

## **Algunas reflexiones sobre la oralidad y las vías de impugnación en el proceso civil.<sup>1</sup>**

### **I.- Introducción.**

La regulación de las vías de impugnación en el denominado proceso civil oral presenta iguales dificultades que la propia comprensión de los alcances y límites de la oralidad. La problemática se vincula esencialmente con la determinación de la real significación de la oralidad. Es decir, la mayor o menor dosis de oralidad en materia de vías de impugnación y las dimensiones de éste instituto pasan por la comprensión de qué es la oralidad y cuáles sus alcances.

Estamos persuadidos del papel relativamente discreto de la oralidad en sí misma. A diario se asiste a discursos oralistas fundados en la creencia de que solo se trata de una simple verbalización de lo escrito. Sin advertir que la oralidad es un instrumento o herramienta y que lo esencial es la inmediación.

Así, desde la lente maximizadora de la inmediación se ve la trama viva que se desarrolla entre las partes y la prueba, de éstas entre sí y todas ellas con el tribunal ante el que habrán de acreditar sus proposiciones fácticas y argumentar las razones de derecho. Y esencialmente la inmediación entre el juzgador y los sujetos de carne y hueso respecto de los cuales habrá de decidir.<sup>2</sup>

La oralidad como principio interactúa con el resto de reglas y principios implicados en su faz realizativa, de allí que se la suele reconocer incluso como modelo. Como tal implica transparencia, porque toda la prueba debe recrearse

---

<sup>1</sup> Ángela E. Ledesma, Profesora de “Elementos de Derecho Procesal Civil”, Facultad de Derecho, UBA.

<sup>2</sup> Para el caso es aplicación la enseñanza de Maier, en orden a que **la inmediación, base del juicio oral y público, es en sí un método de o para conseguir un enfrentamiento transparente entre partes, propio de las sociedades democráticas en la cual los rivales se ven las caras frente a quien decide el caso** (Confr. Maier, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs.composición”, en Molina, Gonzalo Javier; coord., Derecho penal y estado de derecho: Libro homenaje al Profesor Ramón C. Leguizamón, Resistencia, Librería de la Paz, 2005)

ante el juzgador y con contradicción. Más aun el propio juez tendría que estar en condiciones de explicitar oralmente las razones de su decisión.

El método que el instrumento de la oralidad permite desarrollar, procura verdad y como consecuencia de ello decisiones de mayor calidad.

Nos preguntamos entonces si a partir de éste paradigma *podemos seguir propiciando la revisión de la decisión únicamente a través de registros, del nivel que fueren, más allá de su fidelidad ¿? O si por el contrario es necesaria la misma dosis de oralidad en la instancia revisora que en la primera que juzga en origen ¿?*

## **II.- La oralidad de los recursos.**

Si la opción es por un proceso oral, ésta nota debería impregnar todo el trámite, también aquél que se desarrolle en el ámbito del recurso. Sin embargo una mirada sobre los distintos antecedentes que hacen a la regulación de éste instituto en los diferentes proyectos y leyes que lo prevén denota debilidades en el ámbito recursivo.

Así las *reformas* que proponen más oralidad *siguen pensando* en la “*registración*” y su recreación es el eje central de la problemática. Esta concepción *tiene sus raíces en la desconfianza de los operadores judiciales* que no conocen éste método de debate oral *y trasladan los criterios propios del modelo escrito.*

En cambio la inmediación de las partes con la prueba, de éstas entre si y todas ellas con el tribunal ante el que habrán de acreditar sus proposiciones fácticas y argumentar las razones de derecho, es un momento único. *La vivencia demuestra que no es lo mismo ver un video o escuchar un audio, que estar presente para formar la convicción del juez.*

La percepción en vivo encierra varias bondades que son insustituibles. La *emoción* de los actores del “drama real del proceso”, el énfasis con que a través de los distintos sentidos *cargan a sus posiciones*, las fuentes de prueba y la empatía que las partes procuran crear con el juzgador en miras a *orientar su decisión*, todo ello encierra lo que conforma el *único límite de la oralidad*, la *inmediación*. Esto es la revisión en paridad de condiciones. Inmediación

que tampoco puede ser magnificada, por cuanto no exime al juzgador de justificar el por qué de la impresión.

Muchos códigos que prevén el juicio por audiencia, *no regulan la misma regla en la etapa recursiva*, cuando en realidad se *trata de un segundo juicio total o parcialmente diferente*.

### III.- Génesis de la cuestión.

Recordemos que el origen de los recursos tiene una doble vertiente: una *razón de poder* y una *razón de justicia*. (Podetti)

La razón de poder se ha ido desplazando para dar mayor espacio a la de justicia, incluso hoy en diversas legislaciones civiles se reconoce a los recursos como un derecho (Art. 8.2 h CADH y 14.5 PIDCyP).

Pero no es menos cierto que la razón de poder sigue teniendo *vigencia* y se funda en: “la necesidad de seguridad jurídica resultante de la estabilidad de las resoluciones judiciales, y en un buen régimen procesal deben equilibrarse y compensarse los fines de justicia, que se buscan o persiguen con los recursos” (Podetti).

Lo cierto es que su génesis, radica en la necesidad del “control” y éste fue el que motivo la multiplicación de instancias. Su *origen* es *político*, la *delegación de funciones, con posterior avocamiento y devolución al soberano*, según el caso, sigue teniendo vigencia en la génesis de las regulaciones normativas y más aun de la cultura judicial.<sup>3</sup>

La *organización judicial* hoy sigue mostrando *resabios* aquel modelo, la *organización horizontal es un desafío* cuando nos proponemos una reforma procesal y de gestión sustancial.

---

<sup>3</sup> “Los *recursos* constituyen el *mecanismo* procesal *para operar* ese tipo de control jerárquico, pero no debe olvidarse que en múltiples ocasiones procedían de *oficio*, esto es, sin queja alguna por parte de los interesados en el asunto y *la decisión eventual* significaba un *puro control político del uso del poder*, tal como sucedió específicamente en el Derecho indiano del conquistador español...”(Cfr. Maier –*el resaltado nos pertenece*)

Pero la otra consecuencia no menos disvaliosa del origen de los recursos fue el *registro de los actos*, las actas escritas del actuario, en origen, *únicos elementos válidos para fundar las decisiones judiciales*. Ellas, precisamente, permiten el funcionamiento de la *par conditio* –regla mater de los recursos– esto es, no sólo el control sino, antes bien, que controlante y controlado tuvieran un mismo objeto de información y de juicio.<sup>4</sup>

Todo lo contrario indica el *procedimiento por audiencias*, pues *cada tribunal conoce y juzga por el resultado de su propia audiencia*, como corresponde a un **sistema republicano y democrático**, *sin delegación ni devolución de funciones* entre funcionarios con rangos jerárquicos distintos. Sin embargo, el principio de *inmediación*, la *oralidad* de las audiencias, que exigen que los actos judiciales se cumplan en presencia de quienes van a decidir y de aquellos que toman parte en el juicio, reemplaza con virtudes democráticas a los registros.<sup>5</sup>

Los actos procesales y en particular las decisiones jurisdiccionales pueden ser objeto de impugnación. Ello con *fundamento* en el **error o vicio** del que pueden adolecer. En el caso de las providencias y sentencias judiciales, la existencia de vías para conmoverlas es esencial *en atención al efecto que su firmeza provoca respecto a los litigantes*. Así, en razón de la falibilidad del juicio humano, no cabe descartar la *posibilidad de que se incurra en desviaciones emergentes de una errónea valoración de los hechos o de las normas jurídicas aplicables al caso* de que se trate, o de *la inobservancia de los requisitos procesales* exigibles a la respectiva resolución.

De ahí la facultad de *provocar un nuevo examen de la cuestión*, a fin de lograr que se la modifique o que se la sustituya la decisión por otra que satisfaga su interés. La etimología de la palabra “recursos” resulta gráfica, del latín *recursus*, y este participio de perfecto de *recurrere* (“regresar”), de *re* (“nuevamente”) y *currere* (“correr”). Es decir, volver a recorrer el camino antes recorrido.

#### IV.- ¿Se puede recorrer el mismo camino en condiciones diferentes?

---

<sup>4</sup> Conf. Maier.

<sup>5</sup> Conf. Maier.

Regreso cuya extensión depende de los motivos autorizados por la ley y el límite que el órgano jurisdiccional tiene en los agravios introducidos por las partes (*tantum devolutum quantum appellatum*). Si el juez cae en un equívoco de razonamiento lógico, deductivo o inductivo, aplicando erróneamente el derecho o determinando defectuosamente los hechos, el error se considera de juicio sobre el fondo de la cuestión (*error in iudicando*).

El juez puede caer también en el error de aplicar defectuosamente normas procesales en el acto de juzgar, es decir, equivocarse en el procedimiento de construcción de la sentencia.

Por lo general la medida máxima de conocimiento del tribunal del recurso coincide con la del órgano que emitió la decisión impugnada.

Excepto el supuesto de “*hechos nuevos*”. El sistema escrito prevé expresamente esta situación, cuando el hecho fuere conocido después de la oportunidad del ofrecimiento o providencia de prueba, no puede ser introducido ante el juez de primera instancia. Su conocimiento queda reservado a la segunda instancia. La regla para revisar la decisión, es que el tribunal del recurso se encuentre en *par condicio*, respecto al que emitió la primera sentencia, en principio como máximo el mismo objeto de conocimiento y solo excepcionalmente ampliado.

Esta *regla se rompe en la oralidad si hay objeción sobre valoración de pruebas producidas con inmediación*. La ausencia del “registro tradicional y el nuevo paradigma de la oralidad” plantean la necesidad de producir nuevas pruebas si hubiere cuestionamiento sobre enunciados de inmediación -para evitar el reenvío-.

Antiguamente, en los supuestos de oralidad solo se admitía la de derecho, como vicio cuestión *in iudicando*. Se afirmaba que los hechos fijados por el juez del juicio oral eran intangibles. Ni siquiera se admitía que las reglas de la sana crítica y su correcta aplicación, también son cuestiones de derecho.

Los criterios aperturistas se fueron poniendo de manifiesto a través de la doctrina de la arbitrariedad (en la selección y valoración de la prueba) y del absurdo, para dar paso a la revisión de decisiones que aparecían como defecto lógico grave o resoluciones absurdas.

Pero veamos qué consideraciones pueden ser revisadas a través de los registros y cuáles no.

En este aspecto conviene distinguir entre argumento deductivo e inductivo. Un argumento deductivo es válido si la conclusión se sigue de las premisas de manera necesaria.

El argumento inductivo se caracteriza por el hecho de que la conclusión contiene por lo menos un elemento que no está presente en sus premisas. Su validez depende del grado de apoyo que brinden las premisas a la conclusión. Para controlar razonamientos que no expliciten sus premisas *basta con desentrañar las premisas implícitas y controlar su relación con la conclusión.*

Tanto la tarea de hacer explícitas las premisas que se encuentran implícitas como el cotejo de la relación de esas premisas y la conclusión detentan con el resto de las afirmaciones hechas por el tribunal, es una tarea que nunca estuvo ni estará vedada al tribunal del recurso. Ella consiste simplemente en diagnosticar y evaluar una cierta relación entre enunciados, entre argumentos, entre premisas y conclusiones. Labor que es *lógicamente independiente de la inmediación o percepción* de los hechos de la audiencia.<sup>6</sup>

Lo expuesto permite afirmar que muchos *supuestos en los que clásicamente se impidió la revisión* con fundamento en la oralidad, *no se trataban exactamente de enunciados de inmediación sino inferenciales.* Toda vez que *el razonamiento del juez puede ser controlado.*

A ésta altura conviene distinguir dónde está el verdadero *meollo* de la cuestión problemática, es decir en la *distinción entre enunciados inferenciales y de inmediación.*

La afirmación en la sentencia acerca de la existencia de un hecho (enunciado) puede provenir de un razonamiento, la conclusión puede estar fundada en premisas (explícitas o implícitas). Ello no impide que provengan de una percepción del juez vinculada con la prueba producida durante el juicio oral, es decir basado en hechos externos.

---

<sup>6</sup> Conf. Pérez Barberá y Bouvier.

La distinción entre enunciados inferenciales y de intermediación se vincula con la diferente forma en que se justifican unos y otros, así como la posibilidad de objetarlos por vía de impugnación del decisorio.

*Para objetar un enunciado inferencial es necesario impugnar, de alguna manera, el apoyo que las premisas ofrecen a la conclusión; para **objetar un enunciado de intermediación**, en cambio, es necesario impugnar lo percibido por el sujeto.* La primera actividad impugnativa es lógicamente independiente de la intermediación, esto es, puede detectarse un error en la inferencia sin necesidad de haber tenido acceso a los hechos en que los enunciados se basan.

La segunda actividad impugnativa, por el contrario, es dependiente de la intermediación: ***no puede objetarse a un sujeto su percepción sin haber percibido lo que éste percibió.***

Ya no *depende* entonces de la relación entre premisas y conclusión, sino de *la relación entre hecho y sujeto percipiente*. Esta última se ataca sosteniendo que *no ha ocurrido una cierta relación entre el sujeto y el mundo*. Estos supuestos son *excepcionales*. El caso típico lo constituyen los dichos del testigo.

Aparece una valla esencial entre el tribunal que recibe, más propiamente percibe la prueba y aquél que revisa la corrección de un enunciado de intermediación. Así se afirma con corrección, a nuestro entender, que *“sólo un sujeto que detente la misma posición epistémica del juez puede atacar en última instancia un enunciado de intermediación”*<sup>7</sup>

Ésta tarea le está vedada al tribunal del recurso de no encontrarse en *par conditio* con el tribunal del juicio. Ello no implica la imposibilidad de impugnar lo percibido. Es decir que *se requiere una instancia de percepción análoga entre ambos órganos jurisdiccionales* (el que dicta la primitiva decisión y el que la revisa).

Cabe destacar que los supuestos en que ponen en duda la exactitud de lo percibido por el juez, en la práctica son muy pocos.

---

<sup>7</sup> Pérez Barberá y Bouvier.

A los *enunciados de inmediación* se los denomina “*últimos*”, en el sentido de irrevisables. Porque que *son irrevisables sin producción de prueba en la instancia del recurso*. Toda vez que su apoyo es el hecho ocurrido en la audiencia, estos enunciados exigen desplegar percepciones.

#### V.- **¿Cómo atacar un enunciado de inmediación, por qué vía?**

El *desafío es posibilitar la revisión de lo percibido*, para ello *necesitamos de un recurso amplio que posibilite la revisión del decisorio también en éste aspecto*, el cual no podrá sustanciarse sin la producción de prueba en la instancia recursiva. La expresión “libre” se ha considerado siempre como una posibilidad de conocimiento “amplio”.

En este aspecto conviene distinguir entre el control de la revisión de la regularidad del proceso en la audiencia, que puede ser mediante el registro; de la revisión de la versión del testigo, perito y eventualmente la propia parte, pues *no es posible admitir que la tarea se realice rediciendo los hechos a partir de un registro fílmico o electrónico del tipo que fuere*. Al menos no es posible sin afectar la inmediación propia de la oralidad. En definitiva, con la “camarita”, no se puede rededir los hechos, ya que el video solo es útil para el *control de regularidad del debate*.

Para ello debería admitirse la producción, en la audiencia del recurso, de aquellas pruebas que, justificadamente, *puedan servir para tener por cierta o no la refutación de las afirmaciones de la sentencia*. Si la impugnación se centra en su disconformidad con la valoración de *lo declarado por un testigo, que por cierto ha sido considerado decisivo para el sentido de la resolución*, correcto sería que el tribunal del recurso reexamine ese testimonio y *renueve la cuestión de hecho sólo en cuanto al testimonio cuestionado*.

Se requiere *mayor amplitud del recurso concedido libremente*, en la medida que no solo se trata de revisar la sentencia propiamente dicha sino de controlar la regularidad del juicio oral que la precedió, si ello fuere motivo de agravio. Pensemos por ejemplo, en la impugnación que denuncia la actitud del juez al haber impedido al testigo explayarse ampliamente, en ese caso será necesario analizar el registro para ver concretamente la conducta del juez y luego, si asistiere razón a la parte, oír al testigo.



En atención a la premisa de que el agravio es la medida del decisorio, la prueba eventualmente producida en la instancia del recurso, *solo puede conmover los enunciados que de ella dependan*.

Ello evitaría cualquier intento de *reenvío y garantizaría la solución en plazo razonable*. (Art. 8.1 CA)

Por lo demás, durante el debate oral la posibilidad de revocatoria o reposición debería ser amplia.

## **VI.- Algo más sobre la necesidad de garantizar el mismo estándar de inmediación.**

Cabe recordar las características particulares que rigen el proceso oral, en el que la inmediación juega un rol preponderante en cuanto a la percepción que tienen los juzgadores de todas las alternativas ocurridas durante la celebración de la audiencia de debate oral y público; allí, como ya se expresara, los jueces no sólo observan los datos objetivos que se les presentan, sino que también van formando sus propias convicciones generadas en la percepción directa de las pruebas producidas en su presencia.

No olvidemos que la inmediación, como gran conquista de la Ilustración, significa “presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”<sup>8</sup> Entonces, el carácter inmediato significa, libre de interferencias.

En éste aspecto y si bien las siguientes afirmaciones fueron hechas en el fuero penal, al tratarse del mismo principio procesal, pueden trasladarse a lo civil. A

---

<sup>8</sup> Calamandrei, Pietro, “Instituciones de derecho procesal civil”, traducción de Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, I, p. 330.

saber: *Tribunal Constitucional Español* ha dicho que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, *sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales* efectuadas por el juez de instancia y revoca en virtud de una *reinterpretación* de unas pruebas que no ha valorado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los *principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.*<sup>9</sup>.

## **VII.- Corolario.**

La realidad demuestra que nuestros sistemas de justicia son burocráticos y rígidos, en tanto la labor de los jueces queda atrapada en un procedimiento que suele impedir preguntarse sobre la razón del trámite. Las vías recursivas no se alejan de ésta afirmación, la rigidez del “trámite” parece haber sido diseñada como una carrera de obstáculos. El diseño de litigación en el ámbito de la oralidad pretende algo diferente, agilidad, transparencia, mayor publicidad de

---

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional 167/2002 y reiterado en numerosos precedentes, SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 230/2002, 41/3003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 199/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 350/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009, 118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011 Y 46/2011, entre otras, cfr. sentencia 121/2011 de TS Sala 2ª en lo Penal, 15 de noviembre de 2011. Con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en SSTEDH del 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania, 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumania, 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España del 10 de marzo de 2008.

los actos, rapidez, verdad frente al juez sin mediación de registros y comprensión de las razones de lo decidido.

La afectación de dichos principios se aprecia a diario, cuando modelos que se pregonan oralistas confieren un rol secundario y deslucido al juicio oral y público. Ello con olvido de su carácter garantizador y más adecuado para resolver los conflictos.

No es de extrañar, que en un sistema profundamente escriturista, las fases de revisión posteriores profundicen los vicios en lugar de revertirlos. Por el contrario en el diseño que genera “la oralidad”, la idea de un tribunal (unipersonal o colegiado) reunido frente a las partes; en presencia de los litigantes en una audiencia pública en la que se produzca y reproduzca la prueba, es presupuesto necesario de la sentencia definitiva. Admitir su reemplazo por la lectura de actas o recreación mediante video filmación sería un contra sentido.

Por lo demás, si el juez del recurso realiza audiencia, conforme el método oral, tendrá que decir conforme el límite de lo debatido en esa audiencia. Se reafirma así el valor de la oralidad, *cada juez juzga por el resultado de su propia audiencia.*

La alternativa del juicio civil que se procura, requiere de una autocrítica que permita encarar los nuevos desafíos. La coherencia del sistema genera la necesidad de dotar de igual dosis de oralidad a cada instancia del proceso. Desde esa perspectiva, no parece adecuado admitir que en segunda instancia se emita una decisión que revoque, modifique o anule la anterior, (sea total o parcialmente), sin estar en paridad de condiciones.

Será necesario sincerarnos acerca de si queremos o no dar pleno valor a la oralidad. En tal caso habrá que resignificar el contradictorio durante la impugnación; revalorizar la deliberación (en el caso de tribunales colegiados superar la circulación); potenciar la posibilidad de producir prueba en el ámbito del recurso y brindar la justificación de los decidido en audiencia.

Si pretendemos hacer mayores esfuerzos por garantizar la transparencia de las decisiones judiciales, habrá que reconocer que la inmediación constituye una garantía de juicio justo.