de la audiencia de vista de la causa; g) sentencia dictada en la audiencia o, caso contrario, en el plazo de 5 días. Las etapas señaladas como a) a e) están a cargo del “juez de trámite” (sorteado al efecto de entre los tres que conforman el tribunal colegiado); las señaladas como f) y g), a cargo del tribunal en pleno.

El sistema funcionó razonablemente bien durante los primeros años en nuestra provincia, disfrutando de elogios propios y ajenos por la consecución de los altos fines de la oralidad.

El paso del tiempo mudó los ánimos y las prácticas. Y es que conforme a las estadísticas oficiales recientes, en la ciudad de Rosario, por ejemplo, ingresan 4.000 causas por año a un Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual⁶⁰. Suponiendo que la mitad quede en el camino (ya sea por desistimiento, transacción, caducidad de la instancia, etcétera), eso deja 2.000 causas en trámite. Si ahora consideramos que hay 10,5 meses hábiles en el año (deducidas las dos ferias judiciales), eso permite concluir que, si los tres jueces tomaran las audiencias juntos, deberían celebrarse 191 audiencias por mes,

⁵⁸ Uno de los “estados” que conforman la República Argentina, de estructura federal (con lo que cada “provincia” organiza su propio poder judicial y provee lo necesario para aplicar la legislación sustantiva; entre otros, la sanción de los códigos procesales).

⁵⁹ Artículos 541 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

⁶⁰ Los datos se completan con la opinión recabada a jueces en funciones y jueces retirados.

concretamente 48 audiencias por semana. A un mínimo de media hora por audiencia (que suelen durar más, en algunos casos varios días), habría que dedicar 5 horas diarias sólo para tomar audiencias. A ello hay que sumar la resolución de incidentes, atención de profesionales, firma del despacho diario, y confección de las sentencias (no sólo redactarlas, sino la previa discusión con los otros jueces, y el estudio de las remitidas por ellos), todas tareas infungibles que insumen un tiempo importante.

De la despiadada realidad de estos números se desprende que ora se incumple la ley que impone la sustanciación de estos procesos ante los tres jueces, ora se fijan audiencias para dentro de varios años (con lo que, a la postre, se termina incumpliendo con otra ley: la que impone una duración *razonable* a los procesos).

Las prácticas consagraron la solución de que sea sólo el juez del trámite quien lleve adelante la audiencia de la vista de causa, con lo que —en los hechos— tenemos un juicio a cargo de un juez unipersonal que dicta una sentencia inapelable. Ciertamente, mucho de todo esto está mal.

7.2. La inserción de la “audiencia preliminar” en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ciudad capital de la Argentina) y en los juzgados federales con sede en el interior del país rige el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este ordenamiento tiene una larga historia de intentos de incorporar instancias “orales” en procedimientos escritos.

La ley 14.237 (derogada por decreto-ley 23.398/56) estableció una *audiencia preliminar* que, al decir de varios autores, fue un rotundo fracaso. EISNER, por caso, señalaba que la realidad de la vida judicial fue funesta para esa norma, pues los jueces no asistían a las audiencias designadas y las partes se limitaban a formular verbalmente, o mediante un escrito que traían preparado, los llamados “puntos controvertidos”. El autor, un verdadero defensor de la inmediación, lamentaba tener que celebrar el decreto derogatorio de una parodia que sólo

había ayudado a complicar el procedimiento con nuevas audiencias, cuestiones, incidentes y recursos dilatorios⁶¹.

Resulta significativo seguir casi a la letra en todo esto a LEGUISAMÓN⁶² para el detalle de las alternativas posteriores. La ley 24.573 impuso nuevamente la audiencia preliminar⁶³ y se constituyó en otro fracaso mayúsculo. Al comienzo de la vigencia de esta ley, las audiencias preliminares eran presididas por el juez en todos los casos (lo cual estaba previsto bajo sanción de nulidad) y había “asistencia perfecta” de las partes. Con el correr del tiempo, la experiencia fue demostrando que no se lograban los objetivos a los cuales la audiencia estaba destinada y provocó tanto la inasistencia del juez como la de las partes —generalmente el demandado—, llegándose a que, salvo honrosas excepciones en que eran presididas por el juez con acabado cumplimiento de su finalidad, las audiencias eran “tomadas” por el secretario o, incluso, empleados del juzgado, intentándose primero una conciliación⁶⁴ y luego, sin tratamiento de los hechos —que supone un estudio previo sobre su articulación y contestación—, se “invitaba” a las partes a desistir de medios probatorios ofrecidos⁶⁵, omitiéndose tanto la resolución de las oposiciones formuladas a los medios probatorios como la providencia del resto de la prueba no cuestionada, lo cual sucedía en días posteriores. En síntesis, una parodia como lo señalaba Eisner, lamentable pero real, que sólo servía y sirve para dilatar el proceso; a ello se debe sumar el tiempo insumido en el trámite de la mediación que obligatoriamente hubo que cumplir previo a su iniciación.

El autor relata el criterio de un Juez Federal en lo Civil y Comercial que, sobre la base de la experiencia recogida en la aplicación de la reforma introducida por la ley 24.573, llegó a la conclusión de que ello se traducía en una evidente demora en el trámite de los expedientes. La obligación de tomar personalmente la audiencia preliminar originaba que, en razón de la gran cantidad de causas,

⁶¹ EISNER, *op. y loc. cits.*

⁶² LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Recursos contra las resoluciones dictadas en la audiencia preliminar*, Diario Jurídico elDial.com, www.eldial.com, Suplemento de Derecho Procesal, 05.05.2009.

⁶³ Llamada de “Mediación y conciliación”, introdujo el art. 360, de similar factura a la audiencia de la ley 14.237.

⁶⁴ Mediante la fórmula “ya hablaron algo sobre un arreglo”.

debiera fijar esas audiencias superando los treinta días desde que le era pedida la apertura a prueba. Ello, sumado a la inutilidad de los resultados obtenidos en las audiencias, lo convenció de la conveniencia de no aplicar la reforma. En su lugar, decretaba la apertura a prueba, fijaba el plazo de su producción y establecía el término en el cual ésta debía ser ofrecida. El criterio se extendió y lo adoptó la totalidad de jueces federales en lo civil y comercial de la Capital Federal.

Finalmente, el autor recuerda la sanción de la ley 25.488 (hoy vigente), que trató de apuntalar la audiencia preliminar constituyéndola en eje del proceso y acentuando, “con inocencia”, la rigurosidad de la presencia del juez⁶⁶.

El autor concluye: “No desconozco que [la audiencia preliminar] ha sido implementada en muchas legislaciones procesales, pero, si bien entiendo que se trata de una herramienta de suma utilidad, creo que no hay que convertirla en el eje del proceso, en la panacea para tramitar y decidir un proceso en un plazo razonable, cuestión que obsesiona a los procesalistas de todas las latitudes. La experiencia que vine comentando de la praxis judicial en la Capital Federal así lo demuestra. En efecto, como se puede apreciar, además de intentar una conciliación, el juez debe resolver en la audiencia preliminar una considerable cuantía de cuestiones, mucho más cuando se trata de procesos con sujetos múltiples, que hacen inconveniente el instituto tal como está legislado, debido a la excesiva carga de tareas que pesa sobre los tribunales y consecuente imposibilidad material y humana de estudiar en detalle cada proceso para la audiencia preliminar si ésta es fijada con tiempo sensato en todos los expedientes (...) De manera que se puede afirmar que la audiencia preliminar no constituye un instrumento agilizador y saneador del proceso, sino más bien obstruccionista. Aunque se intentara reducir su contenido —que tampoco es el caso, pues dejaría de tener la finalidad a la cual está destinada—, los juzgados están abarrotados de expedientes, lo cual seguramente responde a la insuficiente cantidad de ellos como para atender los conflictos de una comunidad dada densamente poblada, generada a su vez por dificultades de infraestructura edilicia para establecer

⁶⁵ Principalmente de la prueba confesional.

⁶⁶ La praxis demostró que no existe constancia de que no se hayan tomado audiencias por ausencia del juez.

mayor cantidad de juzgados al no contar con bastantes espacios físicos para instalarlos, como, también, presupuestarias para nombrar más jueces idóneos y empleados que los ocupen. En cambio, en comunidades de menor población la audiencia preliminar seguramente constituye una herramienta útil para la agilización del proceso en tanto, con la intermediación del juez y la colaboración de los litigantes, se pueden depurar una enorme cantidad de cuestiones inconducentes para la solución final del litigio, que de otro modo no hacen más que aletargarlo, como ocurre en la provincia de La Pampa (artículo 343 y ss. del Nuevo Código Procesal Civil y Comercial -sancionado por ley 1870 del 7/12/1999, con vigencia a partir del 1/4/2001-), o según dicen los amigos y hermanos de la República Oriental del Uruguay (artículo 340 y ss. del Código General del Proceso). No porque en algunos lugares funcione la audiencia preliminar, hará que con seguridad lo haga en otros. La importación de institutos procesales no siempre ha dado el buen resultado esperado. Su implementación dependerá del ámbito territorial en el cual se la pretenda instaurar, de si la legislación procesal vigente en aquél la tolera, y, finalmente, de la forma en que se la regule, todo lo cual debe ir acompañado, como dice Falcón, de una educación en la oralidad de los operadores jurídicos y medios adecuados para realizarla”.

8. CONCLUSIONES

El debate procesal entre *oralidad* y *escritura* lleva siglos y, probablemente, no acabe con las tendencias del último tiempo⁶⁷.

Más allá de las razones a favor y en contra de la oralidad vinculadas con el *medio de debate* y las implicaciones del uso de la palabra hablada en la imparcialidad judicial y en la calidad epistemológica del conocimiento que produce, urge que los procesos de reforma se lleven a cabo de manera responsable, con adecuado conocimiento del *debe* y *el haber* de la sociedad que los recibirá (los ya tantas veces nombrados índice de litigiosidad, número de jueces, demás recursos humanos y materiales).

⁶⁷ Mucho menos, con el modesto aporte de estas líneas.

Consecuentemente, urge no alimentar expectativas infundadas en el reformismo legal y, en su lugar, consolidar cambios *posibles*, erigidos sólidamente en transformaciones culturales acordes con ellos.