

CONSIDERACIONES SOBRE LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Dr. JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

Resumen

Análisis crítico de la incidencia de la oralidad en el proceso civil español, con atención a sus raíces históricas y de su alcance dentro de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000, así como de los efectos derivados de su vulneración y de las excepciones previstas en la ley.

Palabras Claves: *Proceso civil, oralidad, intermediación, principios del proceso, Derecho español.*

Abstract

An study about the role of orality in spanish civil proceedings, with special attention to its historical roots and its relevance into the Spanish civil proceedings rule of 2000, to the legal consequences of its infringement and to its legal exceptions.

Key Words: *Civil action, orality, principles of judicial proceedings, spanish Law.*

1. El conocimiento del Derecho extranjero como medio para alumbrar soluciones en el Derecho interno: finalidad del presente estudio.

1.1. Objeto y finalidad del estudio.

Las páginas que siguen analizan la oralidad y su incidencia actual en el proceso civil español, con referencia a sus antecedentes legislativos. En un momento de vivo debate acerca de la conveniencia, oportunidad o, incluso, necesidad, desde el punto de vista de las exigencias básicas de la tutela judicial, de generalizar la oralidad en el proceso (así como de sus trasuntos, la intermediación y la publicidad de las actuaciones procesales), el conocimiento de las vicisitudes experimentadas por el proceso civil español hasta la generalización de la oralidad, no hace demasiados años, en los términos en que establece nuestra vigente legislación procesal, puede ser de interés para el lector colombiano.

Es precisamente en ese contexto de reforma donde el conocimiento de la experiencia de la oralidad en otros ordenamientos alimenta el interés de los estudiosos. No se trata de un mero ejercicio de estilo *ad pompam vel ostentationem*, sino el tácito reconocimiento del valor del conocimiento de otros ordenamientos jurídicos como mejor medio para alumbrar soluciones novedosas, en el plano del Derecho interno, a problemas de análoga naturaleza. La realidad del Derecho (con la excepción conocida y creciente del Derecho convencional en el plano del Derecho internacional público o del Derecho de raíz consuetudinaria) nunca ha ocultado su interés por la experiencia ajena. El Derecho posee una fuerza expansiva que trasciende de las fronteras nacionales y una notable versatilidad para adaptarse a la particular idiosincrasia de cada sociedad, no tanto como consecuencia de la acción política de los Estados cuanto, muchas veces, de la propia inquietud de los juristas de conocer las experiencias jurídicas de los demás y de difundir las propias en la eterna búsqueda de la ordenación legal más adecuada a los fines jurídicos y a las necesidades de los ciudadanos:

ello ha favorecido la expansión transnacional de numerosas experiencias legislativas, particularmente en un ámbito tan alambicadamente estatal como es el del proceso.

Es en este contexto donde cobra interés el presente trabajo, algo a lo que coadyuva nuestra tradición jurídica compartida a lo largo de más de cuatro siglos, mantenida después de los sucesivos procesos de independencia, que en materia jurídica no significaron la ruptura del tronco jurídico común enriquecido por la aportación de los juristas nacionales como la de los autores de otros países¹. No debe extrañar así que muchos de los problemas que se generan en el sistema procesal español puedan reproducirse en otras Naciones con instituciones idénticas o análogas, con las peculiaridades locales de cada uno: tal vez de ello o de los datos aportados por su aplicación efectiva se pueden extraer conclusiones útiles *lege ferenda* o quizás anticipar soluciones o paliativos a problemas sufridos en el Derecho español pero tan sólo alumbrados o esbozados en otros ordenamientos.

1.2. La apuesta por la oralidad en el vigente proceso civil español: planteamiento general y estructura del trabajo.

La apuesta por la oralidad de las actuaciones del proceso es una de las novedades más destacadas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC). Si bien con carácter menos rupturista con la ordenación del proceso civil en el momento inmediatamente anterior a su entrada en vigor de lo que se puede pensar, como veremos, es lo cierto que la LEC se inclina del lado de la oralidad, la potencia en determinadas fases del proceso de declaración como uno de los elementos característicos de muchas de las actuaciones del proceso que hasta ese momento eran de carácter escrito. Esta generalización, como se ha señalado, se produce con carácter más racional de lo que algunos han pensado². La palabra "oralidad" aparece en el texto de la Exposición de Motivos de la LEC no más de tres veces, lo que da muestras de que la apuesta del legislador español es racional y prudente, partiendo de la oralidad como un medio para la mejor tutela del Derecho, y no de su entendimiento como condición *sine qua non* para la misma, fruto de la *demonización* de la escritura (aunque en las últimas décadas de vigencia de la LEC de 1881 si cabe apreciar un descontento generalizado de los operadores jurídicos hacia el abuso de la forma escrita, dicho sea de paso, en ocasiones más cínicamente expresado que real en la práctica). Eso significa que el nuevo proceso civil español contiene, tras la reforma global de su legislación, una oportuna combinación de actuaciones orales y escritas.

A pesar de tratarse de una apuesta moderada, no revolucionaria con respecto al Derecho anterior, los avances de la nueva LEC hacia la oralidad en el proceso han significado un notorio cambio de actitud de todos los protagonistas del proceso, desde los jueces hasta los abogados, lo que es fuente de incertidumbre: para estos últimos, su presencia física ante el Juez durante el proceso civil antes de la reforma de 2000 no dejaba de ser, en la mayoría de las ocasiones, una extravagancia, con la sola excepción de los procedimientos sumarios (interdictos, desahucios) o los de mayor sencillez (como el juicio verbal). Como suele ocurrir

¹ Muchas normas procesales civiles y penales de numerosas naciones de la América Hispana albergan la impronta de no pocas instituciones jurídicas típicamente españolas y en algunos casos tales huellas perviven incluso tras la desaparición de la matriz original (es el caso de algunas de las instituciones procesales tradicionales del proceso civil, tales como las excepciones dilatorias, la *réplica* y la *dúplica*, la inhibitoria de competencia territorial, o las diligencias para mejor proveer, desaparecidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, pero aún presentes en diversos ordenamientos procesales americanos).

² MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Tratado sobre el juicio verbal*, Pamplona, Aranzadi, 2004, pp. 104 y ss.

en materia de Administración de Justicia, los cambios, por moderados que sean, siempre generan inseguridades, porque los sujetos del proceso se adaptan con resignación al Derecho existente, por defectuoso que sea, y en ocasiones lo prefieren a cualquier novedad que pretenda introducirse en la propia inercia de la actividad de los tribunales: es la traducción al campo del proceso jurisdiccional del viejo refrán castellano según el cual “lo mejor es enemigo de lo bueno”.

En el caso analizado, la nueva disciplina de la oralidad en el proceso civil tuvo como consecuencia la necesidad de una mayor implicación personal de los abogados ante los juzgados de instancia y las salas de vistas, un mayor contacto físico de estos con los jueces y, dentro de la organización de los juzgados, un cambio del centro de gravedad de la carga de trabajo, que de la secretaria (desde la oficina judicial) de los órganos jurisdiccionales pasa a las Salas de vistas. Ello ha provocado, como consecuencia y en la búsqueda de la optimización de los recursos humanos, una reordenación del personal al servicio de la Administración de Justicia, que actualmente cuando se redactan estas líneas se encuentra en fase de discusión prelegislativa.

En buena medida, las novedades que plantea la regulación de la oralidad en el proceso civil español no se deducen tanto de su extensión a determinadas actuaciones o fases del proceso cuando a la introducción de normas que refuerzan su exigencia, o a la virtualidad de las nuevas tecnologías de la comunicación como instrumentos auxiliares para la documentación de las actuaciones del proceso. Veremos que algunas de las nuevas normas reguladoras de la oralidad no plantean tanta novedad como la que corresponde al sistema de garantías que la ley introduce para su cumplimiento efectivo. En las páginas que siguen se aborda la nueva disciplina de oralidad en el proceso civil español, con exposición de sus principales novedades con respecto al estado legal anterior, así como de las consecuencias que su implantación genera en un sistema como el español, tan arraigado en materia procesal civil en la experiencia formularia escrita romana. Antes de ello, no obstante, efectuamos un recordatorio sobre el sentido y finalidad de la oralidad en el proceso, y, en especial, del proceso español.

2. Panorama general de la oralidad en el proceso español.

2.1. La oralidad como exigencia constitucional.

Antes de entrar en el análisis detallado de las normas sobre oralidad en el proceso civil español puede ser interesante dar cuenta de los condicionantes jurídicos con que ha contado el legislador español a la hora de proveer a su generalización.

De entre ellos, sin lugar a dudas el primero y más directo es, desde luego, el Art. 120.1 de la Constitución española de 1978 (CE), según el cual: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. El Art. 120 de la CE se inserta dentro de los once artículos que la Carta Magna dedica al Poder Judicial (del Art. 117 al 127, ambos inclusive), aunque no se trata de los únicos preceptos que se refieren en ella al ámbito jurisdiccional o procesal³. La oralidad entronca directamente en la Carta Magna con la publicidad de actuaciones (prevista en el párrafo 1 del mismo Art. 120 de la CE).

³ Efectivamente, la huella procesal está presente en otras normas constitucionales, configurándose así un marco constitucional de garantía jurídico procesal. Esta particularidad es consecuencia del momento histórico en que la CE fue promulgada, de recuperación de las libertades públicas y restauración del sistema democrático, tras cuatro décadas de régimen autoritario y después de un enfrentamiento civil muy presente en

Desde un punto de vista técnico jurídico, la oralidad es una garantía institucional, no un derecho fundamental comprendido dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 de la CE). Constituye, pues, un mandato al legislador ordinario de desarrollo legislativo, pero no un título suficiente para fundamentar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (salvo que su infracción tenga como consecuencia directa la de derechos fundamentales que sí son susceptibles del amparo⁴). En realidad, en cuanto tal, la oralidad no es reconocida como un derecho fundamental en ninguna Constitución Europea, salvo error u omisión, y sólo es expresamente mencionada por la Carta Magna española y también por la Constitución federal austriaca: según esta última, “Las vistas ante los tribunales en asuntos civiles y penales son orales y públicas, con las excepciones que establezca la ley”⁵. Por lo que se refiere a normas de carácter supranacional, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas* (CEDH), firmado en Roma en 1950⁶, y de gran valor en cuanto a la interpretación de los derechos reconocidos por la CE a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional español (toda vez que las normas relativas a derechos

la memoria de todos los que fueron protagonistas de aquél singular período. Esa es la razón por la cual posiblemente el constituyente tuvo ese especial empeño por configurar la Administración de Justicia como poder independiente y diferenciado de los otros poderes del Estado. De hecho, el Poder Judicial es el único así denominado en la CE, a diferencia del legislativo (al que se refiere la CE al regular “Las Cortes Generales” en su Título III) o del ejecutivo, mencionado en el texto constitucional al hablar del Gobierno y la administración (Título IV de la CE). El Poder Judicial no es sólo un poder diferenciado e independiente, tanto en el ejercicio de la potestad jurisdiccional como en su relación con los demás poderes del Estado (Art. 117), sino también un elemento de garantía frente a la actuación de la Administración pública, que quedará sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (Art. 106.1: “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”). Asimismo, la CE introduce normas que delimitan el ejercicio de la actividad jurisdiccional para acomodarlo a las exigencias propias de un estado de Derecho y, de este modo, reconoce un derecho genérico a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales sin que en ningún caso se pueda producir indefensión (Art. 24.1 de la CE) así como una serie de derechos específicos de ámbito procesal con su atención puesta en el proceso penal pero aplicables a cualquier proceso en otros órdenes jurisdiccionales (Art. 24.2 de la CE: derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al proceso público con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, a practicar los medios de prueba pertinentes, a la presunción de inocencia o a la asistencia y defensa de letrado, a no declararse culpable, entre otros). También impone a la jurisdicción como garantía para el respeto a determinados derechos fundamentales (el control judicial a la detención cautelar, en el Art. 17.2 de la CE; la decisión judicial como único cauce de autorización para la entrada en domicilio particular, como excepción al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, regulado en el Art. 18.2 de la CE). Entre la abundantísima bibliografía española existente sobre la materia, recomendamos la consulta de GIMENO SENDRA, V., *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. Ma., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Thompson Civitas, 1ª, 2003; o BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995.

⁴ SSTC 54/1985, de 18 de abril, 242/1988, de 19 de diciembre, 17/1989, de 30 de enero, o 186/1990, de 15 de noviembre, entre otras.

⁵ Art. 90.1 de la ÖsBvg: “Die Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden Gericht sind mündlich und öffentlich. Ausnahmen bestimmt das Gesetz”.

⁶ “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución se deben interpretar conforme los Convenios internacionales sobre la materia de los que el Reino de España sea parte, según el Art. 10.2 de la CE), no menciona expresamente a la oralidad, dentro de la relación de elementos que componen en el ámbito del CEDH el derecho al *proceso justo*, como tampoco lo hace el Art.14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), firmado en Nueva York en 1966, en el seno de Naciones Unidas⁷, ni, más recientemente, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, firmada el 7 de diciembre de 2000 por los Estados Miembros de la Unión Europea⁸ y posteriormente incorporada a la Parte segunda del *Proyecto de Constitución Europea* aprobado en Roma en 2003.

Tres son las consideraciones que nos merecen, en el contexto del presente estudio, la mención de la oralidad en la CE de 1978. Por una parte, la relación existente entre oralidad y publicidad, como garantías institucionales contenidas en la Carta Magna española; por otra, la consideración de la oralidad en términos de predominancia y no absolutos o radicales; en tercer y último lugar, el valor que se debe dar a determinadas notas características vinculadas a la oralidad, en concreto, de la intermediación y de la concentración de las actuaciones.

2.2. Relación entre la oralidad y la publicidad de las actuaciones.

Como acabamos de señalar, la oralidad aparece directamente relacionada con la publicidad de las actuaciones. De hecho, ambas aparecen normalmente vinculadas: el proceso escrito, propio de los sistemas inquisitivos puros, se suele asociar al secreto de las actuaciones⁹, mientras que la oralidad y la publicidad se vinculan mutuamente entre sí, como garantía frente abusos del tribunal a la hora de decidir la causa¹⁰. La publicidad, entendida como apertura de las actuaciones del proceso a terceros, sólo tiene sentido (y sólo se predica), como regla general, de las actuaciones orales del proceso. La publicidad de las actuaciones escritas plantea notorias dificultades para su articulación práctica, salvo para las propias partes del proceso, pero es de reconocerse que esta forma de publicidad tiene parentesco más con el derecho de defensa y la exigencia de la contradicción procesal¹¹, que

⁷ “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

⁸ Art. 47: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

⁹ MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *Constitución y Derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela*, 1995, p. 287; GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 192.

¹⁰ Sobre este asunto, remitimos a la lectura de nuestro trabajo “Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, Madrid, Nº 80, 2006. También, VERGÉ GRAU, J., “Derecho a un proceso público”, Consejo General del Poder Judicial, *Manuales de Formación Continuada*, Madrid, 2004, pp. 369-410, entre otras obras.

¹¹ GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales*, con Conde-Pumpido y Garberí Llobregat, v. 5, Bosch, Barcelona, 2000, p. 301; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I; Parte General*, Tirant, Valencia, 11ª

con la publicidad de los actos del proceso, en los términos del Art. 120.1 de la CE, toda vez que no hay mayor ataque contra las posibilidades defensivas de las partes que privarlas del conocimiento de lo actuado por las demás partes o por los terceros (peritos o testigos) que actúen en el proceso: por su parte, la escritura es difícil de conciliar con la aceptación de un supuesto derecho a la publicidad externa de las actuaciones procesales.

A este último respecto, el Derecho español es ciertamente claro. La posibilidad de acceso a las actuaciones escritas del proceso a instancias de quien no sea parte del proceso y no acredite la presencia de un interés legítimo no es aceptado en Derecho. Además, por su propia dinámica, es prácticamente imposible dar publicidad inmediata a las actuaciones escritas en el momento de su realización¹², algo que se produce siempre en un momento posterior de su realización (al ser notificada la resolución que dicta el juez admitiéndolas a trámite), y que se suele reducir a las personas de los destinatarios de las resoluciones de que se trate. De conformidad con el Art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, de 1985, las resoluciones del órgano jurisdiccional se han de notificar a todos los que sean parte del proceso, “y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicio, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley”; en desarrollo de este precepto, el Art. 150.1 de la LEC señala, para el proceso civil, que “Las resoluciones judiciales y las diligencias de ordenación¹³ se notificarán a todos los que sean parte del proceso”, para matizar a continuación que (párr. 2) “Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare” y los terceros, en los casos que establezca la ley (párr. 3). El Art. 260 de la LEC de 1881 disponía, por su parte, la necesidad de notificar las resoluciones judiciales a las partes en juicio y, cuando así se mande, a las personas a las que se refieran o puedan deparar algún perjuicio, en expresión muy cercana a la del Art. 270 de la LOPJ.

Si, por otro lado, se trata de publicidad de actos ya realizados o pertenecientes a procesos ya concluidos, las normas orgánico-procesales son igualmente restrictivas, desde el punto de vista de la publicidad. Se refiere a este caso el Art. 235 de la LOPJ, en cuya virtud “los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley”, señalando el Art. 266.1 que “Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieran dictado, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas”¹⁴.

Por lo expuesto, la mención a la publicidad de las actuaciones, que también se contiene en el Art. 120 constitucional, ha de vincularse indisolublemente con los actos orales del proceso, en la medida en que constituye garantía externa frente a extralimitaciones de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función. La publicidad externa de los actos del proceso, se entienda como accesibilidad de la justicia para todos¹⁵ o como *expresión del*

ed., 2002, p. 386; DEL MORAL GARCÍA, A., y SANTOS VIJANDE, J., *Publicidad y Secreto en el proceso penal*, Granada, Comares, 1996, p. 3.

¹² En este mismo sentido, MONTERO AROCA, J., cit., pp. 360 y 387.

¹³ Resolución dictada no por el juez, sino por el secretario judicial, cuya finalidad es la ordenación material del proceso, y que se suma a las providencias, autos y sentencias.

¹⁴ STS (3ª) de 9 de 6 de abril de 2001; en el mismo sentido y de la misma sala, vid. las Sentencias de 3 de marzo de 1995 y 7 de febrero de 2000.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos en el proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 95. También PEDRAZ PENALVA, “Notas sobre publicidad y Proceso”, *Poder Judicial*, N° especial 1989, pp. 115 y ss.

alma de la justicia, según palabras de Jeremías BENTHAM¹⁶, se concibe como expresión de una elemental garantía objetiva de control a los jueces a la hora de administrar justicia. El mejor mecanismo de control de los viejos jueces del Antiguo Régimen, como expresó MIRABEAU, era que el acto del juicio fuera público para el pueblo, aunque, como sabemos también, la publicidad nada añade al tribunal que decide, cuyo juicio sólo se forma en virtud de los materiales de hecho y de derecho aportados al proceso por las partes y no por los terceros que asisten como espectadores al juicio: se trata, por ende, de una garantía externa de control al exceso en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que no incide ni modifica las operaciones lógico intelectuales que deben conducir al fallo, operaciones que son idénticas se celebre el juicio con asistencia de público o a puerta cerrada. Cuando el Art. 120.1 de la CE exige que las actuaciones judiciales sean públicas, está pensando en las actuaciones orales, y no a las actuaciones escritas del proceso. Precisamente por ello podría entenderse que, siendo indisociables publicidad y oralidad, las normas del CEDH, del PIDCP o de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a que se ha aludido, al reconocer el derecho al proceso público como parte del proceso justo implícitamente está reconociendo la necesidad de que el proceso jurisdiccional derive, en todos los órdenes, hacia la oralidad.

2.3. La oralidad, como criterio de predominancia.

Ni del Art. 120.1 y 2 de la CE ni de sus normas de desarrollo en el Derecho interno español se deduce la garantía de la oralidad y de publicidad de las actuaciones judiciales en términos de exigencia absoluta. *Expressis verbis*, la dicción del Art. 120 de la CE se refiere, en lo que respecta a la oralidad, a criterios de predominancia, del mismo modo que al hablar de la publicidad el propio legislador reconoce la posibilidad de que se contemplen en las leyes de desarrollo excepciones¹⁷. En otras palabras, es posible impartir una adecuada tutela judicial sin que sea necesario que la oralidad sea absoluta, en todas las actuaciones del proceso, y sin que las actuaciones sean públicas para terceros: entender lo contrario es tanto como aceptar, en caso actuaciones no públicas, que se dan por válidos actos del proceso incompatibles con la tutela judicial.

Por otro lado, además, no es sencillo disociar la oralidad de la escritura. El Art. 229 de la LOPJ dispone que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, “sin perjuicio de su documentación”. Evidentemente, de partirse de la ficción jurídica (tantas veces difundida por la literatura y la industria cinematográfica) de que los tribunales conocen y resuelven las causas que se les somete de uno en uno (es decir, que hasta que no dictan sentencia de un asunto no empiezan a conocer del asunto siguiente) sería realista concebir un proceso oral en el que no fuera precisa la documentación escrita de lo actuado oralmente. La tozuda realidad no es, sin embargo así. Al menos en el Derecho español, la documentación escrita realizada por el secretario judicial, en su condición de fedatario público de lo actuado ante el tribunal, ha tenido importancia capital a la hora de decidir la

¹⁶ BENTHAM, J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, t. I, Madrid, 1843, p. 102.

¹⁷ Art. 232 de la LOPJ: “Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”. Art. 138.2 de la LEC: Las actuaciones de prueba, las vistas y comparencias cuyo objeto sea oír a las partes “podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

causa (*quod non est in acta non est in mundo*). Quizá el ideal de la justicia sea la resolución inmediata de los procesos una vez concluida la vista, sin embargo la dinámica de la organización de los juzgados y tribunales hace difícilmente viable esa concepción de la justicia.

Como novedad, la LEC de 2000 admite como posibilidad la emisión de resoluciones judiciales *in voce*, una vez concluido el acto de la vista oral: se trata del Art. 210 de la LEC, según el cual las resoluciones que deban dictarse en la celebración de la vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal “se pronunciarán oralmente en ese mismo acto, documentándose este con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones”. La fuerza de esta norma se ve atenuada por dos condiciones establecidas en el propio precepto: en primer lugar, que la ley no permita diferir el pronunciamiento, lo que se produce en todos aquellos (numerosos) supuestos en que la ley no indica que la decisión se ha de producir en el acto; en segundo lugar, que dicha resolución nunca se trate de la sentencia definitiva del proceso, lo cual reduce la incidencia de la decisión *in voce* a las resoluciones más sencillas, dentro del procedimiento e, incluso en esos supuestos, se requiere la documentación del acto, instrumento insustituible no sólo como *fotografía* de lo que allí ocurrió, sino como medio para la parte perjudicada por la resolución oral para impugnarla a través de los recursos y medios de impugnación legalmente previstos.

Es muy difícil, por tanto, prescindir de la escritura incluso en los procesos denominados legalmente como orales, si bien en el nuevo proceso español se ha abierto la puerta a la posibilidad de documentación de las vistas, comparecencias y juicios no a través de acta escrita extendida por el secretario judicial, sino por medios técnicos de documentación y archivo de las actuaciones, siempre y cuando esté garantizada la autenticidad de lo que allí ocurra (Art. 146 en relación con el Art. 135.5 de la LEC). Las actuaciones orales y vistas podrán así ser registradas en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del secretario, a quien corresponde la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiera efectuado (Art. 147 de la LEC)¹⁸. Del 2000 hasta el momento presente ha sido muy grande el esfuerzo presupuestario desarrollado por las diferentes Administraciones Públicas con competencias en materia de Justicia (el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno de la Nación a través de su Ministerio de Justicia, y las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia de dotación de medios materiales y personales a la Justicia), hacia la instalación efectiva en los órganos judiciales de instrumentos de filmación y grabación de la imagen, lo que, si bien se encuentra muy avanzado, no goza aún de plena implantación. Incluso en el supuesto de que así fuera, entendemos que ello no debe hacer desaparecer la documentación escrita de las actuaciones. Ciertamente es que la práctica procesal en la justicia civil, allá donde existen tales medios en estado operativo, conduce a una relajación de las actas escritas de los secretarios, que tienden a remitirse al contenido de la filmación. Pero eso entraña un riesgo (no precisamente ajeno a la práctica cotidiana de los juzgados españoles) en caso de deterioro o pérdida de la matriz original, de tal manera que si el acta escrita no tuvo la

¹⁸ El empleo de estos medios de grabación reproducción del sonido y la imagen está igualmente avalado por el Art. 230 de la LOPJ, que admite incluso, con ciertas garantías, el empleo de la videoconferencia como cauce de práctica de determinadas actuaciones fuera de la sede del órgano jurisdiccional: sobre el particular, en el Derecho español, puede verse nuestro trabajo titulado “La videoconferencia, como instrumento para la agilización de la Justicia penal: nota sobre el modelo español”, *Problemas actuales del Proceso Iberoamericano* (Coordinadores: Profs. Dres. Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Ortells Ramos), Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, tomo I, Málaga, 2006, Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, pp. 647-662, y los que en él se citan.

precaución de reproducir con fidelidad y detalle lo ocurrido en la vista se corre el riesgo de nulidad de actuaciones, con necesidad de repetición del juicio. Por otro lado, la documentación en medio audiovisual puede no impedir la necesidad de transcripción por escrito de lo actuado, por ejemplo, cuando remitido lo actuado ante el tribunal superior en segunda instancia o en grado de casación, el tribunal *ad quem* carece de los mismos medios técnicos que el órgano *a quo* y, por tanto, no está en condiciones de revisar la filmación del juicio o vista de que se trate¹⁹.

El entendimiento de la oralidad como un criterio procesal de predominancia, tal y como se infiere del Art. 120.2 de la CE, ha sido entendido tradicionalmente así también por los autores. Eso mismo es lo que provoca que la publicidad para terceros de las actuaciones no sea absoluta, sino tan sólo en la medida en que estemos ante actuaciones judiciales de carácter oral. En el Derecho español, incluso en el proceso civil en el que la oralidad tiene más peso (el juicio verbal), hay muy relevantes actos de carácter no verbal. Lo relevante no es, por consiguiente, que todas las actuaciones sean orales, sino que el proceso sea predominantemente oral, sin perjuicio de que en su tramitación puedan contemplarse actuaciones escritas. Este es uno de los tópicos de los autores a la hora de aportar elementos de juicio que permitan distinguir entre proceso oral y proceso escrito: en este sentido, se ha sostenido que el proceso es oral cuando lo que deba ser valorado por el juez se aporte al proceso de palabra²⁰: este criterio es válido para el juicio verbal civil, en su regulación por la LEC española de 1881, el cual comenzaba (Arts. 711 y ss.) por “papeleta” interpuesta por el demandante, pero en el que tanto las alegaciones y pruebas de demandante como las del demandado, y, por consiguiente, la delimitación de los términos del debate procesal, se producía en el propio acto del juicio, verbalmente ante el juez: el juicio verbal era un proceso oral, pero comenzaba por un acto escrito, que determinaba la litispendencia, permitía al juez controlar su propia competencia y la adecuación del procedimiento y permitía al demandado diseñar su estrategia de defensa, a desarrollar en el acto del juicio.

Por otra parte, la exigencia en el Art. 120.2 de predominio de la oralidad en todo tipo de procesos es un mandato al legislador; una clara apuesta por un determinado modelo de proceso en el que, sin necesidad de renunciar de forma absoluta a los actos escritos, los principales actos de proceso (aquellos de los que depende la formación de la convicción del

¹⁹ Es verdad, no obstante, que las filmaciones constituyen un medio de documentación de las actuaciones orales más fiel la documentación por escrito, en la que el secretario es un mero testigo intermediario de lo que ocurre ante el tribunal: la filmación es una fiel reproducción del juicio, con menor probabilidad de errores y, por tanto, con menor necesidad de rectificaciones de lo transcrito en el acta. En el proceso penal, por ejemplo, se pretende utilizar la filmación del juicio como medio de garantizar que el tribunal de apelación penal está en las mismas condiciones que el tribunal de instancia ante el que se practicó la prueba. Se pretende con ello evitar, tras una polémica sentencia del Tribunal Constitucional español (la STC 167/2002) que los medios de prueba personales que hayan sido objeto de recurso deban ser repetidos ante el tribunal de apelación, como garantía de la inmediación procesal y el deber de contradicción de las pruebas de cargo. Esta solución no nos parece acertada, puesto que, con ser más fiable, ello no significa que la reproducción de la imagen y el sonido por medio apto para la grabación y filmación garantice la inmediación procesal ni mucho menos la contradicción: en cuanto a la inmediación, la observación de un video o de un DVD no es lo mismo que la presencia física, sin intermediarios, entre el medio de prueba y el tribunal que ha de apreciarlo y valorarlo; en cuanto a la contradicción, huelga explicar la imposibilidad que tienen los miembros del tribunal que ha de juzgar obre lo apreciado en un video para repreguntar o formular observaciones y pedir aclaraciones a los declarantes.

²⁰ PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., “Precisiones sobre escritura y oralidad”, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol. I, Madrid, 1950, p. 100. En este mismo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, (con Fernández), vol. I, 1995, Ceura, Madrid, Nos. 18-24.

juez, como premisa de la emisión de su decisión en Derecho) sean orales. Que, a pesar del mandato constitucional, no sea así, no es razón suficiente para entender que el proceso no se adecua a los parámetros de calidad que exige el derecho a la tutela judicial efectiva. En realidad, en los casi veintinueve años de vigencia del Art. 120.2 de la CE, en el proceso español han convivido numerosas normas procesales y diferentes tipos procedimentales en los que el legislador ha preferido optar por un modelo predominantemente escrito o, como mucho, de naturaleza mixta (no sólo en la jurisdicción civil), sin que conste decisión del Tribunal Constitucional en la que se censure, en términos generales, ese estado de cosas: algunos incluso son, por su objeto, absolutamente escritos (es el caso de los procesos contencioso-administrativos)²¹, salvo caso especial, como se verá. No obstante, eso no quiere decir que el legislador constitucional no haya sido sensible, en los años de vigencia constitucional a lo establecido en el Art. 120.2 de la CE. Muchas de las reformas emprendidas a lo largo de este tiempo han servido para extender la oralidad en diferentes lugares de las normas procesales y, en el caso de la LEC de 2000, para consolidarla como criterio formal predominante en el proceso.

2.4. Oralidad, inmediación y concentración.

Tan interesante o más que la mera determinación teórica de si un proceso es oral o escrito, como criterio formal del proceso, son otras notas características que son derivación de la oralidad²². Nos estamos refiriendo, en concreto, a la *inmediación* del juez y a la *concentración* de los actos del proceso. Precisamente en estas dos notas características radican los principales rasgos diferenciales entre el proceso escrito y el proceso oral. Si los sistemas procesales escritos se caracterizan, entre otras notas, por el orden sucesivo de los actos y por el hecho de que, salvo en actuaciones aisladas, no existía contacto físico ni visual entre las partes y el tribunal, el rasgo diferencial del proceso oral frente al escrito es, sin duda alguna, la concentración de actuaciones y la inmediación del juez. Ambas notas son, a nuestro entender, más importantes que la publicidad, en la medida en que ésta no es inmanente a la oralidad del proceso, mientras que, tanto la inmediación como la concentración sí lo son²³. De las dos, la inmediación adquiere mayor relevancia, quedando la concentración, en un proceso en el que se combinan fases orales con fases escritas, a la

²¹ Sobre este particular afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., ("La Constitución española y los principios rectores del proceso civil", *Los principios en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 143) que el Art. 120.2 hace inconstitucional un proceso basado exclusivamente en actuaciones orales. Ahora bien, ser inconstitucional no significa ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (y, por consiguiente, susceptible por sí sólo de la tutela del tribunal constitucional por el cauce del recurso de amparo). Para ello no basta con que el proceso sea escrito, sino que de esa circunstancia se menoscabe el derecho a la tutela judicial de las partes o se las genere indefensión, porque, al fin y a la postre, y como el propio V. CORTÉS llega a reconocer, tanto el proceso oral como el escrito son aptos para llevarnos a una sentencia que exprese lo que la Constitución quiere que sea la función jurisdiccional (*ibidem*, p. 143).

²² O, según la conocida expresión de CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal* (traduc. José Casais Santaló, Madrid, 3ª ed., 1977, p. 139, "principios-consecuencia".

²³ Sobre la inmediación, vid. la STC 64/1993, de 1 de marzo, según la cual: "[...] en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial". Sobre inmediación, también, las SSTC 307/1993, de 25 de octubre, 79/1994, de 14 de marzo o 172/1997, de 14 de octubre, entre otras muchas. Sobre la concentración, como principio informador del proceso penal, cfr. SSTC 54/1985, de 18 de abril, 358/1993, de 29 de noviembre o 174/2003, de 29 de septiembre. En la doctrina española, vid. la interesante obra HERRERA FABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Granada, ed. Comares, 2006, y las obras que allí se citan.

consideración de unidad de acto cuando de vistas orales o juicios se trate, dentro del proceso. “Decir oralidad es decir inmediación”, se ha señalado²⁴.

La apuesta constitucional por el proceso oral podría derivar, precisamente, de los beneficios que se suponen a la concentración y a la inmediación en el proceso. La concentración de las actuaciones se entiende, de este modo, como un medio eficaz para superar la justicia lenta y burocratizada en que suele derivar el proceso escrito español (como se verá, las principales críticas giran en torno al ya desaparecido juicio de mayor cuantía civil). Por su parte, la inmediación es un eficaz sistema para garantizar que el juez está en contacto directo con las partes, con sus alegaciones y con la prueba relevante del caso, lo que a priori le sitúa en una posición de privilegio para decidir el proceso de forma correcta (esto es, con una adecuada valoración y apreciación de los hechos y con una depurada interpretación y aplicación del Derecho en juego). Lo que ocurre es que las dos últimas consideraciones se efectúan desde un planteamiento puramente teórico y, sin negar su virtualidad para conseguir con éxito una justicia menos lenta y que coloque al juez en la mejor disposición posible para decidir el proceso, a nadie se le oculta que la materialización de tales objetivos depende de otros factores que están por encima de la capacidad del legislador procesal.

En un proceso predominantemente escrito como ha sido históricamente el proceso civil español hasta la promulgación y entrada en vigor de la vigente LEC, las escasas concesiones de la legislación a la oralidad eran miradas con desconfianza e incomodidad por los operadores jurídicos, que se las ingeniaban en numerosos casos para reconducir la exigencia de oralidad hacia una escritura *contra legem* pero pacíficamente aceptada por todos: no era extraño, así, en la práctica del proceso civil, que la vista oral, incluso en los juicios verbales, fuera sustituida por la entrega por cada una de las partes de sus alegaciones por escrito (una nota escrita), que sustituía a la oralidad, y a partir de las cuales el secretario judicial se las componía para redactar un acta de juicio oral a partir de una *ficta* audiencia oral. En otro tipo de proceso civil, el juicio de menor cuantía, que tras la reforma de la derogada LEC de 1881 operada por Ley de 6 de agosto de 1984, se convertiría en el proceso civil prototípico y más frecuente, había un trámite, el de resumen oral de la prueba, que usualmente era sustituido por la entrega por las partes de una nota escrita resumen de la prueba practicada, con destino similar al que correspondía a las notas escritas de los juicios verbales: tanto uno como otro caso son ejemplos de vulneración de la oralidad y, con ello, de violación del deber de inmediación del juez, quien no presenciaba las alegaciones de las partes sino que se valía de los escritos por ellas presentadas para hacerse una composición del *status questionis*. No son estas las únicas violaciones de la inmediación judicial generalizadas, hasta hace no mucho tiempo, en el proceso español. Otra muy común en procesos escritos afectaba a la práctica de las pruebas personales, que, según la ley, habría de hacerse ante la autoridad judicial, pero que en la realidad diaria de los juzgados se realizaba, con frecuencia, a partir de los pliegos de posiciones o interrogatorios de preguntas formulariamente presentados por las partes, ante el secretario judicial u otro funcionario del

²⁴ ALCALÁ-ZAMORA, N., “Proceso oral y abogacía”, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972, vol. II, México, 1974, pp. 17 y ss.). También vincula oralidad e inmediación GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls, coords.), Madrid, Iurium, vol. I, p. 600. Para MONTERO AROCA, J., oralidad e inmediación no son inescindibles, sino que se presentan como partes de un mismo concepto (“Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)”, *La Prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 303).

juzgado, y de las que el juez tenía noticia a través del acta escrita en la que constaba el resultado de la declaración o del interrogatorio.

Asimismo, la quiebra de la inmediación afectaba a otra faceta de esta nota característica derivada de la oralidad de los actos del proceso, puesto que la inmediación no sólo consiste en el hecho de que los actos orales hayan de ser practicados ante el juez o tribunal²⁵, sino en que sólo pueda dictar la sentencia el juez que ha presenciado los actos orales de alegación y prueba (puesto que, de otro modo, poco valor añade la oralidad a la escritura, en el caso representado por el acta de la comparecencia o vista oral). Al ser la inmediación algo totalmente desconocido en los procesos civiles españoles escritos, se aceptaba con todas las consecuencias la posibilidad de cambio de juez dentro del proceso²⁶.

La concentración es, en puridad un complemento de la inmediación, puesto que desde un punto de vista material, el Juez está en mejores condiciones para beneficiarse de las alegaciones y pruebas practicadas físicamente ante él si toda ellas se producen en un solo acto y no se demora en el tiempo la sentencia del momento en el que comenzó el juicio. Sin embargo, la concentración tampoco se ha aplicado históricamente (ni se aplica) conforme a su sentido real. La necesidad de servirse en el proceso de declaraciones de testigos o de partes y expertos hace, con frecuencia, que la necesaria concentración ceda a favor de la voluntad de permitir la incorporación a los autos tales elementos, cuando son relevantes para la decisión de la causa. Y consecuencia de ello es que una sola vista oral o comparecencia pueda verse troceada en varias sesiones, en función del momento en que se puedan producir las actuaciones, lo que conduce a que un acto que podía haberse resuelto en minutos o a lo sumo en pocas horas se demore en el tiempo durante semanas o meses, con el consiguiente riesgo, mientras permanece vivo el acto, de que cualquier incidencia pueda viciar de nulidad el acto en su conjunto o hacerlo ineficaz. Además, como hemos señalado, una demora en la duración de un juicio provocada por su división en un número indefinido de sesiones, no necesariamente sucesivas, perjudica el objetivo buscado con la inmediación de las actuaciones, puesto que el juez, al decidir, no está en condiciones de recordar lo acontecido en las diferentes sesiones orales del juicio, por lo que, al final, se ha de valer a la hora de decidir de las actas (escritas o filmadas) del juicio.

La imposibilidad de realizar el acto oral en una sola sesión muchas veces deriva de la dificultad de los juzgados y tribunales para organizar su agenda, puesto que la exigencia de oralidad implica un mayor compromiso de horas de vistas. Así, no es extraño en algunos juzgados civiles españoles que se señale para juicio con meses de demora desde el momento de comienzo del proceso, incluso en juicios verbales y sumarios o para la práctica de medidas cautelares: esta circunstancia es lo que ha llevado algún comentarista a entender que el objetivo de que la oralidad redunde en la celeridad de los juicios es un objetivo para el que la ley es impotente²⁷. Desde la experiencia española, la oralidad exige,

²⁵ Como decía la Ley XXVI, Título XVI, de la 3ª Partida: “e desde el testigo començare a dezir, deue el juzgador escucharle mansamente, e callar hasta que aya acabado catandol todavía en la cara”. O la Ley XVI, Título XXXII, Ley XII de la Novísima Recopilación (que recoge una Pragmática de los Reyes Católicos) “que el juez se guarde sin la cautela de tomar los testigos a solas los escribanos y leer después sus dichos ante el juez”.

²⁶ MONTERO AROCA, J., “*Procedimiento probatorio [...]*” cit, p. 304. En el mismo sentido, ARANGÜENA FANEGO, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. Lorca Navarrete), Valladolid, Lex nova, 2000, t. I, p. 876.

²⁷ VARELA CASTRO, B., “Inmediación judicial: agonía de una fundamental garantía”, *Justicia*, 1987, Nº 1, pp. 95-101.

para ser eficaz, el incremento de las plantillas judiciales, pues en caso contrario, más que un instrumento al servicio de la celeridad de la justicia, es un obstáculo para su consecución.

Como se ve, el fracaso histórico de la oralidad, en las escasas concesiones a la misma que se contenían en las leyes de procedimiento civil en España, se imputa a la dificultad de llevar a efecto su cumplimiento, por la escasez de medios personales y materiales de los juzgados y por su número comparativamente pequeño en comparación con el volumen de asuntos pendientes ante la jurisdicción civil²⁸. La realidad del proceso civil contrasta, sin embargo, con lo que ocurre en los procesos penal y laboral, en los que tanto la oralidad como sus trasuntos (la inmediación y la concentración de las actuaciones) han venido funcionando de modo satisfactorio contemporáneamente a su fracaso en el proceso civil. Por ello, quizá sea preciso añadir otro factor para explicar (que no justificar) el estado de la cuestión en el proceso civil. Ese factor es la propia dinámica histórica de los protagonistas del proceso, desde el abogado hasta el juez y los demás funcionarios de los tribunales civiles. El peso de la inercia histórica pudo más, en el sistema de la LEC de 1881, que la exigencia de la ley, y ello condujo a la difuminación de la exigencia de inmediación y, con ello, a devaluar la oralidad en las escasas concesiones que la ley le brindaba.

Por esa razón, el cambio de actitud en la aplicación de la LEC de 2000 con respecto a la antañona (en palabras de PRIETO-CASTRO) LEC de 1881 se debe, más que a la generalización de la oralidad, al establecimiento de controles de garantía para el cumplimiento de la inmediación: aunque luego se trata de ello, anticipamos ahora, de entre tales garantías, el establecimiento de pena de nulidad de pleno derecho para las actuaciones realizadas en infracción de la inmediación (Art. 137.3 de la LEC); por otra parte, también, de una regla según la cual las causas las deben resolver los jueces y magistrados que hayan asistido al juicio o vista oral, salvo que concurra causa legal que lo imposibilite (pérdida de la condición de juez o de magistrado, suspensión de funciones o acceso a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la jurisdicción: Art. 194 de la LEC); cuando un magistrado de un órgano colegiado no pueda asistir a la deliberación, votación y fallo, no puede ser sustituido por un suplente que no presencié la prueba y, si no hay número suficiente de magistrados para integrar la Sala, se deberá repetir la vista o juicio oral (Art. 199 de la LEC).

Según la práctica de la LEC en sus casi seis años de vigencia, el uso de medios técnicos de grabación para documentar las vistas civiles ha contribuido igualmente a acabar con alguna de las corruptelas referidas en materia de inmediación: la filmación impone a los sujetos del proceso una sana constrictión para cumplir con las exigencias derivadas de la inmediación judicial, entre otros beneficios colaterales *a priori* inesperados²⁹.

²⁸ BERZOSA FRANCO, V., "La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC", *Iuris*, septiembre de 2000, pp. 38 y ss.; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. Lledó Yagüe), Madrid, Dyckinson, 2000). Personalmente he podido comprobar como la propia inercia burocrática de los órganos jurisdiccionales españoles puede contribuir a este estado de cosas. Recuerdo, en un juicio de desahucio (por tanto, en un proceso verbal y pretendidamente sumario por su fin y por su objeto), habiendo comparecido las partes con sus abogados a la vista señalada para la declaración de los testigos, ésta se tuvo que suspender por incomparecencia de alguno de ellos, señalándose nueva vista para un mes después. Una de las partes solicitó del juez que se procediera a la confesión de la otra, dado que estaban allí presentes con sus abogados, a pesar de que no estaba previsto hacerlo en esa fecha. El juzgado rechazó la petición y volvió a citar a las partes también un mes después para la práctica de la prueba de confesión, arriesgándose así a que en la fecha señalada una u otra no comparecieran y contribuyendo a la demora en la decisión del proceso.

²⁹ Parece así que el respeto que a las partes y a los testigos impone la declaración ante una cámara, y su conciencia de que lo documentado en soporte audiovisual tiene mayor probabilidad de ser observado que leído

2.5. Incidencia de la oralidad en los procesos penal, contencioso-administrativo y laboral.

Antes de exponer de forma sistemática cuál es la incidencia de la oralidad en el proceso civil, conforme a su nueva disciplina en la LEC de 2000, daremos un breve repaso al estado de la cuestión en el resto de los órdenes de la jurisdicción ordinaria española. Pese al claro mandato del Art. 120.2 de la CE, los procesos jurisdiccionales españoles se pueden clasificar en dos grandes grupos, según la incidencia de la oralidad en los actos que los componen. La predominancia de la forma escrita tradicionalmente pertenecía al ámbito de la jurisdicción civil y al de la jurisdicción contencioso administrativa; la de la forma oral, por su parte, en la jurisdicción penal y en la jurisdicción social o laboral. Esta clasificación no deja de ser una generalización y, en cuanto tal, no proporciona un panorama exacto del asunto, puesto que, al día de hoy, la incidencia de la oralidad en cada orden jurisdiccional depende de diferentes factores, tales como cuál sea la fase del procedimiento en la que nos encontremos, la mayor o menor complejidad del asunto, cuál sea el órgano objetivamente competente, que nos encontremos en primera o en segunda instancia, entre otros elementos.

Aun reconociéndolo así, y pese a los esfuerzos a favor de la oralidad debidos a la LEC de 2000 y a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 1998, es lo cierto que en las jurisdicciones civil y administrativa todavía tienen un gran peso los actos escritos, muy probablemente por el hecho de que, en ellas el principal soporte sobre el que se sustentan las pretensiones suele ser el documental, con mayor relevancia que los denominados medios de prueba personales, por supuesto, salvo excepciones. En cuanto al proceso penal y al proceso laboral, en ellos se identifican fases en las que la oralidad cede su protagonismo a la escritura (es el caso, por ejemplo, de la instrucción sumarial penal o de los recursos extraordinarios de suplicación y de casación laboral). Veamos esta cuestión con un poco más de detalle.

2.5.1. La oralidad en el proceso penal.

No es posible la exposición de la incidencia de la oralidad en el proceso penal español sin mencionar sumariamente su peculiar configuración formal. Desde el punto de vista de la estructura de los actos que integran, el proceso penal español, tal y como se configura en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECRim), responde al denominado modelo mixto, integrador de notas características del proceso inquisitivo y del proceso acusatorio, sobre una base contradictoria y de respeto del derecho de defensa. Conforme a este modelo, cabe distinguir dos fases procesales sea cual sea el tipo procedimental ante el que nos encontremos y que pueden recibir diferentes nombres: se trata, por una parte, de la fase de instrucción o de sumario (también denominada en algunos tipos procedimentales como fase de investigación sumarial o de diligencias previas) y, por otra, de la fase de plenario, decisoria o de juicio oral. Conforme al modelo penal español, las dos fases se dirimen ante la autoridad judicial, siempre con respeto al derecho al juez no prevenido: la primera de ellas, dirigida a la averiguación del hecho punible, de la identidad del delincuente, a su puesta a disposición judicial y a la determinación de si el hecho es típico o no y si se deducen indicios de criminalidad contra el sospechoso, se apoya principalmente en la escritura y se celebra bajo la dirección de un juez instructor; la segunda, por el contrario, y una vez concluida la fase sumarial preparatoria del juicio, en su caso, en la que se decidirá definitivamente la

lo documentado en acta por escrito, ha supuesto un incremento porcentual de las conciliaciones intraprocesales en el proceso civil así como del respeto al deber de decir la verdad en las declaraciones ante el juez civil.

causa, es plenamente oral y pública. En resumidas cuentas, la fase de sumario es escrita predominantemente y, por regla general, secreta para terceros (Art. 301 de la LECrim) e incluso, excepcional y transitoriamente, secreta para todas las partes personadas con excepción del Ministerio Público, por el plazo que el juez motivadamente determine (Art. 302 de la LECrim), por razón de las necesidades de la investigación; por el contrario, la fase decisoria o de plenario es oral y pública como regla.

En su segunda instancia, sin embargo, el proceso penal español originalmente era, en los casos en que la sentencia de instancia es susceptible de recurso de apelación, nuevamente escrito, sin posibilidad de celebración de vistas, salvo en los casos en que fuera necesaria la práctica de medios de prueba inadmitidos en la primera instancia o basados en hechos nuevos o de nueva noticia (*nova producta* o *nova reperta*) (Arts. 790 a 792 de la LECrim). Esta situación ha variado significativamente tras la Sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, referente a qué ocurre cuando, impugnada la sentencia absolutoria en apelación, el tribunal *ad quem* decide volver a valorar, a partir de las actas del juicio, las pruebas personales practicadas, con resultado de revocación de la sentencia impugnada y su sustitución por otra de condena: en esos casos, el Tribunal Constitucional español entiende que se vulnera el derecho de defensa del acusado, así como la inmediación procesal, puesto que la prueba de cargo no se ha practicado ante el tribunal que condena, por lo que se exige la necesidad de repetición de los medios de prueba personales ante el tribunal de apelación, en caso de que se estime errónea la valoración de la prueba practicada en la sentencia absolutoria impugnada³⁰. El recurso de casación penal es también predominantemente escrito.

Que la fase de sumario sea predominantemente escrita no significa que en ella no haya importantes fases orales: son así, por ejemplo, las declaraciones de los testigos y de los sospechosos o los careos ante el juez de instrucción, salvo excepción (Arts. 385 a 409; 410 a 450; 451 y ss. de la LECrim), o la comparecencia de las partes personadas ante el juez para decidir sobre la prisión o libertad provisional del reo (Art. 505 de la LECrim).

2.5.2. La oralidad en el proceso contencioso-administrativo.

El proceso contencioso-administrativo, regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), es también, como se ha dicho, predominantemente escrito, como exigencia de la propia naturaleza de las pretensiones que ante los tribunales administrativos se dirimen. No es infrecuente ante este orden jurisdiccional que el debate se reduzca a una mera *quaestio iuris*, o que cuando existe *quaestio facti* los hechos habitualmente se acrediten por medio de documentos o sobre la base del expediente administrativo que dio pie a la resolución administrativa impugnada³¹,

³⁰ Es éste un asunto que trasciende el objetivo de este trabajo, por lo que tan sólo lo apuntamos aquí, aunque ha dado pie a una encendida polémica entre los juristas españoles. En general, sobre las notas esenciales del proceso penal español, nos remitimos de nuevo a nuestro trabajo "Aspectos generales sobre el proceso penal español", *Temas de Derecho procesal penal de México y España*, (AA. VV.), Ríos, Cienfuegos y Natarén coords., México, Porrúa, 2005, pp. 17-75, entre otras obras de carácter general. Entre ellas destacamos GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Madrid, 1987, DE LA OLIVA (et al.) *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ceura, 2005, o MONTERO AROCA, J., (et al.) *Derecho Jurisdiccional, III, proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

³¹ Sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en el Derecho español, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Civitas, 2003; GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S. J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999; CORDÓN MORENO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1999, entre otros.

por lo que la no necesidad de practicar pruebas personales ha conducido tradicionalmente a prescindir de actos orales, como regla.

Con todo, la LJCA da un paso hacia la oralidad en uno de los procedimientos que en él se regulan: se trata del denominado *procedimiento abreviado*, previsto, según su Art. 78.1, ante los órganos unipersonales de este orden jurisdiccional (los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo), para asuntos sobre cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 €. El procedimiento abreviado comienza por demanda: admitida a trámite y trasladada a la Administración demandada, el juzgado competente señalará vista en la que, al modo del juicio verbal civil, las partes formularán sus alegaciones y practicarán las pruebas pertinentes. También hay oralidad en caso de que el tribunal estime pertinente la práctica de pruebas en el proceso, en que la LJCA se remite a la regulación general de la LEC (Art. 60): no obstante, en el proceso contencioso-administrativo no hay exigencia de respeto a la inmediación en términos similares a lo que ocurre ante la jurisdicción civil o la jurisdicción penal, puesto que, cuando el competente sea un órgano colegiado, podrá éste delegar en un juez de lo contencioso-administrativo para la práctica de todas o de alguna de las pruebas (Art. 60.5 de la LJCA). También puede formularse verbalmente, en vista pública y oral, las conclusiones, si lo solicitan las partes o de oficio, atendiendo a la índole del asunto (Art. 62.4 de la LJCA).

2.5.3. La oralidad en el proceso laboral.

A diferencia del contencioso-administrativo, el proceso laboral es predominantemente oral. El Art. 75 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), Texto Refundido de 7 de abril de 1995, introduce, entre los principios del proceso laboral, los de “inmediación, oralidad, concentración y celeridad”, así mencionados, como si la inmediación y la concentración fueran cosa diferente de la oralidad y como si la celeridad fuera tributaria del proceso oral.

No obstante, la oralidad se cumple, tan sólo, como regla, en la primera instancia (en realidad, instancia única) del proceso de trabajo (Arts. 82 y ss. de la LPL), y, en esa primera instancia, no se oculta que la demanda es escrita y no oral. Por su parte, los recursos contra la sentencia (suplicación o casación, según los casos), son escritos, sin previsión legal de celebración de vistas o audiencias (Arts. 174 y ss. de la LPL; 212 y ss. y 222 y ss. de la LPL)³².

3. Especial consideración de la oralidad en el proceso civil.

Pese a su configuración tradicional como proceso escrito, el vigente proceso civil español ha efectuado notables avances en pos de la oralidad o con la oralidad como causa. Algunas de las razones de esta senda hacia la oralidad han sido anteriormente señaladas, en concreto, la incidencia en la esfera procesal del Art. 120.2 de la CE. Sin embargo la búsqueda de un proceso civil con mayores posibilidades de actuar ante el juez es anterior a

³² Puede acceder al proceso laboral español, con carácter general en ALONSO OLEA, M, MIÑAMBRES PUIG, C., y ALONSO GARCIA, R. M, *Derecho procesal del trabajo*, Madrid, Civitas, 2006; AGUILERA IZQUIERDO, R., *Proceso laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*, Madrid, Civitas, 2004; MONTOYA MELGAR, A., (et al.), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2003; o ALBIOL MONTESINOS, I., (et al.), *Derecho procesal laboral*, Valencia, Tirant, 2004.

la promulgación de la Carta Magna española. Desde tiempo atrás se venía reclamando del legislador reformas en la senda de la oralidad. A continuación se exponen las razones en las que se ha sustentado esta pretensión.

3.1. Antecedentes legales a la vigente LEC de 2000, en materia de oralidad.

La apuesta por la oralidad en la vigente LEC no se explica sin referencia al estado de cosas anterior a ella. No hablamos de un período de tiempo inmediatamente anterior a la reforma sino a la configuración casi estructural del proceso civil a lo largo de los siglos. Puede afirmarse, en este sentido, que la opción por la oralidad es directamente proporcional a la desconfianza que generaba en la tutela jurisdiccional civil el denominado juicio de mayor cuantía (Arts. 524 y ss. de la LEC de 1881).

Desde un punto de vista histórico, el proceso civil español ha gozado de un tronco claro, heredero de los viejos procesos formularios romanos (el *solemnis ordo iudiciarius*) del Derecho justiniano. Este proceso formulario y escrito fue recibido en el *Código de las Siete Partidas* del Rey Alfonso X el Sabio en el segundo tercio del siglo XIII (entre 1256 y 1265), que, si bien no llegaría a ser Derecho vigente, sí tendría gran influencia en textos legales posteriores. En este amplio período histórico, que abarca hasta 1805 (fecha de la *Novísima Recopilación*) el proceso civil español contó con dos únicas modalidades procesales: el así llamado “juicio ordinario” y un juicio de carácter verbal. Estos dos tipos procesales son antecedentes, respectivamente, del hoy desaparecido (en España) juicio de mayor cuantía y del *proprie dicta*, juicio verbal³³. El juicio ordinario se regula en la Partida tercera, conforme al modelo del proceso romano de la *extraordinaria cognitio*, siendo su objeto la salvaguardia del máximo de posibilidades de alegación y prueba de las partes. Se trataba de una concepción del proceso lento y caro, con actuaciones complejas, que garantizase el agotamiento de la causa de forma definitiva sin necesidad de acudir con posterioridad de nuevo ante la jurisdicción³⁴. Junto a este procedimiento, se regulaba en las Partidas un juicio verbal “sin escrito e por palabra tansolamente”, para asuntos de escasa cuantía (hasta diez *marevedís*). Huelga señalar que la procedencia de este juicio verbal era puramente residual, por lo que el juicio ordinario era el modo de administrar justicia común en sede civil³⁵.

La jurisdicción civil común, en los términos expuestos, coexistió en España hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 con la denominada jurisdicción mercantil, construida en el entorno del Consulado del Mar y basada en los usos de comercio, como reacción a la rigidez, lentitud y elevado coste del juicio ordinario civil. Este procedimiento se basaba en la brevedad y sumariedad, con capacidad para resolver de plano y sin figura de juicio. Esta forma de juzgar, ante la ineficiencia del juicio ordinario de las Partidas, acabaría

³³ Hemos tratado sobre la evolución histórica del proceso civil en nuestro trabajo titulado *La proliferación de procesos civiles*, Madrid, Mac Graw Hill, 1996, pero sobre el mismo contamos con trabajos anteriores de mérito: es el caso de MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, Civitas, 1982 y FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común: sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, Bosch, 1953.

³⁴ MONTERO AROCA, *La herencia procesal española*, México, 1994, p. 66; FAIRÉN GUILLÉN, *últ. op. cit.*, p. 53.

³⁵ Rastros del juicio verbal se encuentran, por ejemplo, en una disposición de 1534 de los reyes don Carlos y doña Juana, por la que se establecía el modo de proceder en pleitos de hasta 400 maravedís “sin forma de proceso ni tela de juicio”. Se recopila en el libro XI, título III, ley VIII de la *Novísima Recopilación* (en 1805) y, con anterioridad, en el libro III, título IX, ley XIX de la *Nueva Recopilación* (en 1594): vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M^a, *op. cit.*, pp. 134 y ss.

por penetrar en el enjuiciamiento de derecho común, si bien sólo hasta la unificación de Fueros, en que se impondría el modelo de enjuiciamiento basado en la tradición de las Partidas³⁶.

El advenimiento de la era constitucional, tras la Promulgación de la Constitución liberal de Cádiz en 1812, no modificó en principio el estado de la cuestión. El Reglamento de octubre de 1812 de las Audiencias y de los Juzgados de Primera Instancia reguló tres tipos de procedimientos (un ordinario y dos verbales), en función de la cuantía del litigio, rompiendo la pauta marcada durante siglos en las Partidas, en cuanto al número de procedimientos, pero sin sustanciales cambios en lo demás. Poco después, se promulgó un Código de Comercio (en 1829) y una Ley de Enjuiciamiento para negocios y causas de Comercio (de 1830), que recogen dos tipos procedimentales para este tipo de litigios, pero que regulan su tramitación de forma deficitaria. La codificación del proceso mercantil se adelantaría a la del proceso civil, que no llegó hasta la LEC de 1855: con anterioridad, en el Decreto de las Cortes sobre sustanciación de los pleitos de menor cuantía, aparece por primera vez la denominación de los procesos civiles como juicio de mayor y de menor cuantía (este segundo, con mayor peso de la oralidad, aun con demanda y contestación escritas). En la LEC de 1855, que mantuvo la triple división de los procesos civiles, fue criticada con dureza por su propósito compilatorio del Derecho Histórico de las Partidas, más que por la vocación de creación *ex novo* de instrumentos procesales más modernos³⁷.

El espíritu de la LEC de 1885 se mantuvo en la LEC de 1881, cuya vigencia se extendería a lo largo del siglo XX hasta su derogación por la vigente LEC de 2000. El proceso prototípico de la LEC de 1881 fue el juicio de mayor cuantía, caracterizado, según el modelo justiniano, por la forma escrita y el orden sucesivo de los actos. Entre sus actuaciones, destacan, en la fase de alegaciones, demanda y contestación escritas, réplica y dúplica y posibilidad de formular determinadas defensas de carácter procesal por parte del demandado, optativamente, con carácter de incidente de previo pronunciamiento (suspensivo de los autos principales hasta su resolución), como “excepciones dilatorias” o como “excepciones perentorias procesales”, en la contestación en la demanda para su resolución en la sentencia. La fase de prueba se regulaba detalladamente, con fases sucesivas igualmente (recibimiento del pleito a prueba, proposición y práctica), y en ella alcanzaba gran trascendencia la actividad formularia, hasta el punto de que en muchas ocasiones, las declaraciones de partes y de testigos no se realizaba ante el juez, sino ante el secretario o el personal subalterno del juzgado. Concluida la fase de prueba se abría la posibilidad de presentar escrito de conclusiones, de forma sucesiva por las partes, que en determinadas condiciones podía ser sustituido por una vista, antes de quedar el asunto concluso para sentencia.

Sin negar la amplitud de actuaciones y garantías contenidas en la regulación del juicio de mayor cuantía, es difícil delimitar hasta qué punto las críticas de que era objeto se debían realmente a defectos de regulación o más bien a defectos de organización o a corruptelas en

³⁶ MONTERO, J., *La herencia procesal* [...], cit., pp. 68 y ss. Para FAIRÉN (últ. op. cit.), los procesos mercantiles del Consulado del Mar se basan en una decretal debida al Papa Clemente V (la *Saepe contingit*), siguiendo así la línea de BRIEGLEB, H. K., en su obra *Einleitung in die Theorie des summarischen Prozesse*, (Leipzig, 1859). No obstante, según GIBERT, R. (*Historia General del Derecho español*, 1978, p. 125 y 126), desde el siglo XI (antes de la promulgación de la *Saepe contingit*), existían ya normas relativas al conocimiento de las causas de comercio.

³⁷ ALCALÁ-ZAMORA, N., “Indicaciones acerca del nuevo Código de procedimiento civil italiano”, en la traducción al castellano del *Sistema de Derecho Procesal civil* de F. Carnelutti, pp. 306 y ss.

la práctica diaria de los órganos jurisdiccionales. Fuera lo uno o lo otro, lo cierto es que lo que se ha dado en denominar “la huida de mayor cuantía” provocó una reacción de los juristas, manifestada en un doble sentido: por una parte, en la aparición de una cuarta modalidad procesal (el juicio de cognición), regulado en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, en desarrollo de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 1944. La creación del juez municipal como nuevo órgano dentro de la jurisdicción civil (cuyas competencias asumiría más adelante el juzgado de distrito), por debajo de los juzgados de primera instancia, fue excusa idónea para la creación de este nuevo tipo procedimental, que se situaría cuantitativamente entre el juicio de menor cuantía y el juicio verbal y, que se caracterizaba por una tramitación más sencilla, sin réplica ni dúplica ni posibilidad de plantear excepciones dilatorias, y con naturaleza mixta, al establecerse una vista oral en la que se habrían de practicar todas las pruebas y que comenzaría con intento de conciliación entre las partes, entre otras notas singulares: la desaparición de la justicia de distrito en 1988 no afectó a la pervivencia del juicio de cognición, que continuaría siendo uno de los procesos más frecuentes en la jurisdicción civil. El otro sentido aludido es el de la aparición, cada vez con mayor frecuencia de procesos más sencillos que el mayor cuantía, especiales por razón de la materia, con independencia de la cuantía de lo litigado. En último término, la Ley 34/1984 de 6 de agosto constituyó la última gran reforma de la LEC de 1881 antes de su prácticamente definitiva derogación, a efectos contenciosos, por obra de la LEC de 2000. El objetivo de dicha reforma, en lo que ahora nos concierne, era la definitiva marginación del juicio de mayor cuantía y la apuesta del legislador por el juicio de menor cuantía como proceso prototípico: para ello, se avanzó en la senda de la oralidad, al introducirse en el de menor cuantía un trámite oral previo a la práctica de la prueba, destinado a la concreción del objeto del proceso, a la búsqueda de una posible conciliación intraprocesal y a la denuncia y, en su caso, subsanación, de la mayoría de los defectos procesales de la causa, sin necesidad de esperar a la sentencia: se trata de la denominada “comparecencia previa”, regulada en los Arts. 691 y ss. de la LEC de 1881. La marginación se realizó de dos formas: primero, elevando la cuantía mínima de acceso al juicio de menor cuantía; segundo, remitiendo la regulación de muchos procedimientos al cauce del juicio de menor cuantía, en lugar del de mayor cuantía.

Con todo, las tentativas de marginación del juicio de mayor cuantía, que no eran sino sucesivos intentos de simplificar el proceso civil hacia la implantación de la oralidad, fueron fallidas, por muy diversas razones, de las que destaco dos³⁸: en primer término, la regulación del juicio de menor cuantía seguía remitiéndose, en lo no expresamente regulado, a la tramitación del juicio de mayor cuantía: éste, por consiguiente, seguía reinando a pesar de su tentativa de eliminación fáctica. Por otro lado, la práctica forense seguía manifestándose más cómoda por la escritura en las limitadas concesiones que la ley brindaba, y prueba de ello era la vigencia de las corruptelas contra la inmediación de los actos orales, anteriormente aludidas; tan es así que la Ley 34/1984 llegó a legalizar la corruptela de sustituir la vista oral de conclusiones por en el menor cuantía por la entrega de una nota resumen escrita por los representantes de las partes. En contra pues de lo afirmado, el legislador combatía la mayor cuantía dando inequívocos pasos a favor de la escritura y en perjuicio de la oralidad: última prueba de ello fue la reforma procesal de noviembre de 1992 (Ley Orgánica 10/1992 de medidas urgentes para la reforma procesal en materia civil, penal y contencioso-administrativa), en lo referente al recurso de apelación contra la sentencia: en el sistema tradicional de la apelación civil española, el recurso de apelación consistía el último reducto

³⁸ Todo esto con más detalle, en nuestra obra citada *La proliferación de procesos civiles*, 1996, *passim*.

de la oralidad, pues ante el tribunal de apelación (la Audiencia Provincial, tras la supresión de las Audiencias Territoriales en 1988, por obra de la Ley de Demarcación y Planta Judicial) debían comparecer apelante y apelado a defender sus posiciones procesales como trámite previo a la sentencia³⁹. Tras la Ley Orgánica 10/1992, la vista en fase de apelación deja de ser la regla general para convertirse en la excepción, requiebro significativo en el camino hacia el desarrollo de la oralidad en el proceso civil, por mandato del Art. 120.2 de la CE.

3.2. La oralidad en la LEC 1/2000.

Ese complejo panorama integrado por cuatro tipos procedimentales, uno predominantemente escrito (el juicio de mayor cuantía), otro predominantemente oral (el juicio verbal) y dos de carácter mixto (el juicio de menor cuantía, con posibilidad de dos vistas: la comparecencia previa y la vista para la práctica de la prueba; y el juicio de cognición, regulado fuera de la LEC, con una vista oral concentrada) pasa a mejor vida con la entrada en vigor de la vigente LEC de 2000. Como se ha puesto de manifiesto, la apuesta de la nueva LEC por la oralidad se plantea en términos razonables y no revolucionarios, sin dejarse llevar por ideas desbordantes, muchas de ellas de carácter político⁴⁰. La nueva LEC reduce el número de procedimientos ordinarios de cuatro a dos⁴¹, el *proprie dicta* juicio ordinario, que corresponde ser seguido en asuntos cuya cuantía sea superior a tres mil €, y el juicio verbal. El juicio ordinario, con ciertas semejanzas con el juicio de menor cuantía en su última versión vigente, consta de demanda y contestación escritas y dos comparecencias orales ante el juez: la audiencia previa al juicio (con un objeto cercano al de la comparecencia previa anterior aunque con normas más depuradas) y el acto del juicio, propiamente hablando, para práctica de la prueba (Arts. 414 y ss. de la LEC de 2000). El verbal, con grandes paralelismos con el regulado en la LEC de 1881, comienza por demanda sucinta que, admitida a trámite, da pie a una vista en la que se formularán las alegaciones y practicarán las pruebas (Arts. 431 y ss. de la LEC).

La apuesta por la oralidad en el proceso, afirmada hasta tres veces en la Exposición de Motivos de la LEC, se manifiesta en diferentes normas y preceptos. En primer término, son numerosos los casos de remisión interna dentro de la LEC a las normas reguladoras del juicio verbal, especialmente en el libro IV de la Ley, dedicado a la regulación de los procesos especiales (con todo, no se oculta que en los procedimientos que regula este Libro, en concreto en los referidos a cuestiones de filiación, capacidad de las personas o familia, aun remitiéndose al juicio verbal, la ley exige, ex Art. 753, demanda y contestación escritas; en contra, pues, de la pauta propia del juicio verbal, consistente en demanda sucinta y señalamiento para el juicio, en el que demandante y demandado formulan sus alegaciones verbalmente). Otra forma de manifestarse la oralidad afecta al establecimiento de garantías

³⁹ Ciertamente es, no obstante, que la práctica de esta vista generaba problemas para la parte apelada desde el punto de vista de la tutela judicial, puesto que, conforme a la regulación de la apelación civil en la LEC de 1881, las partes acudían a la vista tan sólo convocadas por el tribunal y sin disponer de un escrito en el que el apelante formalizara las razones en que fundaba su impugnación: el apelado, por consiguiente, no conocía los argumentos del contrario hasta el momento mismo del recurso, lo que podría conducir al menoscabo de sus posibilidades de defensa.

⁴⁰ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Tratado sobre el juicio verbal*, Pamplona, Aranzadi, 2004, pp. 113-114.

⁴¹ Si bien en el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia había tres procesos: junto a los señalados, había otra modalidad de juicio verbal con demanda y contestación escritas, claramente inspirado en el juicio de cognición, que finalmente sería desechado por el legislador en el Proyecto enviado al Parlamento para discusión, enmienda y aprobación.

contra actos contrarios a sus notas características: De este modo, el Art. 137.3 de la LEC, tras exigir la presencia del juez en la práctica de las pruebas personales, y en las comparecencias previstas en la ley para formular las partes alegaciones antes de la emisión de una resolución judicial, en forma oral y pública establece, para el caso de infracción de lo anterior, la pena de nulidad de pleno derecho. Se trata de una garantía de la inmediación procesal, en desarrollo del Art. 120.2 de la CE⁴², reforzada por el Art. 289.2 de la propia LEC, que exige el deber inexcusable de presencia del juez en la práctica de las pruebas, con la excepción de la aportación de documentos o copias, que se podrá hacer ante el secretario judicial. Los Arts. 302.1 y 368.1 establecen que los interrogatorios de partes y testigos se deben efectuar verbalmente, y no en virtud de pliegos de preguntas previamente confeccionados. Sin olvidar la novedad mencionada de dictar resoluciones *in voce*, en los casos expuestos.

En la vigente LEC hay también excepciones a la oralidad: es el caso, por ejemplo, del Art. 315.1 de la LEC para el caso de la declaración por escrito de instituciones públicas; y también excepciones a la inmediación (entendemos por ello también, excepciones a la pena de nulidad derivada de la falta de inmediación judicial): es así el caso de la prueba practicada antes del período de prueba (prueba anticipada, del Art. 293 de la LEC): no sólo quiebra la concentración, sino que se puede solicitar la anticipación de la prueba al tribunal que se estime competente, aunque luego no resulte serlo (porque no constituye título de sumisión tácita a dicho juez); también, en caso de práctica de interrogatorios a través de auxilio judicial, cuando los interrogatorios los realice no el juez competente, sino el del partido en el que se encuentre el deponente en los casos previstos en la ley (Art. 169.4 de la LEC); o también en caso de acumulación de procesos pendientes ante diferentes tribunales, puesto que la acumulación se hace operativa una vez concluidos para sentencia todos los juicios cuya acumulación se pretende: en todos estos casos, no hay inmediación, debiendo el juez apreciar y valorar las pruebas en virtud de lo que conste en el acta escrita o audiovisual.

Una última garantía de inmediación, ya analizada, se refiere al deber impuesto al juez que presencie la prueba de dictar la sentencia en ese caso, salvo los supuestos de imposibilidad o incompatibilidad regulados en el Art. 194 de la LEC; si, en un tribunal colegiado uno de los magistrados no puede acudir a la deliberación y fallo, no puede ser sustituido por un suplente y si no hubiera número suficiente de magistrados para formar mayoría, el juicio se deberá repetir (Art. 199 de la LEC).

4. Conclusión: reflexión crítica sobre la oralidad en el proceso civil español.

Concluida esta exposición sobre la incidencia de la oralidad en el proceso civil, quizás tan sólo nos falte, como colofón, efectuar una breve reflexión crítica. *Supra* hemos adelantado ya, al hilo de lo expuesto, algunas opiniones y no menos juicios de valor sobre la oralidad, en términos generales, o sobre las dificultades de su implantación en el proceso civil español. Sin ánimo de resumirlas ahora, tal vez lo más perceptible, después del análisis del proceso civil español a lo largo de su evolución histórica, así como el sistema vigente, con sus antecedentes legales, es cómo también en relación con el asunto analizado se pone de manifiesto la dificultad de vencer las inercias históricas. La Historia del proceso civil en

⁴² OROMI VALL-LLOVERA, S., "Comentario al Art. 137 de la LEC", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Cordón, Armenta, Tapia y Muerza coords.), Pamplona Aranzadi, 2001, vol. I, p. 606-607; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles* (Garberí coord.), Barcelona, Bosch, 2001, vol. II, p. 103; PICÓ JUNOY, J., "Los principios del nuevo proceso civil", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, (Alonso Cuevillas coord.), Barcelona, ed. Economist & Jurist, vol. I, 2000, p. 62.

España ha sido, ese es desde luego un dato evidente, la Historia de la tensión entre dos formas diferentes de concebir la estructura formal del proceso: el proceso oral y simplificado, propio del proceso mercantil, o el procedimiento escrito, más complejo, surgido del tronco romano según el modelo del proceso formulario justiniano. Un mal entendido respeto de la tradición histórica llevó a los codificadores del proceso civil, en el siglo XIX, a sacralizar un modelo procesal más acorde con la práctica forense de siglos, por el mero hecho de su condición autóctona, que por sus virtudes reales en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Sólo así se explica que las pequeñas, pero relevantes, concesiones de la oralidad en juicios predominantemente escritos como el mayor cuantía, nunca hayan conseguido superar tales inercias de funcionamiento y que, por el contrario, en otros tipos de procesos, como el penal o el laboral, la oralidad funcione con normalidad y a satisfacción de los justiciables allá en donde se precise actuar verbalmente ante el órgano jurisdiccional.

En consecuencia, donde se ha fallado no es tanto en la articulación de los procesos (un juicio que hacemos contemplando las instituciones no desde los ojos del presente, sino tratando de hacerlo con los del tiempo en que fueron reguladas), en donde con mayor o menor acierto, la oralidad debería haber funcionado sin mayores dificultades, sino en el sistema de garantía y control de respeto a una exigencia que, hoy, tiene rango constitucional por obra del art. 120.2 de la CE. Y, es preciso señalarlo así, es ahí donde se encuentra el principal acierto de la nueva LEC: el establecimiento de controles para la garantía de la inmediación procesal constituye un gran acierto, si se quiere hacer de la oralidad algo real y no una mera opción platónica.

Cuestión aparte es, efectivamente, hasta qué punto la oralidad aporta mayores beneficios para la tutela jurisdiccional del Derecho privado que la escritura⁴³. En efecto, la respuesta a esta pregunta puede ser irrelevante en el caso español, cuando el legislador ordinario tiene el mandato constitucional de articular el proceso, en todos los órdenes, en forma predominantemente oral. Sin embargo esa situación puede no ser la misma en todos los sistemas jurídicos, de tal manera que la opción por la oralidad o la escritura sea el resultado más bien de la ponderación de lo que es mejor que de la simple y llana constricción del legislador constitucional.

De acuerdo con las particularidades de los litigios civiles, puede no ser aventurado entender, al cabo de los años y contrastadas las diferentes experiencias vividas, que la escritura no merece, por el mero recuerdo del juicio de mayor cuantía, ser injustamente denostada. La escritura es un fiel instrumento al servicio de las partes (que pueden articular sus alegaciones con mayor prudencia, claridad y reflexión) y para el juez, quien está en mejores condiciones para conocer el calado de las pretensiones de cada uno, así como el fondo de razón que en ellas existe. No conozco un solo juez civil que no agradezca, incluso en un proceso oral, que la parte acompañe sus alegaciones de un escrito en el que negro sobre blanco, sin olvidos ni titubeos más que los surgidos de la propia impericia jurídica, y exponga sus puntos de vista, de suerte que sirva de auxilio al juez a la hora de decidir la causa. Sin embargo, como parte de su haber, la oralidad y, sobre todo, la inmediación, constituyen garantía de acercamiento entre el juez y el fondo del litigio que se le somete, especialmente en materia probatoria, donde la convicción se obtiene directamente de la fuente de prueba y no depende de la mayor o menor fiabilidad demostrada por el redactor del acta.

⁴³ Sobre este particular, vid. NIEVA FENOLL, J., "Los problemas de la oralidad", *Diario La Ley*, Nº 6701, 26 de abril de 2007.

Las virtudes no deben ocultar las dificultades que la oralidad puede plantear para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales: oralidad implica una mayor inversión de tiempo en horas de vistas, lo que hace mermar las horas dedicadas por parte de los jueces a decidir los procesos; al mismo tiempo, las vistas pueden verse más fácilmente truncadas a causa de suspensiones, interrupciones o demoras inicialmente imprevistas: no es de recibo, como se ha dicho, demoras de meses en señalamientos para las vistas en un proceso que, conforme la suma de sus plazos, debería durar no más de dos meses en su primera instancia. Con ello no queremos decir que la oralidad no sea idónea a los fines de la justicia en el proceso civil; al contrario, que, justamente por apostarse por ella, como instrumento para que el juez esté en mejores condiciones de decidir, es preciso el compromiso de los responsables en la dotación de medios personales y materiales a la Justicia, para que la oralidad, una vez haya sido plenamente interiorizada por los profesionales del foro, sea con todas las de la ley un instrumento eficaz y no una fuente de preocupaciones.

Por eso, volviendo al caso español, debe destacarse y alabarse la sabia combinación de actos orales y escritos en el nuevo proceso civil, asumiendo con realismo y sin utopismos, pero a la vez con valentía la opción de la oralidad: reconocimiento el valor de la escritura para la formulación de alegaciones en procesos normalmente complejos como para exponerlos en toda su dimensión y con la atención del juez a través exclusivamente del lenguaje verbal. La LEC de 2000 española asume la oralidad como una nota característica del proceso, dirigida a facilitar un proceso más eficaz y dotarlo de mayores garantías de acierto en muchas de sus fases, a lo que coadyuva la posibilidad de documentación por medios técnicos audiovisuales de filmación y grabación. Es la forma al servicio del fondo: de nuevo aparece la condición instrumental del proceso que, no se olvide, es un artificio al servicio de un fin esencial para la convivencia. Y no, conforme a visiones trasnochadas y tergiversadas, la manifestación de un modelo de administrar Justicia basado en la politización y en el reconocimiento en el juez, no como el titular imparcial e independiente de un poder del Estado, sino como un elemento al servicio de determinados fines ajenos a los objetivos reales de la Justicia⁴⁴.

⁴⁴ Hacemos esta apreciación final en atención a una corriente generalizada (y a nuestro entender equivocada) que concibe la oralidad no como una mera opción para la eficacia del proceso, sino como un instrumento para la socialización de la justicia. Tal fue la función que le reconoció Klein en la ZPO austriaca de 1895 (vid, SPRUNG, "Le basi del diritto processuale civile austriaco", *Rivista di diritto processuale civile*, 1979) o autores tan reconocidos internacionalmente como M. Cappelletti. Sobre el particular, con su brillantez habitual, recomendamos la lectura de MONTERO AROCA, J., *Tratado sobre el juicio verbal*, cit., (con Flors Maties), pp. 104 y ss. Más recientemente también en "La oralidad entre el mito y la realidad (o de la ideología autoritaria)", *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, 2006. También, DEVIS ECHANDÍA, H., "Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1961, 3, pp. 547 a 560; FAIRÉN GUILLÉN, V., "Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1975.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,
Dirección Postal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.