



Oralidad, intermediación y revisión..., Vol. 28, (2015), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y REVISIÓN DE SENTENCIAS. ¿ARMÓNICOS O ANTAGÓNICOS EN EL PROCESO?

UNA INVESTIGACIÓN SOBRE LA POSIBILIDAD DE COEXISTENCIA DE LAS REGLAS¹

YAMILA CARRASCO²
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Introducción

Entre las reglas que regulan la actividad de procesal, se encuentran las que se relacionan con el medio de expresión en el proceso, con sus formalidades y con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación. También están aquellas relacionadas con la actividad del sentenciar y que se corresponden con la calidad y el número de juzgadores, con la evaluación de los medios de confirmación y, concretamente, con

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación intitulado “*Relaciones socioculturales en el proceso judicial: oralidad, escritura y revisión de sentencias*”, radicado en la Facultad de Derecho de UNICEN, dirigido por la Dra. Andrea Meroi y el Dr. Gabriel H. Di Giulio.

² La autora es Abogada. Docente en la asignatura Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de UNICEN.

la cantidad de grados de conocimiento.

A diferencia de los principios -que constituyen directrices sin los cuales no existe *proceso*- se dice que las reglas modelan el procedimiento y la actividad del juzgador ostentando una importancia sensiblemente menor que los primeros:

Sin estos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma de proceso (Alvarado Velloso, 2000: 263).

Sin embargo, presentadas las reglas en forma binaria o como pares antinómicos (oralidad-escritura; publicidad-secreto; intermediación-mediación; instancia única-instancia múltiple), en ciertos casos resulta habitual que los componentes de cada par se correspondan o bien con el sistema dispositivo (publicidad), o bien con el sistema inquisitivo de procesamiento (secreto). En otros supuestos, al receptorlas, el legislador ha recurrido a razones históricas, sociológicas, culturales, económicas o de estricta contingencia política.

Centrando nuestro estudio en *la oralidad, la intermediación y en la revisión de las sentencias* y ahondando en sus fundamentos, el propósito de esta investigación ha sido analizar: 1) Si, como diseños procesales que son, repercuten favorablemente en la consecución del *fenómeno proceso* y por tal, posibilitan con su instrumentación el mayor despliegue o realización de los principios en los que *éste* se sustenta; 2) Sí, concretamente, la oralidad y la intermediación pueden coexistir en el proceso con el doble grado de conocimiento; y si así fuera, en qué medida lo posibilitan.

Entendemos que una política legislativa (responsable) no puede obviar el abordaje de estos aspectos a la hora de decidir su recepción, limitación o supresión de los ordenamientos procesales.

2. Primera parte

2.1 Nociones Preliminares

2.2 El lenguaje y su representación gráfica

En una de las oportunidades en las que James Goldschmidt (1961) disertó en la Universidad de Madrid, se ocupó de reflexionar sobre los distintos problemas jurídicos y políticos del proceso y, del proceso penal en particular. Allí habló sobre la oralidad,

la distinguió de la intermediación judicial y la conceptualizó como “*una forma de entendimiento*”.

Esta breve pero clara manera de concebirla ayuda a describir la oralidad tal como primero es: como una modalidad del lenguaje por medio de la cual podemos hacernos entender en la vida en sociedad; y luego, solo luego, una forma con la que puede diseñarse el método de debate jurídico por antonomasia: el proceso³.

Hablar y escribir constituyen, antes que todo, dos modos de comunicación distintos, con funciones sociales diferentes y complementarias (Álvarez, citada por Meroy, 2010). No obstante, puede decirse que más que escritas, las lenguas son sistemas o códigos de representación y de comunicación esencialmente orales.

Estas se generan en una facultad, el lenguaje, que nos diferencia de los animales y que es común a todos los seres humanos. La facultad del lenguaje es resultado de un lento proceso evolutivo de miles de siglos, que han desarrollado tanto los sistemas anatómicos de fonación que intervienen en la articulación de los sonidos como las áreas del cerebro que sustentan los complejos procesos simbólicos y comunicativos (Goldschmidt, 1961).

La escritura, por su parte, es un sistema simbólico y comunicativo de naturaleza gráfica, que tiene por objeto representar sobre soporte estable los mensajes y los textos. “No debemos perder de vista que nace como un código subsidiario de la lengua hablada, que es mucho más tardía en la historia de la humanidad y que no surge como resultado de una evolución de la especie. Mientras el habla es una capacidad innata y universal en el ser humano, la comunicación escrita es un fenómeno cultural, restringido. De hecho, solo unas cuantas de las muchas lenguas que se han hablado y se hablan en el mundo cuentan con escritura”.

“Durante los miles de años que la humanidad vivió sin escritura, las diferentes sociedades confiaron en la conservación de su acervo cultural (historia, creencias, leyes, tradiciones, conocimientos, etc.) a la memoria individual y colectiva. Este caudal de información, a través de personas especialmente dotadas para ese fin, con la ayuda de recursos como el canto, la poesía o los variados sistemas de representación pictórico-simbólica existentes en casi todas las culturas”.

La escritura, en el sentido estricto de la palabra, representa un adelanto muy tardío en la historia del hombre.

³Repárese que por ejemplo, “saber hablar bien es usar de modo estratégico el lenguaje para lograr los objetivos previstos [...] Hablar es negociar los fines de unos y otros a través de estrategias. Decimos que alguien habla de modo inteligente cuando ha utilizado la estrategia y las tácticas verbales y extra verbales adecuadas a las metas previstas” (Briz, Albelda, Fernández, 2008: 44).

El homo sapiens lleva tal vez unos 50 mil años sobre la tierra. La primera grafía, o verdadera escritura, que conocemos apareció por primera vez entre los sumerios en Mesopotamia apenas alrededor del año 3500 a. de C. Antes de eso, los seres humanos había dibujado durante innumerables milenios (Ong, 1997: 12).

No obstante, la lengua oral, nacida para resolver las necesidades de la comunicación directa entre los individuos de grupos sociales reducidos, presenta limitaciones que se hacen más patentes a medida que las sociedades crecen y se tornan más complejas en su organización social, económica y político administrativa. Por un lado, la memoria humana es limitada, frágil e incapaz de almacenar con plena exactitud grandes volúmenes de información. Por otro, la comunicación hablada exige la presencia cercana y simultánea de los interlocutores (Real Academia Española, 2011).

Es así como surge la necesidad de la escritura. Y con ello un cambio fundamental en la historia de la humanidad; un cambio que “comprometió la estructura social, económica, política, religiosa y otras” (Ong, 1997).

La modalidad escrita amplió las posibilidades de la oralidad.

Para escribir se requiere de una actitud más reflexiva y rigurosa. Las formas de expresión escritas son tan variadas como las de la oral, aunque la escritura es mucho más exigente social y culturalmente en el manejo del repertorio léxico, la propiedad gramatical y la corrección ortográfica. El texto escrito suele estar unido a una perfección normativa, puesto que es producto de un proceso de elaboración (Sánchez Lobato, Cervera Rodríguez, Hernández García, 2007: 20).

Ambos códigos, oral y escrito, son interdependientes en la medida en que los dos construyen sus mensajes con arreglo a un mismo sistema, el sistema lingüístico, y entre ellos existen evidentes interrelaciones e influencias mutuas. Son dos modalidades de la lengua, situadas en planos distintos pero no disociados (Sánchez Lobato, Cervera Rodríguez, Hernández García, 2007).

No obstante su autonomía se hace patente en el hecho de que muchos de los elementos acústicamente perceptibles en la comunicación oral carecen de reflejo gráfico en la escritura, como la intensidad del sonido, la velocidad de la emisión, los cambios de ritmo, los silencios, las inflexiones expresivas de sentimientos o actitudes del hablante (ironía, reproche, irritación, etc.). Y a la inversa, existen recursos propios de muchos sistemas de escritura, como la separación de palabras mediante espacios en blanco, la división en párrafos, la oposición entre la forma minúscula y mayúscula de letras, los entrecorillados, etc. Que no tienen correlato acústico (Real Academia Española, 2011).

Dice Alvarado Velloso (2000), si se entiende al proceso como un método de debate dialéctico pronto se advertirá que éste implica un fenómeno comunicativo⁴. El problema del procedimiento, decía Carnelutti, es en primer término, el de garantizar el diálogo, que quiere decir el entendimiento recíproco de quien habla y de quien escucha. La palabra es un trámite del pensamiento; un medio de comunicación entre quien habla y quien escucha (Carnelutti, 1971). Entonces, si el hombre habla para comunicarse con otro, el curso de un debate judicial es también un dialogo (Calamandrei, s/a).

Es más, de los muchos problemas referentes al procedimiento que el Derecho Procesal ha afrontado a lo largo de los años, éste ha sido uno de los más acalorados: “El principio de la oralidad ha representado notoriamente, junto con los otros principios (inmediación, concentración, libre valoración de las pruebas, etc. de los cuales se ha considerado que constituyen sus multiformes manifestaciones), el tema y el problema que ha agitado más profundamente las mentes de los estudiosos y reformadores del proceso civil de más de un siglo a esta parte” (Capeletti, 2002).

Puede que ello haya sido así porque, conforme se ha dicho, el tipo y el carácter de un sistema procesal están determinados principalmente por el predominio que en él tenga el elemento oral o el elemento escrito” (Chiovenda, 1940). Luego retomaremos estas ideas.

3. Lenguaje y Proceso: Oralidad y Escritura

Hemos referido que la modalidad en la que en el proceso se regule la forma -ora oral, ora escrita – de sus actos, ha motivado desde antaño uno de los grandes debates entre los estudiosos del Derecho Procesal.

Los antecedentes históricos del proceso muestran, sí que quiere, un paralelo con aquella evolución lingüística del hombre: los primeros bocetos de lo que hoy conocemos como proceso, fueron también orales (Meroi, 2010).

Desde los más remotos orígenes existe la transmisión vocal y directa de las peticiones del justiciable al juez y, la resolución de tales pretensiones, se ha ventilado a través de la intermediación en la comunicación mediante la oralidad (Diz, 2008).

Fue Giuseppe Chiovenda (1940) quien explicó que el proceso romano fue oral porque así lo exigía la función de la prueba, dirigida a formar el libre convencimiento

⁴ Cual nos sucede en la vida, también en el proceso hay que hacerse entender y entender; ya sea ante la contraparte, ya sea ante el juez. Ello implica un espectro del lenguaje y fundamentalmente, involucra a su función de comunicación. Nótese que el lenguaje “se desarrolla a partir de que hay otro con quien comunicarse” (Colombo, 2008: 21).

del juez sobre la base de la observación inmediata de los elementos de conocimiento; en cambio, si el antiguo proceso germano fue también oral, ello se debió a razones completamente externas.

Desarrollo el gran procesalista como, al desaparecer estas razones extrínsecas, el proceso medieval italiano fue transformándose lentamente de oral en escrito, sobre todo bajo la influencia del carácter formal de la prueba germánica y del sistema de la prueba legal que se derivó. Expuso, en fin, como el proceso ordinario del Derecho común determinó la formación de los procesos escritos en las legislaciones de los Estados italianos y extranjeros y por qué razones, a partir del siglo XVIII, comenzó por obra de la doctrina, una lenta reacción que pretendió la restauración de la oralidad; tarea que, como en este trabajo quedará plasmado, continuará hasta nuestros días.

Pero ciertamente -y no obstante tales orígenes- el proceso civil, tal como tradicionalmente se lo entiende – de base medioeval-romano-canónica, tipificado en el modelo del solemnes *ordo iudiciarius* - ha estado dominado por la escritura.

Varios son los factores que, según se dice, han contribuido a la gradual transformación del proceso oral a un proceso predominantemente escrito.

Entre ellos se enuncian el peso de la tradición jurídica, la superioridad de la escritura para favorecer garantías de autenticidad de acuerdo con la advertencia *verba volant y scripta manent*, así como también a sus indudables ventajas para la revisión de las resoluciones judiciales en un grado superior. Asimismo, en algunos países (entre ellos España), la actitud de la judicatura y de la propia abogacía ha sido más partidaria de la escritura que de la oralidad, por la mayor comodidad que supone la elaboración escrita de los trámites procesales; más, cuando esta última facilita la reflexión, la consulta de obras y de jurisprudencia, el trabajo en equipo, y no obliga a improvisar, tal como exige la oralidad (Vázquez Sotelo, 2008).

Sin embargo, a lo largo de los años, no solo se ha demonizado a la escritura (Delgado Castro, 2011), sino que el derecho procesal ha consolidado una preferencia axiológica por la oralidad como método de enjuiciamiento (Meroi, 2010); y desde “hace casi cien años, cualquier opinión discrepante con el principio de oralidad es tachada poco menos de retrógrada” (Fenoll, 2007: 101). Lo “novedoso” era reemplazar la escritura por la oralidad; cambio que implicaba la adjetivación de “moderno” al nuevo régimen, contrastando con el calificativo de antiguo que se utilizaba para señalar a los que mantenían el modelo escriturista (Superti, 2006).

Desde la segunda mitad del Siglo XX, el proceso oral le ha ido ganado regímenes normativos –y adeptos- al escrito; es más, la oralidad como la inmediatez han aparecido en la teoría como principios sacrosantos. La introducción efectiva del primero

(con intermediación judicial y publicidad) por sobre el segundo, ha sido generalmente visto como un gran paso adelante en la configuración democrática del proceso civil⁵.

Afirmaba ya Tomás Jofré en su “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”:

Con respecto a la oralidad, las ventajas del juicio oral sobre el escrito han sido evidenciadas por las prácticas de todas las naciones; y es por eso que lo hemos aceptado, combinándolo, asimismo, en su justa proporción con la escritura. El predominio del procedimiento escrito propende a que se pierda la noción de lo real y a que se trabee una armazón artificiosa y falsa olvidando que sólo los pueblos que han vivido la oralidad son aptos para apreciar sus ventajas, del mismo modo que sólo quien ha estado enfermo sabe apreciar la salud. El procedimiento escrito constituye un mal método; y el método, que es fundamental en toda ciencia, transmite además a la jurídica su fisonomía propia. Con malos métodos, es imposible implantar buena justicia. (Jofré, 1926: 9).

Diremos que la oralidad tiene buena prensa y parte de postulados tales como “un proceso con rostro más humano”⁶, que no dejan de lucir seductores y convincentes. Más, cuando se recuerda la advertencia del gran abogado Osorio y Gallardo quien en su celebrada obra defendía la oralidad alegando del juez que no me oye, no puedo tener la confianza de que me lea (Vázquez Sotelo, 2008).

Un buen número de razones en las que se articula y comprende la predilección por la oralidad se centran en los efectos de su implementación práctica; otras opiniones en cambio entienden que la elección o preponderancia de un método por sobre otro, implica una referencia de origen político o ideológico. A continuación daremos cuenta de cómo se ha vinculado a la oralidad -y a los poderes instructorios del juez- con los regímenes autoritarios de gobierno.

4. . Proceso, Política e Ideología

⁵ Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que introduce la oralidad al proceso civil español, se presenta como una indudable transformación y un salto cualitativo del ordenamiento. Véase, Vázquez, Sotelo, 2008).

⁶ Lema de un recordado Congreso Internacional de Derecho Procesal. A tenor de reforma procesal española de la LEC 2000, dice José Luís Vázquez Sotelo, se acabó el proceso civil en el que el ciudadano demandante o demandado asistía a los actos judiciales de prueba o a otros trámites si ver el rostro del juez que iba a dirimir su caso. Era una petición recurrente que muchos ciudadanos formulaban a sus abogados: oiga, quien es el juez que juzga mi caso. A cuya pregunta el abogado tenía que contestarle, por ejemplo: es un señor de mediana edad, que lleva cinco años; es muy estudioso: Ud. no lo ve porque está estudiando otros asuntos... (Vázquez Sotelo, 2008).

La vinculación del proceso con la política y con ello, la necesidad de concebirlo y entenderlo a partir de una determinada base ideológica, ha motivado acuerdos y desacuerdos en la doctrina procesal.

Aquellos que lo niegan entienden que la neutralidad y apoliticismo de las normas procesales se encuentra demostrada en su mantenimiento en regímenes políticos diferentes⁷ (Alcalá Zamora, Castillo, 1974).

Sin embargo, y no obstante tal perspectiva que refuta la base ideológica y por lo tanto política de las leyes procesales⁸, reflexionando sobre el particular ya en 1935 James Goldschmidt sostenía:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación, no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esa experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un sinnúmero de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro o su fusión, caracterizan la historia del proceso. (Goldschmidt, 1961: 109).

Con idéntica tesitura Shönke (1950) en su tiempo, hizo lo propio: todo derecho procesal depende en su estructura fundamental de la concepción que se tenga sobre la relación comunidad e individuo.

Hace ya muchos años, a propósito de una reforma que implantaba en ciertos fueros la oralidad en la Argentina, Carlos Ayarragaray (1950) sostenía la política procesal ofrece tan cambiantes y encontradas soluciones, al ponerse en contacto con las rela-

⁷ Un sustancioso trabajo sobre el particular ha sido efectuado por Taruffo (2010). Allí sostiene que el hecho es que los poderes de instrucción del juez han estado en algunos regímenes autoritarios, y en muchos regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las cuales se configura un rol activo del Estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías han o no sido autoritarias es –todavía un problema de definiciones o- se toma seriamente- como un problema de teoría política que no puede ser adecuadamente enfrentado en esta sede: resulta paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admitan modelos autoritarios de proceso civil. Consideraciones generales de este género serían probablemente suficientes para demostrar las ecuaciones de tipo “poderes de instrucción del juez = régimen autoritario” y “juez pasivo = régimen liberal” son vagas y genéricas, y se reducen a slogans polémicos privados de valor científico”. También ver Taruffo (2003).

⁸ Se ha sostenido que “Las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas” (Serra, 1972: 2-3).

ciones de la vida y, especialmente, con la utilidad efectiva que puede proporcionar. Vemos que según se incline el ánimo hacia un principio o hacia otro, se definirá no una cuestión técnica, sino una cuestión política. Porque el proceso puede funcionar por aplicación de uno u otro principio; más lo que no puede funcionar es la organización y orientación gubernamentales siguiendo principios contrarios a sus fines. Modelase la legislación, según la orientación o sistema sea favorable para constituir la unidad lógica de los conceptos homogéneos, formulados según principios fundamentales.

En términos generales, los que encuentran orígenes ideológicos en las distintas concepciones del proceso civil plantean el debate a partir de ciertos interrogantes: ¿A quién le corresponde realizar la actividad material de la serie procedimental?; ¿A quién corresponde dar el impulso procesal: a las partes o al juez?; o bien -y en otras palabras- ¿Cuál es el papel del juez en el proceso?⁹.

La respuesta que a ello se dé, ha generado en la historia del derecho dos grandes *sistemas* de procesamiento -el dispositivo y el inquisitivo-, que definen desde la propia ley cual es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados. Alvarado Velloso (2003) explica que para esto, habrá que optar necesariamente por: a) un proceso que sirva y pueda ser utilizado como medio de control social o, peor aún, de opresión, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en filosofías políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano o, b) por el contrario, un proceso que sirva como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República. De la respuesta que el legislador dé a esta alternativa, dependerá el tipo de sistema que habrá de normar para que tanto los particulares como el propio estado puedan solucionar adecuadamente sus conflictos de intereses.

Como ponía de manifiesto nada menos que Calamandrei (1996), la concepción que ve en la jurisdicción principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece allí como servicio público puesto a disposición de los mismos. Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado y en la observancia del derecho el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo.

⁹ Ver sobre el particular, Montero Aroca (2004).

El estrecho vínculo de la oralidad con los poderes del juez explica porque la problemática se proyecta hacia la forma del enjuiciamiento.

Si bien hay quien identifica la oralidad con el sistema acusatorio (Superti, 2006) otros concluyen que solo en un proceso oral se puede asegurar al juez una posición de partícipe activo en la relación procesal (Montero Aroca, 2004). Porque sin más, siempre que se aumentan los poderes de los jueces, se favorece la discusión oral (Cipriani, 1995).

Para abonar la última de las tesis se ha recordado que los procesos inquisitivos de la Edad media se resolvían oralmente, y que, por el contrario, se puede observar que muchos sistemas procesales civiles, decididamente dispositivos (acusatorios), utilizan la escritura (Superti, 2006).

El problema emergería cuando la oralidad no se comporta solo como la realización de actos orales en el proceso, ni implica el mero privilegio del *acto* respecto del *acta*¹⁰, sino que pasa a convertirse en una manera de aludir a *todo un modelo de proceso civil*: respecto a las partes y, fundamentalmente, respecto al lugar (poderes-deberes) que en él se debe conferir al juez¹¹.

Si esto último sucede, el proceso oral asume un doble significado: “de proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología concreta y empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas (Montero Aroca, 2004).

Explica Montero Aroca:

Para imponer determinadas concepciones de lo público sobre lo privado, se ha pretendido utilizar al principio de oralidad, desconociendo que el mismo solo puede atender al procedimiento, a la forma de los actos procesales, aunque esa forma deba entenderse en sentido general, y que ese principio no se refiere al proceso, al que de los actos procesales. El recurrir a la oralidad para pretender una manera determinada de concebir algo más que la forma de

¹⁰ Los códigos orales prevén ciertas circunstancias (identidad física del juez, intermediación, concentración y breves plazos entre el debate y la sentencia), dado que son fundamentales para que los sujetos procesales “recuerden” todo lo acontecido en el acto de la producción de las pruebas, debido a que ese recuerdo es la base de los actos procesales que cada uno debe efectuar sobre las probanzas (alegato y sentencia) (Conf. Superti, 2006).

¹¹ Por ejemplo, en alusión a la reforma procesal civil acaecida en Chile, se ha dicho: El artículo 4 [de las disposiciones generales del libro primero del Código], prescribe una de las más importantes novedades derivadas de la oralidad del procedimiento: el impulso del juez. Ese impulso, entendido como dirección que determina un nuevo rol en los jueces, mucho más activo, más preparado (Román Díaz, 2007); (Delgado Castro, 2011).

los actos procesales fue un claro subterfugio de enmascaramiento del fin perseguido. (Montero Aroca, 2004: 59).

En la tarea de explicar los antecedentes históricos de esta modalidad del enjuiciamiento, efectuaremos una breve reseña sobre ciertos ordenamientos europeos que propagaron sus efectos en América y que -en respuesta a una determinada ideología política¹²- receptaron la forma oral en el proceso.

4. 1. El Reglamento Josefino

Dictado por José II en Viena es considerado como el primer código procesal moderno y como extraordinario monumento al absolutismo y depotismo ilustrado del siglo XVIII. Se trataba de un proceso con escasísimas libertades para las partes y, con el juez como señor del juicio, era un proceso netamente sin libertades y autoritario (Cipriani, 1995).

Asimismo, habiéndose quedado corto en su texto inicial, el reglamento sufrió importante modificación mediante el Edicto de febrero de 1786, gracias al cual el emperador se quedó con el control de los jueces y, de todos los procesos, mediante la imposición de un sistema de inspecciones a los tribunales del país que ponían en conocimiento del emperador todo lo que acontecía en cada lugar (Alvarado Velloso, 2009). Todo lo que se ha dicho se orientaba a un solo significado “utilizar al controladísimo juez para neutralizar definitivamente a las partes (*rectius*: los abogados, desde siempre responsables de la causa de muchos cuando no de todos los males del proceso). En otras palabras, para controlar desde arriba toda la administración de la justicia civil” (Cipriani, 1995).

4. 2. Franz Klein y el Reglamento del 1895

Finalizado el siglo XIX, Franz Klein era Guardasellos (Ministro de Justicia) de Francisco José I, y en tal carácter impuso desde la misma Viena del Reglamento Josefino, la Ordenanza Austríaca de 1895 (Cipriani, 1995).

Alvarado Velloso (2009) detalla que transcurrido más de un siglo de vigencia del Reglamento, al emperador se le hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial y con ello, la unidad nacio-

¹² Se ha dicho que el método inquisitivo de enjuiciamiento -tanto civil como penal- ha sido sido receptado por parte de los grandes totalitarismos que ha sufrido la humanidad en los últimos siglos, y que utilizaron al proceso como un claro método de opresión y no como bastión de la libertad (Alvarado Velloso, 2009).

nal: Para ello decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y, luego, con los jueces.

Prestigioso autor italiano contemporáneo sostiene que el gran mérito de Klein fue individualizar el aspecto sociológico –económico del instituto proceso [...] La disciplina del proceso austríaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar (Cipriani, 1995).

Asimismo, se ha consignado que el pensamiento del guardaselos y el proceso por el ideado están basados en dos grandes postulados las controversias como males relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes”; el proceso incide en la economía nacional, y en cada causa se altera la colaboración pacífica, rompe nexos económicos ordenados, bloquea valores y distrae la circulación ordinaria.

De estos postulados Franco Cipriani (1995) extrae dos corolarios: el interés del legislador a que aquellos “males sociales” que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple; posiblemente en una única audiencia, y la exigencia en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad exenta de complicaciones.

Con el método así concebido se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes colaboraran solidaria y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa. El juez dejó por tanto de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el proceso como capitán de barco o director del debate, en su calidad de representante profesional del bien común.

4. 3. El Reglamento de Klein¹³ y Giuseppe Chiovenda:

Los efectos persuasivos del reglamento de Klein llegaron a Italia. Sobre todo porque allí tenía desde hacía unos años un gran y autorizado simpatizante en Giuseppe Chiovenda, titular de la cátedra de Procedimiento Civil en Roma.

Conforme a las más recientes investigaciones históricas, este parter del procesalismo inició su “apostolado” por la oralidad a partir de una coincidencia histórica: la asun-

¹³ Cipriani (1995) nos recordará que el reglamento de Klein, que surge en el imperio Austro-Húngaro de 1895, tiene su génesis em el Reglamento Judicial de Giuseppe II de 1871, un monumento del despotismo ilustrado del siglo XVIII.

ción de su maestro, Vittorio Scialoja, como ministro de justicia y la voluntad de éste de liderar una reforma procesal en ese sentido (Meroi, 2010).

De hecho, reseña Cipriani, Chiovenda –inicialmente perplejo por la bondad que reconocía respecto a las ideas del “valeroso procesalista” austríaco- comenzó a partir de 1906 a mirar con otros ojos la obra de aquel, y después de 1909, se convirtió en el paladín, no solo de la oralidad, sino también del proceso austríaco. El mismo Cipriani parece perplejo por esta cercanía intelectual del maestro y sobre el particular reflexiona: Si tuviera que opinar, diría que en 1909 poniéndose del lado de la oralidad, a Chiovenda le debió parecer inevitable conceder que se aumentaran los poderes del juez, pues tal aumento lo entendió como una consecuencia necesaria del mutado concepto del proceso civil.

Otros estudiosos, sin embargo, no ven demasiado claro cuál fue la opinión de Chiovenda (1940) sobre la relación entre el principio de oralidad y el aumento de los poderes del juez. “Cabe recordar como en otro lugar (*Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova*) y en 1924, éste había sostenido que la oralidad por sí misma no requiere un aumento considerable de la injerencia directiva del juez y no debe identificarse con ésta. Pueden existir procesos orales (como el actual proceso germánico que, desde este punto de vista, representa un tipo de proceso oral opuesto al austríaco) en los que la injerencia del magistrado es mínima. Y se trata de problemas que cuidadosamente han de considerarse distintos, porque el aumento de los poderes del juez puede encontrar por razones de raza y de costumbres dificultades y resistencias mucho más serias y discutibles de aquellas que pueden oponerse a la introducción de la oralidad. Sobre esos poderes la lectura de las que podemos llamar páginas últimas (Instituciones), ilustra que Chiovenda (1940) se había mantenido dentro del que debe considerarse respeto a la autonomía de la voluntad y a la garantía de los derechos subjetivos de las partes. Una cosa son los poderes del juez para la formación del material de conocimiento, que quedan limitados por el principio dispositivo, en cuanto éste predomina sobre la iniciativa del juez en la fijación de la verdad de los hechos, y otra los poderes del juez respecto de los presupuestos procesales, que sí deben ser controlados de oficio, y todo ello aparte del principio de impulso de oficio (Montero Aroca, 2000).

Sin embargo entendemos que es el propio maestro italiano el que hecha luz sobre el tópico y en sus mismas “Instituciones” nos explica: La concepción patrimonial de la jurisdicción, debida al régimen feudal, concurrió a reforzar este carácter individualista del proceso y la indiferencia del juez por la marcha de la litis. Todo ello ha cambiado completamente hoy. Por un lado, la renovada importancia que ha adquirido el libre convencimiento del juez: por otro, el concepto renovado de la jurisdicción como función del Estado, le han devuelto al juez en el proceso moderno una posición central de órgano público interesado en administrar justicia del modo mejor y más rápido posible. Urge, por consiguiente, asegurar al juez una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal, y proveerle de la autoridad necesaria para ejercer su

función. Se necesita que el juez esté en condiciones de dirigir convenientemente el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad compatible con una decisión acertada. Es además conveniente hacerle colaborar en la formación del material de conocimiento, poniéndole en contacto inmediato y continuo con las partes desde el momento de la constitución del juicio, de forma que le sea fácil preparar la sustanciación completa de la causa, aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones más importantes de hecho, señalándolas de la manera más simple y económica las lagunas que haya en su defensa y en sus pruebas. Ahora bien: todo el ejercicio de estas facultades sólo es posible en el proceso oral. Puesto que sólo él permite el contacto inmediato y continuo del juez con las partes y sus representantes.

Parece entonces probable la creencia de que solo en un proceso oral, el maestro italiano vio posible el ejercicio de tales facultades judiciales; facultades que, tal como han sido sindicadas, además creyó convenientes o necesarias instalar en el proceso.

No obstante vincularlos, el mismo Cipriani concluye que entre Chiovenda y Klein existió una profunda diferencia: el primero creía en la oralidad y consideraba un corolario el aumento de los poderes del juez que, de hecho, en su sistema se encuentra en el quinto lugar; para él el problema esencial era que las pruebas fueran asumidas por el juez que debía juzgar. El segundo, en cambio, creía en el aumento de los poderes del juez y consideraba un corolario a la oralidad, de la cual –en su libro sobre la reforma– comenzaba a tratar en la página 123. De hecho, mientras Chiovenda pasó a la historia por la oralidad, la concentración y la inmediatez, Klein lo hizo por motivos muy diferentes¹⁴.

4. 4. El Código italiano de 1940¹⁵ y la Relación Grandi

Durante el gobierno de Benito Mussolini, se gestó una reforma integral al procedimiento civil italiano. La empresa fue proyectada por el Ministro de Justicia del *Duce*, llamado Dino Grandi. Grandi fue quien elevó al rey de Italia la Exposición de Motivos del Proyecto el día 28 de octubre de 1940.

En la Relación Grandi, se explicita la vinculación del ordenamiento procesal al estado fascista, y consecuentemente con ello se dibuja un lazo estrecho entre una determinada concepción del estado y el diseño del proceso; todo, con la exaltación de los poderes del Juez.

Desde esta perspectiva en la Relación textualmente se dice que si el Código elaborado actualmente contiene en muchos de sus puntos innovaciones radicales y audaces,

¹⁴ Cipriani (1995) asimismo -en la nota 107 al pie- enfatiza que el fascismo y Calamandrei invocaron a Chiovenda para sus propios fines: no digo que lo hayan invocado “porque sí”, pero no quedan dudas de que habría sido más justo si hubieran invocado a Klein.

¹⁵ El 28 de octubre de 1940 la Gaceta Ufficiale italiana publicó el Codice di procedura civile, que entró en vigencia el 21 de abril de 1942.

ello no representa una improvisación y un salto en la oscuridad: en efecto, él encuentra su experiencia y, bien podría decirse, su ensayo en las reformas parciales que lo precedieron, y su comentario anticipado en la literatura jurídica de estos últimos decenios. Sobre todo, encuentra su razón histórica en el renovado sistema de las relaciones, entre el individuo y el Estado, del cual el proceso es una expresión particularmente característica (Alvarado Velloso, 2003).

El nuevo Código pretende fundamentalmente elevar la autoridad del Juez y aumentar sus poderes; es éste, si se tienen en cuenta todas las razones expuestas al comenzar la presente relación, el carácter directivo fundamental de la reforma.

El Juez, es el órgano a quien el Estado encomienda la función esencial de aplicar la ley mediante el procedimiento. En el fondo de la cuestión se halla el renovado concepto de dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, en cuya virtud no podría admitirse que el Juez asista como espectador impasible y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego, de una lucha que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario por lo tanto que el Juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora. La tendencia general, visible en todas las legislaciones procesales de estos últimos veinte años de reforzar los poderes del Juez en el proceso civil, tiene su origen en dos diferentes corrientes de pensamiento.

También en el proceso civil el Juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y profícua. Aun si la controversia atañe a relaciones de derechos privados, que las partes hubieran podido disponer libremente prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyos destinos pueden dejarse librados al interés individual de los litigantes.

También en los juicios sobre cuestiones de derecho privado entra en juego, al requerirse la intervención del Juez, ese interés eminentemente público que es la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los tribunales con sus fintas dilatorias que el Juez ha de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aun si la relación debatida es de puro derecho privado, el Juez deberá de estar proveído de los poderes de orden y de disciplina indispensables para que el proceso no se paralice y no se desvíe: debe ser su director y el propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el "*thema decidendum*"; pero corresponde al Juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente -y bien- la cuestión planteada.

Esta dirección efectiva del proceso encomendada al Juez, esta posición activa y terminante que se le llama a tomar en la fase de instrucción no es inconciliable con la autonomía que conservan las partes para disponer de la relación debatida, dentro de los límites, ir que las normas de orden público mantienen esa autonomía. De toda manera cualquiera sea la forma que torne la autonomía de las partes deben proporcionársele al Juez los medios indispensables para impedir que el proceso se transforme en un engaño o en una burla organizada por el litigante de mala fe en perjuicio de la justicia: el nuevo Código, como señalaré más adelante, ha proveído con energía a la implantación de esos medios.

En cuanto a los colaboradores del proyecto, Dino Grandi puntualizó llamé a colaborar directamente conmigo a tres insignes hombres de ciencia en derecho procesal, o sea al profesor Enrico Redenti de la Universidad de Bolonia, al profesor Francesco Carnelutti de la Universidad de Milán, al profesor Piero Calamandrei de la Universidad de Florencia, y además a un alto magistrado de la Suprema Corte de Casación, el Dr. Leopoldo Conforti. De tal manera, quise que el nuevo código representara la conclusión ideal del trabajo de hombres de gobierno y de ciencia tendiente a perfeccionar nuestro proceso civil. Es decir que para tal empresa, fueron convocados discípulos de Chiovenda (Sentís Melendo, 1956).

Alsina (1996), ya cuando prologa las “Instituciones” de Piero Calamandrei sobre el particular señala “cuando este Proyecto Grandi se redacta, el fundador del nuevo Derecho Procesal Giuseppe Chiovenda ha desaparecido; pero su obra está viva; y al lado de Carnelutti y de Redenti –autores de sendos Proyectos- está en la comisión redactora, Calamandrei. ¿Para defender la obra del Maestro? No; porque nadie la atacará. Pero sí para representar su espíritu y para armonizarlo con las concepciones de sus colaboradores. Y así puede decirse que el Proyecto Grandi, frenando las audacias de Carnelutti, aprovechando el pragmatismo de Redenti, es la representación de la ciencia chiovendana que se aporta envuelta en la fuerte personalidad de Calamandrei.

Sin embargo, sobre la auténtica propiedad intelectual de las ideas receptadas en el cuerpo normativo, Montero Aroca (2000) explica que el Código fascista se presentó como plasmación de las ideas de la oralidad, del aumento de los poderes del juez y de la concentración de la actividad procesal bajo su efectiva guía, ideas que “por el apostolado de Giuseppe Chiovenda habían hecho ya un largo camino. Vuelve a aparecer, ahora no la propaganda, pero sí el apostolado. Lo peor del caso es que el Código y la Relazione no pueden calificarse de chiovendianos o lo son solo en apariencia. A pesar de que se ha estimado, pues, que el Codice de 1940 era chiovendano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista, y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad.

Es que pese a la indicación precisa como fuente, se ha afirmado que las ideas *chiovendanas* fueron distorsionadas en el Código. A tal conclusión se arriba pues “lo que desataca más claramente en el Código, incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países. La figura misma no está claramente perfilada en sus orígenes, pero lo que nos importa es que la existencia misma del juez instructor es contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda, pues para éste era esencial que las pruebas se practicaran precisamente delante del tribunal en su conjunto, de todos los magistrados que tenían que valorarlas y no simplemente ante uno de los integrantes del órgano colegiado, se llamara a ese juez delegado o instructor (Meroi, 2010).

Más adelante retomaremos estas ideas y nos abocaremos a detallar en qué consistía la oralidad *chiovendana* y a explicar por qué cuando hablamos de intermediación, en más de los casos hemos de hablar de oralidad. En lo que sigue – y como condición para seguir avanzando - corresponde desentrañar la naturaleza o razón de ser de la oralidad o la escritura en el proceso. En otras palabras concretamente nos preguntaremos: ¿Es la oralidad un sistema procesal o es un principio procesal?; o definitivamente, ¿Es la oralidad una regla técnica de debate?. Veamos.

5. Noción de sistema, principio procesal y regla técnica

Otorgar carácter ideológico o político a un ordenamiento procesal es, sin duda, admitir condicionamientos externos o extraprocesales al cuerpo normativo del que se trate. Seguidamente analizaremos la esencia misma de cada una de estas distintas directrices, a fin de poder metodizarlos adecuadamente.

El acápite resulta ineludible si se tiene vocación de otorgar a la problemática en estudio puridad técnica; necesaria – además - para responder el interrogante primero y definir de qué hablamos cuando hablamos de oralidad, de escritura o de todas las otras formas o características que a éstas le son consecuenciales o conexas (Fenoll, 2007).

En lo que va de este trabajo, se pueden constatar diversas citas donde la oralidad o la intermediación han sido sindicadas bajo la categoría de “sistema” o de “principios”.

Hemos, por ejemplo, transcrito a Chiovenda (1940) cuando nos decía que el tipo y el carácter de un sistema procesal estaban determinados –principalmente- por el predominio que en él tenga el elemento oral o el elemento escrito. Sin embargo, también nos hemos referido a los sistemas de procesamiento y por lo tanto, al ser estos *dispositivo o inquisitivo*, cabe descartar que la forma oral o escrita pueda equipararseles¹⁶.

¹⁶ Para determinar a quién le corresponde jurídicamente dar el impulso procesal o desarrollar la actividad material en el proceso, se han generado en la historia del derecho dos grandes sistemas de procesamiento: el dispositivo y el inquisitivo.

En cambio, cierta doctrina asigna a la oralidad la categoría de “principio” sin distinguirla de otras como la imparcialidad del juzgador, la preclusión de los plazos, la igualdad de partes, o la economía procesal en la serie del proceso.

Por lo tanto, si lo que pretendemos es definir, la solución radicaría en otorgarles categorías distintivas porque, como se sabe, cada una de éstas trasciende - de modo diverso y con distintos efectos- en el proceso.

Se dirá con razón que un proceso ha dejado de ser tal si no garantiza la igualdad de partes o bien, si el juez en su procesar o decidir, no ha sido imparcial. En cambio, otra será la solución si un trámite resulta ser mayormente oral o predominantemente escrito; o si no se ha consumado en el trámite concentración en los actos o no si en éste no se ha observado ciertos criterios – digamos, óptimos- de celeridad y economía¹⁷.

Lo cierto es que la doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado, y que la respuesta que al interrogante propuesto se ha dado, no resulta unánime, más de las veces deviene contradictoria y, en ocasiones, imprecisa (Alvarado Velloso, 2000).

Alvarado Velloso (2000) propone una distinción que luce convincente. Si partimos de la conceptualización de un principio, el jurista rosarino enseña que “si se lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Así concebidos, el citado autor enuncia que los principios procesales propiamente dichos son de carácter unitario y solo cinco: la igualdad de las partes litigantes, la imparcialidad del juzgador; la transitoriedad de la serie; la eficacia de la serie; la moralidad en el debate.

Las reglas de debate, distingue Alvarado, se presentan por el contrario en pares antinómicos; además y por ser tales, determinan el tipo de diseño de la serie procedimental admitiendo - siempre – dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; media-

¹⁷ El ejemplo planteado, no comprende casos extremos. Por ejemplo se ha dicho que cuando los plazos procesales son irrazonables, con ello se vulnera la tutela judicial efectiva. (ver entre otros, al respecto, Pastor, (2002).

ción o intermediación). Y explica el autor “Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se autoexcluyen (no se puede hacer y no hacer al mismo tiempo). Esto no explica que no puedan sucederse en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral). A estas líneas directrices se les asigna la denominación de reglas técnicas del debate procesal y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios.

Ahora, ¿Puede la regla, condicionar o desnaturalizar la esencia del proceso?.

Por su propia *ratio*, sostenemos la respuesta negativa. Sin embargo, ello no implica desconocer que ciertas reglas técnicas sí propenden -mejor que otras- al óptimo desarrollo de un principio procesal¹⁸; que algunas tienen por objeto la mejor calidad de justicia en la decisión¹⁹ y que por ello, sus formulaciones, hayan sido receptadas a nivel constitucional²⁰ y hasta supranacional²¹.

Ortells Ramos (2010) distingue *las garantías procesales de las formas del procedimiento judicial*; pero no obstante advertir entre ellas diferencias, explica que entre ambas existe una relación de prioridad, en la que las segundas – las formas- están al servicio de las primeras –las garantías-. Considera que éstas últimas tienen naturaleza de valores jurídicos – en algunos supuestos son derechos fundamentales- mientras que las formas tienen una calidad instrumental o medial respecto de la realización de las garantías.

¹⁸ Por ejemplo, por la naturaleza misma de las cosas, la publicidad general es difícilmente practicable en un proceso escrito; por el contrario, la oralidad implica la posibilidad practica de realizar la publicidad general, porque la presencia del público en las vistas permite, dado el contenido de éstas, formarse una noción suficiente del asunto litigioso y de los datos y medios de prueba importantes para la resolución del mismo. Además, la oralidad y la intermediación exigen la concentración y todo ello conduce a facilitar la publicidad en general. No obstante, debemos tener presente que también puede haber oralidad sin publicidad y publicidad sin oralidad; esto último mediante la publicación de actos del procedimiento escrito (ver otros ejemplos en Ortells (2010).

¹⁹ Por ejemplo en lo referente a la cantidad de grados de conocimiento (regla técnica de la actividad de sentenciar), por la que se presenta la alternativa de instancia única o múltiple.

²⁰ Por ejemplo, la oralidad tiene formulación en España a nivel constitucional. Prescribe el art. 120.2 de la Constitución española: *El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*. Por ello, se ha dicho que “el proceso civil [español] debía reformarse en el sentido marcado por la norma constitucional. La nueva normativa refuerza extraordinariamente la aplicación de la oralidad, con lo que el proceso civil se ajusta a la norma constitucional” (Pérez Ragone-Palomo (2009). Lo mismo acontece con la constitución de Venezuela del año 1999 (art. 257); conf. Fenoll (2007). Sobre el particular ha dicho Montero Aroca “El debate en torno a las ventajas e inconvenientes de la oralidad y de la escritura se terminó con el art. 120.2 CE (Montero Aroca, 2010: 303).

²¹ En referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a la doble instancia en materia penal.

Sin embargo, en cuanto a la elección de las formas concluye el mismo autor “no parece razonable que solo una determinada forma, entre varias posibles, sea idónea para realizar las garantías, de manera que las opciones legislativas sobre las formas quedan abiertas siempre que no haya perjuicio para las garantías. Al decir de Alvarado Velloso (2000), la respectiva regla será posible en tanto que con ella no se desnaturalice la esencia misma del proceso.

También es de antigua data la constatación de que ni los tipos procedimentales vigentes, ni las pretensiones de reforma, se orientan hacia el establecimiento de las formas en su estado puro, sino que más bien reflejan y tienden a una combinación de formas o reglas, por ejemplo, orales o escritas. El problema de la determinación de las reglas puede resumirse en un problema de predominio o de coordinación, y no de exclusión total (Ortells, 2010).

La imposibilidad práctica, se ha dicho, de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita es algo evidente. De ahí que no se trata de exclusividad sino de prevalecer. Resulta así que el problema de los “principios” de oralidad o de escritura es un problema de límites” (Montero Aroca, 2010).

Por lo demás, se ha dicho que “la elección de la forma adecuada para realizar las garantías impone – al legislador- tomar en consideración no solamente lo que esas garantías requieren, sino también condicionantes de otra naturaleza; condicionantes, estos segundos, que ponen de manifiesto que los derechos de las personas respecto de la Justicia no son exclusivamente derechos de libertad, sino también derechos a prestaciones del Estado, cuya satisfacción depende del establecimiento de servicios públicos idóneos” (Ortells, 2010). En tal alcance, tampoco se puede desconocer el carácter político de la elección de las reglas (Ayerragaray, 1950).

En síntesis, con lo dicho hasta aquí concluimos que el par oralidad-escritura implican distintas técnicas en el debate que se relacionan con el medio de expresión en el proceso; que por ser tales, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios, sin los cuales no hay proceso. Sin embargo, esta diferencia ontológica no implica que las reglas resulten inocuas y sin trascendencia en la consecución del proceso en un tiempo y lugar determinado. Más de las veces, su instrumentación encierra dilemas de difícil solución para el legislador procesal y, los efectos de sus resultados, un alto costo social para la comunidad toda.

Abordaremos seguidamente la oralidad y la intermediación cual reglas técnicas del debate procesal; y posteriormente, la instancia única o múltiple, cual regla técnica de la actividad de sentenciar²².

²² Se insiste en el concepto de reglas técnicas y no de principios, no obstante que en las citas respectivas se respeta la denominación de los distintos autores que, en términos generales, las denominan principios.

Segunda parte

Las reglas procesales

1. La oralidad

1.1.- Caracteres

Todo el problema del procedimiento, de la forma -dice Montero Aroca (2010)- puede resumirse en dos principios (en realidad dos reglas, pero mantendremos la terminología común): Oralidad y escritura.

Ya adelantamos que Giuseppe Chiovenda fue el gran defensor de la oralidad. Por el año 1940, el gran procesalista, sin titubeos sostenía:

El proceso oral, es, con mucho, el mejor y el que mejor conviene a la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona a ésta mayor economía, sencillez y celeridad (Chiovenda, 1940: 155).

También se ha dicho que el Maestro italiano fue el pontífice de la intermediación (Sentís, 1959). Chiovenda la entendía como inherente a la oralidad: “oralidad, pues, en este sentido, por así decirlo, *inmediato*, significa que el juez debe conocer de las actividades procesales (...) no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida. Por ello, oralidad implica intermediación” (Chiovenda, 1940: 134).

Tal es así que tanto en sus “Principios” como en su obra “Instituciones”, el Maestro Italiano enseñó que la oralidad implicaba:

1. Predominio de la palabra hablada como medio de expresión y atenuada por el uso de escritos de preparación y de documentación. La discusión oral debe ser la consecuencia inmediata de una sustanciación oral. La segunda función que cumplen los escritos en el proceso oral es la documentación de lo que tiene importancia en el juicio en el juicio, particularmente de lo que ocurre en la audiencia. A estos tienen tanto los apuntes que toman los jueces durante la sustanciación de la causa, como, y más especialmente las actas. Las actas sirven tanto de ayuda de la memoria del juez que debe fallar, cuanto de documentación de la actividad procesal en las instancias posteriores.
2. Intermediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquel que valorar, como esencia del proceso oral. El juez debe

fundarse en la impresión inmediata recibida de ello y no en referencias ajenas.

3. Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante el desarrollo del juicio, por cuanto ninguno de los otros dos que preceden son posibles si las diferentes actuaciones de un proceso se verifican ante personas jurídicas distintas, pues la impresión que recibe el juez que asiste a uno o más actos no puede referirse al otro que va a dictar sentencia.
4. Concentración de la sustanciación de la causa en un período único. Que el proceso se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas. Ello es lo que mayor incide en la brevedad de los pleitos. De tal concentración no deben sustraerse ni siquiera la resolución de los incidentes, los que deberán ser resueltos en la audiencia misma. Igual suerte para las cuestiones atinentes a la prueba.
5. Inimpugnabilidad autónoma de las interlocutorias. “Para realizar la oralidad y la concentración, aún se requiere que la decisión del incidente no pueda impugnarse por separado de la cuestión de fondo. La inapelabilidad de las interlocutorias es una regla que no puede prescindirse sino respecto de algunas excepciones *litis ingressum impediens*, cuando a la libre apreciación del juez aparezca conveniente suspender la prosecución de la litis hasta que se decida sobre la apelación”²³.

Dado este complejo de ideas, puede válidamente concluirse que la oralidad chioverdiana comprendía otra serie de reglas que a ésta le son consecuenciales; tales como la identidad física del juez del pleito, la concentración en el juicio y, asimismo, el régimen de inapelabilidad o de estricta limitación recursiva. Pero concretamente, como se pregunta Mauro Capeletti (2002) en nuestros días *¿A qué hacemos referencia cuando hablamos de un proceso oral?*.

²³ Se ha dicho que este tópico en el diseño de la oralidad fue fundamental para la época; es más, que la oralidad se presentó, no ya por el desprestigio de la escritura en sí, sino como una forma de reducir los recursos: Lo que irritaba a casi todos los operadores jurídicos sensatos de la época no era, en realidad, la escritura en sí misma considerada, sino el tedioso y sobrecargado procedimiento del solemne *ordo iudiciarius*, por una parte. Este procedimiento permitía recurrir casi todas las resoluciones interlocutorias, lo que evidentemente hacía el proceso interminable. [...] Quizá en aquel momento histórico, introducir la oralidad era la única forma sociológica de suprimir radicalmente los remedios contra las resoluciones interlocutorias, las inacabables oportunidades de alegación de las partes, así como de hacer que el juez estuviera presente en la práctica de la prueba; el problema, insisto, no era solamente de los jueces, sino también de los abogados, que habían adoptado inveteradas costumbres que, con un esfuerzo quizá no tan grande permitía ir elaborando escritos y más escritos para justificar indebidamente sus costas (Fenoll, 2007).

El aspecto más importante de la oralidad - se responde aquel autor - tiene relación con los hechos deducidos en juicio: a su alegación y a su prueba. La oralidad no es un principio que haga referencia indiscriminada a todos los actos o fases del proceso, sino a la única fase de la sustanciación que comprende principalmente la instrucción probatoria. Ello así por cuanto el significado moderno que los ordenamientos civiles le han convalidado implica “principal y esencialmente libertad del convencimiento judicial respecto a los hechos y a las pruebas”²⁴. Es que, como dice Montero Aroca (2010), si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia”.

De ahí que para hablar de inmediación, más de las veces, debemos referirnos a la oralidad²⁵.

Ya el mismo Chiovenda explicitó

El principio de inmediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. El principio de la inmediación no está solo estrechamente unido al de la oralidad, en cuanto que sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado, sino que verdaderamente constituye la esencia del proceso oral (Chiovenda, 1940:162).

²⁴ Como decía Alsina, “En el juicio oral, la presencia del juez en la audiencia es condición de validez del acto, por lo cual es imposible la delegación de funciones” (Alsina, 1957: 110).

²⁵ Que la inmediación sea una natural consecuencia de la oralidad ha sido cuestionado por el profesor Nieva Fenoll (2007), quien al respecto señala: cuando el juez lee los escritos de las partes, también actúa con inmediación. No se los lee nadie, como ocurría en épocas pasadas con el escribano, que precisamente de ahí extraía la utilidad de su función [...] Por ello, el contacto con el juez de las pruebas escritas de las partes es directo, no pasa filtro alguno, ni le llega la información a través de otras personas que no sean las partes que han redactado esos escritos. [...] Por tanto, no parece conveniente hablar de que la inmediación es principio consecuencia de la oralidad si, primero, no siempre es así, y segundo, existen actos escritos de los que también puede predicarse inmediación.

Si se analiza la inmediación – tal cual hoy se la entiende - en la línea histórica del tiempo ésta “interrumpe en la escena como una implicación necesaria del proceso oral y público, intensamente reivindicado por los juristas y *philosophes* de la Ilustración, alternativa al inquisitivo, escrito y secreto (Ibañez, 2004).

En suma, la inmediación se impone como la necesidad de dar transparencia a las actuaciones procesales lo que conlleva a propender su realización en presencia de las partes y de los terceros, tal cual un “freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar (Bentham, 1959). Y, además, porque conforme se ha dicho, con ella se concretiza el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, por sobre todo, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de éstas, en particular las de carácter personal.

Precisamente *allí*, en el carácter *in-mediato* y sin interferencias en la relación de los distintos sujetos procesales, es donde reside la garantía.

2.2 La oralidad y sus principios consecuencia

Debemos aclarar que en el contexto señalado, oralidad significa no solo la forma oral de los actos procesales, sino también la concentración de los actos, la publicidad y, fundamentalmente, la inmediación. Y, precisamente, por la trascendencia de esta última, la abordaremos separadamente en el siguiente acápite.

Por unanimidad se entiende que hay una imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. Por tanto, como se ha dicho *no se trata de exclusividad sino de prevalecer* (Montero Aroca, 2010). Por tanto, el predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos; no obstante ello no es lo que más caracteriza a esta regla, sino precisamente, como hemos advertido, la relación directa del juez con los medios de prueba personales y con las partes.

Se dice también que decir oralidad es decir concentración de los actos procesales a lo largo del trámite, y concretamente, en una audiencia o en unas pocas próximas temporalmente entre sí.

La oralidad también supone publicidad; “publicidad referida al público” dice Montero Aroca (2010) e íntimamente relacionada con nuestro sistema republicano de gobierno. Esta regla, propia del sistema dispositivo civil y acusatorio penal, indica que el desarrollo de la serie procedimental debe hacerse públicamente, en presencia de quien esté interesado en el seguimiento de su curso (Alvarado Velloso, 2000).

Finalmente y de manera trascendental, oralidad implica inmediación; es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo y sin obstáculo, con las demás personas que intervienen en el proceso. Veamos.

2. La inmediación procesal

2. 1. Caracteres

El concepto de “*inmediatividad*” -indica Goldschmidt (1961) en sus “Principios”- surge no antes de mediados del siglo XIX y determina la esencia de la oralidad.

Poco a poco la inmediatividad se reconoce como un principio especial del recibimiento a prueba. En efecto, oralidad e inmediatividad han de diferenciarse. La oralidad es una forma de entendimiento, la inmediatividad es un escalón de la percepción. Por eso es verdad que los efectos de los dos principios coinciden, en cuanto que la forma oral de las alegaciones de las partes y de las manifestaciones de pensamiento, que se encuentran como medios de prueba, sobre todo de las declaraciones testimoniales, representan al mismo tiempo el más inmediato escalón de su perceptibilidad.

La intermediación ha sido entendida “como “observación inmediata” (Florian, 1982), “como forma de acortar las distancias” (Carnelutti, 1971); como la “integral y directa percepción por parte del juez de la prueba” (Silva Melero, 1963); o bien, como decía Carnelutti como el principio fundamental para garantizar el éxito del diálogo en el juicio. Sin dudas, “la intermediación en la percepción de la prueba por parte de quien tiene el compromiso de establecer los hechos históricos ocurridos resulta una garantía judicial entrañable en nuestro sistema procesal penal (Herbel, 2004).

Eisner (1963) sostenía que en el principio de “intermediación” residen las mejores esperanzas de una justicia sana, eficaz y rápida. Decía “principio” porque entendía que implicaba una pauta, un criterio orientador que procuraba conformar las normas procesales y de organización judicial para obtener las finalidades que persigue.

Útil resulta precisar la distinción entre *intermediación* y *oralidad* que enseñó este autor. Eisner sostenía que en virtud del principio de intermediación — que no lo es a su vez del de oralidad — la sentencia sólo deben dictarla los mismos jueces que han asistido a la vista de la causa o conocido del proceso desde su comienzo hasta el fin; tal como lo hemos explicado oportunamente. Por ello es que podrá tenerse por vigente el principio de oralidad, aun en los casos en que fueran varios y distintos los jueces que van conociendo del juicio hasta dictarse el fallo. En cambio, el principio de intermediación no habrá sido satisfecho sino en el supuesto de asegurarse la identidad del juez.

Chiovenda (1940) entendió que la necesidad de mantener la identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio, derivaba a su vez,

de la oralidad y la inmediación. Resulta claro que ni la oralidad ni la inmediación no son posibles si las diferentes actuaciones de un proceso se verifican ante personas físicas distintas, pues la impresión que recibe el juez que asiste a uno o más actos no puede transferirse al otro que va a dictar la sentencia; lo más que podrá hacer es tratar de hacérsela ver mediante la escritura, en cuyo caso, si el proceso fue oral respecto del juez instructor, se convierte en escrito para el que falla. [...] todo esto, en cambio, es indiferente en un proceso escrito en el cual, juzgándose con base a escritos, poco importa que un acto haya sido hecho ante un juez, otro ante uno diferente, y que sea un tercer juez el que dé el fallo. Como si el proceso fuere un cuadro, una estatua, un edificio que pueda comenzar un artista y terminar otro, en lugar del desarrollo de una cadena de razonamientos, que requiere, en cuanto es posible, la unidad de la persona que lo realiza.

Parecería que, a mayor inmediación, mayores garantías procesales.

La regla ha sido catalogada en tamaña importancia que hasta el *pater de la oralidad* a su respecto concluía: el valor de la oralidad consiste esencialmente en aquel de sus múltiples aspectos que llamamos inmediación; esto es, en aquel principio que permite utilizar en la valoración de las pruebas la *observación directa*. Por consiguiente, el valor de la oralidad, se hará sentir en mayor o menor medida, según que en un litigio sea o no necesaria la prueba y según la naturaleza del medio de prueba.

Por tanto, la inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad.

2. 3. La inmediación y la producción de la prueba

Precisa Montero Aroca (2010) que, con frecuencia, se utiliza la palabra inmediación cuando en realidad se quiere hablar de la imposición legal de que el juez presida el acto de práctica de la prueba, sin perjuicio de que luego pueda ser otro juez el que dicte sentencia. Es necesario distinguir entre la verdadera inmediación y esa presencia del juez, que son cosas muy distintas. La inmediación solo existe cuando quien dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con todo lo visto y con lo oído, y no con el reflejo documental del acto de prueba.

Por ello, cuando el juicio oral obliga a que la prueba se practique ante el tribunal que ha de fallar de manera directa, inmediata, sin intermediaciones de ningún género, la llamada *psicología del testimonio* contribuye a formar más de las veces, la convicción judicial²⁶.

²⁶ Llámese así a la ciencia que permite descubrir la mayor o menor credibilidad de las personas que declaran ante los jueces, y resulta ser un postulado sustentado en muchas de las sentencias del Tribunal Supremo Español (10.07.07; RJ 2007,3659).

La referida percepción directa judicial que permite la inmediación procesal mediante la actuación de la prueba frente a los ojos y oídos judiciales, “posibilita que el magistrado presente perciba también, por ejemplo, el llamado lenguaje corporal no verbal que integra la comunicación junto con el verbal. Es que toda comunicación personal utiliza dos medios, uno verbal y otro gestual. Por eso se ha dicho que es casi tan necesario ver el interrogatorio como oírlo. En el punto es tradicional recordar la frase de Ayrault que advierte que cuando la boca calla, los gestos hablan (Peyrano, s/a).

El interrogante se centra entonces en responder en que reside la utilidad de que el juez vea u oiga al testigo, al acusado o a cualquier otro sujeto procesal.

En realidad, se responde Villegas Fernández (2009), una lectura detallada de las sentencias del Tribunal Supremo Español que, por cierto, jerarquizan a la inmediación, remitirán - precisamente - a la psicología del testimonio. Y de ello el autor concluye: la inmediación, por sí sola, no sirve para descubrir la *verdad*. Es menester un plus: inmediación más ciencia.

La psicología del testimonio ha alertado contra la preeminencia de la “clave visual” en la valoración de la prueba. Según sus conclusiones, los jueces harían muy bien en estar mucho más atentos a la clave textual y no a la visual, y fundar el juicio de credibilidad no en la actitud del testigo sino en los contenidos y en la puesta en relación de la información del testigo con otras informaciones (Meroi, 2010).

No obstante que un análisis de relevancia sobre la psicología del testimonio, desbordaría los límites de del objetivo propuesto en este trabajo, importa sin embargo efectuar sobre el particular ciertas referencias; ya sea por los propios efectos o por las ventajas que se le atribuyen a la inmediación procesal.

Diremos entonces que el objeto de esta rama de la psicología jurídica, comprende la percepción y codificación de la información que emiten los testigos u otros sujetos procesales. No solo para saber si mienten o no, sino para calibrar la exactitud de los datos aportados. Por eso, también se dedica a estudiar la fidelidad de la memoria humana (Mira Solves, 1984). Ahora bien, no obstante la inmediación en el juicio, no es nada fácil saber si alguien dice la verdad o no. Es más, se dice que el peligro de error es elevadísimo y por tal, para que los datos que ésta arroje sean científicamente aceptables, es aconsejable que trabajen [junto con los jueces] dos grupos de expertos que, por separado, concuerden en más de un 80% las categorías evaluadas (Arce, Fariña, 2005).

Por lo tanto, por vía de principio, configuraríamos un supuesto de clara arbitrariedad que un juez por el solo efecto de la inmediación judicial pero sin personal preparación psicológica-científica, sentenciara que alguien miente porque titubea, mira al suelo, gesticula o le tiembla la voz. Obviamente, si el tribunal aspira a sacar partido de la ciencia de la psicología del testimonio o bien, tendrá que ser el mismo un experto en la materia o bien, deberá llamar a un perito par que lo auxilie en esta labor. No perdamos de vista que la psicología del testimonio es una saber técnico, que requiere

una sólida base teórica y entrenamiento adecuado. En caso contrario se podría resolver el pleito con arreglo a meras emociones, sentimientos intuitivos, y luego se revisite la decisión de una “jerga legal para justificarla”. Pero ciertamente, el peligro que el sistema degenera es real (Villegas Fernández, 2009).

El contacto directo del juzgador con las partes, las fuentes y medios de prueba conlleva algún riesgo: en efecto, puede ocurrir que el juez base su decisión en elementos del lenguaje corporal. Los jueces no están hoy en día preparados para analizar este tipo de lenguaje. Además, seguramente estas impresiones no constarán en las sentencias, con lo cual será para las partes muy difícil atacar ese aspecto de la fundamentación de la decisión (Montesano, 2012).

Como decía Döhring

El relato del testigo exige un sano escepticismo. Es notable la confianza que generalmente se dispensa al testigo medio no interesado en el proceso. Las indicaciones de un imputado suelen acogerse (justificadamente) con gran suspicacia, siempre que no contengan una confesión. Las manifestaciones de los testigos, en cambio, muchas veces se aceptan sin desconfianza alguna. Hasta el averiguador concienzudo puede caer en la tentación de tomarlas por ciertas sin más análisis si las dudas no saltan a la vista. Hay funcionarios que creen poder confiar por principio en las testificaciones que han recogido y apenas estiman necesario un examen crítico más detenido. Su optimismo en este aspecto es imperturbable, y no afloja tampoco cuando su ingenua fe resulta luego ser infundada, como sucede con harta frecuencia. Ni siquiera una cadena de enojosos fracasos puede moverlos a rectificar esa postura (Döhring, 1998: 89)²⁷.

No obstante, como dijimos, la posibilidad que otorga al juez la declaración oral para valorar, por ejemplo, elementos paralingüísticos ligados al lenguaje corporal, es enunciada como una ventaja de la oralidad y de la inmediación en el debate judicial (Montesano, 2012). Sin embargo, ante proclamaciones de este estilo, riguroso resulta no perder de vista que – también – con ella, el juez puede ser más vulnerable a sucumbir en su propia subjetividad, en sus prejuicios, en sus impresiones personales, o en sus ilusiones de confianza²⁸; más vulnerable – diremos – que el juez que falla mediante la lectura de los autos.

²⁷ Ver también las interesantes descripciones sobre el valorización del medio de confirmación testifical que desarrolla Alvarado Velloso (2010).

²⁸ Sobre el tema de los errores por exceso de confianza (ilusión de confianza) de los jurados en la valoración de la prueba de testigos y de distintos experimentos científicos efectuados recientemente al respecto, puede consultarse el excelente libro de Christopher Chabris y Daniel Simons intitulado *El gorila invisible* y otras maneras en las que nuestra intuición nos engaña. Los autores nos dicen: “La mayoría de los psicólogos que testifican como peritos

Si así se concuerda la intermediación es valiosa como campo empírico donde recoger datos para el ulterior análisis científico. Muy peligrosa, en cambio, si se toma en serio la intuitiva sensación que toda persona tiene de que alguien le miente o le dice la verdad.

Además de estas cuestiones o aspectos consecuenciales no menores, no debe perderse de vista que la regla de la intermediación puede llegar a tener una latente función limitativa del control sobre la arbitrariedad de la sentencia, en tanto se la utilice como barrera para vedar el acceso al examen del curso valorativo del juez que, ante la necesaria revisión amplia del fallo condenatorio, no puede ser admitida²⁹.

3. Instancia única o múltiple

3.1. La revisión. Antecedentes y fundamentos

Concebir al proceso como un remedio para solucionar conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran la sociedad, no significa que constituya un bien en sí mismo.

Nos dice Alvarado Velloso (2000) Su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar un nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión.

Tal como lo enseña el maestro rosarino la serie procesal puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse varios grados de conocimiento; pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todas partes y juzgador. Y este concepto es tan primordial en la concepción del fenómeno

respecto de la memoria de los testigos afirma que la confianza de un testigo no es un buen predictor de su exactitud para el reconocimiento, De hecho, los reconocimientos erróneos de testigos y su presentación confiada ante el jurado son la principal causa de más del 75% de las condenas injustas que luego son revocadas con la evidencia que surge del análisis de ADN. [...] En nuestra opinión, lo que resulta más importante reformar es la comprensión por parte del sistema legal de cómo funciona la mente. La policía, los testigos, los jueces y los jurados son demasiado vulnerables a las ilusiones que hemos discutido. Porque somos humanos, creemos prestar atención a muchas más cosas que a las que en realidad atendemos, que nuestra memoria es más completa y fiel de lo que es y que la confianza es un indicador fiable a la precisión. El derecho consuetudinario del procedimiento penal se estableció luego de varios siglos en Inglaterra y los Estados Unidos, y sus supuestos se basan precisamente en intuiciones equivocadas como estas” (Chabris, Simons, 2011: 138 y 142).

²⁹ Como señala el mismo autor, no puede perderse de vista que nuestro ordenamiento jurídico penal, impone como condición de legitimidad para ejecutar un fallo condenatorio, la facultad de impugnar en forma amplia la sentencia (doble conforme); garantía que hoy se encuentra prescripta por nuestra estructura legal (conf. CADH, 8,2,h y PIDCy P, 14,5; en función del inc. 22 del art. 75, C.N. (Herbel, 2004).

proceso que adquiere categoría de “principio”: el principio de transitoriedad del proceso.

No cabe duda pues, que la determinación del número de grados de conocimiento que se diseñaran en la serie, resulta ser una regla de fundamental importancia en la consecución de aquella “transitoriedad”. Sin embargo, en su resolución (¿Instancia única o múltiple?) resulta ser un dilema que a lo largo de los años siempre ha sido complejo y difícil de abordar. Después de todo, tal como decía un talentoso jurista oriental, *el equilibrio entre el individuo y el poder, constituye el – difícil- arte de la ley*.

En primer término, aclaremos que la apelación y la doble instancia son precauciones adoptadas por el pueblo, con los jueces técnicos y permanentes y que no rigen para la institución del jurado, que no tiene superior en lo que a los hechos se refiere. Es por eso que el jurado declara culpable o inocente al acusado sin apelación y que la sentencia de un juez letrado condenando a dos días de detención o diez pesos de multa es apelable (Jofrè, 1918).

Ciertamente, la cuestión relativa a la superioridad del esquema de unidad o multiplicidad de instancias en el proceso es, sin duda, “una de las eternas problemáticas del derecho procesal [...] y resulta tan difícil de concluir que podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que la solución definitiva de este diferendo es casi imposible, porque entran en juego factores políticos, sociológicos y jurídicos, nada fácil de compatibilizar (Hitters, 1985)³⁰.

Si bien parece no haber objeciones en reconocer que la multiplicación de instancias y recursos ha sido históricamente la causa de nefastas consecuencias y por tal – actualmente- se aconseja su limitación, las disidencias se delinean frente al mantenimiento de la doble instancia o su abolición en determinados tipos de proceso; y es en ello que se ciñe el debate.

La doble instancia implica la regulación de un recurso de apelación que permite llevar la sentencia al examen de un tribunal superior. No significa, la dependencia de un tribunal respecto de otro, pues el superior no puede impartir órdenes al inferior para la solución de un litigio; solo implica una jerarquía administrativa que se traduce en el distinto tratamiento y en la facultad de aplicar correcciones disciplinarias y, en cuanto al proceso, la facultad de examinar *ex novo* la cuestión litigiosa en cuanto fuere materia del recurso (Alsina, 1957).

³⁰ También ver Hitters (1974). Ya Couture que “uno de los problemas de política procesal que durante más tiempo ha requerido la atención de los reformadores de la legislación de este campo del derecho, es el relativo a la unidad o pluralidad de las instancias en el proceso” (Couture, 1942:140).

Los que proponen mantener la posibilidad de revisar el fallo, advierten que ya con la doble instancia, la paz social y la aspiración a lograr mejor justicia quedarían satisfechas. Desde siempre se ha sostenido que la falibilidad humana –generadora de los más variados errores- impide que la posibilidad de juzgamiento de un litigio se agote con la sentencia unipersonal del primer grado de conocimiento. Y por esto se acepta la existencia de, por lo menos, un mínimo control de ella por parte de un superior jerárquico (desde siempre pluripersonal) (Alvarado Velloso, 2000).

Abogando por la apelación se ha sostenido:

Si la sentencia de alzada es confirmatoria, el fallo recurrido tendrá mayor autoridad. Si se lo modifica, se supone que el tribunal habrá meditado hondamente antes de hacerlo. En cualquier caso, los afanes por garantizar a los ciudadanos una buena justicia, quedan cumplidos. No es necesario abrir nuevas instancias, que serían formas perniciosas, reprobadas por la tradición jurídica. La ley debe arbitrar los medios para una buena administración de justicia. Lo que no puede garantizar es que será perfecta. Con la doble instancia se dan las bases de un sistema estimable, que asegura la atenuación de los errores y el máximo de probabilidades de una sentencia justa, sin incurrir en excesos criticables desde otros aspectos (Costa, 1950: 17).

Beceña (1933) reseña que la apelación, como recurso que subsane los defectos de cualquier clase de una primera sentencia sustituyéndola por otra de contenido posiblemente diferente, aparece en la historia como un instrumento de concentración de poderes en manos del Soberano, y es por eso no se da en Roma contra las decisiones del *iudex privatus* en tiempos de la República, ni probablemente en los del Principado, y aparece como remedio normal en el Imperio cuando la centralización y el absolutismo encontraron en este recurso un medio que permitía la intervención del Soberano en una esfera hasta entonces entregada al dominio predominante de los particulares. La organización judicial del Imperio comprendía una serie de instancias, la última de las cuales, el Emperador, no podía ser alcanzada directamente ni para asuntos de cuantía inferior, pero cuya intervención facilitaba en la cuestiones de cierta importancia. Señala este autor que por ese mismo interés político de extender la soberanía por medio de la jurisdicción se explica la amplia admisión de la apelación por parte del Derecho Canónico y también por parte del Rey, quien en la lucha de la Monarquía con los Señores Feudales encontró en aquella una de las armas de más poderoso efecto para el fortalecimiento del Poder Real³¹.

³¹ Repárese además que el mismo poder centralizador se ejerció posteriormente a través del recurso de casación en la época de la Revolución Francesa, al concentrarse en la corte la facultad decisoria del estado (Hitters, 1985). Reseña Alsina (1957) que la apelación tuvo su origen en el Bajo Imperio cuando el príncipe delegó en presidentes y gobernadores la facultad de administrar justicia, como medio de controlar el ejercicio de la misma y que en la

Es asunto debidamente probado, decía Lascano (1969), que el recurso de alzada ha sido en sus orígenes, un medio de centralización y dominación de que echaron mano los monarcas, más que una garantía acordada a las partes para asegurar la justicia de las decisiones judiciales.

Efectivamente, el análisis histórico del embate es el que permite demostrar su contenido político y social: No cabe hesitación que el recurso lleva ínsito en sí una cierta desconfianza del litigante hacia el juzgador y, por ende, mientras el que resolvía los diferendos entre los ciudadanos era el Soberano (rey, monarca, patriarca) no fue procedente ninguna queja contra sus decisiones; las que por tener un fuerte sustento religioso, eran acatadas por los súbditos sin ningún tipo de alzamiento. Entre los germanos, reseña Alsina (1957), el recurso de apelación era desconocido, porque siendo la sentencia una expresión de la voluntad divina, aquella no podía ser injusta, desde que la divinidad no podía equivocarse. En la legislación española de los primeros tiempos – desde el Fuero Juzgo (L. II, t.1) - por el contrario, los recursos eran tanto más numerosos cuanto más se desconfiaba de los jueces; afirmación que se comprueba con solo examinar las leyes de Indias, cuyas disposiciones establecían varias instancias y concedían recursos que luego fueron desapareciendo. En otro tramo de su obra, el mismo autor también indica: En Francia, en 1305, Felipe Augusto creó el Parlamento de París encomendándole el conocimiento de las apelaciones en las causas graves, el que al principio fue muy resistido por los señores feudales, pero en 1453 se dictó la célebre ordenanza judicial que unificó la materia en todo el país y reglamentó el recurso de apelación. En la edad moderna el recurso alcanzó un desarrollo completo, incorporándose a los reglamentos procesales de los diferentes países. La revolución francesa substituyó el concepto de soberanía real por el de soberanía popular y consecuentemente no se concibió la apelación como un remedio procesal sino como arma política, para afirmar la intervención del poder central sino como arma política, para afirmar la intervención del poder central en la administración de justicia. La asamblea del 31 de mayo de 1790 se planteó la conveniencia de suprimir la apelación, pero aquella resolvió que “en todas las causas habrá dos grados”, principio que pasó al código de procedimientos y que fue seguido por todos los que le tomaron por modelo.

Sin embargo, y más allá de estas razones histórico-políticas, se detalla que la apelación satisface desde un primer momento necesidades más permanentes y de distinto orden.

época feudal alcanzó gran importancia política, porque era un instrumento de lucha del poder real contra los señores feudales. Citando a Pasini Costadoat, el mismo autor detalla que el recurso de apelación no nació como remedio procesal, sino por consideraciones políticas, pues fue un modo de asentar el poder central. Apareció en Roma con la iniciación del procedimiento extraordinario, que coincidió con la expansión política, en la que el príncipe era el depositario de la jurisdicción, reservándose el derecho de fallar en última instancia los procesos decididos en las provincias.

Dice al respecto Beceña (1933) que ante todo, la reacción espontánea, natural y justificada de quien se siente agraviado por una primera decisión para cambiarla a su favor. El recurso, en sentido genérico, tiene aquí una raíz psicológica que explica su universalidad. Y no se trata aquí exclusivamente de un tipo de reacción individual a cargo de la parte interesada originado en la defensa de sus derechos agraviados, sino más bien de un movimiento de la conciencia social, que en la imparcialidad que le da la desvinculación en que se encuentra con los intereses en conflicto acentúa la necesidad de un nuevo examen de la controversia [...] Acierta, a mi juicio Mortara cuando ve el origen de este sentimiento espontáneo hacia el recurso en el contraste entre la perfección ideal del concepto de justicia y la irreparable perfección del instrumento que la administra entre los hombres.

A tenor de este mismo argumento *psicologista* Carneluti explica los fundamentos del instituto de la impugnación en el proceso. No debe pasar desapercibido, dice el maestro de Milán, que tanto si el juez decide como si no decide sobre el fondo, en el noventa y nueve por ciento de los casos decide sobre el desacuerdo de las partes. Los casos de adhesión del demandado a la demanda del actor son tan raros como las moscas blancas. Esto quiere decir que si la decisión acoge a la demanda del uno, rechaza la demanda del otro. La balanza, si es baja de un lado, se eleva del otro. En términos vulgares, sin las partes son discordes no se puede contentar a los dos. Estas consideraciones absolutamente banales, descubren la insuficiencia del proceso como subrogado del acuerdo. Se cuenta con los dedos los casos en que una decisión consigue poner paz entre los contendientes; a menudo, desgraciadamente, en lugar de clamar hace más áspero el litigio. La parte vencida, en el noventa y nueve por ciento de los casos, clama a la injusticia. La parte vencida tiende a deshacer la decisión, que ha estatuido su vencimiento; la quiere quitar de en medio, quiere recomenzar desde el principio (Mattiolo, citado por Costa, 1950).

Esta última aspiración humana – tan generalizable ante el supuesto de vencimiento – es tenida en cuenta por el sistema cuando dispone la doble instancia. Con él se satisface el espíritu de rebeldía, de alzamiento, ínsito en el hombre. Mattiolo comprueba también que constituye una expresión de necesidad, de un instinto general del ser humano. Este desconfía siempre de sus primeras impresiones, de las deliberaciones con que decide su ánimo como resultado únicamente de un primer examen; siente la necesidad de volver sobre él, de someterlas a nueva indagación.

En todo caso, como enseñó Hugo Alsina (1957), la razón de ser de la revisión o el fundamento del recurso reside en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta, y los recursos no son otra cosa, como dice Carnelutti, que el modo de fiscalizar la justicia de la resuelto.

Como señaláramos en el comienzo de este capítulo, el número de instancia en el proceso resulta ser un asunto de improbable solución definitiva. Para decirlo en palabras de Couture, “en tanto se les brinde a los juristas la posibilidad de discutir sus problemas, el de la instancia única o múltiple, será motivo propicio de discusión. Cuando ya no les este permitido discutir, entonces habrá cesado el debate” (Couture, 1942).

En nuestro país, la opinión mayoritaria de este debate pareció estar radicalmente en contra de la doble instancia. Agustín Costa (1950) enuncia que entre aquellos juristas se contó a Jofré (1918), Alsina (1957)³², Lascano, Salvador de la Colina, Pasini Costadoat (1946). También lo estuvieron Rivarola, De Veiga, Anelo, Gómez y Moreno; Vélez Mariconde y Soler.

Asimismo, numerosos congresos y encuentros de juristas y abogados se pronunciaron sin vacilaciones por la supresión de la segunda instancia³³.

El mismo Costa (1957) detalla con reconocido mérito los inconvenientes – por cierto insalvables- que se han enunciado como obstáculos para admitir esta última; a saber: dilación de los juicios, encarecimiento de la justicia y aumento de cargas al estado; motivo de descrédito de los jueces de primera instancia cuando importa el reconocimiento de la ineptitud y malicia; rebaja la organización judicial al permitir que el juez de primera instancia –a sabiendas que el superior enmendará sus errores- descuide su función; si el fin es la mejor justicia con el mismo criterio habría que admitir una tercera o cuarta instancia o el sistema de sentencias conformes, vigente en el derecho canónico; si los jueces superiores han de ser en definitiva los que juzguen, lo mejor será someterles el juicio directamente, sin pasar por el trámite de una sentencia provisional; cuando a las sentencias están en desacuerdo, nadie puede aseverar que la del superior es más justa, puesto que el error o malicia debe aceptarse por gula en los miembros de ambos tribunales. En efecto, a todos es imputable la imperfección humana; el ejemplo de buenos resultados de algunos tribunales que excepcionalmente actúan como única instancia.

Sin embargo, en otros ámbitos, voces disidentes de la instancia única se alzaron y rebatieron aquellos argumentos exaltando a la doble instancia *cual preciosa garantía*

³² Dice el maestro Alsina en su tratado teórico-práctico: “La tendencia actual es hacia la supresión de los recursos, en la misma medida que se fortalecen las facultades del juez, y halla su expresión máxima en el establecimiento de la instancia única” (Alsina, 1957: 185). “la utilidad y conveniencia [de la doble instancia] son actualmente muy discutidas” (Alsina, 1957: 131).

³³ Entre ellos el Costa (1957) cita a la Primera Conferencia Nacional de Abogados, reunida en Buenos Aires en 1924; a la Cuarta Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, realizada en 1943; al Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939; Al Primer Congreso Argentino sobre oralidad de los juicios, reunido en la ciudad de Buenos Aires en 1942.

de control y seguridad A las opiniones italianas de Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Redenti y Solmi que sostuvieron su mantenimiento, se sumaron la del mismo Costa, Beceña, Ibáñez Frocham³⁴ y la del inigualable Couture (Ibañez Frochman, 1969).

Como decía Carnelutti (1971), el problema práctico que envuelve a la apelación se presenta en los siguientes términos: “Cuando el segundo proceso se efectúa con los mismos elementos del primero, ¿Qué probabilidades existen de que su resultado se aproxime más a la justicia?. Quien responda a esta pregunta sin pensar en ella demasiado, puede llegar a dudar de la utilidad de la apelación. Pero la secular experiencia advierte que debe existir ahí una utilidad, y la reflexión no tarda en descubrir su razón. La razón fundamental de la utilidad, y por ello de la vitalidad de la apelación, más que en el remedio contra la eventual injusticia, consiste en el acercamiento de su justicia.

Con su sublime pluma Couture (1942) sostuvo que la historia de la apelación se halla, así ligada a la historia de la libertad. La instancia única es, en último término, un homenaje de la justicia buena a la justicia rápida. Pero es evidente que detrás de la rapidez y la eficacia, está también la justicia de la justicia. Siempre hay en el fallo una porción de libertad que se halla comprometida; y por las mismas razones por las cuales nadie ansía sacrificar la eficacia de la justicia a su bondad, tampoco es posible sacrificar su bondad a la celeridad. El equilibrio entre el individuo y el poder, constituye el arte de la ley. Sacrificar una a otro, significa volcar irreflexivamente la balanza de la justicia; y lo que es más grave, en este caso, sacrificar al individuo o sacrificar a la justicia (Lascano, citado por Ibañez Frochman, 1969).

El remedio de la apelación es necesario y utilísimo- ya decía el Conde de la Cañada (1845)-. Por él enmiendan los jueces superiores los agravios que los que los inferiores causan en sus sentencias definitivas o interlocutorias por ignorancia o malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios e iniquidades que tal vez cometieran algunos jueces inferiores si no temieran que otros los descubriesen; finalmente, este remedio llena de satisfacción a los interesados al ver que concurren muchos Jueces a declarar su derecho.

En su obra intitulada *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*”, Costa (1950) articula una meticulosa defensa a la doble instancia, y con tal propósito enun-

³⁴ Defensor de la doble instancia, Frocham sostiene en su “Tratado...”: “En los últimos años hemos asistido en el país a un embate por **“la oralidad e instancia única”** en el proceso civil, proveniente al parecer de los cultivadores del procedimiento “penal”, al cual la nueva ley 17.454 supo sustraerse para bien del país [...]. A Menos que se garanticen jueces infalibles –resultado imposible- la “instancia única es un peligro”. -

cia razones en pos de su mantenimiento. Sostiene el autor que ella da las bases para una organización judicial altamente estimable y enumera que permite: “1) Crear un sistema de jerarquía judicial; 2) asegurar la selección de los jueces por medio de la carrera judicial y el escalafón, de modo que los magistrados de última instancia hayan rendido prueba, en el mismo ejercicio de la magistratura, de su ilustración, sensatez y experiencia; 3) asentar la disciplina judicial concediendo a los tribunales superiores facultades de superintendencia; 4) unificar la interpretación de las leyes; 5) recíproco control de la labor de los jueces; 6) utilizar a los jueces de primera instancia como instructores del juicio, limitando la apelación al examen de la sentencia en recurso.

Asimismo, en cuanto a la dilación de los juicios y el encarecimiento de la justicia, el mismo autor sostuvo: es verdad que una de las aspiraciones de nuestro tiempo conduce a garantizar una justicia rápida. Lo es también, que una justicia demorada equivale en muchas ocasiones a su propia denegación. Pero no debe atribuirse exclusivamente a la doble instancia el origen y la razón de la morosidad. La tradición muestra que la multiplicidad de recursos e instancias ha sido factor de dilación de los pleitos, pero más bien originados en su defectuosa reglamentación. Esta comprobación permite sostener que la doble instancia, libre de sus primitivos vicios, sigue siendo condición de una buena organización de judicaria. El problema consiste, por lo tanto, en nuestro concepto, en lograr el perfeccionamiento técnico de la institución y no en abolirla. Es mayor peligro el error que la demora. La pronta y definitiva resolución de los procesos y la economía de los juicios no deben ceder, expresa Mattiorlo citado por Costa (1950), en detrimento de la buena administración de justicia. [Y] Por lo que hace a ese mal endémico de nuestra justicia, la morosidad, tantas veces fustigada por la crítica sin que jamás se obtuvieran reformas o simplemente se dispusieran paliativos para reparar medianamente sus efectos perniciosos, parece constituir un padecimiento de todos los pueblos. La demora no es inherente a la doble instancia; obedece a la naturaleza del conflicto, que exige dar satisfacción a numerosos requisitos que aseguren una decisión justa. El vicio de la morosidad deriva de deficiencias de organización, que afectan todo el proceso y no solamente al trámite de la apelación. El perfeccionamiento de la ley, cuestión enteramente de técnica jurídica, es el vehículo para eliminarlo.

Ahora bien, ¿es la doble instancia una garantía constitucional?

3.2. Exigibilidad de la doble instancia

El Derecho Canónico asignaba a la doble instancia carácter de garantía individual, pues la apelación era considerada de derecho natural. Para quienes propugnan su mantenimiento, si bien hoy ésta “no constituye una garantía de orden individual, se la conceptúa indispensable para una buena organización judicial. El Estado cumple la

prestación de la jurisdicción con la primera instancia; la alzada, como medio de fiscalización, tiene carácter excepcional. (Mattiorlo citado por Costa, 1950).

Nuestro Supremo Tribunal Nacional reiteradamente ha señalado que el derecho de defensa en juicio no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social de obtener una sentencia eficaz (CSJN, 06.12.39, Fallos, 185:242).

El artículo 14 de la Constitución Nacional establece -como principio general- que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos por ella consagrados *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*.

Lógicamente, señala Loutaf Ranea (2009) con palabras de la Corte, esa reglamentación debe ser *razonable*. Con ello, la reglamentación legal de las garantías constitucionales no puede alterar el derecho que se reglamenta, lo que significa que no puede degradarlo y mucho menos extinguirlo.

En general, a razón de los procesos civiles, se considera que la doble instancia no configura una garantía constitucional de defensa en juicio. Pareciera entonces que no es inconstitucional que en éstos solo se implemente una instancia³⁵.

La inviolabilidad de la defensa en juicio, que solo exigen que el litigante sea oído, no depende del número de instancias que las leyes procesales establezcan según sea la naturaleza de las causas. De ninguna parte de la Constitución Nacional surge que la doble instancia constituya un requisito de la defensa en juicio en los asuntos que corresponden a las jurisdicciones locales, de conformidad con el art. 75 inc. 12; tampoco emana de la formulación genérica de la garantía realizada en el art. 18, ni de las normas referentes a la justicia nacional (108 y ss.); así tampoco del art. 5° que manda que cada provincia debe dictar su Constitución, en donde solamente se exige el aseguramiento de la “administración de justicia (Loutaf Ranea, 2009).

³⁵ En contra se ha dicho: “si bien es cierto que se encuentra consagrada como una garantía y un derecho por la Convención Americana a favor del imputado (*rectius* condenado), como lo hace similarmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) (Adla, XLIV-B, 1250), al ser una garantía primordial que se ver respetar en el marco del debido proceso legal, pasa a ser una garantía constitucional (art. 18 CN), **por lo que en virtud del principio pro homine, entiendo, que, el derecho al recurso se debe extender a las demás ramas del derecho (v. gr. civil, comercial, laboral, administrativo)**. No debería haber en nuestro sistema decisiones definitivas irrecurribles dictadas por órganos que juzgan en instancia única, como los hay respecto a órganos administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales, quienes imponen sanciones contravencionales o correctivas disciplinarias, lo que contraría claramente el derecho al recurso consagrado por la Convención Americana” (Gómez Claudio, 2013).

Sin embargo, si bien en nuestro país la doble instancia no es considerada una garantía constitucional de los procesos civiles, no ocurre lo mismo en los procedimientos penales; es la propia supremacía del orden jurídico la que lo impide.

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 emplazó a rango constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - conocida como Pacto de San José de Costa Rica – cuyo artículo 8.2h asegura a toda persona el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. Algo similar ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 14.5, dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescripto por la ley. De esta forma, desde el año 1994, la doble instancia ha sido expresamente consagrada como un imperativo constitucional (Tellas, 2012).

Ya con anterioridad a esa reforma constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997) sostuvo sobre el particular: Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte de un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales. El debido proceso legal carecería de eficacia sin la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa. El derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas...se viola entonces la Convención] en tanto no se asegure a toda persona el derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales En el caso “Herrero Ulloa vs. Costa Rica” la misma Corte Interamericana fijó las pautas a que debe ajustarse cualquier reglamentación del derecho al recurso. Allí sostuvo que el recurso interpuesto contra una sentencia condenatoria en sede penal “no satisface los requisitos del art. 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto al derecho de apelar, si tal vía no permitió al tribunal superior realizar un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal superior”. Luego, en la oportunidad de analizar el caso “Casal” retomaremos estas ideas y veremos con mayor claridad como la Corte Suprema de Justicia de la Nación sustentó en estos parámetros aquel decisorio (CIDH, “Herrera de Ulloa, Mauricio, c. Costa Rica”, 2/7/2004 La ley, 2005-B, 4979).

Finalmente -y en base a lo decidido en “Herrera de Ulloa”- en el reciente caso “Mohamed”³⁶, la Corte Interamericana de Derecho Humanos sostuvo que “el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado [...] El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona [...] Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria” (CIDH, Caso Mohamed vs. Argentina”, 23.11.12; publicado en la ley el 14.02.13).

Por lo tanto, si bien el diseño del juicio penal es materia reservada a cada Estado parte de la Convención, (sistema oral o escriturario), como los recursos y vías de accesos a las diversas instancias judiciales (ordinarios y extraordinarios); **ello, es así, en la medida que no desconozca el derecho del imputado a la doble instancia.** Por ello es que en el caso “Mohamed”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone al Estado Argentino el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el derecho al recurso del fallo condenatorio (art. 2, CADH) (Gómez, 2013).

Por lo tanto, importando el derecho al recurso una garantía constitucional, la apelación no puede en este fuero restringirse o denegarse en ningún caso. Los fallos que

³⁶ Los hechos del caso fueron los siguientes: un colectivero fue parte de un accidente de tránsito en el cual falleció un peatón. En primera instancia, el imputado fue absuelto. Apelada la decisión por el Ministerio Público Fiscal, aunque sin presentar agravios que sustentaran el recurso, el fallo fue revocada por la Cámara de Apelaciones, concluyendo en una condena por homicidio culposo. La defensa interpuso recurso extraordinario federal, el que fue denegado y dio lugar a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el remedio federal aplicando el art. 280 del Cód. Procesal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó a Argentina por la violación del art. 8.2 de la CADH.

antecedentes, lo reafirman una y otra vez. Pero, como dijéramos, no ocurre lo mismo en el ámbito civil y comercial.

En este último fuero, puede además, que no en todos los casos convenga poner en movimiento el mecanismo de revisión. Como decía Costa (1950), todo redundaría en una cuestión técnica, de adaptación a las nuevas necesidades y principios que mantienen la institución. La doble instancia – decía este autor – es un problema que atañe a la organización judicial como elemento de una buena administración.

Veamos entonces en que se han sustentado los criterios restrictivos en aquella materia.

3.3. Doble instancia y restricción recursiva: distintos aspectos en el proceso civil y comercial

Como la celeridad y la aspiración de mejor justicia no van de la mano, la tarea del legislador procesal radica en encontrar un sistema que permita lograr un equilibrio entre ambas.

Como decía Eduardo J. Couture

Por la necesidad de justicia, sería menester dejar el proceso siempre abierto a una posibilidad de renovación y otorgar una serie ilimitada (ilimitada en cuanto a las formas y en cuanto al tiempo de interposición) de recursos, con el objeto de reparar los vicios que con el andar del tiempo puedan hallarse en la sentencia. Pero al lado de la necesidad de justicia aparece la necesidad de firmeza. La necesidad de firmeza exige que se declare de una vez por todas cual es la justicia, o sea cual es el derecho que el Estado reconoce. Todo el problema de los recursos no es otra cosa que una pugna entre ambas exigencias. Las sentencias deben ser justas, pero una forma de injusticia consiste en que se invierta la vida entera para llegar a la sentencia definitiva” (Couture, 1958: 284)

Este tema se le plantea al legislador como un dilema entre el principio de economía procesal y el de justicia en la decisión: ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia. Pocos buenos resultados ha obtenido esta tarea a lo largo de los años.

Decía David Lascano citado por Ibañez Frochman (1969): Generalmente la modalidad y extensión de los recursos judiciales, como la mayoría de las instituciones de derecho procesal, ha estado en relación con el sistema político del país que los ha legislado. Entre nosotros, no cabe duda, que su regulación en los códigos de proce-

dimiento, ha obedecido más que a razones de orden jurídico, a principios políticos propios del ordenamiento estatal que nos rige. La idea de que la función primordial del estado es la de asegurar los derechos del hombre, ha debido hacer que se considerara a los recursos como uno de los medios acordados a los particulares para contrarrestar la arbitrariedad de los jueces. Y puede afirmarse que la restricción de ellos en los regímenes autoritarios, obedece al propósito de fortalecer aún más la autoridad de los gobernantes.

Enseña Alvarado Velloso (2000) que el control recursivo –y, principalmente el de la apelación, que es el recurso por excelencia- importa una necesaria dilación en el trámite del litigio y, con ello, un inevitable uso de tiempo. Tan simple circunstancia, sumada a la secular insuficiencia de los operadores del sistema para dar pronta y cumplida respuesta a todos los problemas que se les presentan a diario, ha hecho entrar al valor *seguridad* en clara tensión con el valor *celeridad*. Y buscando el legislador la construcción de una suerte de armoniosa convivencia entre ambos, ha aceptado normar la posibilidad de tal control de doble grado de conocimiento, pero restringiéndolo con mayor o menor severidad en varias oportunidades a base de aplicarle a muchos casos claras hipótesis de inadmisibilidad que ha imaginado andando los años y que, por cierto, vedan el acceso al control recursivo. Con lo cual, como es obvio, ha desaparecido de hecho la actividad controladora en importantísimo número de asuntos justiciables (en rigor, los más) con notable demérito de la justa solución de los litigios y de la eficacia del proceso como medio por excelencia para mantener la paz social.

Así, el mismo procesalista enuncia que la admisibilidad de todo recurso se ha subordinado a diferentes aspectos, a saber: importancia jurídica del tema, importancia económica del agravio, deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede llegar a evitar la alzada; inexistencia de competencia funcional superior para el caso, por renuncia de los interesados.

Cuando se restringe o más aún, se suprime la instancia revisora, claramente se gana en brevedad, simplicidad y economía. Como decía Beceña (1933), para lograr estos objetivos no hay nada más simple que la supresión. El problema está en averiguar si estas ventajas puramente externas del proceso se obtienen con sacrificio de las necesarias y mínimas garantías que aquél debe ofrecer a los ciudadanos y, en segundo lugar, si los mismo beneficios pueden o no buscarse y conseguirse con reformas de aquellas *accidentalía* procesales de las que nuestro ordenamiento ofrece abundantísima y exuberante flora, sin disminuir por ello el valor que toda ordenación procesal debe representar para el Estado que legisla y administra justicia y para el ciudadanos cuyos derechos no tienen más protección posible que ésta frente al resultado (Costa, 1950). Por tanto, si la doble instancia -como ejemplo de institución democrática- ha de contribuir con ella, resultará necesario que el legislador contribuya, ineludiblemente, a consolidarla.

Un aspecto de tales basamentos radica, precisamente, en la elección de las reglas de debate que mejor la garanticen. Como dijimos, el problema del legislador procesal en la determinación de las reglas reside en lograr una coordinación que permita el ejercicio de las garantías y, concretamente, que con su implementación, no se desnaturalice la esencia misma del proceso.

Si se comparte con Costa (1950) que nada puede llevar al espíritu del hombre mayor tranquilidad y sosiego que saber que sus conflictos serán resueltos por órganos jurisdiccionales sometidos, a su vez, a la fiscalización de otros cuerpos de más alta jerarquía y de mejor capacidad técnica; y si, como este autor sostiene, la justicia resulta ser la primera necesidad de los pueblos y el más caro y codiciado anhelo del hombre, todo sacrificio que se encamine a su realización ha de aparecer pequeño.

3.4. El alcance de la revisión: Los recursos ordinarios y los extraordinarios.

Si bien la mayoría de los ordenamientos vigentes en nuestro país consagran un doble grado de conocimiento (ordinario) con juez unipersonal en el primero y tribunal colegiado en el segundo, algunas provincias legislan para ciertos asuntos un juzgamiento en única instancia ante tribunal colegiado (Alvarado Velloso, 2000).

Las vías recursivas con las que los particulares cuentan para acceder a los órganos superiores son varias y de diversa índole.

Ciertamente, la variedad y vastedad de recursos hacen de por sí dificultosa toda sistematización a su respecto (Couture, 1958). No obstante, se los clasifica fundamentalmente en dos grandes categorías: ordinarios y extraordinarios.

El objeto de los recursos ordinarios es el de reparar una extensa gama de defectos, mientras que los extraordinarios están destinados a subsanar ciertos y determinados supuestos. Para los recursos ordinarios – es decir, los que viabilizan el doble grado de conocimiento ordinario- es suficiente un gravamen genérico y una crítica a la providencia recurrida por considerar el peticionario que ella es injusta, ya sea porque el juez valoró mal la prueba o apreció incorrectamente los hechos, o porque aplicó mal el derecho, o la resolución es nula por no haberse observado los requisitos de forma que la ley determina. En los recursos extraordinarios, en cambio, por su propia excepcionalidad se exige un gravamen específico y, generalmente, solo proceden cuando se aplica mal el derecho; las cuestiones de hecho, en principio, quedan excluidas” (Arazi, 2012).

Importa entonces tener presente que en la apelación, recurso ordinario por antonomasia, se examina el “*hecho*” y el “*derecho*”. Por tanto, la impugnación tiene que circunscribirse a la crítica de la operación mental del juez al elaborar la decisión, a su razonamiento, *como errónea por falsa apreciación de los hechos o equivocada apli-*

cación o interpretación del derecho; no puede radicarse en otros vicios, que dan lugar a distintos remedios (Costa, 1950).

En cambio, en la casación, cual vía extraordinaria, se examinará –por vía de principio³⁷– sólo el “*derecho*”. Si se desprecia este distingo, decía Ibañez Frocham (1969), cabría que un tribunal de casación se convirtiera en un verdadero peligro público sí, con todo el poder que inviste, se creyera competente para rever conclusiones fácticas, cuando su misión es ajustar a ellas la correcta definición jurídica.

Por tanto, la recepción normativa de tipos o categorías de recursos está íntimamente relacionada con otros aspectos del diseño del trámite, cual la posibilidad de registro o resguardo del material probatorio. Precisamente, el carácter que se dé al sistema impugnativo implicará que éste sea o no revisado.

En tal alcance, si se legisla un amplio espectro de actividad revisora y, concretamente, el recurso ordinario de apelación, debe –necesariamente– preverse que a lo largo del trámite de la primera instancia pueda orquestarse una suficiente documentación y total resguardo de la prueba. Caso contrario, la carencia de estos últimos y la imposibilidad revisora del hecho por parte del superior³⁸, podría implicar hasta la nulidad del decisorio sometido a recurso; siempre, claro está, en la medida de los agravios esgrimidos.

Sí, en cambio, se recepta la instancia única y no el doble grado de conocimiento ordinario, las reglas referidas al modo de expresión y a la presencia o no del juzgador en la tramitación de la serie, no suponen mayores obstáculos. Es más, la actividad de “documentación” que en el caso anterior resultaba condicionante, ahora devendría superflua e innecesaria.

Ahora bien, sí por ejemplo, en materia penal se exige la revisión amplia de la sentencia condenatoria, la posibilidad casatoria– al menos en su estricto sentido– resultaría por regla insuficiente. Ello puede motivar inconsistencias entre el diseño del trámite y el sistema recursivo, requerir pautas claras de interpretación del alcance de la actividad casatoria por parte de los tribunales superiores o hasta en caso extremo, la propia inconstitucionalidad de la normativa procesal que con ello no se condice (v. gr. arts. 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 75 inc. 22, Constitución nacional).

³⁷ La Corte reiteradamente ha expresado que determinar si concurren o no las circunstancias o condiciones que tornan de aplicación una determinada norma o precepto jurídico constituye una cuestión de hecho sólo revisable en casación si se alega y demuestra la existencia de *absurdo* (SCBA, “Acuerdos y Sentencias”: 1988IIp. 639).

³⁸ Ello porque la propia apelación implica el examen del superior de las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubieses sido materia de agravios.

Veremos prontamente como, a nuestros fines, estas últimas conclusiones adquirirán trascendencia.

Tercer parte

La coexistencia de las reglas y sus efectos

1. Oralidad, intermediación y doble instancia

La oralidad y la instancia única son conceptos que en la doctrina marchan conjuntamente. Es así que numerosos tratadistas les conceden una relación íntima (Pasini Costadoat, 1946).

Precisamente, una de las objeciones más frecuentes que se esgrimen contra la oralidad es que no permite el desenvolvimiento de la doble instancia en todos sus despliegues. Como ya lo decía Don Santiago Sentís Melendo no se ve muy claro esa compatibilidad de la oralidad y la doble instancia. En términos generales, para él, la oralidad y la instancia única iban unidas (1956).

El tema no es casual sino consecuencial.

Precisamente se dice que la oralidad habría sido la característica de los procesos romanos hasta que se instauró la *appellatio*, momento en el cual, *como consecuencia de la necesidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior de lo actuado por el inferior, se hizo necesaria la protocolización de los procesos*. Tal evolución, por su parte, tuvo un punto de inflexión en 1215, en el proceso italo-canónico, con una razón de fondo casi idéntica a la romana, centrada sobre todo en la constancia de todas las actuaciones: interesaba que se hiciera constar en acta lo acaecido en el juicio, a fin de que posteriormente no pudiera ser negado falsamente (Gimeno Sendra, 1981) (Estrada, 2002). Por lo tanto, y no obstante que la idea se exageró con los años, es precisamente a cuento de la revisión que se implementa paulatinamente la escritura en el juicio.

Desde el siglo XII la escritura dominó en el proceso europeo. Las razones de ello son muy variadas, pero una de ellas, y no la menos importante, fue la que Inocencio III expuso en la famosa Decretal de 1216 que marcó el triunfo completo del principio de escritura: Se trataba, con base en la desconfianza frente a los jueces, de proteger a las partes contra *falsam asertionem inique iudicis*; esto es contara los jueces inicuos. El juez tendría que basarse para decidir un asunto en lo que constaba en la causa por escrito, y a partir de ahí surgía la posibilidad de que con los recurso se pudiera controlar su actividad. Este sistema predominó en Europa desde el siglo XII hasta el XIX, y todavía hoy es la base de muchos procedimientos (Montero Aroca, 2010).

“Apelación” y “escritura”, por tanto, como decía Couture (1942), son ideas inseparables; ello así porque el tribunal de alzada -que forma un órgano jurisdiccional distinto del de “primer grado”- puede solamente conocer lo que ha sucedido ante este último, mediante la redacción escrita de las actuaciones de primera instancia. El expediente judicial está destinado casi exclusivamente a servir de elemento básico y fuente de conocimiento al tribunal de alzada” (Pasini Costadoat, 1946).

Así Ramón Dolz concluyó que:

El juicio oral se relaciona con la teoría de las instancias: juicio oral, instancia única. Porque la oralidad no permite ser llevada en apelación; porque para ser llevada la oralidad a la apelación, las audiencias deben ser tomadas por taquígrafos. El juicio oral se convertiría en escrito; entonces, ¿para que el juicio oral?. La oralidad no puede coexistir con la doble instancia, porque sería necesario reproducir los actos procesales en ambas instancias” (Dolz, citado por Pasini Costadoat, 1946).

Pensemos ahora que sucede en relación a la inmediación.

Si es que se admite la apelación mediando inmediación en la valoración de la prueba, la *reproducción de esta última* ante el órgano superior parecería ineludible.

Precisamente, en lo referido a la formación del material de conocimiento, Chiovenda (1940) sostenía que los poderes del juez de la apelación frente a la iniciativa de la parte son los mismos que los del juez de primera instancia, tanto en punto a la determinación de las normas, como respecto a la determinación y verificación de los hechos. En cuanto al material de primera instancia, pertenece a la segunda, pero debe ser *producido* ante el juez de la apelación por una u otra de las partes; o sea que se debe aportar ante el juez de la apelación aquello que tuvo delante el juez de primera instancia, en lo que se refiere al extremo de sentencia impugnado. La sanción establecida para el incumplimiento de esta obligación es rechazarse de plano la apelación sin examen (art. 489; RD. De 31 de agosto de 1901, art. 51). Es rechazada la apelación sin examen cuando el apelante, si bien compareciendo en juicio, no presenta los documentos que hemos enumerado *en el debate ante el tribunal pleno*, a menos que lo haya depositado previamente en la secretaría, notificando el depósito.

El problema radica entonces en la “factibilidad” de cumplimentar tal reproducción en resguardo de la inmediación. Es que si la apelación va a suponer que la prueba sea practicada una segunda vez, si los testigos o los acusados declaran ante la Alzada nuevamente, no hay porque pensar que no operaría esta como si fuese la primera. No se revisa lo que hizo el “a quo”, sino que parte de cero, *ex novo*. Se pierde, consiguientemente, una instancia (Villegas Fernández, 2009).

Si la regulación legal del recurso de apelación se debe dar, como dijimos, desde un plano de revisión plena del material –fáctico y jurídico- de la primera instancia, se nos conduce a un panorama “confuso” o “contradictorio” entre la oralidad y la segunda instancia; por un lado, la amplitud de control de material probatorio practicada en la primera instancia, y por otro, la necesidad de respetar la valoración probatoria realizada por el juez a quo (Picó Junoy, 2011).

Por estos y otros argumentos se ha sostenido que el sistema de oralidad, evidentemente, no se adecua al de la doble instancia (Loutayf Ranea, 2009). Y, no obstante la opinión de su acérrimo defensor italiano (Chiovenda, 1925) y de un buen número de coterráneos (Alsina reseña quienes entre nuestros autores, fueron partidarios de la oralidad: Tomás Jofré, Rodolfo Rivarola, David Lascano, Manuel Gonnet, Eduardo Augusto García, Velez Mariconde, citado por Alsina, 1950), en nuestro ámbito se ha dicho que “la oralidad y la instancia única van de la mano (Peyrano, s/a).

El mismo Carnelutti (1944) cuando analiza las relaciones entre los procedimientos de primero y de segundo grado da razones para argumentar en este último sentido. Decía el profesor de la Universidad de Milán: “Si se aplicase íntegramente el concepto puro de la *renovación*, conduciría a considerar, por un lado, que el juez de segundo grado debe efectuar ex novo su camino como si el proceso de primer grado no hubiese existido; por otra parte, dos órdenes de exigencias llevan a modificar este riguroso punto de vista. La primera de las aludidas exigencias se refiere al principio de economía. El proceso de primer grado ha existido históricamente, y sería antieconómico que no pudiesen utilizarse sus resultados para ahorrar trabajo al juez de apelación e incluso a la partes. Esta observación se refiere tanto a las *razones* como a las *pruebas*. En cuanto a las pruebas no es necesario renovar en apelación la asunción de las pruebas constituyentes, que representa uno de los mayores dispendios del proceso; por ello se admite unánimemente que, cunado por ejemplo, el juez de apelación crea necesario valerse de la prueba testificar asumida durante el primera grado, no necesite volver a oír a los testigos. Sin embargo, en este punto la economía puede ocasionar grave daño a la justicia, por la pérdida de la ventaja que supone la *inmediatividad* en la inspección de las pruebas; la gravedad de este daño la conocen bien los prácticos del proceso penal, que comprueban a diario cómo el juicio de apelación se desenvuelve, precisamente por ello, con garantías de justicia incomparablemente menores que las del primer juicio. La clave del problema debiera consistir en una norma que permitiese al juez de apelación renovar la inspección siempre que la considere útil, y en una práctica en la que el juez haga uso efectivo de dicho poder.

La tríada oralidad-inmediación-revisión propone entonces un dilema de difícil solución; más cuando en pos de la implementación de los dos primeros, la limitación a la posibilidad de revisión, en ciertos aspectos, se torna ineludible. Carnelutti lo supo y ante el enaltecimiento de la oralidad en un congreso celebrado en nuestro país, el profesor sostuvo que *la ventaja que en su caso puede procurar la oralidad a la justicia sería neutralizada por el daño de la instancia única, es decir por la pérdida de*

la apelación: “No vacilo por ello en declarar que considero, al menos en las causas más graves, la abolición de la segunda instancia como un paso atrás, que la Argentina daría en el camino hacia la perfección del derecho; y en formular mis votos porque una más larga meditación pueda convencer a mis queridos colegas a modificar sus ideas al respecto (Carnelutti, 1948).

Ciertamente, la limitación en cuanto a la posibilidad de la revisión puede que en nuestra cultura jurídica no haya significado un dato menor en detrimento del método oral; más si el trabajo del jurista ha de estructurarse teniendo en cuenta nuestros antecedentes históricos³⁹, nuestra constitución política y nuestra particular idiosincrasia para que su aplicación responda a las necesidades del pueblo y de la hora en los cuales debe regir (Podetti, 1963).

Como a razón de la implementación de otros institutos en nuestro ordenamiento jurídico se ha dicho, “el Derecho es un oficio de lugar” y “las perspectivas cambian según las culturas. Es bueno que examinemos otros sistemas, pero también establezcamos cuales son las características locales y como definimos el contexto argentino (Trionfetti, 2006).

Para plantearlo en los términos más simples posibles, diría que el proceso oral reposa sobre estos dos fundamentos: la autoridad del juez y el contralor del público sobre la justicia. Todo lo demás es episódico; el hablar o el escribir es la periferia de las cosas; lo fundamental es que el juez gobierne el proceso y encauce la voluntad de las partes, por un lado; y que el pueblo haga el contralor sobre esta actividad fundamental del estado por otro. En el proceso americano, el primero de esos dos supuestos, fracasa. La oralidad para ser implantada, tiene necesidad de crear un estado de confianza en el juez. Se apoya en un principio de fé; y la fé en el derecho, no es una cosa que viene de arriba abajo, sino que nace de abajo hacia arriba; que no se impone por acto de autoridad del estado, mediante un código de tal o cual escritura, sino que nace de la conciencia misma del pueblo, hecha de seguridad en el honor y rectitud de sus magistrados. El otro fundamento, el del contralor público de la justicia, reposa sobre una admirable traición democrática. En el juicio oral, los protagonistas no son ni el juez ni las partes. Yo diría que como en las operas rusas, el protagonista es el

³⁹ Respecto de la Argentina, la oralidad y su modelo de proceso civil se ha dicho “Argentina permanece aferrada a un proceso civil caracterizado por la falta de inmediación entre el juez y las partes, la delegación de funciones, la ausencia de concentración de sus distintas fases, la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso. Alsina (1950) demostró que de los ochocientos artículos del Código Procesal de 1880, trescientos noventa y dos fueron tomados de la Ley de Enjuiciamiento de 1855. Es interesante observar la explicación de Montero Aroca sobre la larga vida de las Leyes de Enjuiciamiento, de la segunda mitad del siglo XIX, cuando sostiene que en España se coincidía sobre los beneficios de mantener la legislación tradicional; consideraban que un proceso escrito, complejo y fragmentado constituía una garantía para la seguridad jurídica y su lentitud se debía exclusivamente al volumen de asuntos” (Oteiza, 2009).

pueblo; es él el que está sosteniendo con su aliento, día a día la vida misma de la justicia.

Es que como lo entendió el procesalista oriental, los pilares basales de la doble instancia, de la revisión y, aún más de la amplitud recursiva, los constituyen no solo el reaseguro contra la falibilidad humana sino también - y no en menor medida - el resguardo de los particulares frente a la desconfianza; frente a la desconfianza social a la autoridad o el recelo que en la sociedad toda pueda generar *la figura del juez*. La segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable. Y, en todo caso, constituye un predominio de la razón sobre la autoridad (Couture, 1958).

Es además un hecho de la realidad que en un proceso oral no pueda evitarse que al menos que en la fase de la impugnación, haya un nuevo juez. Y que con esta nueva intervención, se marque, como señalara Carnelutti la indeseada ruptura de la concentración y de la inmediación en relación a los actos cumplidos precedentemente. Más, porque resulta poco práctico pretender que el juez del recurso deba recomenzar siempre todo desde un principio (Cappeleti, 2002).

Es que el juicio oral sólo logra sus mejores resultados cuando la decisión se confía a un tribunal colegiado que asiste a la vista de la causa y recibe directamente el material probatorio y las alegaciones de las partes. Entonces, la sentencia que dicte sobre la base de las frescas impresiones vividas, podrá ser irrevisable en cuanto a los hechos que repute probados; siendo, en todo caso, tema de apelación —si es que se instituye tribunal de alzada— sólo la decisión de las cuestiones de derecho. De no ser así, se dará la absurda situación de querer rectificar ante el tribunal de segundo grado una apreciación subjetiva de los hechos, cuyas pruebas, recibidas oralmente por el inferior, no llegan a conocimiento de la alzada sino a través de una débil imagen esbozada en el acta escrita que se redactó al dictado del mismo juez cuya opinión se procura controlar. Podríamos decir que, como en definitiva el fallo que alcanzará la autoridad de la cosa juzgada será el del tribunal de apelación, habría conocido íntimamente el material de la causa el juez que no la decide; y pronunciará la sentencia definitiva un tribunal que no alcanzó a conocerla del mismo modo. De esta manera, la oralidad y la inmediación como invitados de honor — entraron al proceso por una puerta para salir pronto por otra, sin dejar en aquél los efectos saludables de su paso (Eisner, 1963).

Analizando la posibilidad de la revisión en el juicio oral y en el escrito, tantos años atrás De la Colina ya concluía:

Si la justicia hubiera de administrarse en dos instancias, es preferible la forma escrita, porque conserva los alegatos y las pruebas para el estudio del juez del alzada. De otro modo habría que hacer en segunda instancia una reproducción del debate y de las pruebas de la primera, o dar a los jueces superiores, por única base para su fallo, las actas labradas ante el inferior. Pero si ellas no son

muy minuciosas, no darán idea cabal del pleito, y si lo son, el juicio se vuelve escrito. Se infiere de esto que la oralidad es más apropiada para la instancia única, y la forma escrita, para cuando haya dos o grados (De la Colina, 1915:374).

2. La inmediación y lo irrevisable

Se debe tener presente que, como ya lo explicitáramos, cuando se habla de segunda instancia no nos referimos a un *nuevo juicio* o a una reproducción del juicio ya acaecido ante un nuevo tribunal.

Ha discutido la doctrina autoral la naturaleza del recurso de apelación. ¿Importa un nuevo examen o constituye un nuevo juicio?, se preguntaba Hugo Alsina (1950) El distingo tiene importancia, porque en el primer caso, el material sobre el cual debe trabajar el tribunal de apelación es nada más que el acumulado en la primera instancia, en tanto que en el segundo pueden deducirse nuevas pruebas. Para nosotros es nada más que un doble examen, pues el tribunal de apelación sólo puede fallar sobre lo que es materia del recurso.

Porque si bien, pueden en la alzada proponerse nuevas defensas (prescripción), hechos nuevos (posteriores al auto de apertura a prueba de primera instancia o anteriores pero desconocidos), o producirse prueba respecto de los hechos alegados en primera instancia, cuya prueba no se realizó sin culpa de las partes, la excepcionalidad de ello confirma el principio antedicho. En la *concepción revisora* la apelación no importa estrictamente una revisión de la instancia anterior, sino una revisión de lo decidido en esa instancia a la luz de los elementos de juicio introducidos en ella (Palacio, 2003).

Sin embargo, con sentido jurídico estricto se explica que, cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen *dos sucesivos exámenes y decisiones* sobre el tema del fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. Así, en rigor, el doble grado o instancia permitiría dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate (Montero Aroca, 2010). Por lo tanto, si así se entiende el doble grado o instancia, hay que concluir que en nuestro proceso, en sentido estricto, ésta no tiene lugar: lo que tenemos, es pues, una *apelación limitada*⁴⁰.

⁴⁰ Dicen los mismos autores” Estamos ante una apelación limitada cuando el tribunal superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las parte puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas (salvo supuestos excepcionales que no desvirtúan lo dicho). A pesar de esta limitación, la función del tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen. Gómez Orbaneja, (s/a).

También debe desterrarse la falacia de que un juicio puede repetirse dos veces por la reiteración de la totalidad de las actuaciones ante otro tribunal. Nótese que como con el cauce del río de Heráclito o como con el mundo de la vida, aquellas actuaciones - al menos en la manera en que se desarrollaron - son realmente irrepetibles.

Ello es así por el efecto gravemente condicionante que la primera experiencia procesal tendría en las representaciones y en las actitudes del imputado y de los testigos, en incluso, en las del mismo juzgador, que nunca lo sería ya de *primera instancia*. Por eso, el dato base que hay que tomar en consideración no es que el juez o tribunal de segunda instancia vaya a carecer de contacto directo con las fuentes personales de prueba. Es que este contacto, en condiciones de cierta genuinidad, sólo está al alcance -y por una vez- de un primer juzgador cuya decisión no puede quedar blindada, por sólo esto a la fiscalización jurisdiccional (Ibañez Perfecto, 2004).

Sin embargo y no obstante los esfuerzos que se intentan desde la argumentación judicial, el problema de la oralidad-inmediación y la revisión de las sentencias está instalado. Radica principalmente en que los tribunales casatorios, como es sabido, acuden a menudo al “argumento de la inmediación” para denegar recursos por inadmisibilidad formal, esto es, sin siquiera ingresar al fondo del asunto (Perez Barberá, 2006). Es decir, con fundamento en la sola forma del debate, los órganos revisores pueden poner en crisis nada más y nada menos que a la *propia posibilidad de revisión*.

Además, - y sin llegar al supuesto del ámbito recursivo extraordinario - en países en los que se han implementado la oralidad y la intermediación judicial en el proceso civil, la tensión intermediación-revisión es aún un problema pendiente de resolución. Es más, como una de las alternativas para solucionarlo se ha propuesto modificar la regulación del recurso de apelación y excluir de su ámbito la errónea valoración de la prueba (Picó Junoy, 2011); no obstante que ello supondría eliminar la tradicional configuración de la apelación como ordinaria para convertirla en extraordinaria, y así prescindir de la garantía de una verdadera y plena segunda instancia.

Picó Junoy (2011) al analizar la revisión en el proceso español reseña que en el ámbito estricto del proceso civil, encontramos numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que impiden en apelación el control de la valoración de las pruebas personales practicadas en la instancia por vulnerar el principio de intermediación.

Sobre el particular, el catedrático español cita variada jurisprudencia que desde esta perspectiva, así lo interpreta: Dada la naturaleza del motivo de impugnación implícitamente formulado, debe comenzarse por recordar que la intermediación sitúa al juez de primera instancia en una posición privilegiada para valorar la prueba practicada en su presencia, lo que, unido al principio de libre valoración efectuada por el juez a quo debe ceñirse al respecto de las reglas relativas al *onus probandi*, a la legalidad de la

prueba practicada y a la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad de las apreciaciones y conclusiones que se extraen de dichas pruebas. Desde esta perspectiva, no puede hacerse reproche alguno a la valoración que hace el juzgador del resultado que arroja la prueba (conclusiones fácticas impugnadas) en función del cúmulo de impresiones directas que el principio de oralidad e inmediación le permite, pudiendo aquel apreciar personalmente su resultado así como la forma de expresarse y conducir de los testigos y las partes en la narración de los hechos. Así no existe obstáculo legal o procesal que impida otorgar mayor credibilidad a la declaración de uno o varios testigos frente a la versión ofrecida por otros o por las partes, no siendo revisable la (valoración de la) prueba practicada en la instancia en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador al no intervenir esta Sala en la actividad probatoria, evitando con ello el riesgo de incurrir en interpretaciones subjetivas.

Picó Junoy (2011) sostiene que este tipo de razonamiento adolece de un error conceptual por confundir el recurso de apelación –ordinario- con el de casación –extraordinario. Al respecto hace notar el autor que el recurso ante la Audiencia Provincial es precisamente una segunda instancia, donde debe procederse libremente a “revalorar” los resultados de la prueba practicada, sin limitarse a corregir errores manifiestos o valoraciones ilógicas, absurdas o irracionales de los jueces de instancia. Y concluye -siendo consciente de que su solución no es pacífica- con que: la configuración de la segunda instancia como un *revisio prioris instantieae* es compatible con la posibilidad de controlar la valoración judicial de las pruebas personales practicadas en la primera, *siempre que exista oportuna grabación audiovisual de lo realizado en dicha instancia, no suponiendo ello una vulneración de la debida garantía procesal de la inmediación judicial.*

Diremos entonces que *si ello no sucede*, se cercenaría la posibilidad de revisión en el proceso por el propio efecto de la inmediación. En cambio, *si ello acontece*, la revisión sería en cierto aspecto posible, pero ineludiblemente el grado de inmediación del juez de la Alzada, menor y distinto.

3 La inmediación y la posibilidad revisorio en materia penal: El fallo “Casal”

Tal como hemos reseñado acápite más arriba, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió en reiteradas ocasiones sobre la inadecuación de nuestra normativa interna en materia penal, al derecho del imputado a tener un recurso accesible y eficaz, de carácter ordinario, que pueda revisar el fallo condenatorio; tanto en cuestiones de hecho como de derecho. Como vimos y, por vía de principio, las cuestiones fácticas exceden a la casación.

Es que si bien es cierto que el diseño procesal del juicio penal es materia reservada a cada Estado Parte (sistema oral o escriturario), como los recursos y vías de accesos a las diversas instancias judiciales (ordinarios y extraordinarios); ello, es así, en la medida que no desconozca el derecho del imputado a la doble instancia (Gómez, 2013).

Ello ha motivado que la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia penal fuera mudando en el tiempo, en lo que mucho tuvo que ver la reforma constitucional de 1994 y los instrumentos internacionales por ella incorporados – con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22)- y sus órganos internacionales de aplicación.

A los fines de adecuarse a las exigencias internacionales, en el fallo “Casal” del 29.09.05 (Fallos: 328:3399), la Corte Suprema da un último viraje a su posición sobre la doble instancia y con ello “imprime un nuevo diseño al recurso de casación nacional, en la que se acepta la revisión total del pronunciamiento recurrido y el examen de las cuestiones de hecho y de prueba, a fin de adecuarse a la mentada exigencia internacional sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad, que es, un acto extremo (...) (CSJN, “Casal, Matías E. y otro”, 20.09.05, en DJ, 14/06/2006).

Así, el recurso de casación, extraordinario y reducido a cuestiones de derecho, pasa a ser lo que es llamado en forma doméstica como un recurso de casa/apelación, en donde el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, debe agotar la revisión (de hecho y derecho) de lo revisable (Gómez, 2013).

Es decir, con ello puede decirse implementada una fórmula que pretende armonizar la oralidad en el proceso y la inmediación de un órgano colegiado respecto a la prueba, con el derecho a un recurso de amplio espectro u objeto a favor del condenado. O, lo que es igual, una fórmula que ante la oralidad y la inmediación en el debate procesal, instrumente la “*ordinarización de la casación*”, logre la “máxima revisión posible” y logre salir airosa del “control de convencionalidad” que todo órgano judicial de oficio debe ejercer sobre la normativa interna.

Para la consecución de tales fines, en el fallo “Casal”, la Corte ha explicitado directrices que tienen gran relevancia para nuestro tema en estudio. Porque si bien resulta claro que lo “*no controlable*” en casación es lo que depende directamente de la inmediación, en aquel pronunciamiento el cimero tribunal dio una determinada extensión o alcance al término “inmediación” en lo que la torna para ello, es decir para la revisión, una limitante.

La Corte delineó en qué consiste *aquello* que deviene de la inmediación y que por ello es indefectiblemente irrevisable. Ha dicho: para decirlo con una fórmula: decisión caso por caso y minimización de los propios límites por aplicación del máximo esfuerzo revisor (Pérez Barberá, 2006).

Conforme el alcance otorgado por el máximo tribunal nacional, el paradigma de la revisión debe centrarse en “la revisión integral de la sentencia condenatoria (Solimi-

ne- Pirozzo, 2008) y de todos aquellos argumentos en los que se haya sustentado la condena; es decir, de aquellas premisas cuya modificación tiene aptitud para alterar la condena o la pena a favor del recurrente. En consecuencia, ese carácter total que debe tener el derecho de la revisión de la condena vedará, en principio, que puedan realizarse distinciones que predeterminen la materia a revisar, excluyendo de antemano ciertos aspectos, como ocurre, por ejemplo, con la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho... el derecho de revisión del fallo condenatorio implica que todo examen solicitado por la defensa al tribunal de alzada, si resulta posible, debe llevarse a cabo (CSJN “Casal”, Considerando 12 del voto de la Jueza Carmen Argibay). Asimismo, en tal orden, “debe destacarse también la exigencia establecida por la Corte Interamericana en el precedente “Herrera Ulloa”, en cuanto a que debe garantizarse una revisión integral de la condena (Solimine-Pirozzo, 2008).

Pero, no obstante tal bienvenida tendencia aperturista de la Corte a la revisión - que por cierto se condice con las recomendaciones que sobre el particular efectuara a nuestro país la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ - lo cierto es que el máximo tribunal reconoce que la oralidad, puede devenir una limitante: “Claro resulta que la revisión integral habilitada en la medida del agravio no puede ser ilimitada, viniendo de la oralidad –en razón de la inmediación- a imponer ciertos límites”.

Precisada esta idea y en base a la “teoría o método de la posibilidad de control (casatorio)” de origen alemán, en el voto mayoritario se señala que “se impone preguntar *que es lo revisable*. Conforme lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y –en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung,

⁴¹ Ver sobre el particular lo desarrollado en el presente bajo el acápite de “Exigibilidad de la doble instancia”.

del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso.

Importa transcribir lo precisado por el Tribunal en el considerando 25 del fallo de referencia: “Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilia nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto”.

Por ello, bajo el argumento de que no es posible distinguir entre “hechos y derechos” en una sentencia de condena, le acuerda al tribunal de casación la atribución-obligación de revisar todo lo que sea revisable: solo no admite revisión de aquello que inevitablemente es irrevisable por imperio de la oralidad, conforme a la naturaleza de la cosas. La revisión casatoria, entonces alcanza incluso las conclusiones de hecho establecidas por aquella decisión y a la prueba que fue utilizada para fundarlas siempre que de sus pormenores existiera constancia actuada. Quedan en principio fuera de la revisión la prueba recibida y no registrada, aquello que surja de manera directa y excluyente de una inmediación “desmagnificada” (o sea, reducida solo a las pruebas cuyo contenido o fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la inmediación), y la derivada de las impresiones personales de los jueces sobre los testigos, en tanto éstas fueron racionalmente fundamentadas (aspecto éste – el de la fundamentación- que sí entrará en el ámbito de la revisión casatoria) (Cafferata Nores, 2006).

El problema reside en que “el término inmediación es vago, y por eso pueden acudir a él tanto los que quieren ampliar como los que prefieren restringir la casación penal

en materia de control de cuestiones de hecho. [Y] tal falta de precisión acerca de que es lo que queda afuera de la inmediación puede tornar pues, extremadamente manipulable el criterio fijado por la CSJN en “Casal”, con la consecuente arbitrariedad que ello implicaría para la determinación, nada menos, del control que resulta admisible en casación”.

Más, se pregunta Gabriel Pérez Barberá (2006), ¿Qué significa, concretamente, no magnificar el producto de la inmediación?.

Entiende el autor que la respuesta ha de centrarse en deslindar *la valoración de la prueba conforme los principios de oralidad e inmediación de la fundamentación de esa valoración*.

Solo con la fundamentación de la sentencia, conforme reglas y principios argumentativos y no de acuerdo a impresiones sensoriales, el decisorio puede ser accesible a cualquiera, y por lo tanto podrá ser controlado por otro tribunal.

4. Inmediación, discrecionalidad judicial e imposibilidad revisora

No solo se atribuye al “proceso oral” una limitante a la instrumentación de la doble instancia, sino que también se le imputa constituir uno de los principales escolios para el control de la arbitrariedad de un fallo, concretamente, en el aspecto referido a la valoración de la prueba.

La propia *inmediación* puede configurar el riesgo que se impida revisar puntos esenciales del fallo condenatorio, conforme la exigencia constitucional, y es por ello que se estima que este sistema puede resultar más propenso a la discrecionalidad judicial. Porque si la prueba se percibe en forma directa en el contexto del debate oral se puede imponer un juicio de credibilidad sobre el órgano de prueba emisor de información (Herbel, 2004).

Se dice que acontece ese juicio de credibilidad cuando el sentenciante emite un “*enunciado de inmediación*” que es aquel que deriva de una relación sujeto-mundo. Un enunciado de inmediación no se apoya en otros enunciados, sino en percepciones sensoriales respecto del entorno empírico. Tales percepciones forman parte del lenguaje privado del hablante y, en consecuencia, son intersubjetivamente comunicables, pero no controlables (Perez Barberá, 2006).

He ahí el motivo por el cual asume trascendencia la fundamentación del fallo o en otras palabras, el deber republicano de los jueces de que expongan sus “argumentos” o las “justas razones” en las que sustentan sus decisiones. Solo así se puede evitar incurrir en una cantidad de enunciados no controlables en una sentencia.

Se dirá que la única forma en que los jueces respeten al máximo los derechos de los justiciables es que brinden en sus decisiones, fundamentos sustentados en datos explícitos y por tanto, revisables: “Explícitos en tanto que se reflejen por escrito en el texto de la resolución judicial. El juez no debe callar nada, pues entonces estaría falseando su pronunciamiento. Perfecto Andrés Ibáñez, siguiendo a Ferrajoli (2006) explica que el juzgador está obligado a descartar cualquier consideración que haya tenido en cuenta para emitir su decisión cuando no pueda verbalizarse y tener expresión en el momento de justificar la correspondiente toma de postura. Por otro lado, los datos serán revisables en la medida que sean susceptibles de evaluación por un observador imparcial. Decir *el testigo impresiona por su franqueza* es, como no decir nada (Villegas Fernández, 2009).

Aquel deslinde de “la intermediación” con el “sistema de la libre convicción” en la valoración de la prueba asume trascendencia: La oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez (Iacovello, 1997). Sin embargo, se advierte una tendencia a ver la valoración de la prueba en conciencia como una suerte de momento sublime, de acceso *quasi- místico* al conocimiento sobre los hechos

La afirmación –cierta- de que no es posible establecer reglas legales de valoración de la prueba se transformó en el tópico de que *no existen reglas de valoración de la prueba de clase alguna* a las que el juez pueda estar sujeto. Como consecuencia, si la actividad de valoración de la prueba está abocada por necesidad a discurrir en el vacío de reglas, es que no es racional ni racionalizable, y tampoco susceptible de plasmarse discursivamente, ni por lo tanto, de justificarse. Obviamente, en este contexto, tampoco sería susceptible de fiscalización en términos de racionalidad crítica. Siendo así, lo único exigible –como garantía- del proceso es que el juez actúe con intermediación, en régimen de publicidad y contradicción. Así, se hace artificialmente de la intermediación un sistema o método de valoración de la prueba, lo que la convierte, en la práctica, en una nueva paradójica garantía de la irracionalidad del juicio. En definitiva, la libre convicción traducida en convicción íntima.

En efecto, la intermediación, la relación de proximidad temporo-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será que duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción íntima –extrasensorial casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones- de un lenguaje gestual subliminalmente emitido (...) fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la intermediación se convierte en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o de vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar *garantía* de irracionalidad del enjuiciamiento (Ibáñez Perfecto, 2004).

Por lo tanto, pareciera que este último modo de ver la inmediación es lo que resulta incompatible con el establecimiento de la segunda instancia. Ello, pues si la *convicción judicial* no se entiende indebidamente como *íntima convicción* y la sentencia inmotivada que es su corolario deja paso a la valoración racional de la prueba y a un decisorio motivado de forma tal que resulte intersubjetivamente cognoscible y cuestionable, el tenso asunto en análisis asume un perfil distinto.

5. Oralidad e intermediación en el trámite de alzada: El proceso civil español

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 del 7 de enero, se ha confeccionado con la intención de introducir principios como la oralidad, publicidad e intermediación para superar el conjunto de disfuncionalidades que a lo largo de su siglo de vigencia, la antigua procesal de aquel país, mostró adolecer (Brañas, 2008).

Esta apuesta significó una cierta ruptura con la tradición procesal civil española, basada en el modelo (predominantemente) escrito del proceso romano-justiniano, que a lo largo de los siglos pervivió en códigos, recopilaciones y normas procesales españolas hasta la definitiva derogación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (González García, 2008).

La exposición de motivos de la ley lo ha señalado con claridad: “La efectividad de la tutela judicial civil, debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la Justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales –nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia-, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación. Así la realidad del proceso disolverá la imagen de la justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los juzgados y Tribunales y de quienes los integran. (Exposición de Motivos ley 1/2000, de 7 de enero, acápite I).

Pero, como ya la doctrina española ha advertido “Si bien es cierto que esa modernización, adecuando la nueva normativa procesal civil a los principios antedichos, parece lograrse de forma óptima en las actuaciones seguidas en la Primera Instancia del proceso civil, sin embargo, no parece que el legislador libre ese mismo objetivo a la hora de regular la Segunda. De hecho, muy por el contrario, si nos fijamos, en concreto, en la sustanciación del procedimiento diseñado para el recurso de apelación, descubriremos como se desarrolla casi exclusivamente con arreglo al principio de escritura, lo que contrasta con la idea anticipada en la propia Exposición de motivos

de la ley y con la regulación que efectivamente se ha introducido al regular la Primera Instancia. Ver especialmente nota n°2 y la reseña de doctrina autoral allí efectuada por el autor.

La apelación sigue siendo uno de los puntos de mayor controversia. El modelo de apelación diseñado por el legislador civil español de 200 es criticable, tomando como parámetro el principio de oralidad. Justifica esa postura un motivo ostensiblemente palpable: no existe tal principio, salvo situaciones muy excepcionales en que la ley permite la celebración de la vista. Se produce por lo tanto una tangible quiebra en la oralidad –e inmediatez– en la segunda instancia civil actual en España (Diz, 2008). Vázquez Sotelo (2008) señala al respecto sorprendentemente, la introducción efectiva de la oralidad en el proceso civil de primer grado contrasta con el retroceso producido en el juicio de segunda instancia que sigue al recurso de apelación. Y la sorpresa y el contraste es mayor si se tiene en cuenta que en España cuando el proceso de primer grado ha sido escrito el de segunda instancia era oral.

Ahora, en cambio, la prueba en la Alzada ha sido regulada para ciertos y determinados casos (art. 464 LEC). Con esta limitante, se sustrae al *ad quem* la oportunidad de conocer de forma directa y en todo caso, los motivos de disconformidad aducidos por las partes con la sentencia de primera instancia, como así también la oportunidad de conocer a viva voz los elementos básicos del pleito, sobre todo aquellos que más influencia hayan tenido o puedan tener en la resolución del recurso.

Se ha dicho que con ello el nuevo sistema acumula más trabajo en los juzgados después de las sentencias y además restringe la libertad de argumentar al tener que formularse los agravios ante el mismo juez autor de la resolución y no ante otro distinto. Además, a tenor de la tradicional “vista”, si bien la LEC 2000 no impide que se éstas se celebren, “ha dejado al criterio de las Secciones de las Audiencias la conveniencia, la utilidad y aún la necesidad de proceder a su celebración. Por tal, la celebración de la vista se ha convertido en una pura concesión de la Sala de Segunda Instancia, si es que así lo considera para mejor juzgar. Por obra de esta disposición, se ha producido un flagrante retroceso en cuanto a la oralidad en la segunda instancia del proceso civil (Vázquez Sotelo, 2008).

No obstante tal desafortunada peculiaridad, conforme lo ha entendido el Alto Tribunal español, la oralidad en la segunda instancia toma actualísima vigencia, quien no sin ciertas reticencias iniciales, ha terminado configurando una clara línea argumentativa. Este criterio, además, recepta la doctrina que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido construyendo sobre la base de la aplicación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...”; *es decir, que su causa sea oída públicamen-*

te en todas las instancias y no únicamente en la primera. Declaración que es mantenida por la jurisprudencia europea de forma constante⁴².

Sin embargo y más allá de los loables esfuerzos humanos en la consecución del mandato constitucional, no hay que olvidar que ciertos órganos – por su propia composición- resultan ser más aptos para lograr los objetivos de oralidad e inmediación en la producción de las pruebas.

Por ejemplo, cuánta razón en Couture (1958) cuando afirmó que es la primera instancia la mejor posicionada para recoger las exposiciones de las partes y los materiales de prueba requeridos por la decisión y no así la Alzada. “Un cuerpo colegiado, es por su propia composición, menos apto para realizar ese cometido. Pero en cambio, el juez unipersonal ofrece menos garantías en la decisión; y de aquí surge la necesidad de no dar a ese órgano unipersonal, los plenos poderes de decisión, única e irrevocable, sobre la conducción del procedimiento o la decisión del asunto. La segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable.

Además, como ya hemos señalado, se dice que la necesidad de imprimir oralidad e inmediación sin restringir la posibilidad de la revisión, requiere verdaderos esfuerzos por parte de los operadores jurídicos, quienes deben servirse de nuevos mecanismos técnicos de reproducción y documentación para ayudar al órgano *ad quem* a llevar a término una más correcta actividad revisora.

Sin embargo, la eficacia de estos recursos de reproducción y documentación como medios habilitantes a la posibilidad revisora es ciertamente crítica y más aún, contradictoria: pareciera que efectivizándolos, la inmediación se diluye y la oralidad se vuelve actuada, es decir, escritura.

No obstante y pese a ello se concluye que si el juez *ad quem*, al revisar el juicio fáctico del juzgador de primera instancia, cuenta con la posibilidad de visualizar la práctica de la prueba a través del video, *al menos*, la ruptura de los principios de inmediación y oralidad *será menor* que cuando sólo se cuenta con el reflejo documental de acta.

⁴² Conforme lo consigna Brañas (2008), “la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal de Estrasburgo es tajante a la hora de exigir la celebración de vista pública en la segunda instancia en los procesos celebrados en el ámbito penal de la jurisdicción. Sin embargo, esa misma doctrina admite en los procesos de otra naturaleza, por tanto también en los civiles la posibilidad de renunciar, de forma expresa o tácita, a la celebración de la audiencia oral. Esta declaración es mantenida por la jurisprudencia europea de forma constante, autor que a modo de ejemplo cita los asuntos Monnell y Morris, 58, del 26.05.88, entre otros.

Por lo demás se señala que si este nuevo sistema ha configurado una cierta restricción en la posibilidad recursiva, con ello también se ha jerarquizado la primera instancia en la resolución de los conflictos⁴³.

“En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y solo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia. Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias”.

En síntesis, la apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula, coherentemente, el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular congruencia de esas sentencias (Exposición de Motivos ley 1/2000, de 7 de enero, acápite XIII; (ver especialmente arts. 454, 455, 456 de la LEC).

Explicita al respecto el legislador español: “la presente ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia Civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencia en principio inmediatamente efectivas, por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados. Ni las estadísticas disponibles ni la realidad conocida por la experiencia de muchos profesionales –Jueces, Magistrados, abogados, profesores de derecho, etc.- justifican una sistemática, radical y general desconfianza en la denominada “Justicia de primera instancia”. Y, por otra parte, si no se hiciera más efectiva y se responsabilizara más a esta Justicia de primera instancia, apenas cabría algo distinto de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuestiones de detalle, aunque fuesen muchas e importantes. (Exposición de Motivos ley 1/2000, de 7 de enero, acápite XVI).

Por lo tanto, y no obstante las aspiraciones que hayan sido mermadas en cuanto a la implementación de la oralidad y la intermediación en la segunda instancia propiamente dicha, importa que resaltemos que la recepción de tales reglas en el proceso civil y comercial de primer grado en el régimen español conllevaron *a la restricción de la posibilidad revisora*: hay jurisprudencia que no admite la apelación como un instrumento para desvirtuar la valoración judicial de la prueba personal practicada en primera instancia, pues ello supondría vulnerar el principio de intermediación (Picó Junoy, 2011).

⁴³ Recordemos sobre el tópico las recomendaciones de Giuseppe Chiovenda (1925) (ver. Punto 1 ap. 5 del presente).-

Nuevamente, oralidad, intermediación e instancia única parecieran ser reglas que en el proceso marchan de la mano; tan íntimas entre sí como ajenas al doble grado de conocimiento.

Palabras finales

A lo largo del trabajo hemos pretendido ilustrar sobre los orígenes de la oralidad y del proceso escrito; distinguir la oralidad de la intermediación, aunque más de las veces, esta última aparezca indisolublemente ligada a la primera.

Analizamos el diseño del método de enjuiciamiento desde ópticas ideológicas, políticas y técnicas. Caracterizamos a la oralidad y a la intermediación como reglas referidas a la actividad de procesar, que deben propender a garantizar un Sistema Dispositivo de Procesamiento.

Abordamos la revisión, sus orígenes, sus fundamentos. Distinguimos la razón de ser de la doble instancia como una de las reglas que pueden regir a la actividad de sentenciar. Precisamos el alcance de la actividad revisora y la distinguimos conforme ésta recaiga sobre los hechos y el derecho o, exclusivamente, sobre este último.

Concluimos que si bien, por su propia ontología, ninguna de estas reglas hace a la esencia misma del proceso, su mayor o menor recepción por parte del legislador, pueden propender a una mejoría o a una minusvalía en consecución de los principios que lo fundan.

Afirmamos que un proceso puede ser oral o escrito, de instancia única o múltiple, más nunca puede dejar de ser un *instrumento de garantía de los justiciables*⁴⁴. El debate solo puede ceñirse en cuanto mejor puede concretizarse esa garantía.

Señalamos que la intermediación acaecida en la primera instancia puede restringir o negar la posibilidad de revisión de la sentencia por un tribunal superior. El par oralidad-inmediación surte claros efectos en la Alzada.

Concluimos que tampoco el claro compromiso de registro y documentación por parte de todos los operadores involucrados - y al que muchas veces se los exhorta- no ne-

⁴⁴ Sobre la exhortación al particular ver “**El proceso civil en el Siglo XXI: tutela y garantía**”, Moción aprobada en Valencia el 27 de enero de 2006, por los participantes en la Primera Jornada Internacional, que fue celebrada con el patrocinio de la Editorial Tirant lo Blanch sobre las garantías fundamentales del proceso civil.

cesariamente garantiza la posibilidad revisora, ni propende a armonizar la revisión con la oralidad y la inmediación. En cuanto a lo primero ¿Quién garantiza que el video será visto o el audio será oído por el propio tribunal?; ¿Quién garantiza que no se delegará tal empresa en un funcionario o hasta en un agente administrativo calificado?. En cuanto a lo segundo, ¿Cuánto queda de la sacrosanta oralidad en la propia actividad de registro y de documentación?; ¿Cuánto queda en ello de la inmediación?. Y, si con ello el juicio oral se convierte en escrito y la inmediación judicial en actividad mediata ¿Para que un juicio oral en el que prime la inmediación?.

Los modernos medios de comunicación disponibles como las filmaciones o las grabaciones de los actos procesales acaecidos mediando oralidad e inmediación (y suponiendo que todos los órganos judiciales dispongan de ellos), son ciertamente útiles, pero tampoco reducen la magnitud de aquel detrimento. Serán mejores que la “mera acta”, pero en nada ejemplifican la oralidad ni inmediación.

Mal que pese, la oralidad sigue reñida con la segunda instancia.

Una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera instancia y una sentencia motivada con suficiente rigor, solo redundan en que la idea – *rectius*: la posibilidad - de revisión parezca, al menos, más alentadora pero en nada resuelven la desarmonía de la tríada. Negarlo y defender lo contrario, no es otra cosa que hacer, como dice el Refranero, de la necesidad una virtud (González García, 2008).

Desde ya que el aporte de las grabaciones de las pruebas practicadas en la primera instancia no concretizan ni a la inmediación ni a la oralidad en el segundo grado de conocimiento, pero al menos, esta reproducción de la imagen y el sonido propenden a resguardar la posibilidad de la doble instancia (Diz, 2008).

Más aún, al respecto se ha dicho que la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio (por parte de la Alzada) no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal. Incluso permitiría – lo que es una ventaja – que ésta pudiera realizarse con el distanciamiento crítico preciso para detectar y subsanar eventuales desviaciones intimistas e irracionales de la apreciación probatoria. Por otro lado, es claro que el conocimiento por parte del juez de primera instancia de que su actuación podría ser eventualmente objeto de esta clase de control jurisdiccional, preactuaría sobre su conciencia profesional llevándole a extremar la racionalidad en la formación y la justificación de las decisiones. Evitándose con ello un riesgo sobreañadido [...] que es el derivado de la tendencia a privilegiar – más allá de lo que objetivamente corresponda en cada caso- el papel de las fuentes personales de prueba, sólo por el hecho de que, en términos de decisión y, sobre todo de motivación, obrar así hace bastante más fácil y más segura (frente a la crítica) la tarea de sentenciar (Ibañez Perfecto, 2004).

Tres tópicos parecen basales: primero, que las reglas procesales, si bien no esenciales al proceso, pueden condicionarlo en detrimento; concretamente, la oralidad y la inmediación en la producción de la prueba, no solo restringen la posibilidad de revisión, sino que pueden atentar contra la imparcialidad judicial (Meroi, 2010).

Segundo, se repliega la calidad de las decisiones judiciales si los jueces involucran – indebidamente- al concepto de inmediación con el carácter personalísimo e intransferible de la percepción de la prueba; es decir, si se equipara a la inmediación a un sistema de valoración probatoria, tal como el de la libre convicción. Ello no solo cierra las puertas a la revisión sino que constituye la antesala de una ilegítima discrecionalidad judicial.

Tercero, la necesidad de que se garantice la suficiente motivación de las sentencias; es deber de los jueces -bien caro a los intereses de los justiciables- que éstos expliciten sus argumentos. Solo en ésta – y no otra- modalidad de producción del saber judicial, se garantiza el *debido proceso*. Porque si a la postre, los fundamentos no se reflejan en la sentencia, se corre el riesgo de caer – como magistralmente se ha dicho- en el decisionismo procesal y, en la degradación de la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a mero convencimiento íntimo y, por lo tanto, irrefutable e irrevisable del juzgador.

Si ello no se resguarda y tutela, “el juicio penal – como todo proceso judicial, hemos de agregar- al igual que el juicio ético o estético, degenerará en un juicio “sin verdad”: no motivado por juicios de hecho, esto es por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizados mediante reglas de juego –como la carga de la prueba y el derecho de defensa- que garanticen la “verdad procesal “ sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la “verdad sustancial” que ellos poseen (Ferrajoli, 2006).

Finalmente, tampoco debe obviarse que la adopción de procesos orales o escritos tiene verosímil apariencia de estar sustentada en razones tanto de naturaleza histórica, sociológica, técnica como económicas y políticas.

Las primeras –históricas, sociológicas – son propias e inherentes al pueblo o sociedad en el que uno u otro sistema gravita; coadyuva al convencimiento de ello *solo* preguntarnos, por qué en algunas culturas y ordenamientos diferentes al nuestro la oralidad es un principio que se desarrolla desde antaño con plenitud. Y, aunque así en todos los casos no lo fuera, no es un dato menor que la tradición jurídica de un país es un factor condicionante de sus modelos procesales; a la postre, la costumbre

siempre limita o boicotea la posibilidad de cambio en los comportamientos de sus operadores judiciales⁴⁵.

La tercera – la estricta técnica –, debe estar orientada a la naturaleza o taxonomía de los conflictos; a las peculiaridades del trámite; al tipo o índole de pretensión y, fundamentalmente, a las posibilidades que brinda la organización judicial existente. Muchos ordenamientos asumen la oralidad de manera indiscriminada, sin tan siquiera plantearse que puedan existir litigios en los que ésta se impone y otros en que, por el contrario, no se justifique o peor aún, sea contraproducente (Meroi, 2010). También vale la pena que se indague en las etapas o en las fases del proceso donde la oralidad redunde los mayores beneficios: “la oralidad no excluye (ni debe excluir) la posibilidad de actuaciones escritas de las partes y del tribunal (Pérez Ragone-Palomo, 2009).

Por tanto, “la utopía puede pretender llevar a la regulación de procedimientos orales en todos los ámbitos de actuación de la jurisdicción, pero la adecuación a la realidad exige distinguir unos y otros supuestos. Existen procesos o fases de los mismos en los que la oralidad no añade nada y, al contrario, puede perturbar la tramitación; por ejemplo, un recurso en el que se trate simplemente de controlar la regularidad procedimental de lo actuado, para lo que basta tomar en consideración las actuaciones mismas, no es conveniente que sea oral. La oralidad tiene sentido cuando se trate de un proceso en el que se debate sobre los hechos y en el que ha de practicarse prueba predominantemente no documental” (Montero Aroca, 2010).

La combinación de la escritura y la oralidad es fructífera y merece ser defendida.

No menores son las razones de trascendencia económica y política. Ambas implican una necesaria -y responsable- ponderación de los recursos disponibles con carácter previo a la recepción normativa de las reglas.

En ciertos casos, los sistemas se imponen solo desde una cuestión académica pero sin contar con la suficiente estructura de recursos que la operatoria requiere. Se ha dicho que en los otrora sistemas escriturarios convertidos orales las quejas se imponen por la carencia de jueces suficientes (y preparados), de personal auxiliar, de medios materiales suficientes y modernos. En otros casos, la celeridad y la economía de los costos que con ventaja sobre el escrito el método oral propugna, no son en los hechos efectivamente analizados o comprobados.

Por regla general –y hasta universal- queremos procesos que duren poco, que tengan pocos costes y que nos den una justicia de calidad y ciertamente, la oralidad no necesariamente ha de ser para ello la panacea; es más, hasta hay quien afirma lo contrario: “El proceso oral parece superar al proceso escrito tanto en términos de duración, de costes, como de calidad de justicia. No se aprecian en la realidad *trade-offs* o compensaciones significativas entre la rapidez y el coste de la justicia y su calidad,

⁴⁵ Sobre la situación de la Argentina, puede consultarse Oteiza (2009).

porque los efectos del uso de la oralidad son constantes y consistentes respecto de los tres parámetros. Alternativamente, si existen *trade offs*, estos son marginales, y las mermas de calidad no parecen que hagan desmerecer las ventajas de la oralidad en términos de duración y costes. Los países que mezclan oralidad y escritura parecen tener un proceso que funciona de forma similar al oral, por lo que valdría la pena investigar más a fondo si existen combinaciones de oralidad y escritura que en última instancia sean mejores (Ramos Romeo, 2008).

En todo caso y sobre base económica, es una creencia errónea que el proceso oral sea más rápido y de menor costo que un proceso escrito.

Hay que tener presente que como señalan los voceros de la oralidad “cuando se defiende que el procedimiento debe estar guiado por la oralidad no es (al menos prioritariamente) para obtener una resolución más rápida (ni menos costosa hemos de agregar); sino para lograr un proceso de mayor calidad, que responda a aquella exigencia de “justicia de rostro humano”; aunque, evidentemente, el ideal es que se logren los dos finalidades de una justicia rápida y de calidad (Vázquez Sotelo, 2008).

El dilema que se suscita entre las reglas de oralidad e intermediación y la que garantiza la revisión de la decisión por un tribunal superior es una cuestión hartamente crítica y de dudosa solución. Pareciera hasta que la antagonía se sustenta en razones intrínsecas o de pura lógica.

Pero si el legislador procesal decide enfrentar el dilema debe hacerlo sin olvidar que, en procura de los beneficios de la oralidad y la intermediación, principios procesales como la imparcialidad pueden peyorativamente replegarse y otros institutos procesales, caros en la historia de nuestra sociedad, vulnerarse o ciertamente, restringirse: la revisión de las sentencias es uno de ellos.

La coexistencia de oralidad, intermediación y revisión no es esencialmente armónica y por tal, la medida del desafío solo radica en que -al menos- no se tornen ineludiblemente antagonicas. Legislar estas reglas al unísono y sin advertirlo, puede seriamente importar un paso atrás en el camino de nuestra perfección jurídica.

Referencias bibliográficas

-ALCALÀ ZAMORA, CASTILLO, Niceto (1974): “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, en “estudios de teoría general del proceso (1945-1072), T. II, Napoli.

-ALSINA, Hugo (1957): *Tratado Teórico practico de derecho procesal civil y comercial*, 2º ed. T. I, Buenos Aires: Ediar.

-ARAZI, Roland (2012): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, 3º ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

-ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2000): *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

(2003): *“El debido proceso de la garantía constitucional”*, Rosario: Zeus.

(2009): *Sistemas Procesales*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

(2010): *La prueba Judicial*, Rosario: Ed. Universidad de Rosario.

-ÁLVAREZ, Graciela (2010): *La oralidad y su importancia en el Derecho*, Madrid: Tecnos.

-AYERRAGARAY, Carlos (1950): “El destino de la oralidad en la argentina”, en *La Ley*, T. 60, sec. Doctrina, Buenos Aires, octubre-noviembre 1950, p. 840 y ss.

-BECENÑA, F (1933): “Sobre la instancia única o doble en materia civil”, en *Revista de derecho privado*, Madrid, enero-diciembre 1933.

-BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las prueba judiciales*, M. Ossorio (traduct.), Buenos Aires: Ejea.

-BRAÑAS, Carlos M. (2008): “La oralidad y la segunda instancia civil”, en Carpi, Federico- Ortells Ramos, Manuel (edit.), en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol. 2, Valencia: Universitat de Valencia.

-BRIZ, Antonio, ALBELDA, Marta, FERNANDEZ, María José (2008): *Saber Hablar. Instituto Cervantes*, Madrid: ed. Aguilar.

-CAFFERATA NORES, José (2006): “¿Un nuevo recurso de casación?. Reflexiones sobre el caso “Casal” de la Corte Suprema”, en *RDRyPP*, n° 9-2006, p. 1688,

-CALAMANDREI, Piero (s/a): *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

-Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1957): Informe 55/97, caso 11.137, “Juan Carlos Abella”, Argentina, 18 de noviembre de 1997

-CAPELETTI, Mauro (2002): *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, Buenos Aires: Platense.

-CARNELUTTI, Francisco (1971): *Derecho y proceso*, Buenos Aires: Ejea.

(1944): *Sistema de derecho procesal civil*, T. III, Buenos Aires: Uthea.

(1948): “Impresiones sobre el segundo Congreso de Derecho Procesal Argentino”, en *La Ley*, Revista Jurídica argentina, t. 51, Buenos Aires, julio-septiembre 1948p. 1124.

-CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, José Caisais y Santaló (traduct.), T. II. Madrid: Reus.

(1940): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. III., E. Gomez Orbaneja (traduct.), Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

-CIPRIANI, Franco (1995): “En el centenario del reglamento de Klein”, en Academia de Derecho y de Altos Estudios judiciales, Biblioteca Procesal Garantista, Italia.

-COLOMBO, María Elena (2008): *Lenguaje. Una introducción al estudio psicológico de las habilidades humanas para significar*, Buenos Aires: Eudeba.

-COSTA, Agustín (1950): *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires.

-COUTURE Eduardo J. (1942): *Trayectoria y destino del derecho procesal hispanoamericano*, Montevideo.

(1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° ed., Buenos Aires: Depalma

-DE LA COLINA, Salvador (1915): *Derecho y legislación procesal*, T I, 2° ed. Corregida y aumentada; Buenos Aires: Librería nacional, J. Lajouane & Cía. Editores.

-DELGADO CASTRO, Jordi (2011): “Aproximaciones a los principios de la reforma procesal civil”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Universidad Católica de Temuco, VOL. 2, N° 2, pp. 197-210.

-DIZ, Fernando Martín (2008): “Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana”, en Federico Carpi (ed. lit.), Manuel Pascual Ortells Ramos (ed. lit.), *Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal*, p. 25-39.

-DOHRING, Erich (1998): *La prueba, su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso*, Buenos Aires: El foro.

-DOLZ, Ramón (1913): “Juicio oral en lo civil”, en *Revista Jurídica La Habana*.

-EISNER (1963): *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires: Depalma.

-ESTRADA, Susana I. (2002): “De la appellatio romana a la casación Iberoamericana” en *Revista Jurídica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales de la Universidad de Tucumán, n° 34, 2002, p. 56. En: www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/revistas/revistajuridica35.pdf. Extraído el día 11/9/2015.

-FARIÑA, Francisca (2005): “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 7, Consejo General del Poder Judicial.

-FENOLL, Jordi Nieva (2007): “Los problemas de la oralidad”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2007, págs. 1898-1906.

-GIMENO SENDRA, José V. (1981): *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid: Civitas.

-FERRAJOLI Luigi (2006): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 8° ed., Buenos Aires: Trotta.

-GOLDSCHMIDT, James (1961): *Principios generales del proceso*, T. II, Buenos Aires: EJEA.

-GOMEZ, Claudio (2013): “El derecho a la doble instancia en la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Ley*, 14.02.13; LL2013-A-293).

-GONZALEZ GARCIA, Jesús (2008): “Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la

necesidad una virtud”. En www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp4jes.pdf.
Extraído el día 11/9/2015.

-HERBEL, Gustavo (2004): “El control sobre el juicio de credibilidad de la prueba percibida en debate oral”, en Esteban Righi (Dir.), Gustavo Bruzzone (Subdr.), *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación. N° 4*, Buenos Aires: Ad Hoc.

-HITTERS, Juan Carlos, (1985): *Recursos ordinarios*, Buenos Aires: Platense, p. 85.

(1974): *Juicio oral en materia civil y comercial*, Buenos Aires: Ed. Librería Jurídica.

-IBAÑEZ, Perfecto Andrés (2004): “Sobre el valor de la Inmediación. Una aproximación crítica”, en Esteban Righi (Dir.), Gustavo Bruzzone (Subdir.), *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación. N° 4*; Buenos Aires: Ad Hoc.

-IBAÑEZ FROCHAM, Manuel (1969): *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires: La ley.

-LOUTAF RANEA, Roberto (2009): *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, T. I, Buenos Aires: Astrea

-MEROI, Andrea (2009): *Oralidad y proceso civil*, en Una perspectiva desde Iberoamérica, Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Medellín, pp. 27 a 48

-MIRA SOLVES, Joaquín (1984): “Estudios sobre la psicología del testimonio”, en *Papeles del psicólogo*, n° 15, en <http://www.papelesdelpsicologo.es>, septiembre 1984. Extraído el día 11/9/2015.

-MONTERO AROCA, Juan (2004): “La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra”, en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, de 05.05.04.

(2000): “La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, Perú En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6572/6659>. Extraído el día 11/9/2015.

-MONTERO AROCA, J- GOMEZ Colomer, J.L- MONTON Redondo, A.- BARONA VILAR, S. (2010): *Derecho Jurisdiccional*, parte general, 18^a, ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

-MONTESANO, Luis (2012): “Ventajas e inconvenientes de la oralidad y del modelo oral de juicio”, en *La Ley, Actualidad*, 22.05.12. En: <http://www.dab.com.ar/articulos/105/ventajas-e-inconvenientes-de-la-oralidad-y-del-mod.aspx>. Extraído el día 11/9/2015.

-ONG, Walter (1997): *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*, cuarta reimpresión, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

-ORTELLS, Ramos Manuel (2010): “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, en *Revista Ius et praxis*, año 6, n° 1, 2010, pp. 395-400.

-OTEIZA, Eduardo (2009): “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, Informe Nacional presentado en el Coloquio de Valencia de 2009 “Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente” de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP). En *World Wide Web*: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf>. Extraído el día 11/9/2015.

-PALACIO, Lino E.(2003): *Derecho procesal civil*”, T. V, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

-PASINI COSTADOAT, Emilio Costado (1946): “Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la capital federal”, Buenos Aires: Librería Jurídica.

-PASTOR, Daniel (2002): *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho, Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

-PEREZ BARBERÀ, Gabriel (2006): “La casación penal y la llamada “capacidad de rendimiento”, en *La Ley*, 2006-E-1306

-PEREZ RAGONE, Álvaro-PALOMO, Diego (2009): “Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania

y España” en *Revista De Derecho*, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 1º semestre 2009, p. 363-406.

-PEYRANO, Jorge W (s/a) “La prueba entre la oralidad y la escritura”, EN: www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/7prupey.pdf. Extraído el día 11/9/2015.

(1978): *El proceso civil*, Buenos Aires: Astrea.

-PICÒ JUNOY, Joan (2011): “Oralidad y control de las pruebas personales en segunda instancia: hacia la búsqueda del necesario equilibrio”, en AAVV, “Nuevas tendencias en materia de recursos”, *Revista de Derecho Procesal*, 2011-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

-PODETTI, José R. (1963): *Teoría y técnica del proceso civil y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires: Ediar.

-RAMOS, Romeo, F. (2008): “Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado. Análisis de derecho comparado”, en *La Oralidad y la Escritura: Eficiencia del Proceso*, Vol. 2, Ed. Universidad de Valencia, pp. 475-488.

-Real Academia Española (2011): *Ortografía de la lengua española*, Buenos Aires: Espasa.

-ROMAN DIAZ, Fernando (2007): “Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, Vol. 34 n° 3, 2007, p. 587;

-SANCHEZ LOBATO, Jesús, CERVERA RODRIGUEZ, Ángel, HERNANDEZ GARCIA Guillermo (2007): *Saber escribir. Instituto Cervantes*, Madrid: Aguilar.

-SCHONKE, Arthur (1950): *Derecho procesal civil*, Barcelona: Bosch.

-SENTÍS MELENDO, Santiago (1956): “Ha muerto Piero Calamandrei”, en *La ley*, del 08.10.56.

(1959): *Teoría y Práctica del proceso. Ensayos sobre derecho procesal*, Volumen III, Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídica Europa América.

-SERRA, Manuel (1972): “Liberación y socialización del proceso civil”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, 2-3, p. 512 y ss.

-SOLIMINE, Marcelo A. y PIROZZO, Jorge (2008): *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

-SUPERTI, Héctor Carlos (2006): La garantía constitucional del juez imparcial, *El debido proceso*, Buenos Aires: Ediar.

-TARUFFO, Michelle (2010): “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en LA LEY, el 09.08.10, y traducido al español por Diana María Ramírez Carabajal.

(2003): “Sistemas de procesamiento: acusatorio inquisitivo”, en Revista de derecho (Valdivia) versión on line, dic. 2003, p. 205-213.

-TELLAS, Adrián (2012): “La re-casación”, en *La Ley*, 19.11.12;

-TRIONFETTI, Víctor R (2006): “Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos”, en Oteiza, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

-VAZQUEZ SOTELO, José Luís (2008): “La oralidad y escritura en el modernos proceso civil español y su influencia sobre la prueba”, en Federico Carpi (ed. lit.), Manuel Pascual Ortells Ramos (ed. lit.), Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal

-VILLEGAS FERNANDEZ, Jesús M. (2009): “¿Es la intermediación judicial causa de indefensión para las partes?”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 776/2009 parte Opinión. Pamplona, Edit. Aranzadi S.A, 2009.

