

XXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

COMISION IV “Sistemas de revisión - Régimen de revisión en el proceso oral”

Autor: **ROBERTO CARLOS PEREZ CASCELLA** ⁽¹⁾

Tema: **La revisión de la sentencia en el nuevo proceso civil oral – Necesidades de adecuación a los nuevos paradigmas**

Dirección Postal: Balcarce 109 - Rosario CP 2000

Teléfonos 0341 4251354 / 4472180

Email: perezcascella@arnet.com.ar roberto.perezcascella@unr.edu.ar

Breve síntesis: Las nuevas tecnologías, los cambios vertiginosos en la comunicación interpersonal, la registración simultánea, inmediata y constante de todo tipo de conducta en las redes sociales ha generado una constante repercusión en las organizaciones sociales públicas y privadas. El servicio de justicia debe considerar los nuevos paradigmas de la audiencia como centro de decisión, con sus formas de intermediación y oralidad en su total dimensión, desacralizando los estamentos de oralidad en primera instancia, y escritura en la revisión.

1 Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de Rosario, Asociación Argentina de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesa. Docente adjunto por concurso en Facultad de Derecho UNR. *Guest teacher* de grado y postgrado en derecho, criminología y maestría en Mediación en Facultades de Derecho de la Universidad de Salamanca y Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz - España.

Sumario

- I. Introducción
- II. Realidad en la República Argentina- Caso Santa Fe
- III. La audiencia como centro de decisión
- IV. Límites a la revisión de sentencias en oralidad
- V. Conclusión

I. Introducción

La sociedad, como órgano colectivo, impone conductas, guías de comportamiento y normas de actuación que inexorablemente repercuten en la administración de los servicios de un Estado. Las nuevas tecnologías, los cambios vertiginosos en la comunicación interpersonal, la registración simultánea, inmediata y constante en las redes sociales de todo tipo de conducta generan una constante repercusión en las organizaciones sociales públicas y privadas.

Lo expresado, en el estricto marco de la presente ponencia, nos formula el interrogante acerca del significado jurídico y social del derecho a ser oído - elemento indispensable del derecho fundamental del ciudadano al proceso justo - contrapuesto al proceso escriturario existente en el país por excelencia, ya que no es lo mismo ser escuchado que ser leído. Este requerimiento del ciudadano de inmediatez con el magistrado para ser partícipe del debate no ha sido el mismo a lo largo de la historia, ya que la sociedad fue evolucionando progresivamente en pos de esta concepción.

Sin pretender introducir al lector en el debate doctrinario de la oralidad como principio o regla procesal, nos permitimos establecer que es la modalidad del lenguaje por medio de la cual los seres humanos se hacen entender en la vida en sociedad, siendo un método de comunicación de relaciones interpersonales, sociales, económicas y laborales. Luego, como política judicial legislativa puede verse consolidándose en el mundo occidental como forma de expresarse en el proceso, método de debate jurídico por antonomasia.

A partir de la segunda mitad del Siglo XIX el mundo occidental consolidó para sus habitantes los derechos sociales, humanos, políticos y ambientales entre otros, correspondiendo citar a título enunciativo en la materia que nos compete por orden cronológico la Declaración Universal de Derechos Humanos, dictada por la Comisión de Derechos Humanos y aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas (1948), que contiene varias disposiciones que si bien afectan al derecho penal y procesal penal.

Entre ellas establece el artículo octavo que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo; el noveno que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; el décimo que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia” por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966) acabó en el continente americano con la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969), normativa sostenida en las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los informes y recomendaciones de la Comisión, disposiciones declaradas sostenes y pilares de las reformas procesales que paulatinamente fueron produciéndose en Iberoamérica.

Fundamentalmente concierne el enmarque de las garantías judiciales de la cláusula octava que establecen el derecho de las personas “a ser oídas”, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, fijando que las garantías lo son no solo para la competencia penal sino de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esta impronta por demás amplia a los procesos civiles fija una postura ineludible de la forma de audiencia para ser oído en que se comprende al servicio de justicia y los derechos de los ciudadanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la República Argentina luego de la reinstauración democrática de 1983 mediante la Ley 23.313 aprobada en el año 1986, establece que el país se compromete a garantizar a toda persona un recurso efectivo, que podrá

presentar ante las autoridades competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). La cláusula 14 directamente hace alusión al derecho a ser oída toda persona públicamente, con debidas garantías y por tribunal competente (2).

Tanto los organismos encargados de la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como los relacionados con la Organización de Estados Americanos (OEA) a través del Centro de Estudios para la Justicia en América (CEJA), conjuntamente con la doctrina procesal nacional, han entendido que la oralidad es el mecanismo idóneo para asegurarle a los justiciables inmediación, contradicción y transparencia en el proceso.

En este sentido, siguiendo los postulados y enunciados de las normas programáticas de las Convenciones Internacionales respecto al debido proceso bajo la implementación de la oralidad, podemos destacar los siguientes derechos del ciudadano para la resolución de conflictos en la órbita del servicio de justicia del Estado a saber:

- a) derecho al proceso, esto es a la garantía de alegación, prueba y defensa de sus derechos,
- b) derecho a tener asistencia legal – defensa técnica privada o del estado – y publicidad del proceso,
- c) derecho a ser oído, lo que implica acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas de ninguna índole,
- d) derecho al plazo razonable del proceso, el que comprende tiempo para ser oído y la sustanciación de las diferentes etapas judiciales, (3)
- e) derecho a la jurisdicción, esto es juez natural, competente, independiente e imparcial, derivándose sus consecuentes derechos a la sentencia sea motivada y razonable.

2 Art. 14 1. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La norma permite la exclusión de público y prensa cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

3 La Convención americana de Derecho Humanos art. 81 incluye el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y cuya violación puede dar lugar a un reclamo del resarcimiento de los daños morales sufridos por la mera demora. Peyrano, Jorge W. "Del resarcimiento del daño moral derivado de la violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas" en Jurisprudencia Argentina. Tomo II, pág. 260.

f) derecho a la eficacia de la sentencia, ejecución material dentro de un plazo razonable.

Estas normas programáticas fueron contemporánea y paulatinamente adoptadas por la comunidad iberoamericana, tornándose exigible en los estados americanos a medida que los procesos democráticos se consolidaban al compás del declive de los gobiernos militares. Quizá uno de los problemas más importantes que la teoría jurídico-política abordara, si no el principal, fue el análisis de la conciliación entre los derechos de los ciudadanos a un proceso justo y la soberanía del Estado a partir de dichos procesos, fundamentalmente en la lucha contra el delito y el crimen organizado (4), para luego derivarse a los conflictos civiles.

En trabajos anteriores (5) nos hemos preguntado qué significa en la práctica adquirir el derecho a ser oído citado en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, considerado base primordial del debido proceso que posibilita el contradictorio, cuando el proceso es escriturario por excelencia? Su respuesta no por sencilla pierde firmeza: no es lo mismo ser escuchado que “ser leído”. El encabezado de la versión inglesa de la Convención (6) utiliza la expresión “*the right to a fair trial*” -el derecho a un juicio justo- frente al más ambiguo “garantías judiciales” de la versión en español.

La diferencia es notoria entre “derecho a ser oído” en español al “audiencia justa y pública” en su versión inglesa.(7) Este ha sido desvirtuado por la práctica forense desde antaño permitiendo que las partes puedan manifestar su opinión y defensa a través del traslado por escrito ante el juzgador, y aún en una minuta de alegato pese a la existencia de audiencia oral y pública consagrada en los códigos procesales nacionales y provinciales.

4 En países como Brasil, Costa Rica, Bolivia, Chile, el Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Guatemala, Venezuela y Uruguay se adopta la sistemática acusatoria, y con ello el método de la oralidad y la estructura de audiencias, muy al comienzo de los años noventa.

5 PEREZ CASCELLA, Roberto. “Transparencia y publicidad de las audiencias judiciales. Efectivizar su realización con las debidas garantías para afianzar el servicio de Justicia” en Obra colectiva “Diversas miradas iberoamericanas sobre el proceso Civil, la Mediación y el Arbitraje”. Director Bujosa Vadell, Lorenzo. Edit. Marcial Pons. Auspicio de Universidad de Salamanca 2016. Pág. 48 y sgtes.

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamado Pacto de San José de Costa Rica) suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. 1969.

7 Quienes advirtieron su errónea traducción fueron Maurice Duce, Felipe Marín y Cristián Riego en “Reforma a los procesos civiles orales. Perspectivas para una reforma en América Latina”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) Santiago de Chile. 2008.

II. Realidad en la República Argentina – Caso Santa Fe

Nuestro país por su propio sistema federal, carece del imperium de una norma de modernización general del servicio de justicia en todo el territorio como lo fue para España su manda constitucional del año 1978 con la implementación de la regla de oralidad (8), o para México con su reforma constitucional del año 2008, donde asimismo se estableció el proceso oral en los procesos judiciales. En nuestro país la reforma a un sistema adversarial con preeminencia en la oralidad, a los procesos penales en las jurisdicciones provinciales y nacionales un ejemplo de ello, donde la ciudadanía asiste a las audiencias públicas y observa el trabajo de jueces, fiscales y abogados defensores. (9)

La era informática, la era digital, las telecomunicaciones, las cámaras de video en la telefonía celular, en definitiva las nuevas tecnologías y el acceso inmediato a la información han provocado e incentivado estos cambios en la sociedad, fundamentalmente en las nuevas generaciones. En el ámbito de la práctica de los juicios civiles (10) hoy prevalece en los nóveles profesionales la tesis que defiende las ventajas de una expresión oral dentro del llamado proceso por audiencias.

La provincia de Santa Fe posee un código procedimental civil sustancialmente escrito, sancionado a mediados del siglo XX, en la década de los años sesenta, cuyas disposiciones pregonan la presencia de magistrados, funcionarios, partes y público en las audiencias, estableciendo una solapada oralidad en la etapa probatoria. Los jueces, por diversas causas tales como indisponibilidad de recursos humanos, aumento de índices de litigiosidad y falta de estructura edilicia no se encuentran presentes en la totalidad de las audiencias fijadas en las causas que les

8 Establece el art. 120.2 de la Constitución española: "El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". La manda refuerza extraordinariamente la aplicación de la oralidad en Pérez Ragone, Álvaro y Palomo, Diego, "Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, pág. 363/406.

Así lo ratifica el profesor valenciano Montero Aroca al decir que "el debate en torno a las ventajas e inconvenientes de la oralidad y de la escritura se terminó con el art. 120.2 CE" en Montero Aroca, Juan y otros, "Derecho jurisdiccional. I. Parte general", p. 303.

9 Entre las últimas Santa Fe y Neuquén, con anterioridad Mendoza, Chubut, La Pampa, Jujuy, Entre Ríos, Santiago del Estero, Salta y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las primeras en reformar sus procesos penales estableciendo el sistema acusatorio han sido Córdoba, Tucumán, Buenos Aires, Catamarca y Mendoza.

10 Jorge W. Peyrano "Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura" Principios procesales. Tomo II. Rubinzal Culzoni. 2011

competen resolver, causas que a raíz de los cambios en Iberoamérica precisados se ha comenzado a modificar, siguiendo los lineamientos del Ministerio de Justicia de la Nación (Programa Justicia 2020) y del CEJA con el Plan Piloto de Oralidad Efectiva, dictado por Acta Acuerdo N° 48 de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe y el Protocolo de Gestión de Pruebas,

A partir de estos cambios hacia la implementación de la oralidad en la instancia del proceso civil, saber hablar ha pasado a tener una importancia extrema y preeminente, siendo conscientes los operadores judiciales de la existencia de mecanismos y tácticas lingüísticas de persuasión necesarias para el éxito del debate judicial. Los letrados y demás auxiliares del servicio de justicia han tomado razón de la importancia de adquirir habilidades argumentativas para justificar como para examinar las pruebas que se despliegan en el proceso.

III. La audiencia como centro de decisión

El saber argumentar con el discurso implica pues saber persuadir al auditorio, comprendiendo al discurso en sentido amplio, incluyendo los factores de comunicación no verbal. En un pleito es posible y necesario argumentar ante un juez, y convencer, además de desarrollar la exposición introductoria y las conclusiones. La práctica correcta, al igual que un proceso penal, exige articular un discurso argumentativo global que partiendo de una exposición introductoria, se prolongue sin solución de continuidad durante toda la fase de práctica de las pruebas, y alcance su punto en el alegato final.

Ahora bien. ¿Cómo influye la oralidad, la publicidad, la intermediación, el proceso adversarial y el discurso actuado en la sana crítica racional que se le exige al juzgador? ¿Puede trasladarse el razonamiento, fundamentación y sana crítica racional de las decisiones del juzgador del sistema escriturario a la oralidad efectiva en la producción de la prueba sin variaciones?

Indudablemente las nuevas tecnologías, la modificación de los hábitos de consumo en las generaciones milenials, las redes sociales y su influencia en la vida de relación e interacción de las personas han generado

exigencias del ciudadano para con el servicio de justicia del Estado. La traslación lenta y paulatina de la escritura a la oralidad no desconocen en absoluto el carácter político, y me animo a decir coyuntural y realista de la elección de las reglas.

Estos interrogantes han llevado a numerosos organismos públicos dependientes de poderes judiciales a prepara a los magistrados en la difícil técnica de interpretar la psicología del testimonio y de la recepción de mismos en el razonamiento y fundamentación del decisorio. (11). Al ser la exposición y debate oral se obtienen elementos carentes en el reflejo gráfico de la escritura, como ser la intensidad del sonido, la velocidad de la emisión, los cambios de ritmo, los silencios, las inflexiones expresivas de sentimientos o actitudes del hablante tales como ironía o irritación al interrogador.

Fundamentalmente, la implementación de la oralidad en los procesos judiciales civiles argentinos se ha estandarizado en dos audiencias: etapa procesal de audiencia de conciliación y proveído de prueba posterior por una parte, y la audiencia de producción de prueba y alegatos por la otra. En caso de no arribar a una solución consensuada, la postulación y ofrecimiento de pruebas determina la admisión del caso, la resolución de excepciones, y posterior ofrecimiento de pruebas. Ambas audiencias tendrán como protagonistas principales a letrados y partes, siendo la prueba el elemento fundamental, objeto de la *misse in scene* de los letrados. Ya el célebre Jeremías Bentham nos enseñaba que el “arte del proceso es el arte de la prueba” (12)

Las herramientas de comunicación y argumentación del caso, persuasión en los oyentes construirán la credibilidad razonable de las

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

12 Bentham, Jeremías, "Tratado de las prueba judiciales", traducción de Manuel Ossorio, Ed. EJE, Buenos Aires, 1959, p. 140; cit. por Ibáñez, Perfecto A., "Sobre el valor...", cit., p. 52. No debe perderse de vista que Bentham ha sido considerado por Mauro Capeletti, como "el más grande teórico y propugnador inglés del proceso oral". Capeletti, Mauro, cit. p. 46.

posturas y formarán el material de conocimiento del magistrado Chiovenda explicitaba que los poderes de formación del juez de primera como de segunda instancia son los mismos, tanto en cuanto a la determinación de las normas aplicables, como a la determinación y verificación de los hechos. Ambos materiales deben ser producidos en ambas instancias en lo atinente a los puntos de apelación, a fin de cumplimentar con el proceso de aprehensión de las pruebas.

El problema surge respecto a la reiteración de los testimonios de testigos y expertos en segunda instancia, y las diferencias en sus declaraciones por ser actos humanos del habla únicos e irrepetibles.

Apelación y escritura son conceptos inseparables expresaba el maestro Couture. Otros tiempos y otras tecnologías podríamos reflexionar. El español Picó Junoy ⁽¹³⁾ expresa que "desde un plano de revisión plena del material fáctico y jurídico de la primera instancia, se nos conduce a un panorama confuso y contradictorio entre oralidad de primera instancia y escritura de segunda; por un lado amplitud de control del material probatorio, y por otro necesidad de respetar los principios de valoración probatorio del aquo. Si bien estos y otros argumentos fundamentan que la oralidad no se adecua a la doble instancia (Jorge Peyrano), hubo anteriores fuertes defensores de su implementación (Giuseppe Chiovenda, Hugo Alsina, Manuel Lascano y otros citados por el primero) y un criterio de oportunidad política absoluta de su actual implementación.

IV. Límites a la revisión de sentencias en oralidad

¿Cual es el límite de la Oralidad? La inmediación. Sin ella no tiene sentido.

La oralidad es una forma de entendimiento, siendo la inmediación el escalón de la percepción. Por eso se afirma que los efectos de ambos principios procesales coinciden, en cuanto a la forma oral de las alegaciones de las partes y sus manifestaciones de pensamiento en la audiencia - sobre

13 PICO I JUNOY JOAN. Valoración de la prueba y segunda instancia. Hacia la búsqueda del equilibrio necesario. Revista jurídica de Catalunya, ISSN 1575-0078, Vol. 108, Nº 3, 2009, págs. 679-692

todo en el examen y contra examen de testigos y peritos - representando a la vez el más inmediato avance de perceptibilidad del juzgador (14).

Cuando los litigantes formulan la revisión de la sentencia dictada en las formas de oralidad e intermediación en la valoración de la prueba, el registro o la reproducción de esta última ante el órgano superior deben ser necesariamente ponderados a la luz de las formas impuestas en la primera instancia (15).

Debemos tener presente que la sentencia, punto final del debate dialéctico y medio de resolución judicial del conflicto se compone de diversos elementos tales como enunciados, argumentos, premisas y conclusiones.

El enunciado, basamento de los argumentos se compone de premisas explícitas e implícitas, pudiendo ser estos argumentos de deductivos, donde la conclusión sigue las premisas de manera necesaria, ejemplo que puede observarse del siguiente: Juan conducía un auto que provocó un siniestro, el vehículo llevaba velocidad excesiva, posee un impacto en el frente y el restante vehículo tiene un impacto trasero. Argumento deductivo por excelencia. O puede también tener la sentencia argumentos inductivos, donde la conclusión tiene al menos un elemento que no está en las premisas. Ejemplo de este es cuando el perito designado en juicio con carencia de *expertise*, la cual se deduce del contra examen de la parte en la etapa de prueba.

La motivación de los argumentos inductivos como justificación judicial se convierte así en un poderoso instrumento que cualitativamente sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial, comprendiendo una serie de funciones que algunos autores sintetizan en una doble dimensión endo procesal y extraprocesal, que escapa al breve análisis de este trabajo.

Por eso cobra nueva notoriedad entre los operadores la composición de los recursos al órgano revisor, tanto en el fundamento que la sentencia tenga errores *in iudicando*, ello es la aplicación errónea del derecho o

14 CARRASCO, YAMILA. "Oralidad, intermediación y revisión de sentencias. Armónicos o antagónicos en el proceso? Cartapacio de Derecho. Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires Vol. 28, 2015 UNICEN. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/rt/printerFriendly/1485/1921>

15 Hacer la segunda instancia distinta, es como se les explica a los alumnos de grado cambiar las reglas de juego en un deporte. No se puede porque escapa a toda lógica hacer dos macho en cotejos de ida y vuelta, donde en el partido de ida se juega con un balón determinado, y el restante con uno de menor tamaño.

determinación defectuosa de los hechos, como respecto a los errores *in procedendo*, en la aplicación errónea de normas procesales. Si establecemos la par *conditio* del juzgador, en un sistema republicano de garantías al ciudadano en el servicio de justicia, el órgano o tribunal revisor debe estar en iguales condiciones de percibir que el primero.

Con la inmediación, publicidad y contradictorio en la oralidad solo serán revisables en el proyecto oficial en tratamiento legislativo en la provincia de Santa Fe las argumentaciones deductivas. Sería lógico y razonable que debidamente justificado, sean revisable las sentencia y decisiones contra los argumentos inductivos, por cuanto es fundamento central de las afirmaciones de la sentencia.

V. Conclusión

Ahora, y con lo dicho, ¿puede la primacía de la forma de oralidad condicionar o desnaturalizar la esencia del proceso? La respuesta *prima facie* luce negativa.

Pero a poco de adentrarnos en la temática de la racionalidad de las decisiones, cuando su percepción es oral y no escrita implica brevemente, en este reducido espacio de la ponencia, otorgarle jerarquía a las formas en que se realiza en servicio de justicia para no afectar las garantías republicanas del debido proceso.

Somos consientes que la implementación de la efectiva oralidad conlleva esfuerzos de los operadores. Esfuerzos de los letrados y de los funcionarios judiciales en su conjunto. Las más de las veces la instrumentación en los estados provinciales ha conllevado dilemas de difícil solución para el legislador procesal, y sus resultados han tenido un alto costo social para la comunidad toda.

Como expresáramos precedentemente, los reclamos del justiciable de mayor inmediación, oralidad y publicidad comprometen las conductas de los operadores judiciales. Si bien se ha establecido la implementación de la oralidad en la mayor parte de las provincias argentinas, dada la especial referencia en la provincia de Santa Fe, debe avanzarse en la implementación adecuada de la celebración de audiencias con las debidas

garantías en ambas instancias, de modo tal de asegurar la debida tutela efectiva de los derechos