

## ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN EL PROCESO CIVIL EN ALEMANIA\*

Peter SCHLOSSER\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las cinco características fundamentales del proceso civil alemán de primera instancia, según se han desarrollado en la práctica*. III. *La “audiencia” oral cuando hay declaraciones de personas*. IV. *Aspectos recomendables y no recomendables de la experiencia alemana en el proceso civil*.

### I. INTRODUCCIÓN

En Alemania, y seguramente en todos los Estados industriales desarrollados, el proceso civil se ha convertido en un servicio que el Estado tiene que prestar de manera masiva. La estadística realmente da temor. Menciono aquí las cifras de Baviera, que es un estado alemán con doce y medio millones de habitantes, es decir, que cada sexto habitante de Alemania reside aquí. Como en Alemania hay escasas diferencias regionales, las cifras que a continuación expongo ofrecen un cuadro bastante exacto para todo el país. Conforme a las estadísticas oficiales del año 2005,<sup>1</sup> las siguientes cifras se refieren a los asuntos en materia civil.

1. Los tribunales de distrito (*Amtsgerichte*) son los tribunales de menor jerarquía en asuntos civiles y son competentes, en primera instancia, en controversias que tengan una cuantía de hasta 5 mil euros,<sup>2</sup> así como en algunas controversias especiales, sobre todo en materia de arrendamiento. En el año 2005 ingresaron en estos tribunales 128 mil asuntos. De ellos, 58 mil, o 45%, concluyeron mediante sentencia contenciosa. En los tribunales de distrito en Baviera hay aproximadamente

\* Traducción de Héctor Fix-Fierro.

\*\* Universidad de Munich, Alemania.

<sup>1</sup> *BayJMBI (Boletín del Ministerio de Justicia de Baviera) 2006*, pp. 105 y ss.

<sup>2</sup> Aproximadamente 100 mil pesos mexicanos (2009).

250 jueces, lo que significa que tocan a cada uno de ellos 512 demandas ordinarias por año. Por tanto, un juez tiene que elaborar 232 sentencias motivadas, es decir, en cada día hábil tiene que concluir tres procedimientos, incluyendo la preparación de la audiencia oral, el desahogo de las pruebas y la redacción escrita de la motivación de la sentencia. Aun cuando algunos procesos pueden concluirse de manera muy rápida, por ejemplo, porque el deudor paga de inmediato después de la interposición de la demanda, de todos modos se trata de una masa considerable de asuntos. Los asuntos de familia llevan una vida propia y no están considerados en estos datos estadísticos. A las 128 mil demandas ordinarias se agregan unos 45 mil asuntos menores, es decir, 180 por juez. En total, a cada juez le tocan 700 procedimientos por año.

2. Los tribunales regionales (*Landgerichte*) son competentes, en primera instancia, para asuntos de cuantía mayor. En Baviera hay 350 jueces que trabajan en materia civil en los tribunales regionales. Estos jueces tienen que resolver 70 mil demandas por año, es decir, 200 por juzgador. Si se toma en cuenta que el 80% de los asuntos son resueltos en forma unipersonal, y que en los asuntos más difíciles interviene un colegio de tres jueces, entonces la carga de trabajo por juez es más elevada. Cada juez tiene que redactar 42 sentencias fundadas y motivadas. Puesto que las sentencias en los tribunales alemanes suelen estar fundadas y motivadas de manera muy exhaustiva, esta sola tarea de redacción causa temor. Esto es todavía más cierto, porque los asuntos en los que se trata de hacer pagar al deudor son enviados a un procedimiento especial, el cual es conducido por una computadora central, es decir, con muy escasa intervención personal. Se llama “proceso monitorio” (*Mahnverfahren*) y es tan eficiente, que se ha tomado como modelo para el procedimiento monitorio europeo aprobado recientemente.<sup>3</sup> En Baviera se iniciaron en 2005 no menos de 1.4 millones de procesos monitorios, es decir, uno por cada quinto o sexto habitante mayor de edad del estado.

Para nuestro trabajo aquí y ahora, el proceso monitorio tiene solamente importancia indirecta, porque la estadística de las demandas ordinarias nos ofrece un cuadro de cargas de trabajo, dentro de las cuales ya se han excluido los asuntos de mera ejecución, es decir, los “asuntos monitorios”.

<sup>3</sup> Véase el *Reglamento (CE) No. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, DO L 399 del 30 de diciembre de 2006.

El elevado número de procesos civiles no puede explicarse sin tomar en cuenta el llamado seguro de defensa legal (*Rechtsschutzversicherung*), que es muy popular en Alemania. Esta rama de los seguros florece, porque es posible calcular bien las costas procesales y los honorarios profesionales de los abogados. Cada vez que un automóvil nuevo entra en circulación, los agentes de seguros tratan de convencer al cliente de comprar uno de estos seguros, los cuales no sólo cubren casos vinculados con el automóvil. Con el fin de mantener el negocio andando, en ocasiones las aseguradoras financian casos que no tienen perspectivas de éxito.

La importancia de la oralidad y la intermediación tiene que valorarse frente al trasfondo de estas cargas de trabajo en los tribunales. Al efecto, pretendo hacer mi exposición en dos pasos. En una primera parte me propongo definir los elementos particulares que han marcado al proceso civil alemán en los términos en que se ha desarrollado en la práctica (II, *infra*). Frente a este trasfondo es que, en la segunda parte, me referiré a la comunicación oral entre las partes y el juez (III, *infra*). Cierra este trabajo una valoración de los elementos no recomendables y no recomendables del proceso civil alemán (IV, *infra*).

### II. LAS CINCO CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO CIVIL ALEMÁN DE PRIMERA INSTANCIA, SEGÚN SE HAN DESARROLLADO EN LA PRÁCTICA

He identificado en total cinco características principales.

#### 1. El “término” de la audiencia oral como núcleo teórico del procedimiento

En el continente europeo nunca ha habido jurado en la materia civil. Por ello, tampoco existe el “*trial*” en el sentido del *common law*, es decir, un evento único que puede durar días o semanas para la investigación de los hechos. Esto ni siquiera ocurre en el proceso penal. En los asuntos penales importantes puede suceder que las fechas de la audiencia se encuentren apartadas entre sí, como por ejemplo, cada segundo lunes. En el proceso civil no existen limitaciones legales respecto de la dispersión temporal de los términos de las audiencias. Si bien se habla de “términos” para referirse a cualquier día en el que se haya programado la audiencia, todos los “términos”, aunque estén separados entre sí, constituyen mentalmente una unidad. Esto tiene una consecuencia muy drástica en el caso en que el demandado no comparezca a juicio. Si no

comparece en algunas de las fechas programadas para la audiencia, o no está representado por un abogado, todo lo que el demandado haya manifestado anteriormente ya no se toma en cuenta. Hasta 1976 la práctica habitual era que las audiencias orales duraran unos cuantos minutos y que el asunto se difiriera una y otra vez. Esto ocurre todavía ocasionalmente en la actualidad. Sin embargo, el legislador ha logrado, a través de diversas medidas, que por lo regular haya un término principal decisivo. Teóricamente se hace una distinción entre un término para la audiencia y otro para el desahogo de las pruebas (§ 279, inciso 2, § 358, CPCA): primero se da, como se dice, una “audiencia contenciosa” entre las partes (§ 279, inciso 2, CPCA). Luego se realiza el desahogo de las pruebas (§ 279, inciso 3, § 370, CPCA). Enseguida continúa la audiencia. Sin embargo, en la práctica se trata de un único evento procesal que está dividido temporalmente en varias etapas, pero éstas se realizan de manera sucesiva. Ciertamente, la “audiencia” sólo se refiere a aquellos puntos que se hayan revelado como contenciosos en el procedimiento escrito previo. Cada audiencia oral está preparada por al menos un escrito extenso de cada una de las partes, aunque en la mayoría de los casos son dos. Tanto los jueces como las partes tienen que reflexionar con precisión antes de la audiencia oral sobre cuáles entre las afirmaciones de hechos manifestadas en los escritos son controvertidas y cuáles no. Esta constatación conduce a la segunda particularidad característica del estilo del derecho procesal civil alemán.

## *2. La responsabilidad de las partes respecto de la introducción de los hechos en el procedimiento*

Dicho de manera superficial, se puede afirmar de modo general que, en el proceso civil, los fundamentos de hecho de la sentencia no son investigados de oficio, sino que las partes tienen que proveer las afirmaciones correspondientes. El derecho procesal civil alemán está comprometido de manera especialmente consecuente con este principio. No dudo incluso en decir que de manera exagerada. De las partes se espera no solamente que presenten el marco de los hechos, el cual es completado por la recepción de las pruebas, sino que describan esos hechos desde su perspectiva en todos sus detalles, de modo que, bajo el supuesto de ser verdaderos, constituyan el fundamento de sus pretensiones. El demandado también tiene que exponer de manera detallada las bases de hecho de sus defensas. Dos ejemplos:

Tribunal Superior Regional de Hamm (*OLG Hamm*):<sup>4</sup> una mujer divorciada pidió alimentos de su ex marido. La cuestión giraba en torno a cuánto ganaba o podía ganar ella misma si hiciera el esfuerzo respectivo. Durante el matrimonio y después de él, la mujer mantenía un salón de manicura. La demandante alegó que sus ingresos por esta actividad eran sólo de 240 euros,<sup>5</sup> ya que, por motivos de salud, solamente podría trabajar dos horas al día. Al respecto afirmó padecer de una enfermedad degenerativa de la columna vertebral y que, con motivo de una operación de los discos, se lesionó un nervio del brazo izquierdo; igualmente, aseguró padecer de ánimo depresivo con fuertes ataques de migraña. La demandante presentó dictámenes médicos en los que se constataba que su actividad profesional se veía disminuida por molestias psiquiátricas, así como en la parte superior de la columna y el brazo izquierdo. El tribunal resolvió asignar a la mujer el ingreso ficticio de una actividad profesional plena, ya que no había podido sustanciar su afirmación de que sus molestias eran la causa de que solamente pudiera desempeñar una actividad de tiempo parcial. El tribunal se negó a recabar mayores pruebas, como el testimonio de los médicos. Las afirmaciones de la mujer no estaban suficientemente sustanciadas como para justificar la obtención de dichas pruebas.

Contrajemplo del Tribunal Supremo Federal (*BGH*):<sup>6</sup> en este caso la constelación era la inversa. Se trataba de una comunidad de convivencia no matrimonial entre una mujer médico y un dentista. La mujer expuso de manera muy detallada ante el tribunal por qué solamente podía obtener un ingreso mínimo, debido a la situación del mercado de trabajo y la necesidad de cuidar al hijo común. El hombre negó estas afirmaciones sólo de manera muy general y opinó que ella tendría que poder ganar al menos tanto como lo que recibe un médico desempleado por el seguro de desempleo del Estado, el cual en Alemania es relativamente elevado en los primeros meses. El Tribunal consideró que la objeción del hombre era improcedente, porque no estaba suficientemente sustanciada, y consideró como no controvertidas las afirmaciones de la mujer sobre sus ingresos posibles.

En teoría se supone que cada parte conoce en todas sus particularidades cómo se han producido los hechos de los cuales derivan sus pretensiones; el proceso sirve solamente para que hagan las afirmaciones respectivas y señalen los medios que las prueban. En cierto sentido se

<sup>4</sup> Sentencia del 7 de julio de 2006. Expediente LUF 2/06.

<sup>5</sup> Aproximadamente 4 mil 800 pesos mexicanos (2009).

<sup>6</sup> Sentencia del 5 de julio de 2006, expediente XII ZR 11/04.

supone que el proponente de las pruebas, casi siempre el demandante, anticipa el resultado de la prueba, y que los testigos y peritos solamente tienen que confirmar que sus afirmaciones son correctas. Naturalmente, en la práctica este principio se ve sujeto a varias limitaciones. Sin embargo, el proceso civil alemán debe uno de sus elementos más visibles a este principio, porque si hay afirmaciones que siguen siendo controvertidas, el tribunal tiene que ordenar nuevas pruebas (§ 358, CPCA).<sup>7</sup> En este auto se determina que se recaben pruebas sobre ciertas afirmaciones de hecho de una o la otra parte. Sin embargo, solamente se pueden recabar pruebas sobre aquellas afirmaciones de hecho que estén suficientemente sustanciadas por la parte que tenga la carga probatoria. Así, por ejemplo, si para aclarar un accidente es necesario interrogar testigos, en el auto correspondiente no se señala “deberá interrogarse a los testigos X, Y y Z sobre el modo que se sucedieron los hechos antes y después del accidente del...”, sino que debe decir más bien algo como lo siguiente:

Se recabará prueba sobre las siguientes afirmaciones del demandante: al intentar rebasar a un automóvil con su propio vehículo, el demandado utilizó el carril izquierdo. Con el fin de evitar un choque frontal, el actor se vio obligado a girar hacia un sembradío a su derecha, lo cual ocasionó daños considerables a su vehículo. La prueba se recabará mediante el interrogatorio de los testigos X, Y, Z.

Normalmente, el auto de apertura probatoria se lleva a cabo durante la audiencia principal. Este auto determina entonces lo que es objeto de la audiencia y lo que no lo es.

### 3. *No hay procedimiento formal previo de obtención de material según el modelo de la “discovery” o “disclosure”*

La gran ficción del proceso civil alemán es responsable de que el derecho alemán solamente prevea de manera indirecta algo comparable al procedimiento de *discovery* del derecho estadounidense o la *disclosure* del derecho inglés. Como ya se dijo, la ficción consiste en suponer que la parte que tiene la carga de la prueba conoce todo lo ocurrido como eventos de hecho, y que este conocimiento debe introducirlo como afir-

<sup>7</sup> § 358 CPCA. Necesidad del auto de apertura del procedimiento probatorio. Cuando el desahogo de las pruebas requiera un procedimiento especial, se ordenará su apertura mediante auto.

mación en el proceso. Esta es la razón por la cual no hay en el derecho alemán un procedimiento previo de obtención de información. La otra razón radica en la falta de un *trial*. La audiencia oral puede consistir en una serie de términos muy separados entre sí. Ciertamente, los primeros términos pueden ser utilizados para clarificar previamente determinadas circunstancias. Sobre todo, en una así llamada primera audiencia próxima (§ 272, inciso 2, CPCA) es posible aclarar cuáles afirmaciones de una u otra de las partes son controvertidas y cuáles no. En esta oportunidad es posible ejercer considerable presión moral sobre las partes para que revelen cosas que tengan consecuencias adversas para su causa. Desde hace cinco años es posible incluso obligar a una de las partes a presentar determinados documentos (§ 142, CPCA). Sin embargo, los tribunales hacen muy escaso uso de esta posibilidad, porque la tradición del derecho procesal civil alemán está dominada por una máxima bastante anticuada que proviene del derecho romano y que dice:<sup>8</sup> "Ninguna de las partes está obligada a proveer a la parte contraria material para su victoria en el proceso, sobre el cual ésta no disponga ya por sí misma".<sup>9</sup>

La jurisprudencia ha deducido de esta máxima prácticamente la prohibición de investigar a la parte contraria.<sup>10</sup> Naturalmente, un orden jurídico que se apoya en este principio no otorga a quien se considera titular de un derecho ningún medio para investigar las cosas contra la voluntad del deudor potencial. En este sentido, el derecho alemán no sólo está retrasado respecto del *common law*, sino también en relación con los órdenes jurídicos europeos contemporáneos, como el *Nouveau Code de la Procédure Civile* francés y el proyecto de un nuevo código procesal civil suizo.<sup>11</sup> En realidad, no se entiende para nada por qué es indebido investigar si se ha producido un estado de hechos del cual se pueden derivar ciertas pretensiones. La supuesta prohibición de investigar tiene numerosas excepciones, por ejemplo, a través de diversos derechos materiales de acceso a la información en virtud de una jurisprudencia audaz.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> BGH JZ 1991, p. 630; BGH WM 1958, pp. 961, 962; BGH NJW 1987, p. 1201.

<sup>9</sup> Zöller/Greger ZPO, 26ª ed., § 142, núm. 1, todavía la consideran hoy como correcta.

<sup>10</sup> En lugar de todos BGH NJW 1995, p. 2111.

<sup>11</sup> Véanse los artículos 157 y siguientes, en la versión de la comunicación del Consejo Federal del 28 de junio de 2006, consultable en [www.j.b.Admin./Themen/Staat- und Bürger/Gesetzgebung/Zivilprozessrecht](http://www.j.b.Admin./Themen/Staat- und Bürger/Gesetzgebung/Zivilprozessrecht).

<sup>12</sup> Véanse las referencias que proporciono en JZ 1991, pp. 599, 604 y siguientes.

De manera indirecta, pero muy efectiva, la prohibición de investigar se ve quebrantada por el hecho de que con mucha frecuencia se ordena la comparecencia personal de las partes (§§ 141, 278, CPCA). Aunque de este modo la parte queda obligada a presentarse, en teoría no puede ser obligada a hacer una declaración. Sin embargo, las partes generan una mala impresión para su causa si se niegan a contestar preguntas diciendo que todas las contestará su abogado. Hasta ahora nunca he escuchado de un caso en el que una de las partes se hubiera negado a declarar. Durante la audiencia no es posible controlar si las partes se están investigando mutuamente, o si el tribunal lo hace respecto de una de ellas. Sin embargo, parece ser que el tribunal lo hace, aunque en realidad no está autorizado a ello. En la edición del diario *Süddeutsche Zeitung* del 8 de junio de 2007 se describe, en la página 45, la siguiente situación ante un tribunal: el *chef* de cocina Alfons Schubeck, conocido por su programa en la televisión alemana, fue demandado para obligarlo a cubrir una indemnización de medio millón de euros,<sup>13</sup> ya que había dado a una conocida un desatinado consejo sobre una inversión de dinero. El prominente demandado no había comparecido personalmente a la audiencia. El tribunal logró que la dama se conformara con un arreglo por un tercio de la suma demandada, aunque quedaba pendiente el consentimiento del demandado. El juez pretendía fijar un nuevo término en caso de que el demandado rechazara la transacción. El periodista reporta entonces literalmente lo siguiente:

...los jueces dejaron en claro que entonces Alfons Schubeck tendría que comparecer necesariamente. "Tendríamos todavía algunas preguntas que hacerle sobre el asunto", mandaron decirle los jueces, y para el oyente esto se escuchó como si en tales palabras se insinuara una leve amenaza.

#### 4. *El tribunal alemán como bazar de las transacciones*

Así hemos llegado al cuarto elementos fundamental del derecho procesal civil alemán. La sala del tribunal se asemeja frecuentemente a un bazar en el que se regatea sobre el arreglo de los asuntos. El juez participa de modo muy activo, haciendo en la audiencia pública propuestas de transacción sobre las cuales las partes tendrían solamente que negociar. En ocasiones el juez amenaza abiertamente con dar a conocer el sentido probable de su sentencia si las partes no aceptan su propuesta de transacción. Si bien en Alemania no hay una tasa de arreglos tan ele-

<sup>13</sup> Aproximadamente diez millones de pesos mexicanos (2009).

vada como en los Estados Unidos e Inglaterra, ante los tribunales regionales concluye mediante transacción casi un tercio de todos los juicios, pero se trata de arreglos que se producen apenas al finalizar una audiencia oral, pero con frecuencia sólo después del desahogo de las pruebas, por ejemplo, después de la entrega de un dictamen pericial.

El número de transacciones es bastante más elevado que la cifra de sentencias contenciosas. Lo que distingue al proceso civil alemán de otros en este punto es lo siguiente: la negociación de un arreglo es, en principio, parte de la audiencia oral central. Si bien cuando se produce una transacción el juez se ahorra la fundamentación y motivación de la sentencia, así como el riesgo de una apelación, para llegar a esa transacción tiene que incurrir en un trabajo considerable, pues, como mediador, tiene que estudiar a fondo el asunto.

Para la preparación de esta conferencia pasé un día entero en la sala de audiencias del tribunal de distrito de la ciudad de Munich. Se anunciaron 14 asuntos, de los cuales 10 se examinaron en una así llamada "audiencia colectiva" que duró en total dos horas y media. En cada uno de los casos el juez propuso una transacción o aconsejó el desistimiento de la demanda. En un caso dijo que toda la demanda era una "frivolidad". Puesto que ante el tribunal de distrito solamente se examinan asuntos de cuantía menor, el juez podía indicar, en la mayoría de los casos, que los costos del dictamen pericial que se requería estaban fuera de proporción respecto de la cuantía. Solamente en uno de los diez casos el abogado se negó tajantemente a negociar un acuerdo. Se trataba de una cuestión de principio, a saber, si el número de identificación personal (NIP) de una tarjeta bancaria podía ser manipulado en el cajero automático. La demandante había afirmado haber guardado por separado la tarjeta y el NIP, de modo que una persona no autorizada solamente habría podido sacar dinero del cajero mediante alguna manipulación.

No obstante, una reforma legal del año 2001 permite la celebración de acuerdos de tal modo que puede dispensarse la audiencia oral. Ello me conduce a la quinta característica del derecho procesal civil alemán.

### *5. Reducción de la importancia de la audiencia oral*

Una audiencia oral conlleva mucho trabajo para la justicia. En los tribunales de mayor tamaño, la logística de la distribución de los espacios se ha convertido en una ciencia en sí. La duración de un término para la audiencia es difícil de estimar. La calendarización no garantiza siempre la utilización racional de la fuerza de trabajo judicial. Por ello se ha desa-

rollado en la legislación y la justicia, casi de manera imperceptible, una tendencia a privar a la audiencia oral de mucha de su importancia.

a) Cuando no es necesario examinar personalmente a los testigos, los peritos, o a las partes, junto con sus abogados, se ha difundido la práctica de que el tribunal utilice la audiencia oral solamente como oportunidad para comunicar a las partes, de modo bastante directo, los términos en que se dictará la sentencia. Sobre esta base es que el tribunal intenta nuevamente inducir a un arreglo. Hay que recordar en este punto que un juez de un tribunal regional tiene que procesar más de 200 asuntos al año, y que el juez de un tribunal de distrito más de 700. Esto eleva la presión para que los abogados expongan de manera exhaustiva sus argumentos desde los escritos iniciales.

b) Si de una audiencia oral resulta que todavía se requiere información, entonces se puede autorizar a las partes la presentación de un escrito adicional (§ 283, CPCA). Así, no es necesario reabrir la audiencia.

c) Pero sobre todo la remuneración de los abogados conduce a la pérdida de importancia de la audiencia oral. Los abogados reciben la mitad de sus honorarios por la redacción de los escritos. La otra mitad la reciben por su participación en la audiencia oral. Sin embargo, no importa la duración de la audiencia, así como tampoco si se trata de un solo término breve o de varios largos. Una vez que se ha abierto la audiencia, los abogados no reciben ningún honorario especial por cada hora que dure de más o por cualquier término adicional. También es totalmente irrelevante para la determinación de los honorarios de los abogados el hecho de que haya habido o no desahogo de pruebas, como el interrogatorio de testigos. Por tanto, los abogados tienen interés en la realización de audiencias orales breves.

d) Como ya se dijo, desde hace cinco años el juez puede ahorrarse la audiencia oral si logra que las partes acepten su propuesta escrita de transacción. Conforme a lo que acabamos de decir, los abogados tendrían que rechazar esta propuesta, a fin de forzar la realización de una audiencia oral. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal se ha puesto listo para impedirlo. Si se llega de esta manera a un acuerdo, el abogado obtiene los mismos honorarios que si se tratara de una transacción durante la audiencia oral.<sup>14</sup>

En casos un poco más complicados se realiza una audiencia oral antes de que el juez haga una propuesta escrita de transacción. El juez espera a tener en sus manos el acta de la audiencia. Entonces estudia todo el expediente y presenta a las partes una propuesta de transacción,

<sup>14</sup> BGH NJW 2006, p. 157.

apoyada en una breve fundamentación. Esto es válido sobre todo cuando desempeñan un papel las declaraciones de testigos y el interrogatorio de peritos. Esto me lleva a la segunda parte de mis explicaciones: la audiencia oral en el caso en las declaraciones de personas desempeñan un papel.

### III. LA “AUDIENCIA” ORAL CUANDO HAY DECLARACIONES DE PERSONAS

Si bien el derecho alemán distingue, desde el punto de vista sistemático, entre un término para la audiencia oral y un término para el desahogo de pruebas (§ 279, inciso 2, § 358, CPCA), en la práctica una y otra terminan por confundirse. El derecho alemán ha sostenido de la manera más intensa el principio de oralidad tratándose de la prueba testimonial (1, *infra*), pero este principio también ha conservado una fuerte importancia en la prueba pericial (2, *infra*). El interrogatorio personal de las partes también desempeña una función significativa (3, *infra*).

#### 1. *La oralidad del procedimiento judicial cuando hay prueba testimonial*

Respecto de la prueba testimonial, los ordenamientos jurídicos de Europa central se distinguen claramente del derecho francés, en el cual el interrogatorio oral de los testigos apenas desempeña una función. El peso principal radica claramente en la así llamada *attestation* (artículos 200-203, nuevo Código de Procedimiento Civil). En Alemania, el legislador ha creído facilitar el trabajo de los tribunales permitiendo al juez ordenar el interrogatorio escrito de los testigos (§ 277, inciso 3, CPCA). Sin embargo, muy rara vez se recurre a esta posibilidad. Los jueces alemanes desconfían de las declaraciones por escrito de los testigos, pues éstos firman con excesiva ligereza los textos que les presenta un tercero. Es todavía un gran secreto de la psicología de la justicia por qué los jueces franceses no comparten esta desconfianza. En Alemania, en el caso de una declaración testimonial escrita puede exigir cualquiera de las partes que se le planteen preguntas adicionales al testigo.

Las siguientes características estructurales del examen normal de los testigos ameritan tenerse en mente.

a) El juez, y no la parte que los propuso como medio de prueba, interroga a los testigos. Por regla general, dicho interrogatorio se realiza en presencia de todo el tribunal (§§ 355, 375, CPCA).

b) El interrogatorio debe referirse a “hechos controvertidos” (§ 359, CPCA). Las preguntas que se someterán a los testigos tienen que ser

mencionadas expresamente en el acuerdo formal de desahogo de pruebas.<sup>15</sup> Para repetirlo: en ese acuerdo se dice que deberá recabarse una prueba “sobre la afirmación de [la parte actora], de que ha ocurrido lo siguiente”. Naturalmente, entre los “hechos controvertidos” puede haber hechos indiciarios. Un famoso proceso civil se refirió a la afirmación de una dama llamada Anastasia de que era la hija menor del último zar ruso y de que había sobrevivido de manera azarosa la masacre de su familia por los bolcheviques.<sup>16</sup> Para comprobar su afirmación primaria respecto a su ascendencia, propuso numerosos indicios. En aquel entonces no había pruebas de ADN. Las afirmaciones sobre indicios eran también hechos controvertidos sobre los cuales había que recabar pruebas.

La investigación de indicios de credibilidad desempeñan en el proceso civil alemán solamente una papel limitado. El examen de testigos no alcanza, por mucho, la intensidad que tienen los interrogatorios de personas en el procedimiento de *discovery* o en la fase de *trial* en los Estados Unidos.

Cuando el tribunal ha concluido su interrogatorio, las partes pueden plantear preguntas adicionales a los testigos. Pero no se trata, de ningún modo, de una especie de interrogatorio cruzado conforme al modelo del *common law*. Las preguntas tienen que ser objetivas y no pueden contener elementos de sugestión. Puesto que los jueces alemanes son entrenados de manera muy intensiva en las academias judiciales en la psicología del interrogatorio de testigos y casi siempre tienen experiencia de muchos años en la materia, las preguntas de los abogados no desempeñan un papel importante en la práctica. A diferencia de sus colegas en los Estados Unidos o Inglaterra, los abogados alemanes no tienen entrenamiento para plantear a los testigos preguntas capciosas que puedan destruir la credibilidad de sus afirmaciones.

c) El testigo no debe ser influido por las afirmaciones de otros testigos durante el interrogatorio. Por ello no tienen permitido estar presentes en la sala de audiencias antes de su interrogatorio, a fin de que no puedan escuchar lo que ha dicho otro testigo. Sin embargo, sí pueden permanecer en la sala después de su interrogatorio, lo que resulta inconsecuente. En este sentido, es mucho más consecuente el proyecto de nuevo Código Procesal Civil suizo (artículo 162). Desafortunadamente, el tribunal no tiene margen de discreción para manejar de manera flexible este principio. En el arbitraje comercial internacional se han hecho muy bue-

<sup>15</sup> Véase II., 3.

<sup>16</sup> *BGH* 53, 245, 261 = *NJW* 1970, pp. 946 y ss.

nas experiencias con el así llamado *witness conferencing*.<sup>17</sup> Todos los testigos están presentes en la sala. Cualquier testigo que tiene que declarar en presencia de otros se encuentra sometido a una presión mucho más grande que aquel que lo hace sin la presencia de ellos.

d) El testigo tiene la obligación de prepararse a conciencia, a consultar los documentos relevantes y llevarlos a la audiencia (§ 378, CPCA). Un problema especial es planteado por los testigos que son empleados de alguna de las partes. Por supuesto que no están obligados a revelar al tribunal nada que constituya un secreto comercial o que no haya afirmado la parte contraria, porque no tiene conocimiento de ello. Tienen que cuidar de que, en lo posible, nadie pregunte por otros documentos. Si bien es posible negarse a permitir la lectura de los documentos que hayan traído, esto causa siempre una mala impresión. Ello nos conduce al quinto punto.

e) La cuestión de en qué medida pueden las partes hablar previamente sobre el interrogatorio con los testigos que hayan ofrecido, se ha discutido sólo escasamente. En los Estados Unidos esto es una práctica estándar. Los mismos jueces señalan que un abogado descuida sus deberes si renuncia al *coaching* de los testigos.<sup>18</sup> En el arbitraje comercial internacional es una práctica extendida, aunque se ha escrito poco al respecto.<sup>19</sup> En Alemania se dice con mucho tacto que un abogado puede preguntar a un posible testigo sobre los conocimientos que tiene, pero no comentar con él la respuesta que cabe esperar ante el tribunal. En mi opinión esto no es correcto. Lo único que no debe permitirse es inducir al testigo a declarar una falsedad. Sin embargo, hay muchas maneras de decir la verdad, y esto es algo que bien puede comentarse con los testigos. También sería razonable poder comentar con el testigo las preguntas de la otra parte para las cuales tendría que estar preparado.

f) Las versiones en acta de las declaraciones de los testigos son muy deficientes. En Alemania no hay una transcripción literal (*verbatim transcript*) y las partes no tienen derecho a exigir que se realice. Tampoco es habitual grabar en cinta la declaración de un testigo, a fin de poder comprobar, en caso de duda, lo que éste ha dicho y, sobre todo, cómo lo ha dicho. La mayoría de las veces tampoco hay un secretario de actas (*Protokollführer*), sino que con frecuencia tienen que asumir esta función

<sup>17</sup> Peter, Wolfgang, *Arbitration International* 2002, pp. 57 y ss.

<sup>18</sup> *State of North Carolina v. Timothy Lane McCormick*, 259 *SER* 2nd 880.

<sup>19</sup> Véase el diagnóstico que propongo en mi trabajo "Verfahrensrechtliche und berufsrechtliche Zulässigkeit der Zeugenvorbereitung" ("Admisibilidad procesal y profesional de la preparación de los testigos"), *SchiedsVZ* 2004, pp. 225 y ss.

el juez o el juez presidente, los cuales dictan en cinta, a intervalos y en habla indirecta, un resumen de lo dicho por el testigo. En ocasiones aquél escoge el habla directa, pero no es infrecuente que al hacerlo le atribuya al testigo afirmaciones literales que no provienen de éste. Además, muchos testigos se expresan en una forma que no corresponde a la lengua alemana escrita que se asienta en el acta.

## 2. La prueba pericial en la audiencia oral

Los ordenamientos tradicionales del continente europeo estaban dominados por un concepto único de perito. Siempre que el tribunal tenía que resolver alguna cuestión que no le fuera posible decidir en virtud de su formación jurídica o su experiencia vital, debía seleccionar un perito para pedirle su asesoría, si lo hacía en forma escrita u oral es algo que examinaremos enseguida. Se trata de lo que los ingleses y norteamericanos llaman un *neutral expert*. No había el perito propuesto como medio de prueba por cualquiera de las partes. El nuevo Código de Procedimiento Civil francés se aparta un tanto de este principio. Si bien el derecho francés tampoco conoce el perito seleccionado y propuesto en el procedimiento por una de las partes, sí prevé tres grados de complejidad: primero, el experto que hace una *constatation*, a saber, la descripción por escrito de algún objeto; segundo, el experto que da respuesta a una *consultation* que se refiera a un problema técnico o económico no muy complejo (artículos 256 y siguiente). Por lo general, la *consultation* se realiza de manera oral. En tercer término, el derecho francés menciona la *expertise*. En ese caso, la persona a la que se le haya comisionado tiene que realizar amplias investigaciones, como por ejemplo, sobre las causas del derrumbe de una edificación. El experto redacta un informe escrito que puede ser discutido durante la audiencia oral. Resulta interesante hacer notar que el experto a quien se solicita una *expertise* tiene facultades de investigación más amplias que las del propio juez. En lo particular, tiene facultad para recabar, sin requisitos de forma, las declaraciones de cualquier persona, así como exigir la presentación de cualquier documento (artículos 242, 243 del nuevo Código de Procedimiento Civil francés). Por ello, es frecuente que al experto francés se le planteen preguntas muy amplias que conducen, prácticamente, a la resolución del proceso entero.

Sin embargo, en Alemania hemos conservado la categoría única del perito designado por el tribunal. Tampoco el proyecto de Código Procesal Civil suizo ha acogido la solución francesa (artículos 176 y siguiente). El peso principal de la prueba pericial radica en el informe escrito del

experto. La mayoría de las veces solamente se designa un experto cuando lo solicita una de las partes, simplemente porque dicha parte tiene que depositar un monto de dinero como garantía de los honorarios del perito. Las partes solicitan solamente de manera abstracta la designación de un perito, cuya selección corresponde exclusivamente al tribunal.

Si bien el texto literal de la ley supone que el perito formula su informe en la audiencia oral, este supuesto ha sido ampliamente rebasado por la práctica de la presentación de dictámenes escritos. El tribunal puede ordenar la comparecencia del perito en la audiencia oral (§ 411 inciso 3, CPCA), pero la mayoría de las veces lo hará sólo si lo pide una de las partes.

Un problema muy significativo en la práctica que no aborda el texto de la ley surge cuando una de las partes presenta el dictamen de un experto que ella misma ha solicitado. El dictamen pericial comisionado por una de las partes no es reconocido como medio de prueba, pero tampoco puede ser desatendido sin más.<sup>20</sup> Más bien, las afirmaciones de un perito designado por una de las partes son evaluadas como afirmaciones materiales detalladas de la parte misma. Conforme a la garantía de audiencia, el tribunal está obligado a examinar estas afirmaciones. La mayoría de las veces se hace citando al experto del tribunal a una audiencia. En teoría, los expertos escogidos por las partes no tienen derecho a hacer uso de la palabra ni a plantear preguntas al experto del tribunal. El abogado de la parte interesada tiene que asesorarse con el perito escogido por esa parte sobre las preguntas que debe plantear. En la práctica, sin embargo, muchos tribunales permiten que los peritos particulares planteen preguntas directas al perito designado por el tribunal. A la inversa, no hay fundamento jurídico para plantear preguntas al perito particular, aunque esté presente en la audiencia. Sin embargo, en muchos casos la práctica es flexible. Los abogados, los peritos del tribunal y los de las partes se enzarzan en una discusión y el juez no interviene.

El conflicto alcanza su punto culminante cuando el tribunal, a falta de conocimiento especializado propio, no sabe si tiene razón el perito oficial o el de las partes. Como en ese caso no puede simplemente darle la razón al perito de una de las partes, tiene que designar un nuevo perito.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> BGH NJW 1986, p. 1928; BGH NJW 1992, p. 1459; BGH NJW 1997, p. 3381.

<sup>21</sup> BGH NJW 2001, p. 7778; BGH NJW 1992, p. 1459. Sobre la incertidumbre de la jurisprudencia respecto a la valoración de un dictamen particular, véase mi ensayo "Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht"

En casos en que se controvierten montos mayores, pueden producirse durante la audiencia oral largas controversias entre el perito designado por el tribunal y los peritos particulares, incluso controversias con el perito adicional designado por el tribunal. En tales casos, el juez conduce con mucho rigor dicha discusión. En la mayoría de los casos, los jueces han estudiado de manera muy intensiva el asunto y plantean numerosas preguntas tanto al perito designado por el tribunal como a los de las partes. Esta discusión es mucho menos comparable con la institución de la *cross examination* del *common law* de lo que sucede con los testigos. Sobre todo, casi siempre está ausente una discusión sobre el conocimiento especializado con el que cuenta la persona en cuestión, lo cual es un elemento esencial de la *cross examination* ante los tribunales de los Estados Unidos. Ahí, el abogado intenta privar de credibilidad a las afirmaciones del perito “contrario”, planteando preguntas sobre su formación y su experiencia. Tales debates están ausentes casi por completo ante los tribunales alemanes, inclusive cuando alguna de las partes presenta un dictamen particular.

### 3. La audiencia oral como fuente formal de la exposición de las partes

1. Ya en la primera parte hemos dicho que la importancia de la audiencia oral ha disminuido. Sin embargo, la ley dispone todavía hoy en día lo siguiente (§ 128, inciso 1, CPCA): “Las partes abordarán de manera oral la controversia jurídica ante el tribunal de conocimiento”. La ley agrega de manera enfática (§ 137, inciso 2, CPCA): “Los alegatos se presentarán en discurso libre”. De este modo, en teoría al menos, se convierte en materia del proceso sólo aquello que sea presentado de manera oral. Sin embargo, este principio es desplazado en la práctica casi hasta el grado de su desaparición. Las partes pueden conformarse con hacer referencia formularia a los escritos intercambiados (§ 137, inciso 3, CPCA). La ley confiere un peso especial a las llamadas “peticiones” de las partes (§ 137, CPCA). Las partes tienen que indicar de manera precisa qué es lo que la sentencia debe ordenar en correspondencia con sus pretensiones. En el *common law* se diría que las partes tienen que indicar el *remedy* que pretenden obtener, es decir: “El demandado debe ser condenado a pagar a la parte actora [una determinada suma de dinero]”; o bien, “Debe declararse que el contrato de li-

(“Testigos presentados espontáneamente y dictámenes (privados) conforme a los derechos alemán y austriaco”, en Bittner, Ludwig *et al.* (eds.), *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien-New York, Springer, 2005, pp. 497, 503 y ss.

cencia se celebró válidamente entre las partes... y que su rescisión por parte del titular de la licencia no fue válida”. Estas peticiones tienen que plantearse siempre de manera separada, pero la práctica permite siempre la remisión a los escritos, por ejemplo, a la demanda en el caso de la parte actora.

2. La comparecencia personal de las partes, que con frecuencia ordena el tribunal, trae consigo un complemento esencial. Normalmente, las partes presentan los hechos mediante los escritos que los abogados entregan al tribunal. El escrito de demanda tiene que ser bastante detallado. Es por ello que el Código Procesal Civil, en su versión original, incorporó como una gran excepción el que las partes mismas tomen la palabra.

Sin embargo, se ha mostrado que los jueces tienen frecuentemente dificultades para descubrir, detrás de las artes retóricas de los abogados, aquello que realmente ha sucedido. En consecuencia, ya desde principios del siglo pasado se introdujo la regla de que con frecuencia se ordene la comparecencia personal de las partes (§ 141 CPCA). Por “partes del proceso” se entiende sobre todo a las personas físicas. El interrogatorio de las partes no constituye el desahogo de una prueba sobre hechos controvertidos, sino que solamente debe proporcionar claridad sobre lo que las partes afirman en realidad. Con frecuencia, los hechos dejan de ser controvertidos después del interrogatorio de las partes.

Cuando una de las partes es una persona moral no tendría sentido citar al presidente de la junta directiva. En esos casos es suficiente que comparezca el empleado o funcionario responsable del asunto (§ 131, inciso 3, CPCA). Por supuesto, sería muy favorable que, como resultado de este interrogatorio, las partes alcanzaran un arreglo. Sin embargo, también en este punto la ley ejerce presión excesiva sobre las partes. Ese funcionario o empleado que comparece en lugar de la parte misma, tiene que presentar un poder que lo autorice a celebrar una transacción (§ 141, inciso 3, CPCA), pero no está obligado a utilizarlo e incluso puede estar sometido a la instrucción, dada por la parte, de no hacer uso de él. No obstante, el juez puede ejercer considerable presión sobre él, por lo que realmente ya se requiere bastante firmeza para decir al juez que la parte insiste en su derecho de exigir una sentencia del tribunal sobre su acción.

La comparecencia personal de las partes y su interrogatorio debe distinguirse estrictamente del llamado “interrogatorio de las partes”. Conforme al derecho alemán, en principio las partes en el proceso no pueden ser testigos en su propia causa. Sin embargo, bajo circunstancias muy estrictas pueden ser interrogados en forma similar a los testigos, incluso

bajo juramento (§§ 445 y siguientes, CPCA). Sin embargo, esto sucede de manera tan excepcional que no deseo entrar en mayores particularidades.

De este modo llego a la conclusión: ¿qué puede recomendarse de la experiencia alemana en el proceso civil?

#### IV. ASPECTOS RECOMENDABLES Y NO RECOMENDABLES DE LA EXPERIENCIA ALEMANA EN EL PROCESO CIVIL

##### 1. *Lo no recomendable*

Yo quisiera desalentar urgentemente tres cosas:

a) En primer lugar hay que mencionar el modo en que se cubren los honorarios de los abogados. Este modo de remuneración desvía la motivación de los abogados. Lo razonable es que los abogados sean remunerados conforme a la cantidad de trabajo invertido, aunque no solamente según este criterio. Sin embargo, el hecho de que los abogados tengan un interés personal en llegar a un arreglo, porque de este modo se eleva su remuneración, es en realidad un escándalo.

b) Con independencia de lo anterior, la práctica de los tribunales en materia de transacciones también está descarriada. Con razón los abogados se quejan de que casi son forzados violentamente a llegar a un arreglo. Hasta el año 2001 podían defenderse diciendo que preferían recibir la sentencia de primera instancia anunciada y combatirla luego en apelación. Hoy en día, sin embargo, está limitada la posibilidad de la apelación (§ 529, CPCA), lo que permite a los jueces de primera instancia ejercer sobre las partes todavía mayor presión que antes, mediante sus propuestas de transacción. Sé que la elevada tasa de transacciones ante los tribunales alemanes ahorra una cantidad considerable de trabajo. Sin esos arreglos, los procesos civiles durarían todavía mucho más, si bien los tribunales alemanes y los austriacos se caracterizan, en el contexto europeo, por la breve duración de los procedimientos. Aquella ocasión en el que estuve presente todo un día en las sesiones de un tribunal de distrito me ha mostrado que la mayoría de las veces el tema principal de las negociaciones era la alternativa de la dilación durante meses del procedimiento y los costos desproporcionadamente elevados de los peritos. Esto resulta razonable en los procedimientos de menor cuantía ante los tribunales de distrito. Sin embargo, tratándose de procesos de mayor cuantía, la pasión de los tribunales alemanes por llegar a un arreglo ha reducido las oportunidades de cumplimiento efectivo del

derecho. En conjunto, me parece que el precio de esta práctica es demasiado elevado respecto de la conclusión acelerada del proceso. Ciertamente, no hay que prohibir del todo los esfuerzos del tribunal por inducir a un arreglo, pero habría que hacerlos depender del consentimiento previo expreso, por escrito y sin reservas, de todas las partes.

c) En la época actual no es posible ya mantener el principio de que ninguna de las partes está obligada a proporcionar a las otras material del proceso sobre el cual no disponga ella ya por sí misma. Este principio está sujeto, en el derecho alemán, a numerosas excepciones en las que no he entrado con detalle. En consecuencia, la situación jurídica se ha vuelto compleja. El principio tendría que ser sustituido por su contrario. El Estado, que obliga al ciudadano a defender sus derechos sin recurso a la justicia por propia mano, sino a interponer su demanda ante los tribunales, tiene que garantizarle también el acceso a las fuentes de información, pues también aquí se aplica la prohibición de la justicia por propia mano. Los norteamericanos han exagerado, a través de la *discovery*, el principio de acceso a las fuentes de información, abriendo las puertas al abuso, lo cual ha desacreditado el “acceso a las fuentes de información”. Sin embargo, aplicado de manera moderada, el principio es correcto.

### *2. Elementos probados del proceso civil alemán*

En contraposición a las anteriores, hay cuatro experiencias que pueden recomendarse con buena conciencia.

a) El principio de que las partes están obligadas a exponer de manera detallada y por escrito al tribunal sus afirmaciones de hecho desde el inicio del proceso ha probado su utilidad. Si bien ha conducido en la práctica a la necesidad de contar con un abogado, no resulta posible renunciar a este filtro. El principio lleva a concentrarse en lo esencial en la audiencia oral, contrarrestando las demandas frívolas y, sobre todo, la táctica de usar al proceso como medio de acoso (*nuisance value*) a la parte contraria.

b) También es importante que se lleve a cabo al menos una audiencia oral, en la que el juez pueda demostrar a las partes que ha estudiado de manera confiable la materia del proceso. Por el contrario, la cuestión del control democrático de la justicia a través de la publicidad de la audiencia en el proceso civil —a diferencia del proceso penal— desempeña un papel completamente secundario. De acuerdo con mis observaciones, el proceso civil alemán satisface todavía estas exigencias. La audiencia

oral pierde todo sentido cuando se convierte en un evento en el que las partes pueden decir cualquier cosa y el juez calla.

c) La oralidad en el interrogatorio de los testigos, sin que la parte interesada haya tenido previamente la oportunidad de presentar una declaración escrita de una persona que desee designar como testigo, tiene una importancia que no debe subestimarse. También puede defenderse de manera objetiva la renuencia que muestran los tribunales alemanes tratándose de interrogatorios por escrito de los testigos. Si bien el arbitraje comercial internacional ha evolucionado por otra ruta, pues ahí se presentan en la mayoría de los casos declaraciones escritas de los testigos antes de que sean interrogados oralmente, lo cierto es que ante esta jurisdicción comparecen casi siempre empleados de las partes. El hecho de que éstos presenten primero sus declaraciones por escrito conduce a una considerable racionalización del interrogatorio oral, sin que se produzcan por ello inconvenientes de peso. Por el contrario, en el proceso civil normal no hay que fomentar las declaraciones escritas de los testigos.

d) Finalmente, también es adecuada la manera como hoy en día se maneja la prueba pericial, aunque con una pequeña restricción. Cada una de las partes debe tener la posibilidad de plantear objeciones y preguntas al perito en la audiencia oral. Más aún, hay que fortalecer la importancia de los expertos que las partes presenten con el fin de contradecir las afirmaciones del perito designado por el tribunal. Es preciso incorporar a la ley la posibilidad de que los peritos particulares se manifiesten durante la audiencia oral y puedan plantear objeciones al perito del tribunal. Igualmente hay que permitir que el juez pueda adherirse a uno de los dictámenes particulares cuando, después de la discusión en la audiencia oral, resulta que es confiable.