



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL LABORAL CHILENO:  
PROBLEMÁTICA.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

GILBERTO MARDONES GONZÁLEZ  
MANUEL MONDACA DÍAZ

Profesor Guía: Sr. Claudio Palavecino Cáceres

Santiago, Chile  
2017

## RESUMEN

Haremos una elaboración sintética de los procesos en algunos de los más importantes antiguos pueblos de occidente, con énfasis en sus rasgos primigenios en cuanto a la forma del proceso y el uso de la oralidad, en particular sobre esta última y su relación con la adversarialidad. Mencionaremos las nociones doctrinales que se han elaborado en torno a la oralidad y la forma en que ha sido utilizada en los estados modernos. Para enlazar a la oralidad con el proceso adversarial realizaremos una breve relación de los conceptos de adversarialidad, inquisitorialidad, sistema mixto, y además ilustraremos nuestro procedimiento laboral actual intentando encasillarlo en uno de estos sistemas. Posterior a esto intentaremos revelar la conexión entre oralidad y adversarialidad, y la respuesta a la interrogante ¿qué sucede en el proceso si falta esta última?, para finalmente volcar nuestras conclusiones al procedimiento laboral chileno actual.



## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	6
CAPÍTULO PRIMERO: ORÍGENES DEL PROCESO Y NOCIÓN Y ALCANCE DE LA IDEA DE ORALIDAD. ....	8
1. Una primera aproximación a la idea de proceso .....	8
2. Historia del proceso y La Oralidad en los procesos primitivos .....	16
2.1 El Proceso en la antigua Grecia. ....	16
2.2 El proceso romano.....	18
2.3 El proceso germánico. ....	22
2.4 El proceso español. ....	27
2.5 El proceso ante el tribunal de aguas de Valencia. ....	30
3. Noción y Alcance de la Idea de Oralidad .....	31
3.1 El mito de la oralidad en Chiovenda. ....	33
3.2. La oralidad y la socialización del proceso.....	36
3.3 La Oralidad como principio formativo del procedimiento. ....	38
3.4. Una nueva concepción doctrinal de la oralidad. La oralidad como regla del procedimiento. ....	40
3.5. Alcance de la Oralidad en el proceso chileno. ....	42
3.5.1. La Oralidad en el Proceso. ....	44
3.5.2. La Oralidad En El Proceso Penal .....	56
CAPÍTULO SEGUNDO: PROCESO ADVERSARIAL VERSUS PROCESO INQUISITORIAL.....	60
1. Noción del Principio Acusatorio. ....	60
1.1. ¿Qué es un proceso adversarial? .....	62
1.2 Elementos del sistema adversarial acusatorio.....	66
1.2.1 La acusación y la investigación en órganos distintos al que juzga. ....	68
1.2.2 Imparcialidad del juzgador durante todo el proceso.....	72
1.2.3 Un procedimiento oral y público.....	74
2. El Sistema Inquisitivo.....	75
2.1 Actuaciones oficiosas del juez. ....	79
2.2 Investigación y juzgamiento en un solo órgano. ....	80
2.3 Procedimiento Escrito y Secreto. ....	81
3. Ilustración del Procedimiento Laboral Chileno .....	82

3.1 El procedimiento ordinario .....	82
3.1.1 Estructura del Juicio Ordinario Laboral. ....	84
3.2 El Procedimiento de Tutela Laboral.....	88
3.2.1 Estructura del Procedimiento de Tutela Laboral. ....	89
3.3 El Procedimiento Monitorio .....	91
3.4. Las Facultades del Juez Laboral. El proceso mixto. ....	93
3.5. ¿En qué Sistema Procesal Podemos Encasillar Nuestro Procedimiento Laboral? .....	97
<b>CAPÍTULO TERCERO: RELACIÓN ENTRE ORALIDAD Y PROCESO</b>	
<b>ADVERSARIAL. ....</b>	<b>101</b>
1. Oralidad y Dialéctica. ....	101
2. Oralidad sin adversarialidad .....	106
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>108</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>116</b>

## INTRODUCCIÓN

Ríos de tinta han corrido sobre el contingente debate entre posiciones hasta el momento irreconciliables, nos referimos a la discusión doctrinaria que por un lado postula al garantismo como paladín de la justicia respetuosa de la libertad, las garantías individuales y la justicia; y por otro lado a aquellos que sostienen que sólo el activismo judicial, la fuerte presencia y potestades del juez pueden llevar a alcanzar la verdad dentro del procedimiento y mediante esta la justicia al caso concreto<sup>1</sup>.

En el ardor de esta batalla existe una brasa incandescente: la forma del proceso. La doctrina ha puesto especial atención en su devenir histórico, cómo ha sido influenciado por el poder político cual sustancia maleable a los fines del soberano; es en el decir de muchos una cuestión de ideología<sup>2</sup>. Así las cosas tenemos en la actualidad dos formas procesales claramente identificables: El proceso inquisitorial y el proceso adversarial. Dedicaremos algunas páginas de nuestro trabajo para desarrollar, sin afán de exhaustividad, las características esenciales de cada uno de estos modelos.

Pilar fundamental en las páginas que siguen es la institución del proceso, haremos una síntesis desde el proceso primitivo pasando por aquellas etapas históricas que nos parecen más relevantes de acuerdo a nuestro objetivo, hasta nuestro proceso laboral actual.

---

<sup>1</sup> Al respecto se sugiere: GODOY, Mario Rodolfo. Garantismo y activismo: posiciones encontradas. Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, Vol. 14, 2008 [en línea] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147> [Consultada el 20 de abril de 2017]. O una vista en mayor profundidad, véase MONTERO AROCA, Juan (Coord.) *“Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

<sup>2</sup> Véase PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “Sistemas procesales e Ideologías”, en Revista Derecho y Humanidades N.º 17, 2011, pp 13-30.

La oralidad es un tema crucial en este trabajo, al respecto discurriremos sobre la idea de oralidad, las nociones doctrinarias, el alcance de ésta dentro del proceso y el papel que ha jugado en el proceso en distintas etapas históricas.

Atendida la naturaleza de nuestra investigación nos valdremos del método de la dogmática formalista, puesto que apuntamos a revelar el sustrato jurídico de las instituciones que vamos a estudiar. La doctrina ha asignado diversos roles a la oralidad dentro de un proceso y encontraremos variopintos ejemplos del uso de ésta en los distintos procesos que estudiaremos.

El asunto crucial y objetivo primordial de nuestra investigación será desentrañar la existencia o inexistencia de un nexo necesario entre el proceso adversarial y la oralidad. Si es posible la existencia de un proceso no adversarial y oral, y si éste es requisito *sine qua non* de ésta, o dicho de otra manera, si es que la oralidad se desnaturaliza cuando convive sumergida en un proceso inquisitorial o mixto.

La visión del proceso que tenemos no es la de una institución abstracta, sobre la cual puede elaborarse únicamente de manera conceptual, sino que es la de una realidad viva y tangible, con repercusiones reales en la administración de justicia. Es así que con el objeto de enlazar nuestra investigación con la realidad del proceso laboral chileno actual, ilustraremos el procedimiento sintéticamente y daremos especial atención al papel del juez y sus atribuciones. Y por último, intentaremos desentrañar los efectos que produce la oralidad enmarcada en la actual configuración del proceso laboral, y si es procedente un arreglo procesal.

## **CAPÍTULO PRIMERO: ORÍGENES DEL PROCESO Y NOCIÓN Y ALCANCE DE LA IDEA DE ORALIDAD.**

### **1. Una primera aproximación a la idea de proceso**

La idea de proceso como es conocida hoy en día viene de una larga evolución social y jurídica, difícil es dar una fecha o acontecimiento preciso que determine con exactitud el primer proceso en la historia, sin embargo es posible describir ciertas figuras que a la postre dieron origen a la institución como hoy se conoce y demostrar que en sus inicios la idea que se tenía fue siempre la de un proceso dispositivo que malamente derivó en uno inquisitivo atenuado posteriormente en lo que hoy conocemos como sistema mixto.

Un primer antecedente de proceso en occidente lo entrega la literatura griega, específicamente la *Ilíada* de Homero, obra que en su Canto XVIII muestra a un devastado Aquiles sufrir por la partida de Patroclo y la pérdida de su armadura, siendo esta última reemplazada por una nueva confeccionada por Hefesto. Llama la atención de esta nueva vestimenta el escudo que protege al héroe del mencionado poema, ya que aquí se describen dos ciudades con disímiles realidades, una en guerra y otra en paz, y es precisamente en esta última donde se desarrolla, en una plaza pública, un proceso entre dos hombres, que discuten sobre la expiación o no por un homicidio, señalando uno que pagó y el otro que no se había pagado nada, dicho proceso se desarrolla de forma oral, en plano de igualdad entre las partes y con jueces que sólo se limitan a escuchar atentamente a la partes antes de emitir su veredicto, respetándose totalmente la estructura del proceso como un conflicto entre particulares que deciden someterlo a la decisión de un tercero que no tomará ningún tipo de postura, sino hasta el final del proceso.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> PALAVECINO CÁCERES, C. (2011). Sistemas Procesales e Ideologías. *En Derecho y Humanidades*. (N°17): Pág 13-30.

Es menester analizar ahora cómo fueron los primeros métodos de resolución de conflictos de los que se tiene conocimiento a lo largo de la historia y que derivaron en lo que hoy conocemos como Proceso, todo esto con la finalidad de tener una aproximación respecto de los elementos comunes que se han ido dando en la resolución de conflictos y si en la actualidad se mantienen o no dichos elementos o bien han ido dando paso a sistemas de enjuiciamientos totalmente diversos, para luego pasar al estudio de origen del proceso en las culturas jurídicas más relevantes hasta el día de hoy.

Innegable es que a lo largo de la evolución humana el ser humano ha buscado la satisfacción de sus distintos intereses, tanto espirituales como materiales, para lo anterior ha debido convivir con una serie de carencias y necesidades de distinta índole, en algunas circunstancias basta la sola capacidad o ingenio del ser humano para poder resolver sus problemáticas de la vida cotidiana, sin embargo y dado que el hombre no se encuentra solo en el mundo, en muchas ocasiones sus necesidades o intereses implicaban un conflicto con las necesidades o intereses de otros miembros de su grupo social, las cuales deben ser resueltas a través del éxito de uno y la derrota de otro, desde ahí es que tenemos un punto de partida para determinar los primeros métodos de resolución de conflictos en la evolución humana y que luego de una larga evolución dan origen al proceso como hoy lo conocemos.

Teniendo en lo señalado anteriormente un primer atisbo de métodos de resolución de conflictos en la historia, son oportunas las palabras del profesor José Gimeno Sendra, quien señala: “El nacimiento de un litigio entre los particulares o el de un conflicto entre la sociedad y alguno de sus miembros origina un estado de insatisfacción individual o colectiva. La paz social se ha alterado y urge equilibrar los intereses en pugna. Para ello han surgido en la historia de las instituciones procesales y coexisten en el momento presente

tres métodos o posibles medios de solución: *la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición*<sup>4</sup>.

Seguiremos el esquema anterior entregando y analizando los conceptos que dan origen al proceso como en la actualidad lo conocemos, partiendo por la autotutela, seguido de la autocomposición y finalmente la heterocomposición que nos derivará en el concepto de proceso.

La autotutela, autodefensa o autoayuda, es la forma de solución de conflictos más antigua que se tenga registro<sup>5</sup>, el profesor Alvarado Velloso lo define como: “Un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre”<sup>6</sup>, otra definición la encontramos en el constitucionalista Juan Colombo Campbell para quien “Se denomina también autodefensa y, en virtud de ella, cualquiera de los sujetos involucrados en el conflicto acciona para resolverlo por mano propia. Es una forma primitiva y, la más de las veces, injusta, de poner término a un conflicto.”<sup>7</sup> Finalmente el reconocido procesalista Eduardo Couture la define como la “Reacción directa y personal de quien se hace justicia por manos propias. Esta reacción se halla normalmente prohibida por la ley...”<sup>8</sup>.

De todos los conceptos vistos podemos deducir que la autotutela es inherente al estado más primitivo del ser humano, supone la resolución del conflicto por la fuerza sin que exista un tercero que resuelva la contienda, a

---

<sup>4</sup> GIMENO SENDRA, J. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal. Pág. 22. Editorial Civitas. Madrid.

<sup>5</sup> MATORANA MIQUEL, C. MONTERO LÓPEZ, R. *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Editorial Abeledo Perrot, Santiago. 2010.

<sup>6</sup> ALVARADO VELLOSO, A. (2009) Sistema Procesal. Garantía de la Libertad, *Tomo I*. Pág. 24. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. .

<sup>7</sup> COLOMBO CAMPBELL, J. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 8

<sup>8</sup> COUTURE, E. (1958). Fundamentos del Derecho procesal Civil. Tercera Edición. Buenos Aires. Roque Depalma Editor. Pág. 9

diferencia de lo que ocurre en el proceso o que proponga bases de acercamiento a las partes como en la conciliación o bien que colabore a que las partes logren un acercamiento en sus posiciones como ocurre en la mediación, tampoco existe la idea de un procedimiento destinado a que las partes resuelvan el conflicto, sino que son éstas mismas, las que casi de forma espontánea pondrán fin a la contienda, mediante la imposición violenta de una solución sobre otra y es precisamente por lo anterior que en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos la autotutela está prohibida, ya que la función de resolver los conflictos no queda entregada a la fuerza de los contendientes, sino que se resuelve por medio del proceso.

En el caso de Chile existe una prohibición de la autotutela a nivel constitucional, al establecer su artículo 1° que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, está señalando que las diferencias físicas o más concretamente la fuerza no será un factor a la hora de resolver una contienda entre particulares, esta idea viene a ser reforzada por el artículo 19 y sus numerales 1°, 2° y 3° que garantizan la vida y la integridad física, la igualdad ante la ley y la misma en el ejercicio de los derechos respectivamente. Si lo anterior deja algún atisbo de dudas frente a la prohibición de la autodefensa en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 76 de la Constitución Política cierra la discusión al entregar la resolución de los conflictos de relevancia jurídica a los tribunales establecidos por la ley.

Añadimos a lo anterior lo señalado en el artículo 19 N°3 Inciso 5 de la constitución en el que se señala que *“nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.”* Esta norma en primer término está prohibiendo a los particulares que determinados asuntos, mayoritariamente penales, no podrán ser resueltos por ellos mismos (prohibición de autotutela), pero aún más, prohíbe incluso entregar la resolución del conflicto a cualquier entidad o comisión especial, serán por

tanto, sólo aquellos órganos que señale la ley, los indicados para resolver tales conflictos. Las comisiones especiales a que hace referencia la norma señalada, no son los tribunales creados por leyes especiales que hace referencia el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, ni a los establecidos fuera del poder judicial, sino que se refiere a la creación de un tribunal para un asunto concreto o persona particular, o sea un órgano que ejerza sus funciones totalmente apartado del ordenamiento jurídico. Por último, está el hecho de que para la fijación de los tribunales la constitución establece una cortapisa en términos de aprobación legislativa, que evita incluso que sean creados a través de leyes ordinaria, exigiendo para el efecto que su establecimiento se realice por medio de una Ley Orgánica Constitucional, es decir, requiere del voto conforme de 4/7 de parlamentarios en ejercicio.<sup>9 10</sup> Todo lo anterior demuestra que la prohibición de la autotutela va más allá de una simple creación de la doctrina, sino que incluso tiene fundamento constitucional.<sup>11</sup>

A nivel legal encontramos ideas similares en el artículo 1° del Código Procesal Penal que señala *“Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial.*

---

<sup>9</sup> LUBBERT ÁLVAREZ, V. (2011). El Derecho a no ser Juzgado por Comisiones Especiales: Análisis Crítico de jurisprudencia. Revista de Estudios de la Justicia (11): 87-107

<sup>10</sup> En esta línea podemos encontrar un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que señala: *“El actuar del recurrido aparece como contrario a la legalidad vigente en la medida que pretende en forma unilateral resolver una situación que debió someterse a la decisión de los tribunales ordinarios de justicia a través de los procedimientos correspondientes, y por consiguiente, por vías de hecho ha incurrido en una acción ilegal que perturba lo estatuido en el artículo 19 N°3 inciso cuarto [actual quinto] de nuestra Carta Fundamental, en cuanto prescribe que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales”*. CS Rol N° 1878-2006, de 24 de mayo de 2006; Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 22-2006, de 6 de junio de 2006.

<sup>11</sup> Sobre el mismo punto la Constitución Política mexicana tiene una prohibición expresa de la autotutela, en su artículo 17 incisos I y II: *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”*

*Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.*

*La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”* En materia civil el artículo 1456 del Código del ramo prohíbe la fuerza como vicio del consentimiento.<sup>12</sup>

A la prohibición de la autotutela le asisten una serie de excepciones de orden legal, siendo la más conocida la del numeral 4 del artículo 10 del Código Penal, el cual autoriza la legítima defensa cuando se está frente a una agresión ilegítima, que no ha sido suficientemente provocada y que exista una necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, en materia de derecho internacional está la llamada guerra defensiva que en las primera década de este milenio se amplió a preventiva<sup>13</sup> y finalmente en materia laboral encontramos autores que se refieren a la huelga de las organizaciones sindicales como casos de autotutela laboral destinada a obtener por la fuerza algún tipo de beneficio de parte del empleador.<sup>14</sup>

Dejando atrás la autotutela, y siguiendo con el esquema planteado al principio debemos hacer un somero análisis de la noción de autocomposición y la forma en que está recogida en nuestro derecho, no le daremos a su estudio la extensión que se le dio a la autodefensa, sino que sólo nos limitaremos a definirla y señalar cuáles son los casos más típicos en el derecho nacional.

En este medio de resolución de conflictos son las propias partes quienes se encargan de resolver por sí solas o con la colaboración de un tercero el

---

<sup>12</sup> MATURANA MIQUEL, C. MONTERO LÓPEZ, R. (2010) *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Editorial Abeledo Perrot, Santiago.

<sup>13</sup> DALLANEGRA PEDRAZA, L, El Derecho Internacional y los límites a la violencia Reflexión Política [en línea] (2009), 11 (Junio-Sin mes): [Fecha de consulta: 23 de abril de 2017] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11011851002>> ISSN 0124-0781.

<sup>14</sup> SANGUINETI RAYMOND, W. (2002). El Principio de la Autotutela en el Derecho del Trabajo Español. *Revista Themis* (45): 243-250.

conflicto, derivando o siendo derivadas a una solución que puede ser favorable para ambas o bien resolviéndose el asunto en favor de solo una, hay quienes la definen como “la forma mediante la cual, bien ambas partes mediante el acuerdo mutuo, bien una de ellas, deciden poner término al litigio planteado”<sup>15</sup>

Alvarado Velloso la clasifica en dos vertientes, por un lado la autocomposición directa, en que las partes sin la ayuda de un tercero resuelven su disputa de forma espontánea, como ocurre actualmente con el desistimiento, el allanamiento o la transacción. La otra variante de la clasificación es la autocomposición indirecta, en que las partes en conflicto son asistidas por un tercero en la solución del conflicto, en esta tarea el tercero puede ayudar a las partes a que ellas mismas busquen una solución al conflicto, pero sin darles una solución concreta, en tal situación al tercero se le denomina Amigable Componedor, cuando el tercero va más allá en su tarea y entrega soluciones a las partes, quienes pueden aceptarlas o no, estamos frente a un mediador, y finalmente si el tercero, a pedido de las partes, resuelve el conflicto de forma obligatoria, estamos frente a un árbitro o juez privado y por lo tanto (en palabras del autor) frente a un método heterocompositivo de carácter privado.<sup>16</sup>

Para terminar con esta noción de los métodos de resolución de conflictos y sus principales variantes toca analizar la heterocomposición, en este caso las partes entregan la solución de un conflicto a un tercero cuya decisión les resulta obligatoria y se comprometen a obedecer, otros lo definen como aquella en que “el tercero, a pedido de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijan al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el amigable componedor), no sólo brinda propuestas de soluciones (cual hace el mediador), sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite decisión que resuelve*

---

<sup>15</sup> SENDRA GIMENO. (1990). Derecho Procesal. Valencia. T.1. Pág.194.

<sup>16</sup> ALVARADO VELLOSO, A. (2009) Sistema Procesal. Garantía de la Libertad, Tomo I. Pág. 25-28. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe.

definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla”<sup>17</sup> este es un concepto amplio, sin embargo la variante más tradicional de la heterocomposición es el proceso, el cual pasamos a definir a continuación.

Un concepto tradicional de proceso lo entrega el profesor Eduardo Couture para quien el proceso es “una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante el juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”<sup>18</sup> los profesores Raúl Montero y Cristian Maturana lo definen como “el medio de solución de conflicto en el cual las partes acuden a un tercero, ya sea una persona individual o colegiada, quien se compromete o está obligada en razón de su oficio (tribunal), luego de la tramitación de un proceso, a emitir una decisión para la solución de un conflicto, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes”<sup>19</sup>

Finalizada la revisión de las distintas formas de resolución de conflictos y cómo estos derivan en lo que actualmente se conoce como proceso es necesario señalar que todo lo visto anteriormente presenta ciertas características comunes de la noción que en este trabajo se tiene del proceso y así debemos mencionar que desde el comienzo todo conflicto supone el choque de dos o más posiciones disímiles que buscan ser resuelto por medio de una decisión, ya sea de los mismo sujetos involucrados o bien por un tercero a quien por orden directa de las partes o por mandato de la autoridad estatal se le encomienda dar una solución al conflicto.

A continuación se revisarán los inicios de la noción de proceso en las culturas jurídicas más relevantes hasta el día de hoy y se intentará ilustrar de qué manera éstas en sus orígenes respondían a la idea de un sistema acusatorio que a uno inquisitorio el que sólo aparece en la historia con

---

<sup>17</sup> *Ibíd.* Pág. 33.

<sup>18</sup> COUTURE, E. *Ob. Cit.* Pág. 121-122. 1958.

<sup>19</sup> MATURANA MIQUEL, C. MONTERO LÓPEZ, R. (2010) *Ob. Cit.* Pág 22..

posterioridad al Concilio de Letrán el año 1215, con especial énfasis en el papel de la oralidad en éstos.

## **2. Historia del proceso y La Oralidad en los procesos primitivos**

Entendamos por proceso primitivo no aquel mecanismo básico de resolución de conflictos, carente de toda forma y sofisticación<sup>20</sup>, el proceso de por sí exige ya un orden estructural mínimo, si no como aquel cronológicamente anterior, prístino o temporalmente antiguo, aquellos que se encuentran en la base de la historificación del proceso.

Seguiremos en nuestro estudio un orden lineal, haciendo énfasis en la presencia transversal de la oralidad desde el que consideramos el prístino proceso, el griego.

### **2.1 El Proceso en la antigua Grecia.**

Hecha esta aclaración, volvamos al relato de Homero, el referido litigio puede ser considerado como el primero registrado en occidente, es por derecho propio el primer proceso de la historia<sup>21</sup>. Importancia preponderante es el hecho de que éste se haya realizado de manera oral, y esto es vital, puesto que nos permite afirmar que el proceso nace oral<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Así es como nos encontraremos con los procesos de la roma clásica. Altamente elaborados y desarrollados para su tiempo, la base sustancial del derecho romano privado ha escapado a las fauces del tiempo y es parte de un legado jurídico que sobrevive hasta el día de hoy; así las ideas romanas sobre persona, acto jurídico, estado de familia, persona jurídica, entre otras, perviven dentro de las legislaciones modernas. Referirse a ERRÁZURIZ EGUIGUREN, M. (1996) "Manual de Derecho Romano. Historia de Roma, del Acto Jurídico, de las Personas", Tomo I, Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

<sup>21</sup> Palavecino Cáceres, Claudio. Ob. Cit. p. 15.

<sup>22</sup> Al respecto, se ha cuestionado la paternidad del poeta jonio sobre sus obras la Ilíada y la Odisea, también la identidad del mismo en la creación de ambas, la autoría exclusiva e incluso se ha cuestionado su propia existencia histórica.

No se discute el hecho de que a los antiguos griegos les debemos mucho, nuestra cultura occidental fue cimentada por este pueblo que tuvo su apogeo hace ya un par de milenios, la península balcánica nos dio las artes, la matemática, la ciencia, la historia, el deporte, la política y también lo que fuera la primera estructura procesal de la que tenemos cuenta.

El sistema procesal helénico fue fiel a una concepción de proceso democrático, notas significativas son el juicio popular y oral, las audiencias se realizaban en la plaza en presencia del pueblo. A iniciativa privada, cualquier individuo considerado ciudadano era capaz de iniciar un proceso en contra de otro. No existía separación entre delitos civiles y penales como la conocemos en la actualidad. Los tribunales estaban diferenciados en su competencia y en caso de los delitos que comprometieran al interés de la nación toda, era una asamblea popular la encargada de juzgar al acusado. Era sólo en estos casos de notoria importancia pública que se podía iniciar un proceso, digámoslo así, de oficio<sup>23</sup>. Se designaba a un ciudadano a cargo de iniciar un proceso, acusando ante los tribunales de justicia, en lo que tendríamos en bien denominar, un ministerio público helénico.

Benabentos retrata de manera magistral el proceso griego de la siguiente manera:

- “1) Tribunal popular, conforme el principio de soberanía del pueblo.*
- 2) Acusación popular, por la facultad acordada a cualquier ciudadano para presentar querrela contra la persona a quien creía autor de un delito público o partícipe en él;*
- 3) Igualdad entre acusador y acusado, quien, de ordinario, permanecía en libertad durante su juzgamiento;*
- 4) Publicidad y oralidad del juicio, que se resumía en un debate contradictorio entre acusador y acusado, frente al tribunal y en presencia del pueblo;*

---

<sup>23</sup> BENABENTOS, Omar. “Teoría General del Proceso” tomo II Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2004. P. 21.

- 5) *Admisión de la tortura en casos excepcionales y de los juicios de Dios como medios de realización probatoria;*
- 6) *Valoración de la prueba según la íntima convicción de cada uno de los jueces, quienes votaban a favor o en contra depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio;*
- 7) *Decisión popular inimpugnable.*<sup>24</sup>

## 2.2 El proceso romano.

Los romanos fueron un pueblo que se originó en la península de Italia en la zona que conocemos hasta hoy con el nombre de Lacio. En sus orígenes Roma fue una comunidad rural cuya forma organizativa era la de una monarquía dirigida por los etruscos, quienes fueron más tarde reemplazados en el siglo VI a.C. para dar origen a una República<sup>25</sup>. Existían dos clases sociales claramente diferenciadas, los jinetes o *equites* que conformaban el grupo de los patricios y el de los plebeyos, el pueblo raso. La marcada diferencia de clase generó durante la vida de Roma múltiples conflictos y una lucha constante de los plebeyos por ampliar sus cuotas de poder.

De los romanos se puede escribir mucho: conquistadores, políticos, poetas y por su puesto doctos en derecho cuyas instituciones perviven en nuestros procesos y derecho sustancial hasta el día de hoy, incólumes ante el paso del tiempo<sup>26</sup>, una de las principales razones por las cuales el derecho romano debe seguir siendo estudiado “[...] consiste en haber sido un derecho científico, es decir, un derecho jurisprudencial, y no un orden impuesto por el legislador”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibíd*em p. 25.

<sup>25</sup> STEIN G, Peter. 1999. *El Derecho Romano en la Historia de Europa*. Editorial Siglo veintiuno de España Editores. Traducción de César Hornero, Armando Romanos. 1º edición. Madrid. España. P. 4.

<sup>26</sup> Un aporte del derecho romano a la cultura de occidente es en palabras de Stein el hecho de que “[...] a lo largo de los siglos ha jugado un importante papel en la creación de una cultura común europea.” STEIN G, Peter. 1999. *Ob. Cit.* P. 1.

<sup>27</sup> D’ORS, J.A. 1991. *Derecho privado romano*. Octava Edición. Pamplona, España. Ediciones Universidad de Navarra S.A. p 27.

Jurídicamente luminosos los romanos conocieron la diferencia entre ámbito privado y penal, ambos se desarrollaron paralelamente de manera diversa atendida su naturaleza.

La situación procesal romana en un principio era básicamente una serie de normas consuetudinarias que se aplicaban solo a los ciudadanos romanos, de ellas nada se sabe. El derecho romano como lo conocemos hoy proviene de las XII Tablas, un cuerpo legal originado por las demandas plebeyas de escriturar el derecho al cual estaba regidos con la finalidad de obtener seguridad jurídica, ya que en los casos en que la aplicación de una norma resultaba dudosa, se estaba a la interpretación del colegio de los pontífices, una organización compuesta exclusivamente por patricios que era la encargada del mantenimiento de los cultos religiosos<sup>28</sup>, de estas actualmente sólo se conocen fragmentos, e incluso puede que algunos de ellos hayan sido modernizados puesto que las XII tablas originales que estaban escritas sobre trozos de madera se perdieron en la historia<sup>29</sup>. En este importante cuerpo jurídico se contienen las primeras normas escritas del derecho romano, y en ellas existen normas procesales que ocupaban gran parte de la ley<sup>30</sup>

Debemos hacer una breve mención al proceso penal, el cual vivió múltiples transformaciones durante la existencia del pueblo romano, desde un proceso oral y público a la usanza de los griegos, en épocas de la *república*<sup>31</sup>, hasta convertirse en un proceso escrito y secreto, ya adentrados en los tiempos del imperio<sup>32</sup>; interesante es destacar que este cambio de paradigma fue el primero de su tipo en la historia; el paso desde un proceso abierto, oral y público, democrático y acusatorio, a cargo de los propios ciudadanos, a un proceso secreto y escrito, a cargo de funcionarios estatales está marcado por el cambio en el depositario de la

---

<sup>28</sup> STEIN G. P. Ob. Cit. P.4- 5.

<sup>29</sup> KUNKEL, Wolfgang. 1996. Historia del Derecho Romano. Editorial Ariel S.A. Traducción de Juan Miquel. 1º Edición. Madrid. España. P. 32.

<sup>30</sup> Ibidem. P. 35.

<sup>31</sup> Si bien no existe acuerdo respecto de las fechas exactas, se tiene por inicio de la *república* el 509 a.C. y por término de ésta e inicio del *imperio* el 27 d.C., culminando la destitución del último emperador *Rómulo Augústulo* en 476 d.C.

<sup>32</sup> BENABENTOS, Omar. Ob. Cit. p. 33.

soberanía popular, en un primer momento estuvo en manos del pueblo, luego con el avenimiento del *imperio*, en manos del soberano emperador de Roma.

Este cambio de paradigma supuso a su vez otro momento histórico de manera simultánea, la creación del primer aparato de persecución penal pública estatal, institución que desaparece con las invasiones bárbaras y es retomada nuevamente en el siglo XIII ya con las ideas de la inquisición<sup>33</sup>.

El derecho privado en cambio conoció dos sistemas fundamentales, a saber, el ordinario (conocido por el nombre de *ordo iudicium privatorum* u ordenamiento de los juicios privados) y el extraordinario; el ordinario puede dividirse a su vez en dos sistemas: el de las *legis actiones* (hasta el siglo II a.C.) y procedimiento *formulario*, (desde el siglo II a.C. hasta el siglo III d.C.)<sup>34</sup>.

Las *legis actiones* constaban de dos fases diferenciadas: *in iure* e *in iudicio*. En la etapa *in iure* el interesado debía citar<sup>35</sup> a su contraparte ante una persona llamada magistrado a fin de dar cuenta de sus pretensiones y determinar el objeto del litigio todo ante testigos, se producía de esta manera *la Litis contestatio*, todo se realizaba de manera pública, oral<sup>36</sup> y no se levanta acta de ningún tipo, los presentes servían como testigos de la realización de la audiencia.

La etapa *in iudicio* constaba igualmente de una audiencia pública y oral, con presencia de las partes que concurrieran, su objeto principal era la producción de la prueba, aunque también tenía lugar una especie de alegato de los abogados de las partes, la *causae peroratio*, en la que éstos aclaraban las posiciones de las

---

<sup>33</sup> Ibídem. p. 34.

<sup>34</sup> BENABENTOS, Omar. Ob. Cit. p. 36.

<sup>35</sup> En caso de que el citado no compareciese o compareciese representado – pues en roma no se admitía la representación- podía ser llevado por la fuerza por el demandante invocando las palabras sagradas *in ius te voco* o *in ius sequere*.

<sup>36</sup> STEIN, P. Ob. Cit. P. 11.

partes<sup>37</sup>. Si una de las partes no concurría se dictaba inmediatamente sentencia desfavorable para ésta.

El procedimiento *formulario* surge con posterioridad y como respuesta a la excesiva rigurosidad ritual de las *legis actiones*, las cuales en caso de producirse un error de forma podían hacer perder para la parte su derecho material<sup>38</sup>. En este proceso el uso absoluto de la oralidad dio lugar a la escrituración, en efecto, la declaración de las pretensiones que antiguamente se hacía de manera oral, comenzó a realizarse de manera escrita en un formulario, en el cual las partes entregaban al magistrado el asunto litigioso. Una diferencia sustancial con el procedimiento de las *legis actiones* era que en éstas primaba sin contrapeso el principio de la legalidad, es decir, todas las acciones estaban contempladas en el derecho vigente, en cambio en el procedimiento *formulario* se daba lugar a acciones no reconocidas y a soluciones que provenían de la creación judicial.

Por último el procedimiento extraordinario, en palabras de Benabentos: *“El procedimiento extraordinario o cognitio extraordinem, se caracteriza -por oposición al sistema antes descrito- porque no presenta dos etapas; procesales (in iure y apud in iudicem), sino sólo una. [...] la organización judicial se torna directamente tributaria del poder central, asimismo, se nombran jueces competentes que se hacen cargo directamente de la solución del conflicto que se les encomienda [...] Es de advertirse que este procedimiento mantuvo vigencia simultánea con el procedimiento ordinario durante el Alto Imperio, lo que deja de ocurrir durante el siglo III, cuando el procedimiento extraordinario pasa a ser el único método de juzgamiento.”*<sup>39</sup>

Es necesario destacar que este procedimiento era tributario de los cambios políticos que vivió Roma en aquellos años, el advenimiento del *imperio*, el poder central, la ampliación de los poderes estatales dio lugar a este proceso, que era un

---

<sup>37</sup> BENABENTOS, Omar. Ob. Cit.. 40.

<sup>38</sup> Ibídem p. 43.

<sup>39</sup> Ibídem. p. 49

proceso realizado por funcionarios estatales, en el cual la oralidad cedió su paso a la escrituración, las sentencias comenzaron a fallarse por escrito y a leerse frente a las partes, también comenzaron a fundamentarse y se dio lugar al primer régimen recursivo civil del cual tenemos noticia<sup>40</sup>.

### 2.3 El proceso germánico.

Los germanos son un grupo de gentes originarias del norte de Europa, identificables etnolingüísticamente, pero compuestos por una multiplicidad de grupos diferenciables entre sí; algunos de estos eran los alamanes, suevos, godos, burgundios, lombardos, vándalos, francos, turingios, etc<sup>41</sup>. Por razones metodológicas distinguiremos dos momentos en la evolución del derecho germano; la etapa del derecho germano antiguo o clásico y en segundo lugar el derecho germano posterior a la caída del imperio romano de occidente, que coincide con el alzamiento de los francos como potencia dominadora y unificadora.

A diferencia de los romanos, que lograron establecer una unidad estatal y cultural, los germanos carecieron desde siempre de cohesión rígida<sup>42</sup>, en cambio se organizaron políticamente en tribus, pequeños grupos de población con identidad local. La idea de “[...] Estado germánico se ofrece como una corporación para la guerra y para el derecho de los miembros libres del pueblo.”<sup>43</sup> En efecto, el estado de las personas en la sociedad germánica estaba dada por su condición de libres o siervos, los hombres libres a su vez se dividían en libres comunes, los cuales eran el grueso del pueblo y nobles o *nobiles*. Los siervos por su parte eran tenidos por cosa y carecían de todo tipo de derechos. Ser sujeto de derecho entre los germanos estaba dada por la condición de hombre libre y la capacidad para blandir las armas.

---

<sup>40</sup> BENABENTOS. Loc. Cit.

<sup>41</sup> Una división más sintética nos permite distinguir entre germanos del oeste o alemanes y germanos del este conformada por grupos gótico vándalicos y de las tribus escandinavas: Según BRUNNER, H, VON SCHWERIN, C. (1936). Historia del derecho germánico. (J.L. ÁLVAREZ LÓPEZ, Trans). Barcelona. Editorial Labor S.A. p. 7

<sup>42</sup> BRUNNER, H, VON SCHWERIN, C. Ob. Cit. p.1.

<sup>43</sup> Ibídem. p.16.

La *sippe*, era para los germanos una relación genealógica de familia; en un sentido *sippe* engloba a todos los parientes de sangre de una persona, femeninos y masculinos. En un sentido diverso se entendía como la asociación en razón del sexo, y comprendía a todas las personas en la línea masculina descendientes de un tronco común<sup>44</sup>. Esta asociación familiar es de suma importancia puesto que para los germanos era la *sippe* la que aseguraba la paz del individuo, y así como éste estaba obligado a respetarla, la *sippe* a su vez se la aseguraba y le brindaba protección contra los demás miembros de la comunidad extraños a su linaje.

Este pueblo no llegó a conocer la distinción entre infracciones de derecho privado y público; su sistema de justicia se basaba en el “quebrantamiento de la paz”, que se producía una vez que un individuo cometía un delito. Este quedaba a merced de los demás miembros de la comunidad, perdiendo la protección de ésta<sup>45</sup>. En un primer momento los conflictos eran resueltos mediante la venganza familiar y la guerra; la *sippe* de una persona cobraba vital importancia pues le brindaba al infractor protección y apoyo una vez iniciada la vía armada.

Como las consecuencias de este proceder son extremadamente dañinas para la sociedad, se produjo en un segundo momento en la evolución del derecho germano, el nacimiento de una forma distinta de solución de conflictos; claramente con rasgos acusatorios, se generó un mecanismo de composición privada en virtud del cual el ofendido por el delito y el infractor o sus familias celebraban una especie de contrato reparatorio, con el cual se lograba “el precio de la paz”<sup>46</sup> y la vuelta del infractor a la protección de su *sippe*<sup>47</sup>. Este precio recibía el nombre de *wergeld*, y a él estaba obligada no sólo el infractor, sino que también su *sippe*, la

---

<sup>44</sup> *Ibídem.* p.11.

<sup>45</sup> BENABENTOS. *Ob. Cit.* p. 10.

<sup>46</sup> *Ibídem.* p. 12

<sup>47</sup> En las infracciones más gravosas, la pérdida de la paz era total, el infractor dejaba de ser sujeto de derechos y cualquier persona podía darle muerte, era considerado enemigo y ni siquiera su *sippe* podía protegerle o cobijarle.

que tenía que defenderlo de las agresiones de los ofendidos y contribuir al pago del *wergeld*<sup>48</sup>.

El derecho germano es de carácter consuetudinario, reconoce el proceso de manera secundaria, una vez que la composición privada ha fracasado. En su etapa antigua el proceso germano era eminentemente acusatorio, sólo podía iniciarse y continuarse a petición de parte, sin que pudiera iniciarse por iniciativa del tribunal. Las partes se sometían voluntariamente a los dictámenes del tribunal, el cual estaba constituido por una asamblea pública, a la cual todos los hombres libres tenían la obligación de frecuentar<sup>49</sup>. La asamblea dictaba sentencias que no eran recurribles – eran en este sentido inimpugnables, puesto que provenían de la decisión soberana y democrática del pueblo-. Estas asambleas estaban presididas por un juez que no fallaba, él era “un interrogador de derecho”. Las audiencias se realizaban en lugares públicos y de manera totalmente oral. Una vez acusada una persona este podía admitir los cargos en su contra o negarlos, en cuyo caso se llegaba a la prueba.

Rasgo conocido ampliamente es que la prueba para los germanos no tenía como objeto la verdad empírica de los hechos, es más ni siquiera se planteaba la reconstrucción fáctica de ningún tipo. Las pruebas germanas en cambio eran un compromiso entre las partes, y no ante el juez, en palabra de Benabentos “*La prueba no se dirigía a demostrar hechos objetivos, es decir, a establecer la verdad sobre la hipótesis objeto del proceso, ni tan siquiera a formar la convicción del tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado. Representaba un medio de lucha entre las partes, a través del cual, por actos sacramentales, cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones subjetivas sobre el derecho que invocaban. [...] Como consecuencia de este modo de entender la finalidad del proceso, el juramento de parte fue el principal medio de prueba, acompañado también por conjuradores, quienes no deponían sobre los hechos exteriores*

---

<sup>48</sup> BRUNNER, H, VON SCHWERIN, C. Ob. Cit. p.12

<sup>49</sup> *Ibíd.* P 20.

*verificables sino sobre la fe que merecía el juramento de la parte. [...] También se practicaba el duelo, cuando el acusador impugnaba el juramento del acusado o como modo de atacar la proposición de la sentencia.*<sup>50</sup> Conocidas en ámbito probatorio son también las ordalías, destaca la ordalía caldaria, aunque de manera subsidiaria al uso del juramento o cojuramento, cual fuera el medio más utilizado.

Ahora, nos corresponde retratar al derecho germánico en su segundo momento, el derecho germánico de los francos. Una vez caído el imperio romano de occidente (476 d.C.) los francos salios se alzan en la Europa romana como la potencia más importante del continente. El reino de los francos somete a todas las naciones de Alemania y exceptuando a la España de los visigodos da forma la estructura de los primeros estados europeos. Este predominio franco se cristaliza con la conformación de un estado romano germánico, influenciado por el derecho romano y ya convertidos al cristianismo, surge dentro de su sociedad un nuevo poder, la iglesia católica.<sup>51</sup>

Se hace necesario destacar que aún antes del ocaso del imperio romano de occidente y alzamiento vigoroso de los francos, las conquistas romanas llevaron consigo su derecho, lo que produjo una recepción de derecho extranjero romano y a su vez canónico, dando lugar al reemplazo paulatino del derecho acusatorio puro de los germanos a un derecho de corte estatal, y en última instancia inquisitorial.

Surgió de entre los francos una monarquía fuerte que aglutino el poder estatal y cambio la visión que se tenía de justicia, la “pérdida de la paz” era ahora la “pérdida de la paz del rey”, se comenzó a buscar la verdad histórica en el proceso dejándose de lado la concepción del proceso como una cuestión privada, cuyo fin último era la composición del litigio y el acuerdo de las partes. No obstante la centralización del poder real no dio lugar a uniformidad del derecho. Cada pueblo mantenía su propio derecho con características individuales que los

---

<sup>50</sup> BENABENTOS. Ob. Cit.p. 14-15.

<sup>51</sup> BRUNNER, H, VON SCHWERIN, C. Ob. Cit. p.29.

separaban de los demás, así el derecho de los frisones era distinto del derecho de los francos y de los salios y ribuarios, los westfalianos de los ostfalianos, etc.

El derecho procesal sufrió profundos cambios, en época carolingia se dejaron de lado las formas paganas y se produjo una “cristianización de las formalidades paganas” además de un incremento de la autoridad judicial que “*trae en consecuencia una limitación del principio acusatorio y del contrato de las parte vinculado con él [...]*”<sup>52</sup>, en desmedro del principio acusatorio entra en vigencia la *inquisitio*, un sistema procesal de interrogatorio en el que un funcionario real procedía a interrogar a vecinos previo juramento de decir la verdad. Por último “*El rey está facultado para derogar en casos concretos las formas de derecho estricto y resolver según equidad, y le era lícito también conceder privilegios procesales*”<sup>53</sup>.

El periodo franco, como es llamado dentro de la historia de los germanos no fue duradero, se precipitó por luchas intestinas de poder y las amenazas exteriores y por allá en el 900 d.C. había tenido lugar un cisma dentro del reino, dividiéndose en cinco, según las viejas costumbres francas.

No obstante el ocaso de los francos, su periodo dejó una huella duradera en el tiempo, cambió la noción de derecho que tenían los germanos hasta la época, dio lugar a la recepción definitiva del derecho romano canónico y al advenimiento de la iglesia católica y el estado como entidades jurídicas predominantes, lo cual a la postre terminó por dar término al otrora proceso adversarial puro y dio lugar al proceso inquisitorial.

---

<sup>52</sup> *Ibidem*. P 80.

<sup>53</sup> *Ibidem*. P 82.

## 2.4 El proceso español.

La península ibérica es cuna de una gran riqueza cultural, la madre patria jurídica. Nuestro derecho actual es en gran medida tributario del derecho que trajeron los conquistadores, y su desarrollo en términos globales ha estado influenciado de una manera u otra por el paradigma hispánico.

La población autóctona de España está conformada por diversos pueblos denominados de manera genérica celtas, iberos y celtiberos, quien sin ser los primeros habitantes de la península son considerados como tales, también existían gentes de pueblos colonizadores en la península: griegos, fenicios, cartagineses y tartesios<sup>54</sup>. En 218 a.C. comienza la romanización de la península, primero con la conquista militar y la asimilación progresiva de su cultura por parte de los conquistados, posteriormente la influencia del derecho romano sobre el derecho nativo, y su aplicación formal como derecho vigente.

El derecho español para ser comprendido verdaderamente, requiere de periodificación -un orden cronológico que de manera constante revisa diversos aspectos del progreso científico, étnico, económico, político, jurídico, etc., de un pueblo específico-, la cual por razones que escapan a los objetivos de nuestra investigación sintetizaremos brevemente. García Gallo distingue siete momentos diferentes: “En el primero, existen los *Derechos Indígenas* -ibérico, celta, celtibérico, etc.- y las *colonizaciones* -fenicia, griega y cartaginesa.- En el segundo, con la conquista romana, tiene lugar la *romanización y cristianización* de estas gentes (siglos III a.C. a V d.C.). En el tercero, con la invasión de los suevos y visigodos, tiene lugar su *germanización* (siglos V-VII). A partir del 711 hay en España dos círculos jurídicos diferentes: el del *Islam* y el de la *Cristiandad*; en el primero, se da un doble fenómeno de sentido contrario: se estanca y fortalece el Derecho visigodo en unas clases y se islamizan completamente otras. En el

---

<sup>54</sup> FIGUEROA, M. (2007). *Romanización e influencia del cristianismo en el derecho occidental. Efectos en el derecho de España. Edad antigua 218 a.C. a 476 d.C.*[Apuntes de historia del derecho I] : materiales correspondientes a capítulos I y II. Santiago, Chile. P. 1.

segundo, aquel se desenvuelve para adaptarse a las nuevas condiciones de vida (siglos VIII-XII). En el quinto momento, la *recepción de los Derechos romano y canónico* da lugar a la fusión de éstos con el peninsular para formar un sistema más perfecto y adaptable (siglos XIII-XV). En el sexto período se verifica la *consolidación* del derecho nacional y su *expansión* a América (siglos XVI-XVIII). En el séptimo período tiene lugar la *desnacionalización* del derecho español, que provoca en el momento actual una reacción nacionalista”<sup>55</sup>.

Del derecho procesal nativo nada puede hablarse, puesto que se desconoce totalmente al ser de carácter consuetudinario y no haberse escriturado, no sobrevivió al paso del tiempo. El derecho procesal español comienza a tomar forma con la romanización de la península, nos remitiremos al capítulo supra para tales efectos.

Las siete partidas del rey Alfonso el sabio de España marcan un hito en la historia del derecho español; obra representativa del derecho común europeo – aquella amalgama de derecho romano justiniano, derecho canónico y derecho feudal- rigió en España por seis siglos y en Hispanoamérica por cuatro, extendiéndose su aplicación hasta el siglo XIX. Encontramos en la partida III, la que se refiere al derecho procesal una concepción procesal que hasta el día de hoy es defendida por algunos juristas, nos referimos aquella que con fanfarria asegura que sólo la escrituración puede traer seguridad jurídica al proceso, originando de esta manera el brocardo *quod non est in actis no est in mundo*; esto como conclusión de la concepción que el derecho común tenía sobre el proceso: las partes son dueñas del proceso; y este a su vez es un drama entre tres personas, el demandante, el demandado y el juez. Es por esto que se pensaba que las partes debían contar con todas las armas que el permitieran una defensa efectiva de sus posturas, por lo cual se necesitaba de un procedimiento lento, complicado y formalista donde la escrituración era un requisito indispensable. La

---

<sup>55</sup>.” GARCÍA GALLO, A. (1950). Curso de Historia del Derecho Español. (5 ed.). Madrid. España. Gráfica Administrativa. P. 9.

descripción anterior corresponde al *solemnis ordo iudiciarius*, el procedimiento de aplicación general que contempla la partida III, un proceso único sin existencia de procesos especiales<sup>56</sup>.

Como reacción a este procedimiento típico y de utilización obligada, se produce en el mundo del derecho común una respuesta que busca combatir el excesivo formalismo e ineficacia del *ordo iudiciarius*, se trata del proceso plenario rápido que tuvo también aplicación en España en el ámbito civil y sobre todo en el mercantil, en este procedimiento se acortan los plazos, se limitan o suprimen las apelaciones y también las formalidades superfluas y se conceden facultades al juez para reprimirlas, reinaban la informalidad y la oralidad como ejes centrales de un procedimiento expedito y eficiente; se establece la máxima “*lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar luengas ni dilaciones ni plazos de abogados (Ordenanza de Burgos de 1494)*”.<sup>57</sup>

La escrituración como modelo de excelencia pervivirá a lo largo de la evolución jurídica española a través de los siglos, así se mantienen firmes en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855 los principios arraigados ya en la fe de los juristas (juez sin control de oficio sobre los presupuestos procesales, impulso procesal de parte, valoración legal de la prueba con introducción de la sana crítica), en especial el brocardo *quod non est in actis no est in mundo*. Esta ley al mismo tiempo que no innova en materia procedimental es referencia para gran cantidad de países latinoamericanos siendo referente en el proceso de codificación en Hispanoamérica.<sup>58</sup>

Fenómeno similar ocurre con la LEC de 1881 en la cual se repiten los principios de la LEC de 1855 con leves modificaciones respecto a la publicidad procesal y la contradicción en la prueba.

---

<sup>56</sup> MONTERO AROCA, J. 2001. Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del Juez y la Oralidad. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. P. 18 y ss.

<sup>57</sup> Ibidem. P. 21 y ss.

<sup>58</sup> Ibidem. P. 32 y ss.

## 2.5 El proceso ante el tribunal de aguas de Valencia.

En la comunidad valenciana, al sureste de la península, existe una curiosa al mismo tiempo que única institución: el Tribunal de las Aguas de la Vega Valencia. Este es un tribunal con competencia local y especial, colegiado, compuesto por jueces legos y permanente.

Despierta nuestro interés el hecho de que en su funcionamiento se encuentra un proceso oral y adversarial, que desde antaño ha mantenido su estructura primigenia, en efecto, tribunal data su fecha de reconocimiento por la autoridad real en 1238 y según se dice existiría desde tiempos moriscos, ya por el año 960 d.C.<sup>59</sup>.

La competencia de este especial tribunal está dada por todos los conflictos referentes al uso de las aguas y acequias provenientes del río Turia por parte de los agricultores de Valencia. Los jueces son escogidos por los agricultores de cada una de las ocho acequias de entre ellos mismos, un juez –denominado síndico– por acequia y un juez presidente. Las acequias “[...] son las de *Tormos, Rascaña* y *Mestalla* (antigua margen izquierda del río Turia) y las de *Cuart, Benacher* y *Faitanar, Mislata, Favara* y *Rovella* por la antigua margen derecha. La alteración del cauce del citado río por la gigantesca obra de defensa de la ciudad de Valencia contra las avenidas, no ha alterado esa numeración y dependencia”<sup>60</sup>.

El tribunal sesiona casi todos los jueves del año bajo la puerta de los apóstoles de la Catedral de Valencia, resguardados del público solamente por una valla móvil, debe comenzar a sesionar obligatoriamente antes de las doce del día so pena de nulidad de todo lo actuado. El llamado a los comparecientes se realiza

---

<sup>59</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. 2008. “El Proceso Oral y Eficaz ante el milenario tribunal de las aguas de Valencia”. En: “COLOQUIO ORALIDAD y escritura en un Proceso Civil Eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008, Valencia y Gandia, España, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Facultat de Dret, Universitat de València, pp. 12. [en línea] <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>> [Consultada el 20 de abril de 2017]. P. 1.

<sup>60</sup> Ibid.

a viva voz por parte del alguacil, y todo el proceso se concentra en una sola audiencia de manera oral, levantándose acta sobre lo realizado sólo una vez que se ha terminado con el pleito. Las sentencias son inapelables.

Además de ser un atractivo imperdible para los turistas es una forma antiquísima de hacer justicia de manera eficaz y eficiente, un agricultor puede ser denunciado un miércoles y ser juzgado el jueves. La oralidad es la espina que sostiene a este procedimiento y lo dota de agilidad y dinamismo, procesal lo que hacen que se genere una administración de justicia eficiente y eficaz, de ahí su supervivencia en el tiempo.

### **3. Noción y Alcance de la Idea de Oralidad**

Hasta ahora hemos visto como el proceso primitivo se nos muestra esencialmente oral, ahora bien, es necesario analizar este curioso rasgo del proceso, para determinar su forma, contenido y sobre todo el determinar si la idea de oralidad como tal va necesariamente acompañada de un procedimiento adversarial.

Imperioso es determinar a qué nos estamos refiriendo cuando utilizamos las expresiones “oral” u “oralidad” para luego llevarlas al plano jurídico. En las primeras ediciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua no aparece la expresión “Oralidad”, si en cambio encontramos en la edición del año 1739 la expresión “Verbal” y además referida a su utilización jurídica donde es definida como: “*Verbal. Adj. De una term. Lo que se hace o contrata con solas palabras como injuria verbal [...]*”. En la edición de 1925 se define “*Verbal*” como aquello “*que se hace o estipula sólo de palabra y no por escrito*”. Sólo en la edición del año 1822 encontramos una definición de la expresión “oral” y que es la definición

que se ha mantenido hasta la última edición que la define como lo “*expresado con la boca o con la palabra, a diferencia de escrito. Lección, tradición oral*”<sup>61</sup>.

Se puede apreciar de inmediato que la idea de oralidad está asociada a una noción jurídica, si bien no referida directamente al proceso, si lo hace en relación con la contratación, sin embargo debemos tener en cuenta que hasta épocas modernas la noción que se tenía de proceso, era de una naturaleza jurídica contractual, así lo entendían los romanos.

En la actualidad la idea de oralidad tiene más importancia y peso en el ámbito procesal que en la esfera jurídica contractual, tal es así que en Latinoamérica se viene desarrollando desde hace al menos dos décadas una fuerte modernización de los sistemas de enjuiciamiento, y dicha modernización tiene como principal bastión la modificación de los procedimientos escritos a procedimientos orales.

Entendida la oralidad en sentido amplio, es menester desarrollarla como elemento del Derecho Procesal, en este sentido se puede hablar tanto de actos jurídicos procesales orales, que son aquellos que se desarrollan por medio de la palabra hablada, independiente de si se deja algún tipo de registro escrito, computacional o en cualquier otro soporte sobre éstos, en contraposición a los actos procesales escritos, que son aquellos realizados a través de la escrituración, sin embargo debemos advertir que no existen los sistemas procesales puros, ya sea orales o escritos, sino que están definidos por el predominio de la oralidad o la escritura, pero nunca de forma absoluta, de modo que el hecho de existir un registro escrito en un proceso no lo convierte necesariamente en un proceso escriturado, ni viceversa.

---

<sup>61</sup> Dougnac Rodríguez, Antonio. 2006. Los Principios Clásicos del Procedimiento y la Palabra Hablada en el Sistema Jurídico Indiano el Estilo de Chile. Revista de Estudios Históricos Jurídicos. (28): 425-490.

### 3.1 El mito de la oralidad en Chiovenda.

Si bien hay quienes señalan que la noción de oralidad del derecho moderno proviene principalmente de la concepción austriaca plasmada en la Ordenanza Civil de 1895 elaborada por Klein, o de la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877 o en el Código de Procedimiento Civil de Hanóver de 1850. Montero sostiene que la asunción de oralidad al estatus de mito proviene de fuentes posteriores<sup>62</sup>.

A saber, sucintamente el mito consiste en pensar que la oralidad es el remedio procesal definitivo a los males aquejan a la administración de justicia civil; una suerte de penicilina procesal, la panacea del modernismo contestatario que sostiene que sólo con la oralidad pueden superarse las demoras, la indefensión y los altos costos del proceso entre otros, considerados por gran parte de la doctrina como flagelos procedimentales.

El profesor Montero sostiene que el mito de la oralidad tiene su origen en Giuseppe Chiovenda quien a través de diferentes textos y conferencias, algunas de ellas haciendo referencia a la ordenanza austriaca de Klein, comenzó a ensalzar a la oralidad como el pilar fundamental de la reforma que Italia “tanto necesitaba”, la oralidad iba acompañada en el decir del Maestro Chiovenda de la concentración y la inmediación<sup>63</sup>. Esta actitud de Chiovenda encontraría su explicación en el hecho de que su maestro era Scialoja, el primer converso de entre los italianos sobre la importancia de la oralidad en la reforma procesal de aquel país; en sus palabras: “no podemos continuar manteniendo un derecho

---

<sup>62</sup> MONTERO AROCA, J. Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del Juez y la Oralidad. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. p. 151.

<sup>63</sup> La información relativa a las instancias académicas en que Chiovenda comienza a propagar la idea de la Oralidad puede encontrarse magistralmente ilustrada en la obra de Montero Aroca “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad” a la que nos referimos previamente. Sostiene que el momento en el cual el mito de la oralidad cobra vida ocurre en la conferencia pronunciada por Chiovenda en 1909 en el círculo jurídico de roma titulada “El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales”, en la cual se refiere largamente a la oralidad y a su papel en la reforma que necesita Italia.

general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados”, Chiovenda sería entonces un converso, siguiendo el pensamiento de su maestro<sup>64</sup>.

Por último, el contenido de la oralidad Chiovendiana está compuesto por un conjunto de principios pues, cuando hablamos de oralidad nos referimos a esto mismo [... un complejo de ideas y características; en realidad un conjunto de principios...]<sup>65</sup>, para estos efectos seguiremos al maestro Montero Aroca. Estos principios serían:

*“a) Predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación [...]”*

Lo que identificaría propiamente a la oralidad es el hecho de que los escritos de preparación no son la forma en que las partes hacen sus aportaciones al proceso, sólo el anuncio de las que se harán en la audiencia con excepción de la demanda. Sólo la palabra hablada en el marco de una audiencia puede tener por realizado un acto en el proceso, por lo que una declaración no se considera hecha a menos que se haga dentro de una audiencia. Así, los documentos que se levanten sólo servirán para dar cuenta de lo ocurrido en éstas.

*“b) Inmediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar.”*

La inmediación cobra un papel preponderante, pues sostiene que es el mismo juez que comparece a la práctica de las pruebas aquel que debe pronunciar la sentencia, por lo que se exige que este haya tenido una relación directa con las partes y la prueba. Constituye este principio en sentir de Chiovenda *la esencia del proceso oral*.

---

<sup>64</sup> MONTERO AROCA, J. Ob. Cit. p. 155.

<sup>65</sup> Ibid. P. 156.

*“c) Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio.”*

Consiste en que la actividad procesal debe realizarse frente al juez, sea éste unipersonal o colegiado, no ante un juez delegado y en caso de que así sea, éste deberá participar en la decisión de la causa, de la misma manera si la actividad procesal no se termina en una sola audiencia, en la siguiente deberá conformarse el tribunal con la asistencia de las mismas personas que participaron de la primera.

*“d) Concentración de la sustanciación de la causa en un periodo único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas.”*

La concentración sería un corolario de la oralidad, se busca que las actuaciones procesales se realicen todas en una misma audiencia y en sucesivas audiencias próximas en el tiempo, de esta manera se protege las impresiones que se encuentran en la memoria del juez.

*“e) No pueden impugnarse separadamente las interlocutorias.”*

Se funda en que para que pueda existir oralidad y concentración las sentencias interlocutorias no pueden impugnarse por separado de la cuestión de fondo, por lo que deberá primar al inapelabilidad de las interlocutorias, salvo excepciones determinadas.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> MONTERO AROCA, J. Ob. Cit. p. 156 y ss.

### 3.2. La oralidad y la socialización del proceso.

Una idea ligada a la concepción de la oralidad de fines del siglo XIX y principios de XX, consiste en que a través de la oralidad se podía lograr un acercamiento de la justicia y del proceso al pueblo, una pretendida socialización de éste. Esta idea nace a la vida jurídica con la obra del austríaco Franz Klein (1854-1926†) quien sostenía que el proceso era un instrumento para el bienestar social. A la época el procedimiento civil en Austria estaba regido por el *Código Josefino*, que estaba caracterizado por el secretismo, la escrituración y la prueba legal tasada<sup>67</sup>. La transformación política-económica que estaba viviendo el imperio austro húngaro durante la segunda mitad del siglo XIX, causó una sobresaturación del sistema procesal, basado hasta la época en causas de alto monto y relacionadas a la propiedad<sup>68</sup>; en este procedimiento las partes eran dueñas absolutas del procedimiento, el juez no tenía facultades para evitar las dilaciones y las partes no tenían cargas ni obligación de cooperar con el tribunal<sup>69</sup>. Ante esta situación la doctrina comienza a solicitar un cambio en el ordenamiento, que establezca de manera preponderante en un nuevo procedimiento “*los paradigmas que significaban los principios de publicidad, oralidad, y libre valoración de la prueba*”<sup>70</sup>, de esta manera se encomienda a Klein la elaboración un nuevo código de procedimiento civil donde se plasmen las nuevas ideas de colaboración de las partes con el proceso, celeridad, y acceso a la justicia; nace de esta manera el *Código Procesal Civil de 1895*.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> PÉREZ RAGONE, A. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 42, [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000100016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100016)> [Consultada el 8 de agosto de 2017]. P. 527.

<sup>68</sup> “*Las necesidades y la sobrecarga del sistema de justicia se debían entre otras cosas al aumento y colapso de causas. Cada vez había mayor necesidad de acceder a la justicia ya no sólo por cuestiones de propiedad sino que se iban ampliando por la industrialización a materia social, laboral, y las incipientes relaciones de consumo*”. Ibidem. P. 529.

<sup>69</sup> Ibidem. P. 528.

<sup>70</sup> Ibidem. P. 529.

<sup>71</sup> Ibidem. P. 530.

La oralidad se encuentra en este procedimiento no como el elemento que permita una discusión libre entre las partes, sino como una herramienta que permita al juez tener más control sobre el proceso, junto con sus nuevas atribuciones de dirección tanto formal como material, el nuevo procedimiento civil austríaco marca el principio de un nuevo paradigma en occidente.<sup>72</sup>

Estas nuevas ideas se trasladan a Alemania de la mano de Adolf Wach, quien es protagonista en la serie de reformas que viviera el procedimiento civil alemán, contenido en el *Código Procesal del Imperio de 1877*. Este es un cuerpo normativo de corte liberal y garantista, cuyas principales características eran el completo dominio de las partes sobre el proceso, el desdén a la intromisión del tribunal y las autoridades estatales, la falta de interés por la búsqueda de la verdad material y de una concepción de “justicia” como finalidad del proceso, la oralidad se tiene como principal forma de hacer valer las partes sus pretensiones en el proceso por sobre los escritos; aquello que no se llevaba a las audiencias pese a estar en un escrito no se tenía a la vista por el juez para resolver el asunto, no existía además la necesidad de protocolización de lo obrado, primaba el principio contrario al *quod non est in acta non est in mundo*. No existía tampoco el principio de eventualidad, el cual estipula la preclusión de las partes para aportar hechos al proceso una vez acabada la etapa de discusión. Las ideas de Wach propulsaron las reformas que vivió el procedimiento alemán durante la primera parte del siglo XX, donde se entregaron al juez facultades de control de la discusión y de impulso procesal, la verdad como finalidad del proceso, la eliminación de las formalidades excesivas que disminuían la velocidad y el avance del procedimiento, entre otras

<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> “A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX se empieza a difundir la denominada visión social del proceso, entendiendo que el sistema de administración de justicia no es neutro. Por el contrario desempeña un rol dentro de la sociedad y del Estado para la consecución del bien común como un servicio mediante el cual se garantiza el correcto andamiaje de la economía privada en una sociedad organizada”. Ibid. P. 536.

<sup>73</sup> Ibid. P. 534-535

Las ideas de estos juristas fueron recogidas posteriormente por ordenamientos de corte autoritario como los de los países socialistas y como no, por el código italiano. En esta concepción el juez con ayuda de la oralidad asume el rol de protagonista en el proceso, se hace ungido por la justicia para buscar la verdad histórica, con amplios poderes de dirección no sólo formal y técnica, sino que también de corte material y asistencialista de las partes. El pretendido juez neutral se acaba con esta nueva idea de proceso, y es que la justicia se encuentra con la democracia en el pretendido de la verdad. En este sentido debemos señalar la situación de los sistemas socialistas, para ellos en el proceso no sólo existe un interés privado sino que también uno de orden público de mayor preponderancia, un juez fuerte con amplias facultades es en esta concepción el reflejo de los intereses democráticos de igualdad de armas y justicia.<sup>74</sup>

Esta concepción al día de hoy lamentablemente no se encuentra aún del todo abandonada. No obstante algunos estiman que esta relación de la oralidad con ésta serie de conceptos de carácter político no es más que un *slogan* que proviene de una concepción ideológica del proceso<sup>75</sup>.

### **3.3 La Oralidad como principio formativo del procedimiento.**

En las escuelas de derecho se enseña típicamente que la oralidad es simplemente un principio formativo del procedimiento. Comúnmente se dice de los principios formativos que estos son “*las diferentes orientaciones que sigue cada nación para construir su sistema procesal*”<sup>76</sup> o bien “aquellos principios rectores que sigue cada nación, para construir y cimentar su sistema procesal, y que se

---

<sup>74</sup> MONTERO AROCA, J. Ob. Cit. P. 169 y ss.

<sup>75</sup> DÍEZ-PICASO GIMENEZ, I. (2006). *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*. EN: MONTERO AROCA, J. (Coord.) “PROCESO CIVIL e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,. P. 45

<sup>76</sup> MATURANA, C. (2006). *Aspectos generales de la prueba*, p. 40.

aplican tanto a los procedimientos civiles como penales, con distintos matices, dada la diversidad de cada grupo de normas procesales”<sup>77</sup>, y se clasifican para efectos de su estudio de manera contrapuesta, así el principio dispositivo se contrapone al inquisitivo<sup>78</sup>, la oralidad a la escritura, la publicidad al secreto y así sucesivamente<sup>79</sup>.

El profesor Maturana define a la oralidad como aquel principio que “*consiste en que la palabra es el medio comunicación entre las partes y el tribunal*” siendo las alegaciones de las partes y la prueba presentadas al tribunal de esta manera<sup>80</sup>. También se ha dicho de ésta que “*consiste en que todo procedimiento, se realiza en forma verbal, la palabra es la forma de presentar las solicitudes de las partes y las resoluciones del tribunal*”<sup>81</sup>. Al contrario de lo que sucede con la escrituración, en virtud de la cual la comunicación con el tribunal se realiza de manera escrita, tomando protagonismo el expediente. El proceso se realiza a nuestro parecer de manera epistolar.

Se ha sostenido la conveniencia de la oralidad en el procedimiento en virtud de su cualidad como medio más apto para apreciar la prueba ofrecida por las partes, sobre todo por sus sub principios de inmediación, concentración y publicidad<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> POMES, J, OYARZÚN, M. (2007). *Principios formativos del procedimiento*. Departamento de derecho procesal, Universidad de Chile. P. 1.

<sup>78</sup> NORAMBUENA NOGUER, P. (2009) *Principio Formativos del Nuevo Procedimiento Laboral*. (Tesis Pregrado). Universidad de Chile. P. 1.

<sup>79</sup> Una enumeración más completa sería: “1) *Dispositivo-Inquisitivo*, 2) *Unilateralidad de la Audiencia-Bilateralidad de la Audiencia*, 3) *Orden consecutivo Legal-Orden consecutivo Discrecional-Orden consecutivo Convencional*, 4) *Preclusión*, 5) *Publicidad-Secreto*, 6) *Oralidad-Escrituración-Protocolización*, 7) *Mediación-Inmediación*, 8) *Probidad*, 9) *Protección*, 10) *Economía procesal*, 11) *Adquisición Procesal*, 12) *Prueba Legal, Prueba Racional-Sana Crítica*”. POMES, J, OYARZÚN, M. Ob. Cit. p. 1.

<sup>80</sup> MATURANA, C. ob. Cit. p. 77.

<sup>81</sup> POMES, J, OYARZÚN, M. Ob. Cit. p. 6.

<sup>82</sup> NORAMBUENA NOGUER, P. Ob. Cit. p. 5.

En nuestro Código del trabajo se dice que “*los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad*” (Art. 425 CT). Es curioso como el legislador se refiere a la inmediación como principio y no respecto de la oralidad, tampoco la publicidad ni la concentración las denomina principios en virtud de que se entiende en doctrina que éstos se derivan de la oralidad.

#### **3.4. Una nueva concepción doctrinal de la oralidad. La oralidad como regla del procedimiento.**

Dejando atrás la idea de que la oralidad es un principio del proceso, y en cambio haciendo la distinción entre proceso y procedimiento se ha llegado a sostener que la oralidad es un principio de forma, esto es, de procedimiento, parte de esta nueva idea es el maestro Montero Aroca<sup>83</sup>.

La oralidad se opone a la escrituración en cuanto a la forma del procedimiento y como ya dijimos no existen modelos puros de oralidad y de escrituración si no siempre una mixtura de ambos. Sin embargo lo que es necesario destacar es que la oralidad acarrea consigo los principios que se derivan de él; la inmediación, concentración y publicidad, y que la escrituración a su vez hace lo mismo, pero en la dirección contraria, conlleva los principios de mediatez, dispersión procesal o desconcentración de las actuaciones procesales y secreto.

El mismo autor señala, que finalmente el problema de la forma de los procedimientos se basa en determinar si estamos frente a un procedimiento en su mayoría escrito o bien frente a un procedimiento en el cual predomina la oralidad con los principios que ambos arrastran respectivamente, ya que como se señaló

---

<sup>83</sup> Ibíd. P. 174.

anteriormente no existen en esta materia procedimientos exclusivamente orales o escritos, pero adelantando en la materia que el elemento diferenciador entre uno y otro es la manera en que las partes aportan los hechos al proceso y formulan su pretensión<sup>84</sup> .

Es por la imposibilidad de un proceso únicamente oral o escrito, que Chiovenda señalaba que el proceso en sí era de carácter mixto y que variaría entre ambos tipos, según el momento en que las partes aportaran los elementos fácticos al proceso<sup>85</sup>, Oralidad significaba que la pretensión se introducía en el proceso de manera oral. En la misma línea Pietro-Castro señala que “el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final; y la presencia del otro principio, el de la escritura, significa que tan solo (salvo algunas excepciones) lo aportado de esta forma puede producir esos resultados...”<sup>86</sup> sin embargo en la actualidad se cree que calificar un procedimiento de oral o escrito en base a una sola situación es impreciso, puesto que se daría el absurdo de que un proceso en el que la etapa de discusión se dé por escrito y el resto de los demás actos procesales sean orales fuera calificado de escrito. Y es que se debe estar a la serie de principios a que adhiere el procedimiento para determinar si estamos frente a la oralidad o escritura. Por ellos según Montero será oral un procedimiento aquel en el que se den los principios o subprincipios de concentración, de inmediación y de publicidad. El contenido que se tiene de éstos es el mismo que a principios del siglo pasado determinó Chiovenda, por lo cual nos remitiremos a lo antes dicho al respecto.

En un sentido similar en Chile el profesor Palomo sostiene que para reconocer un sistema como oral, la prueba del material fáctico aportado por las

---

<sup>84</sup> Utilizamos la idea de proceso mixto en referencia a un procedimiento que vacila entre la oralidad y la escritura y no en relación a la clasificación del procedimiento que distingue al dispositivo, al inquisitivo y al mixto.

<sup>85</sup> MONTERO AROCA, J. (2000). La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. *Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú* (53): 583-688.

<sup>86</sup> PRIETO-CASTRO, L. (1950). Precisiones sobre escritura y oralidad, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. Madrid. Pág. 100

partes se produce oral y concentradamente con la intermediación efectiva del juez y con general publicidad, son estas las coordenadas formales presentes en la fase de prueba las que bastan para identificar a un sistema oral<sup>87</sup>.

Sin embargo, para algunos, la oralidad es más que la mera forma del procedimiento, es más bien un modelo de justicia técnico, de esta manera “[...] *la concentración, la intermediación y la oralidad, erigidas en opción de política jurídica e implementadas de forma técnicamente correcta por una ley procesal, suponen un modelo global de justicia civil [...]*”<sup>88</sup> Y es que pareciera ser que cuando hablamos de oralidad nos referimos a algo más que la mera forma y que entre un proceso oral y un proceso verdaderamente garantista y adversarial existe una relación más allá de la mera técnica jurídica.

### **3.5. Alcance de la Oralidad en el proceso chileno.**

En este apartado se describirán las distintas formas en que se desarrolla la Oralidad en los distintos ámbitos del proceso y algunas ramas del derecho chileno, con la finalidad de establecer que ésta no sólo es un elemento que lo distingue del procedimiento escrito, sino que además puede convertirse en un importante soporte a las garantías de las partes dentro del procedimiento en la medida que sea correctamente entendida su aplicación dentro de un modelo adversarial o acusatorio.

Más importancia cobra la oralidad y su análisis si tenemos presente que la inminente reforma a la justicia civil tendrá como eje principal la implementación de procedimientos regidos por la oralidad y por lo tanto serán orales los procedimientos donde se dirimen las contiendas más recurrentes en nuestro

---

<sup>87</sup> PALOMO VÉLEZ, Diego. Proceso Civil Oral: ¿Qué Modelo de Juez Requiere? Revista de Derecho (Valdivia) Vol.18 (nº1) julio 2005. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000100007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100007)>[Consultada el 20 de abril de 2017]. Cap. III.

<sup>88</sup> DÍEZ-PICASO GIMENEZ, I. Ob. Cit. P. 45.

derecho, se buscará superar el antiguo modelo que el profesor Diego Palomo denominó *rigurosamente escrito*<sup>89</sup> caracterizado por una gran “*Complicación procesal, formalismo, lentitud estructural y muy alto coste. Y desde el punto de vista estrictamente procedimental: Mediación (no obstante la existencia de normas que establecían la inmediación), dispersión procesal, proliferación de incidentes, exclusivo impulso procesal de las partes, publicidad muy poco efectiva y claro protagonismo del expediente.*”<sup>90</sup>

Lo anterior, ha generado una justicia civil extremadamente lenta, generadora de incidentes que más que resolver el problema tienden a dilatar el proceso y que muchas veces son usados por la parte más debilitada en sus defensas para extender el proceso y así evitar una sentencia desfavorable, a lo anterior se puede sumar la figura de un juez que sólo está presente al momento de fallar y que por lo tanto delega en los funcionarios del tribunal casi la totalidad de sus actuaciones, transformando a la inmediación en una mera declaración formal dentro de los principios del procedimiento.

Es por lo anterior y tomando nuevamente las palabras del profesor Palomo es correcto decir “*la reforma del modelo chileno debe pasar, necesariamente, por la introducción de la oralidad como guía formal del nuevo proceder. En consecuencia, debe apostarse por un proceso civil que se base en las reglas de oralidad y concentración procesal, esto es, un proceso que se construya desde las técnicas de las audiencias*”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> PALOMO VÉLEZ, D. (2004) Modelo Procesal Civil Chileno: Conveniencia de Articular una Nueva Regulación Sostenida en la Oralidad Como Eje Formal Facilitador. *Reforma Procesal Civil. Oralidad y Poderes del Juez*. Editorial Abeledo Perrot

<sup>90</sup> *Ibíd*em

<sup>91</sup> *Ibíd*em.

### 3.5.1. La Oralidad en el Proceso.

Dividiremos esta sección en tres partes, la primera destinada a describir la oralidad dentro del proceso y los elementos ligados a esta y posteriormente se analizará el desarrollo en la etapa de discusión y prueba dentro del proceso.

#### 1) La oralidad y los principios asociados a ella:

Introducida la oralidad en el proceso, no se resuelve el problema o los defectos del mismo ni se hará al proceso oral mejor que el proceso escrito, sino que se le deben entregar al mismo ciertas características para potenciar las garantías de las partes dentro de éste y sobre todo la libertad.

Refuerza lo anterior el Tribunal Federal Alemán al señalar que *“El sentido y objetivo del principio de oralidad es obtener una impresión viva e inmediata del material controvertido a través de un procedimiento estructurado para lograr el intercambio de palabras de las partes, un inmediato esclarecimiento y el incentivo de preguntas e indicaciones del tribunal”*,<sup>92</sup> es en base a lo anterior que creemos que las herramientas que harán de la oralidad una verdadera garantía para los justiciables son los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

A) Oralidad e Inmediación: entendamos el principio de inmediación procesal como *“aquél que ordena que el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde ésta se encuentra registrada, de modo que no se produzcan mayores filtros interpretativos que el propio y esencial a la fuente de la prueba de que se trate”*,<sup>93</sup> por lo tanto deberá estar el juez involucrado en todas las etapas del procedimiento, el delegar actuaciones en otros funcionarios del tribunal (característica propia de nuestro actual sistema procesal civil de carácter

---

<sup>92</sup> PÉREZ RAGONE, A. Oralidad y Prueba en Alemania, Informe Nacional

<sup>93</sup> DECAP FERNÁNDEZ, M (2014) El Juicio Oral y los Principios de Inmediación y Concentración. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*

escrito) por muy mínima que sean viciará el procedimiento y mermará la finalidad de la oralidad como garantía de las partes, se acentúa aún más el rol de la inmediación dentro del proceso oral si tenemos en cuenta una de las fases más importantes del mismo como es la etapa de discusión, que necesariamente implica un debate directo entre las partes observado atenta y completamente por el juez quien por tanto deberá percibir directamente y con sus propios sentidos la contienda jurídica.<sup>94</sup> Lo anterior se encuentra consagrado en materia laboral en los artículos 425 y 427 del Código del Trabajo, el primero de estos establece a la inmediación como uno de los principio del procedimiento laboral y por su parte el segundo señala que las audiencias deberán desarrollarse en su totalidad, ante el juez que conoce de la causa y que el incumplimiento de esto se sanciona con la nulidad insaneable de las actuaciones y de la audiencia.

B) Oralidad y bilateralidad de la audiencia: Importante para mantener la estructura dialéctica del proceso y la igualdad de las partes, será el principio de bilateralidad de la audiencia o contradictorio. Este principio, que al igual que el anterior se encuentra establecido en el artículo 425 del Código del Trabajo ha sido definido por el profesor Couture como aquel que *“salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición”*<sup>95</sup> otros las definen como aquella que *“prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes*

---

<sup>94</sup> DE MIGUEL Y ALONSO, C (2017) El Principio de la Inmediación Dentro del Sistema Formal de la Oralidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (179) 791-799

<sup>95</sup> COUTURE, E. (1942) Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Argentina. Roque Editores.

*podieran verse directamente afectados por ella*<sup>96</sup> Hay en esta última definición un mandato dirigido al juez en orden a garantizar el contradictorio durante todo el proceso, de modo que se le asegure a las partes el derecho a formular pronunciamientos respecto de los actos, pruebas y alegaciones de la parte contraria.<sup>97</sup> En este sentido la oralidad permite un mejor desarrollo de este principio al permitir el debate inmediato y sin intermediarios, menos retrasos o dilaciones del procedimiento, a diferencia de un procedimiento escrito en donde hay entre cada actuación de las partes, largos periodos de tiempo que terminan por alargar y quitar dinamismo al debate, de modo tal que la oralidad permite al principio contradictorio mostrar su mejor faceta como garante de los derechos de las partes dentro del proceso.

C) Oralidad y Publicidad: Como último elemento asociado a la oralidad encontramos el principio de publicidad, referida tanto a los actos del tribunal como a lo de las partes. Ya se hizo referencia anteriormente a este principio y sus características, por lo mismo sólo analizaremos la relevancia de éste como garante de la oralidad y en este sentido será la publicidad el elemento a través del cual el juicio oral puede llegar a todos los ciudadanos interesados, se logra igualmente democratizar el proceso, generando además un agente de control indirecto por parte de la ciudadanía, en tal sentido se ha señalado que *“el hecho de que las actuaciones procesales se desarrollen de este modo previene arbitrariedades, negligencias, incumplimiento y todo tipo de prácticas impropias que suelen albergarse bajo la protección de la opacidad de procedimientos que se desarrollan en privado o alejados del público”*<sup>98</sup>

## 2) Desarrollo de la oralidad en la etapa de discusión:

---

<sup>96</sup> PALACIOS, L (1975) Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina. Abeledo Perrot.

<sup>97</sup> BALIC NORAMBUENA, C. (2015). Facultades Probatorias del Juez Laboral: Análisis de la Interrogación Oficiosa de Testigos (Tesis Pregrado). Universidad de Chile. Santiago.

<sup>98</sup> BRAVO MENDOZA, L. (2011) El Principio de Oralidad en la Reforma Constitucional al Sistema de Justicia Penal. (Tesis Pregrado). Michoacán, México.

Es precisamente en la etapa de discusión donde se plasma la importancia de la oralidad dentro del procedimiento, el debate que en su momento fue a través de escritos, pasa a una contienda verbal entre las partes, seguida atentamente por un juez que debe estar presente en todo momento y de quien se espera que intervenga sólo cuando es estrictamente necesario para la moderación del debate.

Para el logro de lo anterior, no debemos entender una noción extrema de la oralidad ya que técnicamente haría muy difícil el litigio, aún con la existencia de medios tecnológicos que permitan un registro íntegro de lo dicho por las partes, en esta dirección se ha explicado la oralidad *“no como el predominio de la palabra sobre la escritura, dentro del conjunto de los actos que constituyen el proceso, sino como la conformación de una cierta estructura procesal que incluye la concentración de los actos, la inmediación entre el juez y la prueba y la publicidad”*<sup>99</sup> y es por ello que nuestra justicia laboral contempla una serie de actos escritos en la etapa de discusión, como lo son la demanda y la contestación de la misma, sin embargo al permitírsele al demandado contestar oralmente en la audiencia preparatoria del juicio oral será que el único acto necesariamente escrito es la demanda, lo anterior nos parece de suma importancia ya que es con esta serie de actos jurídicos procesales que se comienza a dar forma al objeto del litigio sobre el cual se resolverá finalmente la contienda.

Hay quienes igualmente critican estas audiencias previas por considerarlas innecesarias y contrarias a la noción de concentración que se suele aparejar a la oralidad, sin embargo nos parece que no debe llegarse al peligroso extremo de comenzar un juicio sólo con los escritos de demanda y contestación, en este sentido el profesor Palomo ha señalado sobre este tipo de audiencias que *“Su previsión normativa es la respuesta racional y sensata frente a aquellas posiciones que planteadas desde la pura teoría desconocen las complejidades técnicas que suelen abundar en los procesos civiles. Ni quiebra de la concentración ni nada*

---

<sup>99</sup> ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. Escritura u Oralidad? *Ensayos de Derecho Procesal*.

*similar. Bien se ha señalado que la modernidad de la justicia civil no pasa por una cuasi-instantaneidad del enjuiciamiento o por una especie de justicierismo sumario, ideas que sólo pueden sostenerse desde la falta de conocimiento de la realidad de la justicia civil".*<sup>100</sup>

Como se pudo adelantar en el párrafo anterior, será en la audiencia preparatoria del juicio laboral (misma situación en el procedimiento ordinario de familia) donde se desarrolla la discusión y la única donde aún hay elementos escritos, pudiendo incluso ser mayoritariamente escrita, pero sin quitar el predominio de la estructura oral dentro del proceso. Lo que se diga en esta etapa será de gran relevancia para el resto del juicio ya que al fijarse los hechos del juicio, quedarán delineadas las defensas de ambas partes y por lo mismo podrán éstas realizar sus proyecciones en torno a la posición de ventaja o desventaja dentro del pleito y así saber si conviene pasar a la siguiente etapa del juicio o bien es momento de negociar y ceder ciertos puntos de sus pretensiones, no siendo extraño por lo mismo, que sea en esta etapa del juicio donde se producen la mayor cantidad de desistimientos o transacciones.<sup>101</sup>

Reiteradamente hemos mencionado que para el mejor desarrollo del juicio y sobre todo para una mejor resolución del conflicto deben ser las partes las encargadas de su desarrollo, tal como el proceso en sus orígenes, deben ser las alegaciones de éstas las que den forma al juicio y precisamente en base a lo dicho en la etapa de discusión es que se dará el marco para que se fijen los hechos a probar, las excesivas intervenciones del juez en este momento podrá desvirtuar el objetivo de ésta, transformando al juzgador en un tercero más dentro de la disputa y más importante aún, desvirtuará el objeto del juicio en base a sus convicciones previas, sin haberse presentado prueba alguna que le permita tomar partido o mejor dicho, obtener la convicción sobre una u otra posición, es por ello que para

---

<sup>100</sup> PALOMO VÉLEZ, D (2005) La Audiencia Previa y el Modelo Procesal Civil Oral: Consideraciones en Torno a una Pieza Procesal Clave. *Reforma Procesal Civil. Oralidad y Poderes del Juez.*

<sup>101</sup> CANOSA SUÁREZ, U. (2013) El Proceso Civil por Audiencias. *Novum Jus.* (1) 65-78. Bogotá, Colombia.

hacer de la oralidad no sólo una técnica jurídica, sino que además un soporte a las garantías de las partes, es que el juez sólo debe intervenir en esta etapa como moderador del debate.

De no llegar a un acuerdo en la etapa de discusión, las partes deberán ofrecer al tribunal las pruebas con que éstas demostrarán la veracidad de sus alegaciones, durante el juicio oral, al igual que en la etapa en comento la oralidad cobra gran relevancia, la que se analizará en el siguiente apartado.

### 3) La Oralidad y la prueba.

Se analizará en este apartado el cómo debe desarrollarse la etapa probatoria dentro de un procedimiento oral, en tal sentido se intenta describir cómo debe incorporarse la prueba en esta clase de procedimiento, así como también la actitud que debe tener el juez frente a las pretensiones probatorias de las partes, para finalmente hacer una mención a bajo qué estándar o reglas probatorias debe el juez apreciar la prueba en un proceso oral, no nos extenderemos sobre la necesidad o no de dar facultades probatorias oficiosas al tribunal por exceder el cometido de este trabajo y por haberse hecho mención en capítulos anteriores, sin embargo desde ya dejamos en claro que tales facultades deben ser casi en su totalidad entregadas a las partes.

Como antecedente histórico señalamos que es el Código Francés el que sirve de inspiración a varios códigos europeos en torno a la instalación de la oralidad dentro del proceso, este cuerpo legal es tomado por el derecho alemán como guía de su Ordenanza Procesal Civil (Zivilprozeßordnung) del año 1877, en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo se ha señalado a la oralidad como el medio por el cual el debate probatorio permite a las partes y al tribunal comprender la forma y las razones por las que se toma una decisión, se le entrega al tribunal un rol activo en el descubrimiento de la verdad, pero se le advierte

igualmente que dicha prerrogativa no puede utilizarse de modo arbitrario que signifique un perjuicio a alguna de las partes.<sup>102</sup>

Cuestión similar ocurre en el derecho español, con su actual ley de enjuiciamiento civil que comenzó a regir el año 2001, (de importante influencia en nuestra reforma procesal civil) la cual bajo el concepto de justicia rogada<sup>103</sup> señala que “*son las partes procesales las que, además de la carga de alegar los hechos, desempeñan el papel decisivo en lo que su determinación o fijación como ciertos a los efectos del proceso*”<sup>104</sup> por tanto a diferencia de la ordenanza procesal civil alemana, en España se limita la participación del juez en el proceso probatorio, se ha señalado en la exposición de motivos de la ley en comento que quien necesita tutela jurisdiccional por parte del Estado es quien debe probar y constatar los fundamentos jurídicos de su pretensión, pero aun así la participación del juzgador no está totalmente relegada del proceso probatorio y así es que se le permite solicitar a las partes, en la audiencia previa, el aclarar o extenderse sobre ciertos puntos contenidos en los escritos de demandan y de contestación, advirtiéndole a éstas de que de no cumplir con este mandato, podrá el juez tener los hechos por conformes, según las alegaciones de la parte contraria.<sup>105</sup> Lo anterior no deja de hacer ruido en nuestro sistema de justicia procesal laboral, en el entendido que nuestra cultura jurídica suele nutrirse de la influencia española, se aparta considerablemente de su ejemplo y consagra un juez en extremo activo dentro del proceso.

En cuanto a la forma en que se aportarán las pruebas en un sistema oral, señalemos previamente que al igual que las legislaciones anteriores, se amplían positivamente los medios de prueba que pueden ser aportados por las partes, permitiendo a ésta cualquier medio probatorio considerado idóneo para corroborar

---

<sup>102</sup> PALOMO VÉLEZ, D. PÉREZ RAGONE, A. (2009) Oralidad y Prueba: Comparación y Análisis Crítico de la Experiencia Reformadora del Proceso Civil en Alemania y España. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XXXII), pp. 621-661.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2004): *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces.

<sup>105</sup> PALOMO VÉLEZ, D. PÉREZ RAGONE, A. *Ob. Cit.* Pág 204.

sus pretensiones, con la siempre necesaria limitación a la prueba ilícita. Analizaremos en este punto sólo lo referido a la prueba documental y testimonial ya que a nuestro entender son éstas las que pueden presentar complejidades al momento de adaptarse a un sistema oral de tipo adversarial.

- 1) La prueba documental o instrumental: La sola expresión “documental” daría a entender que esta clase de prueba es propia de un sistema escrito y por lo mismo su valor se vería ampliamente disminuido en un sistema oral, sin embargo todo lo contrario ocurre con este medio de prueba, su valor sigue siendo fundamental en el momento en que las partes prueben sus pretensiones y su dificultad sólo se presenta al momento de incorporarse dentro del juicio, de ahí es que se deben crear los mecanismos idóneos para que se ajuste al procedimiento oral y sobre todo no merme la tan necesaria estructura dialéctica del proceso.

Por lo que respecta a nuestro Código del Trabajo, la prueba documental sólo puede ofrecerse en la audiencia preparatoria, misma oportunidad donde puede ser objetada o impugnada, para ser luego incorporada en la audiencia de juicio conforme al artículo 453 N°5 del Código del Trabajo. Si en la demanda se hace alusión a algún acto administrativo, se deberán presentar junto con la demanda los documentos que den cuenta de dichos actos y si la demandada es una institución de previsión o seguridad social se deberá acompañar junto con la demanda la resolución final de dicha entidad o la resolución de la entidad fiscalizadora que se pronuncie sobre la materia que se demanda.

Sobre la posibilidad de solicitar oficios, el tribunal los requerirá sólo cuando estime que se refieren a información objetiva, pertinente y específica sobre hechos materia del juicio. Finalmente si lo solicitado es un documento que se encuentra en poder de una de las partes, su no

presentación sin causa justificada, causará que se tengan por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria.<sup>106</sup>

Cabe mencionar que la incorporación de la prueba instrumental se realizará en la audiencia de juicio; se exponen oralmente los aspectos más relevantes de la misma y se le entrega a la contraparte para su revisión, de modo que pueda verificar que el contenido del documento es el mismo que se ha ofrecido al tribunal. La ley igualmente establece la posibilidad de que el tribunal, excepcionalmente fije una nueva fecha de audiencia en caso de no llegar un documento que se estima de relevancia para formar su convicción, nos parece pertinente la mención a este punto por cuanto permite a las partes realizar sus defensas con todos los medios solicitados, logrando mantener firme la posición jurídica de ambas durante el transcurso del proceso y así no mermar sus defensas por hechos ajenos a su voluntad, pero sin que dichas suspensiones se tornen exageradas y terminen por corromper la celeridad dentro del proceso.

2) La prueba testimonial: Regulada principalmente en el artículo 454 N° 5 y 6 del Código del Trabajo, esta prueba es de suma relevancia e igualmente lo es la forma como se desarrolla dentro del proceso, teniendo en cuenta que a diferencia del proceso civil, en materia laboral muchas de las situaciones que se exponen en tribunales provienen de las relaciones que se dan entre los miembros de la cadena de producción o de una empresa, sin que quede registro escrito o documental de las mismas y por lo tanto será la información proveniente de los testigos un gran elemento para la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

---

<sup>106</sup> CABEZAS PINO, R (2010) Aspectos Relevantes de la Prueba en el Nuevo Proceso Laboral. (Tesis Pregrado). Universidad de Chile. Santiago.

Siendo en el punto anterior donde la prueba testimonial entrega su gran debilidad, ya que al ser el relato de los testigos un testimonio subjetivo sobre determinados hechos relevantes para el juicio, no cuenta con el carácter epistémico de otros medios de pruebas, cuyo contenido permite aseverar o no un determinado suceso, dicha subjetividad se acentuará aún más si tenemos en consideración las características personales del testigo, como su intelecto, capacidad de memoria incluso capacidad visual y relación con las partes, de ahí que su finalidad apunta más al convencimiento del juzgador, quien frente a un testimonio evidentemente falso o nutrido de mala fe deberá inmediatamente excluir el testigo.<sup>107</sup>

Con respecto al desarrollo de la misma, deberán ser las partes quienes a través de sus preguntas lleven al testigo a vaciar en el tribunal los conocimientos relevantes que tengan para el proceso, para cumplir con el cometido anterior será de gran relevancia el papel que ocupe el abogado al momento de llevar a cabo el interrogatorio, debiendo éste realizar correctamente las preguntas que permitan al testigo dar un veraz testimonio exento de cualquier tipo de presiones o manipulaciones, de ahí que sean objetables preguntas sugestivas, capciosas o que lleven incluida la respuesta<sup>108</sup>

Respecto a quienes formulan preguntas a los testigos, tanto las partes como el tribunal podrán realizar preguntas, colocando a este último en la misma posición de las partes respecto al interrogatorio de los testigos, incluso se va más allá y en la práctica se le permite al juez iniciar el interrogatorio en atención a que fue éste último quien declaró admisible la procedencia del testigo.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> BALIC NORAMBUENA, C. Op.Cit. Pág. 62

<sup>108</sup> Ibídem. Pág. 88

<sup>109</sup> TAPIA GUERRERO, F. (2008). Manual de Juicio del Trabajo. Academia Judicial de Chile. Santiago.

Nuevamente el legislador ha entregado al juez laboral una tarea que excede el correcto desempeño de su función, éste ya no sólo puede solicitar las pruebas que estime convenientes, lo que ya es excesivo, sino que además puede intervenir en las pruebas presentadas por las partes y llevarla de la forma que estime conveniente. No debemos olvidar que será la misma persona que decide un pleito, quien ahora está recabando información a los testigos presentados por las partes para esclarecer sus conocimientos, esta facultad entregada al juez termina por distanciar aún más a las partes de su posición de iguales dentro del juicio, bastará el sólo interrogatorio inicial del testigo por parte del juez para saber el “peso” que tendrá el testimonio del testigo.

El desarrollo de la prueba testimonial termina por hacer inoficiosa la oralidad como forma de interrogar testigos, ya que estos terminan entregando los conocimientos que el juez estima convenientes dejando de lado los conocimientos que las partes estimar de relevancia para el caso y que deberán ser ponderados por un juez que los escucha atentamente sin intervenir en los mismos, salvo para aclarar algún tipo de duda menor o puntos poco claros.

Finalizamos este apartado refiriéndonos a la forma en que la prueba debe ser valorada por el tribunal al momento de fallar, señalemos para comenzar que actualmente encontramos tres sistemas de valoración probatoria, el primero que aún rige en el procedimiento ordinario civil es el llamado sistema de prueba legal o tasada: este sistema supone que será la ley la encargada de dar valor a cada tipo de prueba presentada por las partes, casi como una operación matemática la ley determina el valor del relato de los testigo, así como también de la confesión de una de las partes, los documentos privados tendrán distinto valor, según si emanan de la contraparte o bien de un tercero para cuyo caso deberán ser reconocidos en juicio, para los documentos públicos existen igualmente una serie

de operaciones destinadas a determinar su valor<sup>110</sup>, siendo sólo la prueba pericial y la inspección personal del tribunal unas de las pocas excepciones que permiten al tribunal alejarse de este estricto sistema de valoración probatoria.

En oposición a lo anterior encontramos el sistema de la libre convicción o valoración de la prueba, este sistema tiene dos modalidades, una de carácter subjetivo que entrega una libertad casi absoluta al juez para determinar el valor de la prueba, pudiendo valerse tanto de elementos del juicio como de elementos externos a este. Aquí la prueba apunta a generar en el juez un estado psicológico que le permita obtener la convicción de un determinado hecho, siendo por tanto necesaria la aplicación del principio de inmediación durante todo el proceso y en especial en la etapa probatoria.<sup>111</sup>

Frente a esta idea subjetivista de valoración probatoria tenemos la concepción racionalista o cognoscitiva de la prueba, que permite igualmente al juez apreciar libremente la prueba, pero sujeto a ciertas reglas impuestas por la racionalidad general y las reglas de la epistemología, lo que obligará a juzgador a entregar una correcta fundamentación de sus sentencias ya que deberá vaciar en ésta los motivos racionales que le permitieron llegar a ese resultados.<sup>112</sup> En base a lo expuesto nos parece razonable enmarcar nuestro sistema de valoración probatorio laboral dentro de esta categoría, el Art. 456 CT, señala que el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica debiendo expresar las razones jurídicas y simplemente lógicas, científicas técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime, por lo tanto entrega una valoración libre, sujeta a ciertos parámetros racionales que deberán ser siempre respetados.

---

<sup>110</sup> PADILLA PAROT, L (2016). Ese Dolor de Cabeza Llamado Prueba Legal Tasada: La Anticipada Aplicación del Proyecto de Código Procesal Civil, que los Tribunales Ordinarios de Justicia se Encuentran Llevando a Cabo. En *Revista Chilena de Derecho Privado* Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722016000100016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000100016)

<sup>111</sup> CORTÉS-MONROY FERNÁNDEZ, J (2016) La "Valoración Negativa" y la Exclusión de la Prueba en el Procedimiento Penal. Una Crítica Desde la Concepción Racionalista de la Prueba (Tesis Pregrado) Universidad de Chile. Santiago.

<sup>112</sup> *Ibíd.* Pág. 26-27.

Estimamos que este sistema de valoración probatorio, se ajusta a un proceso oral de corte adversarial, en que el juez está presente durante todo el debate probatorio, en tal sentido y comentando la tan ansiada reforma a la justicia civil el profesor Palomo ha señalado que el proyecto de Código de Procedimiento Civil al establecer la sana crítica “se dirige a consagrar un sistema de valoración de las pruebas más coherente con la nueva estructura oral, concentrada y propiciadora del contacto directo entre el juez, las partes y sus respectivos medios de prueba.”<sup>113</sup> El establecer reglas demasiado rígidas para la valoración de la prueba termina haciendo inútil la oralidad y más aún la inmediación. No será necesaria la presencia del juez y de sus conocimientos si éste al momento de valorar la prueba debe sujetarse a reglas estrictas establecidas previamente, le bastaría con un informe sumario de las mismas como ocurre hoy con la prueba testimonial en el procedimiento escrito.

### **3.5.2. La Oralidad En El Proceso Penal**

Se hace necesario una pequeña reseña sobre el rol que cumple la oralidad en materia penal, sobre todo desde la implementación en Chile de la nueva justicia penal a partir del año 2004 que significó el pasar de un procedimiento escrito y secreto a uno de carácter oral y mayoritariamente público, este cambio no sólo responde al mejoramiento de la técnica procesal, sino que es respuesta a un llamado mucho más enérgico proveniente de distintos organismos y convenciones internacionales que exigían reformar los sistemas de enjuiciamiento penal en pro de una mayor seguridad a las derechos fundamentales de los justiciables.<sup>114</sup> Si bien los instrumentos internacionales no han mencionado la oralidad como un derecho, se ha entendido que “forma parte integrante de un proceso penal que

---

<sup>113</sup> PALOMO VÉLEZ, D. (2009) Las Marcas del Proceso Oral y Escrito Diseñado en el Anteproyecto del Nuevo CPC Chileno. *Revista Chilena de Derecho* (Vol36 N°3) Pág 621-661

<sup>114</sup> HORVITZ LENNON, M. (2003) La Reforma Procesal Penal Chilena. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. (15) Pág 767-778

busque cautelar estos derechos, debido a que no es posible diseñar un sistema que cumpla con las características de publicidad e intermediación que no se desarrolle a través de la expresión oral (...) Así, por ejemplo, derechos como el de la defensa o los vinculados a la prueba en el proceso y, en general, el respeto de las obligaciones que la ley impone a los intervinientes en el proceso, quedan cautelados por la presencia directa del juez en las actuaciones y por medio del desarrollo público del mismo, ya que el juez por una parte y la comunidad por otra, pueden verificar la forma en que el proceso se desarrolla y poner límites a cualquier violación del derecho que se produzca en el desarrollo del proceso”<sup>115</sup>

Dicho cambio se basó principalmente en el transitar desde un sistema escrito a uno de carácter oral, en principio fue sólo la justicia penal, pero actualmente se extiende a distintas áreas del proceso, incluida la justicia laboral. Si bien no existen grandes diferencias en cuanto su implementación en un proceso u otro, hay ciertos matices de interés que merecen algún comentario:

- 1) En cuanto a la intervención del juez durante el proceso, se le excluye totalmente de la investigación de los hechos, entregando tales atribuciones a un órgano constitucionalmente autónomo denominado Ministerio Público que además cumple la función de ejercer la acción penal en los casos que sea necesario, tenemos ya en esto un indicio de cómo debe ser un proceso respetuoso de las garantías individuales, en cuanto dejar fuera del esclarecimiento de los hechos al órgano encargado de juzgar.
- 2) Se le entregan al imputado una serie de derechos cuyo desarrollo se adecua mucho mejor con un sistema de carácter oral, entre tales garantías mencionadas en el artículo 93 del Código Procesal Penal se encuentran 1) el ser informado de manera precisa y clara acerca de los hechos que se le imputan y de los derechos que le otorgan la Constitución y la leyes 2) ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación 3) solicitar a los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar

---

<sup>115</sup> RIEGO RAMÍREZ, C. (1994) El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos. Santiago, Chile. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

las imputaciones que se le formularen y 4) solicitar directamente al juez que cite a una audiencia a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación<sup>116</sup>. Lo anterior ratifica la idea los derechos de las partes se garantizan mejor en una estructura procesal oral, pero además muestran que deben ser siempre las partes las encargadas de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional y no dicho órgano el que proponga las actuaciones que estime necesarias.

- 3) Se establece al Juez de Garantía, como encargado de velar por el respeto de las garantías de los intervinientes durante el proceso penal, pero es menester señalar que este juez no será quien finalmente juzgue, ni siquiera estará presente en el juicio oral, se ha encargado la ley procesal penal de cuidar a las partes del influjo que pueda producir en el tribunal el contacto con ellas y se le ha entregado la tarea de juzgar a un órgano colegiado denominado Tribunal del Juicio Oral en lo Penal el cual sólo estará encargado del juicio propiamente tal.
  
- 4) Sin embargo entendemos que al estar en juego en materia penal derechos de mayor relevancia social como son la vida o la integridad psíquica de una persona y su libertad, se requiere una actitud distinta del juez frente al desarrollo del proceso, frente a situaciones en que los derechos mencionados puedan estar en peligro, serán necesarias actuaciones oficiosas por parte del tribunal, la ley incluso contempla ciertas obligaciones al tribunal respecto al resguardo de tales garantías y de este modo tiene la obligación de citar a una audiencia de revisión de medidas cautelares si ha transcurrido la mitad del tiempo de la investigación, así como también si han pasado 6 meses desde que se decretó la prisión preventiva, tales actuaciones están establecidas en la ley y no nacen de un mero capricho

---

<sup>116</sup> MATURANA MIQUEL, C. MONTERO LÓPEZ, R (2010) Op. Cit.

del juzgador, aun así, y para no perder el hilo conductor de este trabajo se debe mencionar que todas estas situaciones coinciden con la estructura de un procedimiento oral ya que su implementación sería muy complicada en un proceso escrito donde la inmediación no está plenamente garantizada.

- 5) Los puntos anteriores llevan a concluir que si al momento de fijarse la nueva justicia penal se pensó en un modelo acusatorio o adversarial, lo mismo debió ocurrir con la reforma laboral, ello bajo la premisa de que siendo los bienes jurídicos disputados de mayor relevancia que los debatidos en materia laboral, se restringió igualmente las intervenciones del juez en el debate sólo a casos necesarios, por lo tanto y con mayor razón el proceso laboral debió respetar la estructura adversarial del proceso y dejar su desarrollo entregado principalmente al libre debate llevado a cabo por las partes, en un juicio oral, público y bajo la presencia permanente del juez, toda vez que los derechos disputados suelen ser de orden patrimonial o bien no comprometen gravemente las garantías constitucionales.

## CAPÍTULO SEGUNDO: PROCESO ADVERSARIAL VERSUS PROCESO INQUISITORIAL

### 1. Noción del Principio Acusatorio.

Este capítulo mostrará la dicotomía existente entre el procedimiento adversarial y el inquisitorio, desde ya debemos adelantar que la expresión “adversarial” no es propia de nuestro derecho ni de nuestra cultura jurídica, sino que es propia del derecho norteamericano y en especial de su sistema de enjuiciamiento penal, sin embargo y como se podrá apreciar a lo largo de este capítulo, de la misma forma en que la idea de adversarialidad es ajena a nuestra cultura jurídica, para la norteamericana es ajena la idea de principio acusatorio o al menos no se usa comúnmente dicha expresión que es más propia de los sistemas jurídicos de carácter europeo continental, como nuestro sistema procesal penal. De esta forma es que previo a iniciar el análisis del sistema adversarial, es necesario dejar en claro a qué nos referimos cuando hablamos sobre el principio acusatorio; si es que es realmente diferente al sistema adversarial y finalmente si existe o no alguna controversia respecto del mismo.

Este principio, como lo señalan los profesores Montero y Maturana tiene sus orígenes asociados al nacimiento de la democracia y la implementación de los sistemas republicanos, procesalmente se caracteriza por ser *“una discusión entre dos partes opuestas, cuyas diferencias deben ser resueltas por el juez. Dentro del proceso, las partes se encuentra en igualdad de condiciones, siendo el juez un espectador, quien debe resolver según las pruebas que se rinda en éste”*<sup>117</sup>

Los profesores Horvitz y López lo definen como aquel que *“impone la distribución de los poderes de persecución penal y, por ello, las funciones asociadas a su ejercicio, implicando una triple separación entre funciones de*

---

<sup>117</sup>Ibídem..

*investigación, acusación y enjuiciamiento*<sup>118</sup> esta distribución de las funciones tiene por objeto evitar que el mismo órgano encargado de acusar sea a su vez el encargado de juzgar, más necesaria se hace esta separación si tenemos en cuenta la evolución de la noción en comento, ya que en un comienzo los asuntos penales eran resueltos por los propios particulares involucrados, pero la idea moderna del mismo, supone el monopolio de la acción penal por parte del estado, manifestado en el principio de oficialidad. Misma distribución ocurre con la investigación en materia penal ya que se deja en manos de un juez instructor, regido por el principio inquisitivo, el cual con el fin de mantener la imparcialidad durante el curso del proceso, no podrá intervenir en el juicio propiamente tal.<sup>119</sup>

Idea similar a la expresada anteriormente nos la entrega el Tribunal Constitucional de España, señalando que: *“el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el Art. 24 de la Constitución, y que es aplicable también en la fase de apelación de la sentencia. En su esencia, el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas –acusador y acusado– resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.*<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> HORVITZ LENNON, M, LÓPEZ MASLÉ, J. (2002). Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

<sup>119</sup> *Ibíd.* Pág. 44.

<sup>120</sup> PÉREZ VAQUERO, C. (2016). El Principio Acusatorio Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [en línea] Derecho y Cambio Social. 01/02/2016.<  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456261.pdf> > [consulta: 11 mayo 2017]

## 1.1. ¿Qué es un proceso adversarial?

Ya el escenario está dado para resolver el planteamiento principal de este trabajo respecto de la oralidad en el nuevo procedimiento laboral y por lo tanto es momento de conocer a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos del proceso adversarial y si la oralidad es un elemento fundamental del mismo.

Como se indicó anteriormente el origen de este modelo y también su principal bastión de lucha, es el derecho norteamericano, donde es considerado como un elemento esencial del sistema judicial, proyección directa de uno de los bienes jurídicos más valiosos en dicho ordenamiento jurídico: la libertad. Y sobre todo protegerla cuando quien la cuestiona es el mismo Estado.

En relación al origen histórico del sistema en estudio no existe una fecha o periodo exacto en el cual comenzó a regir, se señala por algunos que el antecedente histórico de éste es el juicio por combate o “Trial by Battle” debido a la estructura del sistema adversarial, en el que dos partes se enfrentan con lo mejor que tienen para obtener una decisión favorable, sin embargo se ha rebatido esta idea, ya que el juicio por combate era propio de las naciones del norte de Europa y no se tuvo conocimiento de éste en Inglaterra sino hasta las invasiones normandas del año 1066 y aun así no logró popularizarse como método de resolución de conflictos, ya que los medios más utilizados eran las compurgas (*Wager of law*) y las ordalías o calvarios (*Ordeals*), la primera suponía el juramento de inocencia por parte del acusado, el que luego era apoyado por un determinado número de personas denominadas compurgadores. Con respecto a las ordalías, estas consistían en someter al acusado a determinados padecimientos físicos a la espera de una señal divina, que determinaría su culpabilidad o inocencia.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> LANDSMAN, S. (1983). A Brief Survey of the Development of the Adversary System. [en línea] Ohio State Law Journal. Vol 44, Issue 3 [en línea] < <http://hdl.handle.net/1811/65263> > [consulta: 14 mayo 2017]

En cuanto al concepto o de definición del sistema adversarial, una noción la presenta el profesor Stephan Landsman, quien lo presenta como un concepto unificado que funciona mediante el uso de una serie de procedimientos interconectados y de igual importancia para el procedimiento en su conjunto, los cuales, a partir del fuerte choque de las pruebas presentadas por los adversarios y en un entorno forense altamente calificado, entregan la información necesaria a un ente decidor, de carácter neutral y pasivo que resuelve el litigio de la manera más aceptable, tanto para las partes, como para la sociedad.<sup>122</sup>

Para el autor anterior el sistema adversarial debe tener las siguientes características:

1) Un juez neutral y pasivo: Quien se abstiene de emitir juicios hasta el final del litigio y tiene prohibido participar activamente en el mismo, ya sea anticipando resoluciones u ordenando diligencias probatorias, si el juzgador quebranta lo señalado precedentemente, arriesga su neutralidad o imparcialidad y por tanto la sociedad pierde la confianza en sus jueces ya que lo verán como un ente más partidario o ejecutor de políticas públicas que un órgano neutral.<sup>123</sup>

2) Presentación de la evidencia: Relacionado con lo anterior es la forma en que se proveerá de información relevante al tribunal sobre los hechos objeto del juicio, si se permite a quien a la postre es el encargado de juzgar que solicite pruebas, se compromete la tan preciada imparcialidad del órgano encargado de juzgar, por tanto deben ser las partes las encargadas de aportar la prueba al juicio, siendo sólo las partes las encargadas de aportar los hechos al tribunal, el sistema indirectamente está potenciando a las mismas a realizar sus mejores esfuerzo para aportar la mejor evidencia posible el tribunal.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> LANDSMAN, S. (1983). A Brief Survey of the Development of the Adversary System. [en línea] Ohio State Law Journal. Vol 44, Issue 3 [en línea] < <http://hdl.handle.net/1811/65263> > [consulta: 14 mayo 2017]

<sup>123</sup> Ibídem. Pág.

<sup>124</sup> Ibídem, Pág.

3) Procedimientos debidamente estructurados: Se busca con esto fijar de manera minuciosa las etapas previas al juicio, coetáneas al mismo, el comportamiento ético de los abogados y la forma en que debe desarrollarse la investigación y contrastarse las pruebas presentadas por las partes, evitando de esta forma que el juez pueda ser víctima de engaños de las partes y así preservar su neutralidad al momento de tomar decisiones.<sup>125</sup>

Otra definición presenta el sistema adversarial como aquel en que el juez actúa como un monitor imparcial que asegura que los hechos de un caso se presenten dentro de las leyes y procedimientos establecidos, con un jurado que decide si el acusado es culpable o no, con fiscales y abogados defensores que defienden los intereses de sus respectivos clientes.<sup>126</sup> Este concepto a diferencia del anterior incorpora al jurado como elemento del sistema en comento y es precisamente la figura del jurado lo que marca la gran diferencia (no la única) entre el sistema adversarial norteamericano y el acusatorio europeo continental, sin embargo y como se verá más adelante, en cuando a la estructura dialéctica y principios rectores, mantienen una misma columna vertebral.

Damaska nos señala que la distinción entre proceso adversarial e inquisitorial puede remontarse al siglo XII y que si bien ambos han mutado con el tiempo, en su estructura básica el sistema adversarial puede definirse como aquel que “surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto”<sup>127</sup>.

Inmediatamente se puede apreciar que no existen grandes diferencias de procedimiento entre las nociones de adversarialidad y el principio acusatorio, en ambos encontramos que el órgano encargado de juzgar debe ser distinto al que acusa, un juez que debe ser mantener una actitud pasiva durante el transcurso del

---

<sup>125</sup> *Ibíd.* Pág

<sup>126</sup> BANEFIEI, R. (2014). *The Adversary System*. Pennsylvania.

<sup>127</sup> DAMASKA (2000) *Op. Cit*, Pág. 13

procedimiento y la total igualdad entre las partes durante el transcurso del mismo, por lo tanto en este trabajo trataremos ambas expresiones de forma sinónima.

Sin embargo, para los reconocidos autores norteamericanos LaFave e Israel sí es posible encontrar diferencias, aunque sutiles, entre ambos conceptos, y así el sistema de proceder criminalmente es adversarial y el proceso mediante el cual se imponen las penas es de tipo acusatorio, de este modo ambos términos, sin ser sinónimos se complementan mutuamente, ya que la idea de adversarialidad supone que serán las partes las encargadas de aportar los hechos y las pruebas al proceso, recayendo sobre éstas el peso de la investigación, y en otra arista lo acusatorio implica que las partes deben persuadir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado al juzgador, el cual debe mantener una actitud pasiva e imparcial durante el transcurso del juicio, permitiendo que sea un enfrentamiento dialéctico de los litigantes, el único fundamento de su posterior sentencia.<sup>128</sup>

Igualmente es siempre necesaria la opinión del profesor Juan Montero Aroca para quien en la actualidad es un sinsentido seguir con la dicotomía entre sistema acusatorio (o adversarial) y sistema inquisitivo, ya que para el autor, estas son simplemente dos formas de actuación del derecho penal, de carácter procesal y extraprocesal respectivamente, ya que el sistema inquisitivo no puede ser calificado propiamente como un proceso, ya que no cumple con los requisitos mínimos del mismo<sup>129</sup>, puesto de otra forma, o el proceso es adversarial o no es proceso. Por su parte el calificar el proceso como acusatorio, es en palabras del catedrático de Valencia un *“pleonasma, esto es, una redundancia viciosa de palabras; el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso, por lo menos si esta se entiende correctamente”*<sup>130</sup> por lo tanto se da a entender que el

---

<sup>128</sup> GÓMEZ COLOMER, J. (2006). Adversary System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista española Poder Judicial*. (19)22-77

<sup>129</sup> MONTERO AROCA, J. (2006). El Principio Acusatorio Entendido Como Eslogan Político. *Revista Ius Et Veritas*. (33): 208-219.

<sup>130</sup> *Ibidem*. Pág. 210..

proceso en sí es acusatorio, ya sea un proceso civil o penal, existen garantías mínimas, como la de un juez imparcial o bien que el acusador no sea el mismo que finalmente termine juzgando, que deben respetarse con independencia del área del derecho procesal en que nos encontremos, incluso reconociendo de que ciertos principios son más relevantes en algunas áreas del derecho procesal, no implica que se deba prescindir, por ejemplo, de la noción de imparcialidad en materia civil o laboral, bajo pretexto de que los bienes jurídicos controvertidos en dichos procesos son de menor relevancia que en el proceso penal.<sup>131</sup>

## **1.2 Elementos del sistema adversarial acusatorio.**

De los distintos conceptos que se mostraron, tanto del sistema adversarial como acusatorio, es posible desprender ciertos elementos comunes, sin embargo, no hay unanimidad en los autores en relación a cuáles son específicamente, de esta forma para el profesor Salvador Guerrero Palomares, tales elementos son:

- 1) Facultad de acusación entregada a todo ciudadano, la cual debe ser formulada por una persona distinta del juez.
- 2) Imposibilidad del juez para actuar de oficio.
- 3) El juez es el pueblo, representado a través de un jurado.
- 4) No hay doble instancia.
- 5) La libertad del acusado, hasta que se pruebe su culpabilidad.
- 6) Igualdad de armas, tanto para acusador y defensa.
- 7) El fallo se limita a lo que se alega y prueba en juicio.<sup>132</sup>

El profesor Gómez Colomer, citando a Montero Aroca, para quien, y como se señaló anteriormente, no comparte la noción de acusatoria como una entidad independiente al proceso, sino que como un elemento constitutivo del mismo, distingue igualmente tres elementos constitutivos del principio acusatorio:

---

<sup>131</sup> *Ibíd.* Pág. 210.

<sup>132</sup> GUERRERO, S. (2009). *El Principio acusatorio*. (2 Ed.) Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi-Thomson.

- 1) No puede existir proceso sin acusación, la cual debe provenir de una persona distinta a la que juzga.
- 2) La condena debe basarse en los hechos contenidos en la acusación.
- 3) El juez no tiene facultades de dirección material del proceso y tampoco puede aportar pruebas de oficio<sup>133</sup>

El mismo catedrático citado anteriormente señala que es posible encontrar distintos elementos dentro del principio acusatorio, pero que variarán según el sistema jurídico en que nos encontremos, en este sentido el sistema acusatorio norteamericano (en el cual impera la idea de adversarialidad por sobre la idea de principio acusatorio que sólo se usa para hacer referencia al modelo de justicia penal) está compuesto por:

- 1) La presunción de inocencia.
- 2) La imparcialidad del juzgador, al que se le conoce desde la comisión del delito.
- 3) La existencia de un jurado como representante de la comunidad.<sup>134</sup>

Con relación al proceso europeo continental, el autor señala que el elemento central del principio acusatorio es la imparcialidad del juzgador, frente a las partes y la neutralidad del mismo frente al objeto del proceso, de la imparcialidad anteriormente mencionada derivan tres consecuencias:

- 1) No hay proceso sin acusación y ésta debe ser formulada por una persona distinta al juzgador.
- 2) La condena se debe referir a la persona y a los hechos contenidos en la acusación.

---

<sup>133</sup> GÓMEZ COLOMER. J. (2006). Adversary System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista española Poder Judicial*.

<sup>134</sup> GÓMEZ COLOMER. J. La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional. *Revista Penal*.

- 3) La imparcialidad del juzgador, aquí surge la necesidad de que el órgano juzgador no sea el mismo encargado de llevar a cabo la investigación penal.<sup>135</sup>

Elegir entre un sistema u otro no es pacífico, tampoco lo es el determinar qué elementos componen uno y otro sistema. A nuestro entender un sistema de tipo acusatorio adversarial debe contener los siguientes elementos, que ya sea de forma directa o indirecta, engloban todo lo mencionado anteriormente:

- 1) Separación de funciones entre el órgano encargado de juzgar, el acusador y el encargado de llevar a cabo la investigación.
- 2) Imparcialidad del juzgador, el cual deberá mantener una actitud pasiva y neutral durante todo el proceso, ya sea en relación a las partes, como en relación al objeto del proceso.
- 3) Igualdad entre las partes durante todo el transcurso del procedimiento, esto es medular, ya que para lograr este cometido es que se necesita de un procedimiento oral y público.

Son a nuestro entender, estos elementos, los que dan al proceso el carácter de tal y que aseguran a las partes el contenido mínimo del debido proceso. A continuación se analizarán éstos, dando énfasis principalmente al tercero de estos.

### **1.2.1 La acusación y la investigación en órganos distintos al que juzga.**

En nuestro sistema procesal penal tales funciones se entregan a dos órganos distintos incluso en su naturaleza, de este modo la investigación previa al juicio y la acusación que posteriormente se realiza en base al resultado de la

---

<sup>135</sup> *Ibíd.*

investigación están radicadas en un órgano de naturaleza administrativa, denominado Ministerio Público, y en forma paralela están los órganos encargados de juzgar, de naturaleza judicial, quienes son el juez de garantía o bien el tribunal oral en lo penal según corresponda en cada caso, quienes deberán ejercer la función anteriormente señalada.

Para el desarrollo de su función el Ministerio Público cuenta con un elemento guía, el Principio de Objetividad, el cual lo obliga en *“el ejercicio de su función, de investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad penal del imputado, sino también aquellos que lo eximan de ésta, la extingan o atenúen”*<sup>136</sup>. Tal principio, informa el correcto actuar del Ministerio Público, en el sentido que no solo deberá buscar una condena para el futuro acusado, sino que como órgano representante del Estado, debe velar igualmente porque se consideren en el juicio todo tipo de circunstancias, ya sea a favor o en contra del individuo objeto de la acusación. Se cumple de esta manera, en nuestro sistema, con el requisito del sistema acusatorio o adversarial.

En el sistema Norteamericano, igualmente existe una etapa previa de investigación, denominada *Discovery* definida como *“un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información, principal, pero no únicamente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva teórica, cumple diversas funciones. En parte cumple una función equivalente a la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba, en la medida en que permite preservar un determinado testimonio que, por las razones que sean, la parte instante cree que no podrá practicarse en la vista del juicio. Sirve también para confrontar a un testigo que sí pueda acudir al juicio con sus propias declaraciones,*

---

<sup>136</sup> PASTENE NAVARRETE, L. (2015). El Principio de Objetividad en la función persecutora del Ministerio Público ¿Abolición o Fortalecimiento? (Tesis Pregrado). Universidad de Chile.

*en caso de que resulten contradictorias. Pero primordialmente sirve para perfilar tanto la propia posición como la posición del contrario*<sup>137</sup>

Del concepto se puede notar, que al igual que en nuestra legislación la *Discovery*, tiene por objeto delimitar los hechos que en definitiva serán objeto del juicio, de ahí la importancia que los encargados de ésta no tengan ninguna relación con el órgano jurisdiccional, ya que entregar esta labor a dicho órgano, implica que éste será el decidor de un conflicto que el mismo se encargó de delimitar, viéndose comprometida gravemente la imparcialidad del mismo. Para lograr su cometido la *Discovery* entrega a las partes distintos elementos de ayuda, uno de los más importantes, incluso más que los documentos entregados por las partes, son las *Depositions*, éstas son interrogatorios orales realizados a testigos o a las mismas partes, bajo juramentos y en sesiones plenamente contradictorias y por lo general grabadas en algún soporte audiovisual, para ser presentado posteriormente al juez que conoce del caso.<sup>138</sup> Lo relevante de estas declaraciones es que en todo momento conservan la lógica adversarial propia del sistema en que se desenvuelven, se deben realizar en presencia de la parte contraria y sin intervención del juez, el cual por lo general no está presente.<sup>139</sup>

Pese al parecido de la *Discovery* con la etapa de investigación en materia penal, no se deben hacer sinónimas ambas ideas, de partida, la noción en comento opera tanto en materia civil, como penal a través de las Reglas Federales de Procedimiento, ya sea civiles o penales, y más importante aún no existe un control por parte del órgano jurisdiccional de las mismas, sino que quedan entregadas a los abogados de las partes, de ahí que cuando los abogados estadounidenses tratan de obtener diligencias en tribunales extranjeros, sobre

---

<sup>137</sup> GUAL GRAU, C. (2011). Breves apuntes sobre el *Discovery*. Actualidad jurídica Uría Menendez. (11).

<sup>138</sup> *Ibidem*. Pág. 116.

<sup>139</sup> Se debe hacer presente que en la legislación estadounidense el desarrollo de las reglas de la *Discovery* tiene mayor abundamiento en materia civil que en materia penal, de ahí que no se deba perder de vista que llevar esta noción a nuestros procedimientos laborales no es una idea exorbitante o alejada de toda realidad jurídica.

todos de corte europeo continental, son inmediatamente rechazados, por no emanar tal petición de un órgano jurisdiccional.<sup>140</sup>

Esta forma de llevar a cabo la investigación no está exenta de críticas, así se ha señalado que mediante el libre juego de las partes, en la aportación de hechos al proceso se generan dilaciones intencionadas en el proceso, especialmente a través de la entrega o solicitud de cantidades exageradas de documentos, las que finalmente terminan por hacer inviable el proceso y terminan forzando a la parte más débil a negociar y es en este sentido que Michele Taruffo, un férreo crítico del sistema adversarial nos señala que ni aún con la larga evolución de la *Discovery* a partir de los 60, se ha logrado equilibrar la desigualdad de las partes al momento de llevar a cabo esta investigación previa al juicio, de ahí que aquella parte en mejor posición económica contará con mejores recursos para doblegar a la más débil.<sup>141</sup> A nuestro entender esta crítica no debe ir dirigida al procedimiento en sí, sino más bien a los mecanismos éticos de los litigantes, ya que tales deformaciones del proceso se darían igualmente en un proceso escrito de lato conocimiento y en el cual se le entrega al juez un rol activo, basta simplemente ver nuestra vasta experiencia en materia civil. A nuestro parecer el pensamiento de Taruffo consiste en una crítica política más que técnica jurídica.

El mismo autor amplía su crítica, al señalar que en este sistema se da un papel preponderante a las partes, quedando obsoleta cualquier intervención de juez en el mismo y acrecentando aún más la desigualdad previamente señalada<sup>142</sup>. Al igual que en el caso anterior esta crítica no nos parece acertada, dar mayor intervención al juzgador simplemente comprometerá su imparcialidad, perjudicando aún más a una de las partes, parte que se verá en desventaja ya no desde el inicio del juicio, sino que desde una etapa previa a éste.

---

<sup>140</sup> SIQUIEROS, J. (1998). Cooperación Procesal Internacional el Sistema Norteamericano del Discovery. 30 de mayo de 2017, de Universidad autónoma de México Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3343/27.pdf>

<sup>141</sup> TARUFFO, M. (2008). El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana. Bogota, Colombia. Temis.

<sup>142</sup> *Ibidem*. Pág. 14.

### 1.2.2 Imparcialidad del juzgador durante todo el proceso.

Un segundo elemento esencial del sistema acusatorio es la imparcialidad del juzgador, en especial si tenemos en consideración las nociones del proceso vistas anteriormente, en las cuales éste era visto como un medio de resolución de conflictos, en las cuales el tercero que resuelve, lo hace exclusivamente en base a las pruebas y argumentos entregados por las partes.

Su conexión con el sistema adversarial o acusatorio es lógica, y en tal dirección se señala que el método acusatorio del debate consiste en que *“dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida”*<sup>143</sup>.

Este requisito, que ha de parecer obvio en todo sistema procesal fue dejado de lado por la judicatura, principalmente por el influjo inquisidor que se comenzó a expandir durante esta época y que transformó al juez en un funcionario estatal, encargado de llevar a cabo políticas públicas a través de la función judicial.<sup>144</sup> Con ese antecedente es posible dimensionar la importancia de la imparcialidad como elemento del debido proceso y de un debate que entregue a las partes las garantías necesarias para una adecuada resolución del conflicto, algo que un sistema procesal que utiliza al juez como un ejecutor de políticas estatales no logrará jamás.

Doctrinalmente la imparcialidad tiene una variable objetiva y otra subjetiva, esta última supone *“el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Se habla de una consideración del fuero interior*

---

<sup>143</sup> ALVARADO VELLOSO. A. (2008) La Imparcialidad Judicial. En la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Caracas. Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.

<sup>144</sup> HERNÁNDEZ DUCÓ, A. (1990). La Imparcialidad de los Jueces. (tesis pregrado) Universidad de Chile. Santiago.

*de los jueces, que debe considerarse imparcial mientras no se demuestre lo contrario. Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva, cual derecho fundamental de los justiciables, comporta una garantía que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas.*<sup>145</sup> El concepto anterior obliga al juez a mantener distancia del objeto del litigio y de las partes, durante el transcurso del juicio, en este sentido, la mejor forma en que el juez pueda cumplir su labor es dejando que las partes actúen libremente durante el transcurso del proceso, de modo tal que éste se dedique casi de forma exclusiva a presenciar el debate y así tomar la mejor decisión al caso concreto, esta noción no obliga al juez a no tener opiniones o consideraciones internas sobre las partes o sobre el objeto de juicio, si en cambio lo obliga a mantenerlas en su fuero interno durante el desarrollo del litigio, de modo tal que no se puedan ver inclinaciones hacia alguna de las partes durante el pleito.

La imparcialidad objetiva por otra parte *“toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia. En esta perspectiva importa mucho la apariencia de imparcialidad de los jueces.”*<sup>146</sup> Aquí en cambio se sale del fuero interno del juez y se analizan las consideraciones externas del actuar del magistrado, para determinar si de alguna manera está o no comprometida su imparcialidad.

Como se puede apreciar ambos conceptos suelen ser bastante confusos, ya que los límites entre ambas dimensiones de la imparcialidad son bastante difusos y suelen confundirse, de ahí que se señale *“La distinción entre la imparcialidad objetiva y subjetiva no es tajante, ya que la conducta de un juez no solo puede provocar objetivamente dudas sobre su imparcialidad desde el punto de vista del observador externo (test objetivo), sino que puede también vincularse*

---

<sup>145</sup> BORDALÍ SALAMANCA, A. (2009). El Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (XXXII). Pág: 263-302.

<sup>146</sup> *Ibídem.*

*a la cuestión de sus convicciones personales (test subjetivo). Por ello, que un caso sea visto desde el punto de vista del test objetivo o subjetivo, o incluso ambos, depende de las circunstancias particulares de la conducta judicial examinada.”<sup>147</sup>*

De las nociones señaladas sobre la imparcialidad se puede apreciar que la mejor versión de esta garantía para los justiciables se obtiene a través de una sistema de corte adversarial acusatorio y oral, puesto que éste permitirá que sea el libre juego dialéctico entre demandante y demandado o entre acusador y acusado, con un tribunal encargado de velar por el correcto desarrollo del proceso y encausar correctamente el debate, que lleven al juzgador a mantener una actitud imparcial durante el transcurso de todo el procedimiento, lo anterior no se puede obtener a través de un sistema de enjuiciamiento inquisitivo en que el activo rol que la ley entrega al juez lo hacer perder la imparcialidad y mucho menos si sumamos a lo anterior un procedimiento escrito que suele ir aparejado a la ausencia casi absoluta del juez y a que gran parte del proceso se desarrolle de manera secreta.

Finalmente, para terminar el estudio del sistema adversarial acusatorio se analizará el que consideramos el tercer requisito que todo sistema de tipo adversarial acusatorio debe reunir, para convertirse en un sistema procesal respetuoso de la libertad de los justiciables, estos es, un juicio de carácter oral y público.

### **1.2.3 Un procedimiento oral y público.**

En este punto sólo se tratará la publicidad como principio del proceso ya que anteriormente se hizo referencia a la noción de oralidad.

---

<sup>147</sup> BAZÁN. J. (2009) La Imparcialidad Judicial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Boletín del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada.

Mencionada en el artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales y específicamente en los artículos 425 y 428 del Código del Trabajo, la publicidad es uno de los principios formativos del nuevo procedimiento laboral, éste implica una doble garantía para los justiciables, por un lado supone una garantía para los terceros ajenos al juicio o al público general, para que tengan conocimiento sobre la forma en que estos se desarrollan, logrando que de ésta manera le sea posible a la comunidad mantener el control de la actividad jurisdiccional y así fortalecer la confianza de la sociedad en los tribunales,<sup>148</sup> y desde la perspectiva de las partes representa una garantía, muy vinculada al principio de bilateralidad de la audiencia, ya que permite que una de las partes conozca las actuaciones judiciales de su contrincante y de esta forma no encuentre con elementos sorpresas durante el litigio.<sup>149</sup>

A diferencia del antiguo procedimiento laboral, en el cual la publicidad no estaba expresamente consagrada, y por lo mismo las audiencias de prueba y conciliación no eran públicas, el nuevo procedimiento laboral consagra expresamente en el artículo 428 del Libro V del Código del Trabajo, la publicidad de todos los actos procesales y por lo tanto, salvo excepciones consagradas en la ley, no existen, dentro de este nuevo procedimiento, actuaciones de carácter secreto. El único caso en que reviste el carácter de secreto, es la tramitación de la admisibilidad del recurso de nulidad en materia laboral, por el tribunal *ad quem*, trámite que se realiza en cuenta y por lo tanto no es realizado públicamente.<sup>150</sup>

## **2. El Sistema Inquisitivo.**

Se seguirá en este acápite la misma estructura anterior, entregando una breve reseña histórica, para luego conceptualizar el sistema en estudio y definir sus elementos en contraposición al sistema adversarial estudiado anteriormente.

---

<sup>148</sup> NORAMBUENA NOGUER, P. (2009) Principio Formativos del Nuevo Procedimiento Laboral. (Tesis Pregrado). Universidad de Chile.

<sup>149</sup> *Ibidem*. Pág. 59.

<sup>150</sup> *Ibidem*. Pág. 61.

La renovación que vivió la cristiandad alrededor del año 1000 d.C. supuso una preocupación por la gran cantidad de herejías que se sucedían a lo largo y ancho de Europa, como freno a estas situaciones que ponían en juego el predominio de la fe cristiana en el continente, los distintos reyes y Papas de la época tomaron una serie de medidas, las cuales devinieron en el año 1184 en el Concilio de Verona, en el cual se crea la institución de la Inquisición Episcopal, que ordena a los obispos la redacción de informes anuales sobre la situación del catolicismo en las zonas en que se cometen la mayor cantidad de estas herejías, sin embargo, hasta ese momento la institución buscaba más la conversión y el arrepentimiento del hereje que una condena u otro tipo de castigo, de ahí que su importancia para el derecho procesal se relaciona más que nada con el hecho de que el inquisidor debía buscar al pecador, investigar sus pecados y lograr su confesión, sin un castigo o apremio físico posterior.<sup>151</sup>

Será el venidero interés del Vaticano en los gobiernos seculares y en sus bienes materiales, que lo lleva a considerar como delitos, ciertas actuaciones que anteriormente eran simples pecados, y es en el recorrido de esta triste evolución que se llega en el año 1215 al Concilio de Letrán, el cual encarga a las órdenes de los Franciscanos y los Domínicos la persecución de los nuevos delitos tales como herejías, apostasías, sortilegios, adivinación o sodomía entre otros, pero ahora con un nuevo y lamentable elemento para obtener la confesión, la tortura, con ella se lograba obtener el cometido anterior y además servía como método de reparación para sacar el pecado del cuerpo del infractor.<sup>152</sup>

Aquí ya se ha roto la concepción histórica del proceso, como el enfrentamiento entre dos antagonistas que en palabras simples, recurren con sus pruebas y argumentos a un tercero con la finalidad que resuelva la contienda. La primitiva noción adversarial se ha quebrado y el proceso, junto con los tribunales, pasarán a

---

<sup>151</sup> ALVARADO VELLOSO. A. Ob. Cit. p.95.

<sup>152</sup> *Ibíd.* Pág. 96.

ser un elemento de políticas públicas, en que acusador, investigador y sentenciador se fundirán en un solo y peligroso organismo, más que un método de resolución de conflictos entre privados.<sup>153</sup>

En cuanto a España, nación de donde se nutrieron nuestras principales instituciones jurídicas, esta institución no fue necesaria en un principio en atención al irrestricto apego de esta nación por los valores de la cristiandad, sin embargo, la gran convivencia de distintas religiones sobre todo judíos, en especial en la zona de Castilla, llevó a que esta fuese aplicada en dicho territorio y es así como en el año 1478 bajo el pontificado del Papa Sixto IV se firma la Bula *Exigit Sincerae Devotionis* que autoriza a los reyes al nombramiento de dos o tres obispos o sacerdotes seculares para que ejercieran funciones de inquisidor en el territorio español. La facultad señalada anteriormente, fue ejercida por los reyes de España dos años después y es así que el 27 de septiembre de 1480 llegan a la zona de Sevilla los primeros inquisidores, manteniéndose hasta el 4 de diciembre de 1808, momento en que es suprimida por Napoleón, cuando éste invadió España<sup>154</sup>

En cuanto a la conceptualización del sistema inquisitivo, señalemos en primer término que deriva su nombre del término procesal “inquirir” que representa una de las formas de iniciar el proceso, esta práctica fue utilizada en un comienzo por los tribunales civiles, para luego ser utilizada por los tribunales episcopales,<sup>155</sup> de esta forma podemos ya adelantar un primer elemento de este sistema de procesamiento, esto es, la iniciativa del tribunal para iniciar un proceso, sin necesidad de acusación por un particular u otra institución.

Un concepto más completo lo define como “el enjuiciamiento criminal de otros tiempos en que a juez le pertenecía la iniciativa probatoria y la

---

<sup>154</sup> ORDOÑEZ GÓMEZ, M. CANO MURILLO, D. (2003) La Resistencia del Sistema Penal Inquisitivo. Perspectiva Histórica Jurídica (Tesis Pregrado). Pontificia Universidad Bolivariana de Bogotá.

<sup>155</sup> *Ibidem*. Pág. 55.

discrecionalidad punitiva, incluso sobre el rigor de la acusación pública, o privada, y hasta prescindiendo en absoluto de una y otra”<sup>156</sup>

Otra noción de este sistema lo define en los siguientes términos: “Sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.”<sup>157</sup>

El destacado catedrático Julio Maier nos señala: “La Inquisición, precisamente, traduce, en el ámbito del Derecho penal, el movimiento de reemplazo del método de la composición de los conflictos por sus protagonistas, bajo la forma de un juicio, sustituyéndolo por la persecución penal pública y la encuesta escrita y secreta, desarrollada por el inquisidor, funcionario del soberano (el Papa, el Rey), en busca de la verdad histórica, como forma básica de la administración de Justicia penal.”<sup>158</sup>

Finalmente hay quienes definen este modelo de enjuiciamiento de la siguiente manera: “En general, el sistema inquisitivo es aquel sistema procesal en el cual la función de investigar y juzgar la posible comisión de un delito, se concentra en una sola persona: el Juez de instrucción. Se divide fundamentalmente en dos fases; una fase de instrucción o de investigación, que implica la recolección y producción de prueba, labor que es realizada por el juez de instrucción, y la participación de la defensa es casi nula y la segunda fase la

---

<sup>156</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1994). Diccionario de ciencias jurídicas y políticas. Editorial Heliasta S. R. Buenos Aires, Argentina.

<sup>157</sup> CONTRERAS LÓPER, R. Principios Generales del Proceso Penal. Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

<sup>158</sup> MAIER, J. (1993). El Ministerio Público ¿Un adolescente? El Ministerio Público en el Proceso Penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc.

constituye el juicio donde se incorpora la prueba, y éstas podrán ser objetadas por la defensa.”<sup>159</sup>

En cuanto a los elementos del sistema inquisitivo, analizaremos tres, estos son las actuaciones oficiosas del juez, la función de acusar, investigar y juzgar concentradas en un solo órgano y finalmente un proceso escrito y secreto.

## **2.1 Actuaciones oficiosas del juez.**

El primer elemento del sistema inquisitivo, son las actuaciones oficiosas del juez durante el transcurso del procedimiento, desde su inicio, mediante la acusación, hasta la dictación de la sentencia, se le entregan a éste, varias facultades para dirigir el procedimiento según su propio criterio, se ha señalado en este sentido que; “Se hace la acusación oficiosa (*precedat index ex officio*), mediante la eventual presentación, una disparidad de poderes entre Juez-acusador y acusado, se desecha así el principio acusatorio”<sup>160</sup> como consecuencia de esto es que el proceso está marcado desde su inicio por un absoluta falta de imparcialidad por parte del juzgador, si quien deberá decidir el litigio, es además el encargado de determinar si existe o no un conflicto y por tanto será quien determine el objeto del juicio, la parte acusada no tiene posibilidad alguna de una defensa adecuada y por tanto el proceso (si es que a esta altura podemos llamarlo así), no será el instrumento que asegure las garantías básicas de las partes.

Quienes apoyan la entrega de estas facultades al juez, señalan sin embargo que deben ser igualmente limitadas, evitando de esta forma, tener un dictador dentro de procedimiento, de ahí que elementos como la publicidad y el

---

<sup>159</sup> HERNÁNDEZ BARRANTES, J. RODRÍGUEZ MONTOYA, C. TENORIO JARA, A. (2008) El Sistema Acusatorio Oral en Costa Rica (Tesis para optar a Maestría en Criminología). Universidad Estatal a Distancia.

<sup>160</sup> MASSÉ MORENO, L. (2010) El Impacto del Sistema Acusatorio en el Procedimiento Mexicano (Tesis Doctoral) Instituto Internacional del Derecho y del Estado.

emplazamiento se hacen imperiosos para evitar abusos dentro del procedimiento.<sup>161</sup>

## 2.2 Investigación y juzgamiento en un solo órgano.

El poder del juez, y por lo tanto el del estado dentro del procedimiento se acrecienta aún más, si tenemos en cuenta que será el mismo juez encargado de iniciar el procedimiento el que ahora investigue y posteriormente juzgue, de esta forma se ha señalado: *“El sistema inquisitivo, por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador.”*<sup>162</sup>

Lo anterior deteriora aún más la estructura tripartita del procedimiento a que hacía referencia Alvarado Velloso, donde hay un juez, que debe observar el debate igualitario entre acusador y acusado,<sup>163</sup> dejando la balanza inclinada sólo hacia una de los componentes del proceso, sin que el acusado tenga posibilidad alguna de una defensa adecuada de su posición. Será esta facultad que se le entrega al juzgador, de proceder a investigar oficiosamente los hechos del proceso, lo que le permite decretar las diligencias probatorias que estime conveniente, sin necesidad de que las partes las hayan solicitado.

Es importante mencionar en este apartado el surgimiento del denominado sistema mixto de enjuiciamiento como supuesta forma de superar las deficiencias del sistema inquisitivo, dándole de esta forma un matiz más democrático al proceso pero manteniendo las facultades del juez de intervenir en el curso del mismo.

---

<sup>161</sup> GALLEGO CHIRIVÍ, E. HINCAPIÉ RODRÍGUEZ, L. (2013) La Figura del juez Inquisitivo en el Marco de la Carga Probatoria en Materia Civil. (Tesis para optar al título de Abogado) Universidad de San Buenaventura, Cali.

<sup>162</sup> ARMENTA DEU, T. (2012) Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta? Editorial Marcial Pons. Barcelona

<sup>163</sup> Ob. Cit (buscar Alvarado Velloso, Sistema Procesal Garantía de Libertad)

### 2.3 Procedimiento Escrito y Secreto.

Totalmente asociado a lo inquisitivo se encuentra un procedimiento escrito y secreto, se ha señalado que los primeros procesos fueron de carácter oral, la escritura en principio sólo tiene por objeto la documentación o protocolización del proceso, pero siempre como garante de la oralidad como forma de llevar el proceso,<sup>164</sup> sólo con la apropiación por parte del Estado de la función jurisdiccional aparece el sistema escrito como regla general en desmedro del proceso oral.

Entendida la escritura como medio de protocolización, no debería generar mayores preocupaciones, incluso, atendida la dificultad de épocas pasadas de obtener registros de las actuaciones, el expediente puede verse incluso como una garantía de seguridad en torno a la veracidad de las actuaciones, el problema se manifiesta cuando de la escritura se hace regla general en el proceso, estableciéndose la preclusión como forma de cerrar las etapas en el proceso y con el uso excesivo de recurso<sup>165</sup>, que terminan por dilatar innecesariamente el mismo. Si a lo anterior le sumamos que dichas actuaciones serán secretas nos encontramos frente a un proceso de corte inquisitivo que no asegura la correcta aplicación del derecho, evidencia de esto es que los mismos tribunales inquisidores españoles establecieron el secreto como regla general, prohibiendo incluso que los acusados tuvieran acceso a los expedientes o derechamente evitando el registro de las actuaciones y su posterior comunicación al interesado.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> MÉDINA LIMA, I. (1978) Oralidad y Escritura en el Proceso Civil Mexicano. En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam*. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/27189/24536> [Consultado el 6 de Junio de 2017]

<sup>165</sup> *Ibíd.*

<sup>166</sup> GALVÁN RODRÍGUEZ, E. (2001). *El Secreto en la Inquisición Española*. España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

### 3. Ilustración del Procedimiento Laboral Chileno

#### 3.1 El procedimiento ordinario

Es la ley 20.022 del año 2008 la que da punto de partida a la reforma en el procedimiento laboral, la que lo modifica completamente y crea además los juzgados de cobranza laboral y previsional, con esto se intenta cumplir con la deseada celeridad dentro del procedimiento, ya que muchas veces la excesiva tardanza en la tramitación de los litigios se transformaba en un impedimento a la parte más débil económicamente para continuar con su tramitación, el cual era en la generalidad de los casos, el trabajador.

Tiene como principal novedad el pasar de un procedimiento ordinario escrito a un procedimiento ordinario de carácter mayoritariamente oral, en el cual se libera al juez de una serie de funciones que se le entregaban en el procedimiento anterior y que nada tenía que ver con el ejercicio de la jurisdicción, sino más bien con lo relativo al funcionamiento administrativo del tribunal, dejándolo principalmente a cargo del conocimiento y fallo del litigio ante él, promovido con un papel bastante activo dentro del mismo, sustituyendo además el expediente escrito, por uno de carácter electrónico<sup>167</sup>.

En cuanto a sus principios formativos de este nuevo procedimiento laboral, los encontramos enunciados en su gran mayoría entre los artículos 425 a 432 del Código del Trabajo, y son:

- a) Oralidad
- b) Publicidad
- c) Concentración
- d) Inmediación
- e) Impulso procesal de oficio
- f) Celeridad

---

<sup>167</sup> PALAVECINO CÁCERES, C. (2012) La Reforma Procesal Laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal. En *Revista Laboral Chilena*

- g) Buena fe
- h) Bilateralidad de la audiencia
- i) Gratuidad.<sup>168</sup>

Como se dijo anteriormente, el gran cambio que traía la reforma al procedimiento laboral consistía en pasar de un procedimiento escrito a uno oral, dejando al juez sólo con las tareas de conocer y fallar el pleito, o sea, se establecía a simple vista una estructura adversarial o acusatoria del litigio, donde las partes dominarían su desarrollo, bajo la atenta mirada del juez, sin embargo la incorporación de otros principios como el impulso procesal de oficio, terminarán por afectar gravemente el procedimiento, comprometiendo su estructura adversarial.

Son características del procedimiento laboral ordinario las siguientes:

- a) Es un procedimiento declarativo o de lato conocimiento.
- b) Es un procedimiento de aplicación general.
- c) Supletorio respecto de los demás procedimientos conforme a lo señalado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil.
- d) La prueba se aprecia conforme a las normas de la sana crítica.
- e) De única instancia.
- f) Procede recurso de nulidad por las causales previstas en la ley.
- g) Extraordinariamente contempla el recurso de unificación de jurisprudencia, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que falla el recurso de nulidad.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> BURGOS SALAS, VICENTE. (2010) El Procedimiento Ordinario en el Nuevo Sistema Procesal laboral. (tesis pregrado). Universidad de Chile

<sup>169</sup> Ibidem. Pág. 133

### **3.1.1 Estructura del Juicio Ordinario Laboral.**

Contempla una etapa de discusión previa a las audiencias, la cual es escrita, por tanto la demanda, la contestación de la misma y reconvenición deberán ser en principio escritas, sin embargo se puede contestar y reconvenir al inicio de la audiencia preparatoria, por lo que sólo la demanda que da inicio al juicio deberá hacerse por vía escrita en forma obligatoria, siendo la comparecencia a través de abogados habilitados, obligatoria en todas sus etapas (art. 434 CT).

La primera notificación que se le realice a la parte demandada deberá ser siempre personal y entregándole copia íntegra de la resolución y de la solicitud respectiva (Artículo 436 Código del Trabajo), las que ordenen la comparecencia personal de alguna de las partes y que se han dictado fuera de audiencia, deberán ser notificadas por carta certificada, entendiéndose notificada la persona al quinto día desde la fecha en que la carta ingresó al correo, hecho respecto del cual se deberá dejar constancia (Art. 440 CT), se puede igualmente y sólo por solicitud de la parte interesada y exceptuando la primera notificación, solicitar que estas se hagan por correo electrónico u otro medio idóneo (Art. 432 CT). Salvo norma expresa se entiende que la regla general en materia de notificaciones es el estado diario (Art. 431 CT).

En cuanto a los incidentes que se presenten dentro de las audiencias, estos deberán resolverse de forma inmediata, salvo que el tribunal estime conveniente su resolución conjuntamente con la sentencia definitiva.

En relación al desarrollo de las audiencias en el procedimiento ordinario, el Código del Trabajo contempla la realización de dos audiencias, una de carácter preparatoria y otra de juicio (Art. 450 CT).

Una vez admitida a tramitación la demanda, el tribunal deberá citar a las partes a la audiencia preparatoria, dentro de un plazo máximo de 35 días desde la fecha de la resolución y mediando un plazo mínimo de 15 días entre la fecha de la

audiencia y la fecha de la notificación de la demanda. Dicha audiencia se celebrará con las partes que asistan y se entenderán notificadas de las resoluciones que en ella se dicten por el solo hecho de haberse pronunciado (Art. 451 CT).

La contestación por parte del demandado deberá realizarse por escrito y con al menos 5 días de antelación a la fecha de celebración de la audiencia preparatoria, en este mismo escrito se deberá deducir la demanda reconvenzional, la que deberá contener las mismas menciones que el artículo 466 del Código del Trabajo exige para la demanda principal y sólo será procedente su tramitación si el tribunal tiene competencia para su conocimiento, en caso de ser así, la reconvección se tramitará conjuntamente con la demanda principal (Art.452 CT).

La primera audiencia es la audiencia preparatoria, a la cual se le aplican las reglas del artículo 453 del Código del Trabajo, en esta norma se señala que la audiencia se iniciará con una somera relación del juez de los contenidos de la demanda, eventualmente de la contestación, de la reconvección y de las excepciones correctamente deducidas. Posteriormente el tribunal otorga traslado para contestar la demanda reconvenzional y las excepciones, según sea el caso.

Una vez evacuado el traslado por la parte demandante el tribunal debe pronunciarse de inmediato sobre las excepciones de incompetencia, falta de capacidad o personería del demandante, ineptitud del líbello, caducidad, prescripción o aquellas en que se reclame del procedimiento, siempre que su fallo se pueda fundar en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad, pudiendo suspenderse la audiencia hasta por un plazo de 5 días para subsanar los defectos u omisiones que dieron origen a la excepciones. El resto de las excepciones se tramitan conjuntamente y se fallan en la sentencia definitiva.

Si el demandado no contestare la demanda o al hacerlo no negare los o alguno de los hechos en ella contenidos, el juez podrá estimarlos como tácitamente admitidos en la sentencia definitiva.

Una vez finalizada la discusión, corresponde al juez llamar a las partes a conciliación, proponiendo bases para un posible acuerdo, sin que sus opiniones lo inhabiliten de seguir conociendo posteriormente del litigio. De darse la conciliación, ya sea total o parcial, se deberá dejar constancia en el acta respectiva, la cual deberá ser suscrita por el juez y las partes y tendrá el valor de sentencia ejecutoriada.

Contestada la demanda o una vez evacuado el traslado de la reconvención o de las excepciones dilatorias, corresponderá al tribunal recibir la causa a prueba, fijándose los hechos a ser probados, procediendo en contra de esta resolución, sólo recurso de reposición, el cual deberá ser fallado de inmediato. De no haber hechos sustanciales, pertinentes o controvertidos, podrá el tribunal dar por concluida la audiencia, dictando sentencia de forma inmediata.

Corresponde al tribunal establecer la pertinencia de la prueba ofrecida y carecerán de valor probatorio aquellas pruebas obtenidas por medios ilícitos o con violación de las garantías fundamentales.

En esta audiencia el juez podrá decretar diligencias probatorias, las que se llevarán a cabo al finalizar la audiencia de juicio, esta última deberá celebrarse en un plazo máximo de 30 días con relación a la audiencia preparatoria.

Como es posible anticipar, la siguiente y última audiencia es la de juicio, la cual se inicia con la rendición de la prueba ofrecida en la audiencia preparatoria, comenzando con la prueba del demandante, salvo que se trate de un juicio sobre despido, en cuyo caso corresponde al demandado probar la veracidad o no de los hechos imputados.

Respecto al orden en que se ofrecen las pruebas, se inicia con la documental, confesional y testimonial para luego dar paso a los otros medios de prueba ofrecidos, recordando que no hay limitación en cuanto a los medios probatorios que se puedan aportar. Es importante señalar respecto de la prueba confesional, que las posiciones se formulan verbalmente, sin que se deba acompañar pliego y deben ser expresadas en términos claros y precisos, pudiendo el tribunal, de oficio o a petición de parte, rechazar aquellas preguntas que no cumplan con los requisitos anteriores, así como también formular a los absolventes las preguntas que éste estime pertinentes.

Sobre la prueba testimonial, es importante señalar que se puede presentar un máximo de 4 testigos por cada parte y éstos deben declarar exclusivamente ante el tribunal que está conociendo del pleito, esta cifra se puede aumentar en caso de acumulación de autos, pero nunca podrá ser superior a 4 testigos por causa acumulada. Puede el juez reducir el número de testigos e incluso prescindir de la prueba testimonial, cuando según su criterio la prueba testimonial conduzca a una reiteración inútil de hechos ya establecidos. Al momento de ser interrogados, tanto las partes como el tribunal podrán formular preguntas a los testigos o solicitar que aclaren o se extiendan sobre un determinado punto de su declaración.

Al rendirse la totalidad de la prueba, las partes formularán de forma oral y breves las observaciones que estimen convenientes, pudiendo el juez ordenarles que enfatizen sobre puntos que no quedaron aclarados correctamente.

Finalizada la audiencia se extenderá un acta de la misma, donde deberá constar el lugar, la fecha y los asistentes a la misma. (Art. 455 CT.)

El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo expresar las razones jurídicas, lógicas, científicas o de experiencia en virtud de las cuales valoró la prueba (Art. 456 CT.)

Puede el juez dictar sentencia al finalizar la audiencia respectiva o bien postergar su dictación para un plazo posterior que no puede superar los 15 días posteriores a la audiencia de juicio, en cuyo caso deberá citar a las partes para que sean notificadas del fallo, fijando día y hora para tal efecto, en caso que el juez que celebró la audiencia de juicio no pudiere dictar sentencia, esta deberá realizarse nuevamente (Art. 460 CT.)

### **3.2 El Procedimiento de Tutela Laboral**

La nueva justicia laboral contempla un procedimiento especial para la protección de las garantías fundamentales en el marco de la relación laboral, en este sentido se crea “un modo de protección jurisdiccional para estos derechos, caracterizado por la existencia de un procedimiento diferente y privilegiado para su tutela, de modo que aquélla no se ofrece a través de los procedimientos ordinarios, sino a través de un medio específico que incorpora notas propias (preferencia y sumariedad) destinadas precisamente a hacer efectivo ese reforzamiento en las garantías de los derechos entendidos como esenciales por el texto constitucional”<sup>170</sup>

En ese sentido es el propio artículo 488 del Código del Trabajo que entrega a la tramitación de estos procesos preferencia respecto de los demás que se tramiten ante el mismo tribunal y que de la misma preferencia gozarán los recursos que se interpongan. En cuanto a la sumariedad de estos procesos no señala la ley si ésta se refiere a la sumariedad cuantitativa, esto es referente al número a cantidad de trámites que componen el procedimiento o bien se refiere a la sumariedad cualitativa, que apunta a limitar el objeto del juicio, pues bien se ha entendido, al igual que en la legislación española, que la forma correcta de afrontar la sumariedad en este proceso es entendiéndola en su sentido

---

<sup>170</sup> ROMÁN de la Torre, M,(2006). Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, Publicaciones, Consejo General del Poder Judicial, Edición 2006.

cuantitativo.<sup>171</sup> Sobre la sumariedad cualitativa, el inciso final del artículo 489 del Código del Trabajo señala que en caso de existir dos acciones de distinta naturaleza y una de estas implique la vulneración a las garantías fundamentales, se deberán interponer conjuntamente, salvo el caso de despido injustificado, indebido o improcedente, para cuyo caso dicha acción deberá ser interpuesta subsidiariamente a la acción de tutela laboral y por lo tanto se reafirma la idea de que es la sumariedad cuantitativa a la se hace referencia en este tipo de procedimientos.

### **3.2.1 Estructura del Procedimiento de Tutela Laboral.**

No difiere mayormente del procedimiento de aplicación general, sin embargo muestra ciertas particularidades como el hecho de que la denuncia debe ser dentro de los 60 días contados desde que se ha producido la vulneración de derechos alegada, la ampliación de la legitimación activa a sujetos distintos de aquél que sufrió la lesión a su derecho fundamental, la necesidad de presentar antecedentes fundantes de la denuncia como requisito de admisibilidad de la misma, la posibilidad de anticipar la tutela requerida frente a lesiones de especial gravedad o cuando la lesión denunciada pueda causar efectos irreversibles y finalmente la reducción del plazo para dictar sentencia de 15 a 10 días.<sup>172</sup>

Por lo anterior, que sólo es pertinente analizar dos puntos relevantes para el objeto de este trabajo como son la tutela anticipada y la modificación a la carga de la prueba.

En cuanto a la anticipación de la tutela laboral, se encuentra consagrada en el artículo 429 del código del ramo el cual señala: “El juez, de oficio o a petición de

---

<sup>171</sup> MÁRQUE MOLIDA, D. CRISTIÁN MAURICIO, H. (2010). La Protección de Los Derechos Fundamentales en el Ámbito del Contrato de Trabajo: El Procedimiento de Tutela Laboral. (Tesis Pregrado) Universidad de Chile

<sup>172</sup> PALAVECINO CÁCERES. C. (2014). El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador en Chile. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (9) 33-45.

parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno”

Hay quienes señalan que en este caso nos encontramos frente a una medida de carácter cautelar, destinada a asegurar el resultado de la pretensión inicial, sin embargo el señalar lo anterior ha sido tildado como una confusión conceptual, ya que claramente la norma del artículo 492 consagra una tutela anticipada,<sup>173</sup> e incluso a nuestro entender viene a romper aún más con la estructura adversarial o acusatoria que la reforma procesal laboral apuntó en su momento ya que no sólo permite a la parte solicitar el cese del acto vulneratorio, sino que entrega al juez facultades de oficio, para que en su primera resolución ordene dicho cese si es que estima que de los antecedentes presentados por la parte afectada se colige la afectación de las garantías. Con lo anterior se quiebra de inmediato la igualdad que debe existir entre las partes durante el litigio, se quiebra incluso antes de poder la acusada presentar sus defensas y por lo tanto se vuelve posar sobre el proceso una nube inquisidora, destinada principalmente a ratificar la acusación inicial, más que a resolver una disputa entre partes consideradas a priori como iguales.

Sobre la alteración de la carga probatoria o también llamada carga probatoria dinámica, ésta se encuentra establecida en el artículo 493 del código del trabajo el que señala: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos

---

<sup>173</sup> Ibidem. Pág. 41.

de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.” La misma crítica se puede formular en este caso, bastará sólo la existencia de un indicio, para que se pueda alterar la carga probatoria, aún más, no da la ley una definición o un parámetro al que ajustarse para poder hablar de indicios y por tanto será nuevamente el juez, quien con mezquinos antecedentes deberá tomar la importante decisión respecto de a quien le corresponderá probar los hechos dentro del procedimientos laboral.<sup>174</sup> Con todo lo anterior, una vez que el demandado sea notificado de la demanda y además tome conocimiento de que deberá además probar los hechos, tendrá prácticamente el pleito perdido.<sup>175</sup>

### 3.3 El Procedimiento Monitorio

El último procedimiento especial a analizar es el procedimiento monitorio laboral chileno, regulado entre el artículo 496 a 502 del Código del Trabajo, este procedimiento tiene dos causas de aplicación:

- 1) Relativa a la cuantía del asunto: Dicho procedimiento sólo se aplicará a casos cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales (Art. 496 CT)
- 2) Referida igualmente en el artículo 496 del código del ramo, se refiere a las contiendas del artículo 201 del Código del Trabajo, el cual se señala a la trabajadora que ha sido despedida por ignorancia de su calidad de trabajadora aforada en virtud de un embarazo, para reclamar su reincorporación y/o el pago de las remuneraciones por todo el tiempo que haya permanecido fuera de su lugar de trabajo.<sup>176</sup>

En cuanto a los criterios de aplicación del procedimiento en estudio, se deben señalar los siguientes requisitos deducidos del artículo 479 y 498 CT.:

---

<sup>174</sup> PALAVECINO CÁCERES, C. (2008) La Carga de la Prueba en el Procedimiento de Tutela Laboral. *La Semana Jurídica* (380) Pág. 3.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> ORELLANA TORRES, F. (2010) Cuestiones Procesales del Procedimiento Monitorio Regulado en el Código del Trabajo y la Forma de Proceder en los Casos de Aplicarse las Normas Sobre Régimen de Subcontratación. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (2) 61-70.

- 1) Un conflicto o contienda laboral que cumpla con los requisitos anteriormente señalados.<sup>177</sup>
- 2) Que en caso de estar frente a un conflicto de una cuantía igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales se debe:
  - A) Deducir reclamo ante la inspección del trabajo.
  - B) Que la Inspección del Trabajo fije día y hora para un comparendo de conciliación, citando a la parte denunciada por medio de carta certificada.<sup>178</sup>
  - C) Que el trabajador concurra al comparendo de conciliación. En caso de no concurrir el reclamante, se deberán archivar los antecedentes y el trabajador sólo podrá hacer valer su pretensión por el procedimiento de aplicación general contemplado en los artículos 466 y siguientes del CT.<sup>179</sup>

En el comparendo pueden ocurrir diversas situaciones, como una conciliación total entre las partes, una conciliación parcial entre ellas, o bien que no se llegue a acuerdo alguno, en cuyo caso se podrá demandar ante el tribunal laboral competente conforme a los plazos de los artículos 168 y 201 del CT.

Una vez terminado el comparendo y con las partes que asistan se levantará un acta de todo lo obrado en este, esta acta es importante ya que se deberá acompañar en caso que se demande posteriormente, así como también todos los documentos presentados en el comparendo ante la Inspección del Trabajo (Art. 499 CT.)

Una vez presentada la demanda conforme a los plazos del artículo 168 y 201 del código del ramo, se da uno de los acontecimientos a nuestro parecer más polémicos de este procedimiento, ya que se le permite al juez acoger inmediatamente las pretensiones del demandante o bien rechazarlas de plano según los antecedentes que se le presenten, citando a una audiencia posterior

---

<sup>177</sup> *Ibíd.* Pág. 63.

<sup>178</sup> *Ibíd.*

<sup>179</sup> *Ibíd.*

sólo en caso de estimar que no existen antecedentes suficientes para su pronunciamiento, esta audiencia única de conciliación y prueba deberá realizarse dentro de los quince días siguientes a la presentación de la demanda, o bien en caso de reclamación contra esta sentencia anticipada, el juez deberá citar a las partes a dicha audiencia única dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la misma. (Art. 500 CT.)

Esta sentencia anticipada merece al menos un comentario crítico más allá del propósito de nuestro trabajo, ya que incluso sobrepasa la crítica sobre si se acopla o no a los estándares del sistema adversarial y simplemente rompe con el debido proceso al permitir al juez dictar una sentencia, sin la existencia de un debido proceso legalmente tramitado, regla establecida en el artículo 19 N°3 de nuestra Constitución Política y que por tanto debe ser considerada como un criterio mínimo de respeto a las garantías procesales al momento de legislar sobre los mismos.<sup>180</sup>

Lo anterior transgrede al debido proceso en su conjunto e igualmente se opone a la idea de la adversarialidad, ya que al permitir al juez realizar un análisis al fondo del asunto, previo a escuchar a las partes<sup>181</sup>, deja la estructura oral y dialéctica del proceso en segundo plano, casi al punto de convertirla en un apoyo a su prejuzgamiento y por lo tanto el proceso como medio de resolución de conflictos pasó a un segundo plano, ya que todo quedó resuelto antes de dar inicio al mismo.

#### **3.4. Las Facultades del Juez Laboral. El proceso mixto.**

Una de las características de la actual justicia laboral, es la gran cantidad de actuaciones oficiosas que se le entregan al juzgador a lo largo del proceso, ya

---

<sup>180</sup> PALAVECINO CÁCERES, C. RAMÍREZ SOTO, C. (2010) Examen Crítico de la Sentencia Anticipada en el Procedimiento Monitorio Laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*(2) 71.80

<sup>181</sup> *Ibíd.* Pág. 75.

el artículo 425 del Código del Trabajo<sup>182</sup> establece el impulso procesal de oficio como uno de los principios que primaran en el procedimiento laboral y el artículo 429 del mismo cuerpo legal ratifica con fuerza la idea anterior al señalar que “El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes. De esta resolución se podrá deducir recurso de reposición en la misma audiencia. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento. El tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento. La nulidad procesal sólo podrá ser decretada si el vicio hubiese ocasionado perjuicio al litigante que la reclama y si no fuese susceptible de ser subsanado por otro medio. En el caso previsto en el artículo 427, el tribunal no podrá excusarse de decretar la nulidad. No podrá solicitar la declaración de nulidad la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización.

El artículo 430 del cuerpo legal en comento faculta a tribunal para adoptar todas la medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, abuso del derecho y las medidas dilatorias, pudiendo incluso rechazar de plano aquellas medidas consideradas por él como dilatorias, considerando como dilatorias aquellas intentadas por las partes con el sólo objeto de demorar la prosecución del juicio.

---

<sup>182</sup> En su inciso primero, este artículo establece “Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.” Respecto del principio de Buena Fe procesal se ha dicho que su papel en el proceso al pretender la cooperación de las partes con el juez en su búsqueda de la verdad, desvirtúa la finalidad del proceso; éste se “publica”, y se pasa a llevar la función dialéctica de las partes en conflicto, dejando de lado la idea de contienda entre partes. Al respecto véase MONTERO, J., “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal” En MONTERO J., (coord.) “Proceso Civil e Ideología”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. P. 330. Véase también RUAY, F. (2014) “Las potestades atípicas del juez laboral frente al garantismo procesal y el principio de juricidad”. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile. P. 132-132.

Las facultades anteriores permiten al juzgador guiar el proceso desde su inicio según la forma como estime conveniente para la resolución del caso, podría pensarse que en pro de la celeridad estas medidas ayudarían a obtener una justicia más rápida y eficaz y por lo tanto estaría justificada la intervención del juez, pero no debemos olvidar que el juez es un representante del Estado y que por tanto quien está interviniendo activamente en el proceso es el mismo Estado, tal como en su momento lo fue la iglesia o el monarca de turno, será un representante directo del poder quien podrá guiar el curso del proceso conforme a políticas estatales previamente establecidas.<sup>183</sup>

Una explicación al marcado sesgo ideológico de nuestro procedimiento laboral la podemos encontrar también en el hecho de que “han pretendido trasladar a la judicatura laboral elementos compensatorios propios de la naturaleza de la relación laboral sustantiva (como podría ser la naturaleza alimentaria de los derechos en litigio), entregando al juez herramientas que le permitan llevar a cabo dicha tarea. En otras palabras, el Estado legislador al parecer pretende encomendar la realización de la justicia social y la redistribución de ingresos directamente al Estado Juez, para que éste, instrumentalizando el proceso como medio de realización de fines trascendentales, pueda llevar adelante la concretización dinámica de las metas políticas impuestas por el propio Estado (en este caso convendría llamarlo Gobierno).”<sup>184</sup> Estimamos (pensando de muy buena fe) que lo anterior se debe a que el legislador confunde el rol del derecho laboral, al estimar que su función protectora del trabajador y sus derechos que debe cumplir esta rama del derecho, se debe extender al ámbito procesal, mejorando la posición de la parte más debilitada en el proceso. Erra y gravemente el legislador al establecer estas desigualdades entre las partes en el procedimiento laboral, ya que termina transformando el proceso en una instancia confirmatoria de

---

<sup>183</sup> Ver PALAVECINO CÁCERES, C. (2011) *Sistemas Procesales e Ideologías*. En *Revista de Derecho y Humanidades* (17) Pág. 13-30 y DAMASKA, M. (1986) *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

<sup>184</sup> RUAY SÁEZ, F. (2015) La “Función” Cautelar del Juez en el Proceso Laboral. ¿Consagración de una Potestad Cautelar Genérica? En revista *Ius et Praxis* (Año 21, N°2) Pág. 441-480.

sus políticas sociales en desmedro de la función resolutive de conflictos que como mínimo debe cumplir el proceso es una sociedad democrática.

Más se acrecientan la facultades del juez laboral en el proceso, si consideramos su función cautelar dentro del proceso establecida en el artículo 444<sup>185</sup>, que le permite al juez en ejercicio de esta función decretar todas las medidas que considere necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho, la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes, para garantizar el monto de lo demandado, estableciendo como límite a estas medidas la proporcionalidad de las mismas en relación a la cuantía del juicio, con estas medidas oficiosas se incrementa aún más el desequilibrio procesal, ya que el juez al decretar de oficio estas medidas lo que está asegurando finalmente es el resultado probable de la sentencia, un resultado que se asegura aún sin petición de partes.

El uso excesivo de las atribuciones del juzgador no solo proviene de la autorización que la ley le da para su ejercicio, en otras ocasiones tienen su origen en el mal entendimiento del ejercicio de la jurisdicción, así como de una errónea concepción de la oralidad por parte de los jueces, en este sentido algunos han transformado los llamados a conciliación en verdaderos juicios sumarísimos los cuales tienen por objeto el forzar una solución al conflictos más que servir de base para un posible acuerdo entre las partes. Lo anterior, explicado en palabras del profesor Palomo se da porque el “eficientismo” procesal se ha tomado las reformas procesales en Latinoamérica, eso ha implicado exigir mayor celeridad en la resolución de los conflictos como sinónimo de eficiencia procedimental, en desmedro de garantías de orden constitucional, como lo es el debido proceso legal<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ibídem*.

<sup>186</sup> PALOMO VÉLEZ, D. (2014) Sobre la Conducta Procesal de Algunos Jueces. De Vuelta con la Unidimensionalidad de la Eficiencia y la Potestad Conciliatoria Como Excusas. En *Revista Ius et Praxis* (Año 20 N°1) Pág. 377-396

En cuanto a facultades probatorias, el nuevo procedimiento laboral entrega en esta materia amplias atribuciones al juez, tanto así que el inicio de la etapa probatoria queda entregada a su decisión, en torno a si es necesario o no abrir un periodo probatorio, en base a si existen o no hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, conforme a lo establecido en el artículo 453 del Código del Trabajo y en caso de haberlos le corresponderá al mismo fijarlos y con ello el objeto del litigio.<sup>187</sup> Además en la audiencia preparatoria, que es la etapa donde las partes ofrecen su prueba le corresponde al tribunal determinar la pertinencia o no de las mismas, en tal sentido, podrá el juez excluir pruebas que no han tenido siquiera la oportunidad de ser incorporadas en juicio y aún más, en el supuesto que la prueba testimonial y confesional hayan pasado a esta altura el bien llamado filtro estatal, podrán ser excluidas en la audiencia de juicio si a criterio del tribunal estas llevan a la reiteración inútil de los hechos, *y en caso de no ser así podrá el juez interrogarlos incluso antes que las partes, pudiendo recabar la información que estime necesaria y haciendo estéril el interrogatorio de las partes* . El punto culmine de las facultades probatorias del juez laboral viene dado la gran cantidad de poderes con los que cuenta en el transcurso del proceso, entregados explícitamente en el artículo 429 del Código Laboral, el cual le permite decretar las pruebas que estime necesarias, incluso si las partes no las han ofrecido, o sea el tribunal puede seguir una línea investigativa paralela a la de las partes, seguir (hablando en términos penales) su propia teoría del caso y finalmente fallar algo totalmente distinto a lo pretendido por ambos litigantes.

### **3.5. ¿En qué Sistema Procesal Podemos Encasillar Nuestro Procedimiento Laboral?**

Una de las ideas que se tuvo al momento de pasar de un sistema de enjuiciamiento laboral escrito a uno oral era la de tener un procedimiento de corte dispositivo o acusatorio, en que fueran las partes las protagonistas del litigio y de

---

<sup>187</sup> PALAVECINO CÁCERES, C (Op. Cit. Retorno del Inquisidor. P. 124.

paso dejar atrás cualquier atisbo de proceso inquisitorio que se pudiese desprender del antiguo procedimiento laboral, el que era definido mayoritariamente como un sistema mixto. Para determinar si se cumplió o no con lo anterior es que haremos una referencia sucinta al sistema procesal mixto, no nos referiremos al sistema acusatorio ni al inquisitorio ya que fueron tratados ampliamente en las páginas anteriores.

Se suele señalar que el sistema mixto debe su denominación al hecho que combina elementos tanto del sistema inquisitivo como del dispositivo, sin embargo si nos remontamos a sus orígenes podremos concluir que esto no es así. Los orígenes del sistema mixto podemos encontrarlos a finales de la segunda mitad del siglo XX, en medio de la Segunda Guerra Mundial y en plena proliferación de los regímenes autoritarios más cruentos de que tenga registro la humanidad, en dicha época se da un traspaso del autoritarismo que va desde lo político a lo jurídico, teniendo como principal contenedor el Derecho Procesal. Se embiste al debate de un excesivo publicismo y se le otorgan amplios poderes al órgano jurisdiccional dentro del proceso.<sup>188</sup> En este sentido el profesor Palavecino señala que *“si se estudian comparativamente la Ordenanza alemana de 1937; el Codice di Procedura Civile italiano de 1940 y las leyes procesales civiles de la URSS y de los demás países que estuvieron bajo su égida, se hallará, siempre, un elemento o denominador común: el robustecimiento de los poderes de dirección del juez y sus facultades probatorias para averiguar la ‘verdad’, en desmedro de las partes y de sus abogados”*<sup>189</sup>.

Con el fin de la guerra fue necesario ajustar, sobre todo en las naciones vencidas, los antiguos códigos de corte totalitario a la nueva realidad política y social, colgándonos nuevamente de las palabras del profesor Palavecino señalamos que es en este contexto que Italia debió conciliar su *Codice* (conocido como el Código de Mussolini) y sobre todo las amplias facultades entregadas al

---

<sup>188</sup> BENAVENTOS, O. (2005) Teoría General del Proceso 2. (Op.Cit. Pág 166)

<sup>189</sup> PALAVECINO CÁCERES (2011) Sistemas Procesales e Ideologías. (Op.Cit. Pág. 21)

juez como representante del Estado en el proceso, con la nueva realidad democrática. Es aquí donde surge el sistema mixto de enjuiciamiento, a través de la distinción de distintos principios dentro del proceso civil, se distinguirá entre el principio dispositivo y el de aportación de partes y este se dividirá entre principio de aportación de hechos y aportación de pruebas, esta distinción que se trató de mostrar como algo técnico, esconde realmente un propósito político ideológico que terminará en un proceso civil de corte publicista que buscará conciliar las potestades del juez dentro del proceso con los intereses particulares de las partes dentro del mismo, mediante la colaboración de los mismos dentro del proceso.<sup>190</sup> Es esto lo que ha dado lugar para que se diga que nuestro procedimiento es mixto, la supuesta conjugación o equilibrio en las facultades del juez con los derechos de las partes, en una pretendida armonía respetuosa de las garantías procesales y derechos sustantivos de las partes.

Ahora bien, en nuestro procedimiento existen elementos que un principio nos podrían hacer pensar que estamos en presencia de un proceso adversarial, estos elementos son: el principio de la bilateralidad de la audiencia, la disposición de las partes sobre el bien jurídico en conflicto, la generación de la prueba a cargo de las partes, las cuales son además el motor de partida principal del proceso, la existencia de garantías procesales que protegen los derechos de las partes, la consagración de un tercero imparcial que decide el conflicto, el imperativo de que sea la misma persona quien ha presenciado la prueba sea en definitiva quien emite el fallo y un procedimiento estructurado en audiencias orales, concentradas, con inmediación y publicidad.

No obstante lo anterior, no podemos dejarnos engañar por las apariencias, las amplias facultades que se le entregan al juez dentro del procedimiento laboral sobre las que nos hemos referido previamente, nos hacen concluir que es imposible hablar de un proceso adversarial en materia laboral. Más aún, la calificación del procedimiento chileno como mixto no es cosa pacífica en doctrina;

---

<sup>190</sup> *Ibidem.*

el profesor Palavecino ha realizado un exhaustivo análisis de las potestades del juez en el procedimiento laboral durante la etapa probatoria, y sostiene sin tapujos que estamos en presencia de un procedimiento de naturaleza inquisitorial.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> PALAVECINO CÁCERES, C. Op. Cit. El Retorno del Inquisidor.

## **CAPÍTULO TERCERO: RELACIÓN ENTRE ORALIDAD Y PROCESO ADVERSARIAL.**

En este capítulo intentaremos revelar la relación que existe entre la oralidad y un proceso adversarial y garantista, esto es, un proceso propiamente tal. Adelantamos que el nexo que une a estos dos elementos es la dialéctica procesal, para ello se planteará una estructura tripartita del proceso, como presupuesto obligatorio del mismo, en esta estructura deben converger necesariamente los elementos de oralidad, adversarialidad y dialéctica, de tal modo que la falta de alguno de estos tendrá como resultado la inexistencia del proceso mismo o como mínimo un proceso que no cumple con los requisitos básicos para el cumplimiento de sus objetivos.

Ya hemos desarrollado en este trabajo las nociones de oralidad y de proceso adversarial o acusatorio, por lo que antes de continuar haremos referencia a la noción de dialéctica, para luego establecer como esta confluye junto la oralidad dentro del proceso.

### **1. Oralidad y Dialéctica.**

El origen de la expresión dialéctica proviene del griego *Dialektiké Techné*, que significa arte de la discusión o diálogo<sup>192</sup>, la RAE da una serie de definiciones de la dialéctica, ya sea como método de razonamiento desarrollado a partir de principios o como capacidad de formar una oposición, como enfrentamiento o como relación entre opuestos, en todos los casos el hilo conductor es el mismo, el enfrentamiento de dos elementos contradictorios que apuntan a resolver una disputa, en este mismo sentido se ha dicho que el filósofo griego Heráclito, a quien Hegel posicionó en el inicio de la dialéctica señalaba que *“La verdad es el resultado de la tensión, lucha y guerra de los contrarios, los cuales coexisten como una fuerza dominante y creadora, donde el cambio se da perpetuamente. El frío y*

---

<sup>192</sup> ABELLÁN-GARCÍA BARRIO, A. (2012) De la Dialéctica a la Dialógica. *En Mar Oceana* (31) Pág. 97-125

*el calor, la noche y el día, la vida y la muerte, no podrían existir el uno sin el otro.*<sup>193</sup> Esta dualidad que Heráclito plantea en todos los sentidos, es la base del proceso, que se refleja aún mejor si consideramos la clásica dialéctica hegeliana basada en la tesis-antítesis-síntesis, en donde ideas contrapuestas se enfrentan y de cuya aniquilación mutua se desprende la superación de las mismas (síntesis).<sup>194</sup>

Las nociones anteriores no pretenden agotar el inmenso desarrollo que ha tenido la noción de la dialéctica, pero si nos aportan los datos necesarios para señalar que es un elemento esencial del proceso, sobre todo con el nacimiento del *procesalismo científico* en el siglo XIX, que vio al derecho procesal como una ciencia que debía ser estudiada y profundizada en sus fundamentos, principios e instituciones, logrando superar el estudio exegético del mismo que lo veía sólo como un conjunto de técnicas o meros procedimientos aplicables a un caso determinado.<sup>195</sup> Pasa el proceso a ser una ciencia en constante movimiento, por cuyas rutas se dirigen alegatos incompatibles que al momento de enfrentarse tendrán como resultado la superación de una determinada realidad y la existencia de una nueva verdad procesal. La dialéctica ha sido utilizada por la doctrina para generar a través del intercambio de ideas un concepto nuevo de proceso, un devenir histórico hacia la construcción de la ciencia del derecho procesal; pero como señala Brodermann siguiendo a Redenti *“el proceso en su estructura es dialéctico.[...] En efecto, la característica contradictoria del proceso (auditur altera pars) nos lleva asu naturaleza dialéctica y por medio de la misma se desarrolla dicho procedimiento jurisdiccional.[...] por ende, podemos sostener que el proceso bajo su estudio científico y bajo su desarrollo técnico, es dialéctico.”*<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> CAÑAS QUIROS, R (2010) La Dialéctica en la Filosofía Griega. En *Intersedes Revista Electrónica de las Sedes Regionales de la Universidad de Costa Rica*. Recuperado en <http://www.redalyc.org/pdf/666/66620589003.pdf>

<sup>194</sup> ABELLÁN-GARCÍA, A. Op. Cit. Pág.99.

<sup>195</sup> BRODERMANN FERRER, L. (2007) La Dialéctica Procesal. En *Revista Alegatos, Sección Artículos de Investigación* (66) Pág. 349-376

<sup>196</sup> Ibidem. P. 356.

Este mismo autor hace la separación de la dialéctica procesal en tres etapas: (i) la etapa principal, en donde [...] “se integra la relación jurídico procesal de las partes”[...] y “se juzga la causa o mérito del asunto. (ii) la etapa accesoria donde se desarrollan principalmente los incidentes, (iii) la etapa impugnativa donde se revisa la decisión del órgano jurisdiccional y se desarrollan los recursos”.<sup>197</sup> Además conceptualiza la dialéctica como una pugna, un diálogo de intereses opuestos en un doble plano: para procesal (antes del proceso) y procesal (dentro del proceso), se refiere a esta pugna de la siguiente manera: “Dicha pugna dialéctica se constituirá esencialmente por la resistencia a la coordinación de intereses o voluntades y la pretensión de quien tiene el interés jurídico protegido de exigir dicho derecho subjetivo a la segunda potencia: ‘la sanción’”<sup>198</sup>.

Alvarado Velloso se aleja de las nociones tradicionales acerca de la naturaleza del proceso como contrato o cuasicontrato, como relación, etc. Y a afirmar que no puede ser subsumida dentro de otra categoría, para el maestro “el proceso es proceso. Y punto”<sup>199</sup>

Ruay Sáez se refiere al proceso como “un método dialéctico de solución de conflictos intersubjetivos; tan solo eso”<sup>200</sup>. Destacando el rol del proceso como mecanismo de solución de conflictos de carácter pacífico.

Para nosotros, la dialéctica procesal<sup>201</sup> deber entendida como debate, pero no debe ser restringida a lo que hoy conocemos como etapa de discusión dentro del procedimiento, sino que más bien abarcando a la totalidad de éste, desde el primer acto jurídico procesal, hasta el fallo del último recurso, incluyendo por su puesto y con gran énfasis la etapa de prueba.

---

<sup>197</sup> Ibid. 358-359.

<sup>198</sup> Ibid. 366.

<sup>199</sup> ALVARADO VELLOSO, A. 2009. Sistema Procesal. Garantía de la Libertad. Ob.Cit. p. 312.

<sup>200</sup> RUAY, F. (2014) “Las potestades atípicas del juez laboral frente al garantismo procesal y el principio de juricidad”. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile. P. 7.

<sup>201</sup> RUAY, F. *Passim*.

Respecto de a quién incumbe la dialéctica debemos dejar en claro que en un proceso verdaderamente adversarial la dialéctica se desarrolla en presencia del juez, pero no con la participación activa de éste, será un mero espectador de la contienda. Alvarado Velloso refiriéndose al debido proceso sostiene que *“Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso, resulta más fácil sostener que es aquel que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)”*<sup>202</sup>. Incumbe sin lugar a dudas al juzgador lo que tengan que decir, agregar y demostrar las partes, pues ésta es la sustancia que verterá en su decisión. Debe mirar, escuchar y sentir, pero no puede entrometerse; participar, es cosa de las partes. La participación del juez en este debate puede considerarse como una intromisión que bien puede considerarse como la pérdida de la imparcialidad, o incluso la transformación de este en parte, y con ello vulnerar la garantía de igualdad, que es fundamental en un debido proceso.

Podría decirse que la dialéctica no es más que una forma de referirse al contradictorio o al principio de la bilateralidad de la audiencia, pero esto no es así, como vimos al principio de nuestra investigación el proceso nace oral y adversarial, pero el proceso nace también dialéctico. La bilateralidad de la audiencia y el contradictorio no son más que rasgos del procedimiento que se derivan de la naturaleza dialéctica del proceso.

Entendamos por tanto a la dialéctica procesal como aquel intercambio de posiciones contradictorias, que se enmarcan dentro de un procedimiento judicial, cuya finalidad es la presentación y demostración de sus posturas excluyentes, para que un tercero resuelva de esta manera el conflicto de intereses intersubjetivos, y que comprende todas las fases de desarrollo del procedimiento desde la primera actuación procesal hasta la última, cuyo desarrollo compete

---

<sup>202</sup> ALVARADO VELLOSO, A. 2009. Sistema Procesal. Garantía de la Libertad. Ob.Cit. p. 331.

exclusivamente a las partes tenida en cuenta, la imparcialidad e imparcialidad que se esperan del juzgador.

Ahora bien, vimos primeramente como el desarrollo de la dialéctica procesal estuvo configurado por la presencia de la oralidad dentro de los que llamamos “procesos primitivos”, los cuales eran propios de sociedades en las cuales la administración de la justicia se realizaba de manera popular por gran parte o la generalidad de los integrantes de una comunidad, como en un primer momento la idea de justicia se confundía con la de participación ciudadana y democracia. Dialéctica procesal y oralidad son dos caras de una misma moneda. Y también vimos cómo el proceso se torna escrito con el advenimiento de un poder estatal central, la mayoría de las veces de corte autoritario. Vimos también como la escrituración lleva consigo el secreto, la intermediación, la dispersión procesal, la inclusión de un aparato burocrático complejo. Estos rasgos son la expresión de un estado que intenta a través del proceso administrar algo más que justicia; a través del proceso inquisitivo el estado lleva a la realidad sus ideologías y políticas.

Hoy sabemos que la oralidad no camina sola en su trayecto procesal, va acompañada siempre y necesariamente de los subprincipios (convengamos en denominarlos de esta forma) de intermediación, concentración y publicidad, y es esta idea la que hace posible la correcta dialéctica dentro de un procedimiento. Los antiguos conocían esta fórmula, sabían que solo el contacto sensorial del juez con la discusión de las partes y la prueba podía garantizar el buen entendimiento del órgano encargado de la decisión; la intermediación. Eran conscientes de la fragilidad de la memoria del hombre, el juicio debía producirse en la menor cantidad posible de momentos; la concentración. La comunidad debía estar presente, o al menos tener la posibilidad, durante la realización del juicio, solo de esta manera podían estar seguros de la correcta administración de la justicia que se estaba implementando, y podían ser en muchos casos partícipes de esta misma; la publicidad.

El legislador moderno ha tomado a la oralidad como un ingrediente, un elemento aislado de su contenedor, una herramienta que blande a su antojo. Pero esto es un grave error, la oralidad necesita estar inmersa en un proceso adversarial para cumplir realmente su propósito, y esto es fundamental, si la oralidad carece de adversarialidad, no es posible la dialéctica procesal.

En un procedimiento de carácter mixto o inquisitivo la oralidad se resiente, a tal punto que se desnaturaliza; deja de ser un medio apto para que las partes se enfrenten, y pasa a ser en cambio un mecanismo de control procesal para el juez, de una arena de lucha para que los contendores se enfrenten entre sí en pie de igualdad a una mazmorra en la que las partes quedan bajo el dominio del juez, quien podrá en cualquier momento convertirse en una parte más.

## **2. Oralidad sin adversarialidad**

La comunicación entre las partes, este intercambio de posiciones disímiles y antagónicas es infértil en un terreno no adversarial. El diálogo que debe producirse entre dos partes en perfecto pie de igualdad, se transforma en una relación de tres partes, en la que el tercero recién llegado –el juez- difícilmente tomará un rol neutral, sino que más bien llega con su propia teoría del caso, la cual intentará demostrar a lo largo del procedimiento. La oralidad es una planta de difícil cultivo.

La dialéctica que se produce cuando la oralidad es correctamente aplicada es la esencia del proceso, este fenómeno fundamental es el que permite a las partes y a sus abogados utilizar las armas que le parezcan más convenientes y agregar en el proceso la evidencia que mejor sustente los hechos que alegan.

Si la oralidad no se produce en un marco de igualdad, de imparcialidad, esta es presa fácil del legislador de turno, puede convertirse en una simple

herramienta técnica para el logro de cualquiera que sea la agenda política del soberano, hemos visto que puede suceder en estos casos; los procesos sociales que comienzan su estirpe en Austria con Franz Klein, se trasladan a Alemania, Italia y así sucesivamente por Europa. Estos tienen en común que no intentan solucionar el conflicto de las partes, el proceso es visto como una herramienta para crear cambios sociales, para hacer “justicia social”.

La oralidad se convierte en peligro de la mano del “eficientismo”<sup>203</sup> de la administración; este capricho burocrático que pretende que la corta duración de los procedimientos –de la mano por su puesto de amplias facultades del juez<sup>204</sup>- es sinónimo de correcta administración de la justicia, dejando de lado los valores fundamentales que debieran inspirarlo, como son los derechos y garantías de las partes.

---

<sup>203</sup> GONZALEZ, R. (2012) Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales. En Revista Derecho & Sociedad N° 38. P. 291. El autor hace sinónimos sin más los conceptos de “eficientismo”, “publicismo”, “activismo” e “inquisitivismos”.

<sup>204</sup> Para algunos la oralidad es una herramienta perfecta para el control judicial del juez sobre la causa, así: *“Una opción por un modelo finalista como el que, se supone, prima en este sistema, otorga, como se apreciará, un papel relevante a la relación entre partes y tribunal, con énfasis de éste, lo que exige oralidad, permitiendo sólo así al juez el pleno ejercicio de sus facultades. Podrá decidir así el juez, sin mediación ni impugnación (en contacto directo con los hechos del juicio), por lo que la oralidad - en atención a las facultades creadoras del juez según el artículo 432- facilita al juez el establecer el diseño del proceso y sus actos. La oralidad entre las partes y el tribunal, obliga a aquellas a actuar directamente y en forma simultánea (en tiempo real) frente a la autoridad, confiriendo al juez un rol de árbitro forzoso de todas las incidencias del 25 Deberá remitirse, como señala la Ley 20.260, una copia de la resolución que se impugna, del registro de audio y de los escritos relativos al recurso deducido. 26 Según señala el artículo 451 de dicha norma: se levantará acta de todo lo obrado en la audiencia 43 43 proceso. Un ejemplo de ampliación de las facultades judiciales, se refleja en la forma y contenido de la absolución de posiciones, que conjuga los principios de oralidad y de concentración pues las preguntas (posiciones) se formularán verbalmente, sin admisión de pliegos, y deberán ser pertinentes a los hechos sobre los cuales debe versar la prueba y expresarse en términos claros y precisos, de manera que puedan ser entendidas sin dificultad, lo que califica en el acto el juez, quien podrá de oficio o a petición de parte, rechazar las preguntas que no cumplan con dichas exigencias (454 N°4).”* En OYANEDEL R. (2008). *Reforma Al Procedimiento Laboral: Desde Los Principios Procesales*. Tesis para optar al grado de Magíster en derecho, con mención de derecho privado. Santiago. Universidad de Chile. P. 48-49.

## CONCLUSIONES

Para abordar las conclusiones de este trabajo nos referiremos a tres ámbitos distintos que abordan una misma problemática, en primer lugar daremos una mirada histórica, que apunta a la noción originaria del proceso y como derivó negativamente en el procedimiento inquisitivo. En seguida una de tipo doctrinal, en cuanto el proceso laboral actual no se ajusta al parámetro dialéctico que de éste se espera y en tercer y último lugar nos referiremos a las falencias jurídicas de nuestro sistema procesal laboral, que lo transforman finalmente en un sistema mixto –o derechamente inquisitivo -cubierto con el manto de la oralidad como supuesto elemento modernizador del mismo, todas estas se desarrollarán a continuación.

Los pueblos civilizados y los no tan civilizados compartieron una similar noción de proceso; en los tiempos en que el derecho no alcanzaba la sofisticación actual, el proceso era tenido como la manera en que se alcanzaba la paz social, se componía la *Litis* a través de la contienda procesal, que sustituía la violencia y la justicia por mano propia. La manera era la dialéctica procesal, y su forma era la oralidad, la arma de elección para llevarla al proceso. La oralidad exigía un proceso adversarial, esto es, de una contienda en pie de igualdad, con un juez neutral, para poder producir efectivamente dialéctica procesal. Y es que como señala el profesor Palavecino, “*el proceso nace oral y adversarial.*” De esta manera, hemos visto la forma en que para las principales culturas de las cuales somos tributarios en occidente como los clásicos griegos, los romanos, los germanos, los españoles, el proceso era oral y de manera adversarial, con configuraciones distintas y mayor o menor grado de participación popular; pero todas compartían en su inicio la misma noción de proceso.

En el transcurso de la historia el poder estatal comenzó a tomar fuerza, se crean los estados modernos y con ellos el surgimiento del monopolio estatal sobre la administración de justicia, la que pronto dejó de interesarse en la justicia de los privados y sus derechos en el proceso; y más bien comenzó utilizarlo como

mecanismo de transformación social como materialización de su ideología oficial.<sup>205</sup>

La oralidad pronto se transformó en herramienta técnica, perdiendo la sustancia dialéctica de antaño; ya no se interesaba en producir un debate de calidad, si no que más bien en permitir al estado a través del juez inmiscuirse en el proceso.

En el primitivo proceso, en la época del *imperio* en la antigua Roma, podemos encontrar las primeras manifestaciones del interés estatal por el proceso; enmarcado en el proceso penal ocurre la primera transfiguración de oralidad y publicidad, a escrituración y secretismo, provocado en parte por la aglutinación del poder en las exclusivas manos del emperador y su ansias de control; lo que produjo la burocratización del estado y como no, de la administración de justicia<sup>206</sup>. La cual consideramos el primer antecedente histórico de este cambio de paradigma procesal en occidente, antes incluso que el acaecimiento de la inquisición.

En segundo lugar podemos reflexionar que el proceso cómo método de solución de conflictos intersubjetivos de intereses es una manifestación de la comunicación humana; las personas prefieren evitar el conflicto armado y para ellos prefieren la comunicación, este fenómeno exclusivo de nuestra especie es el que origina el proceso. Ahora bien sin esta comunicación, sin esta dialéctica no es posible hablar de proceso. Es por eso que en aquellos casos en que el juez interviene sin ser parte, este dialogo se interrumpe, se corta la comunicación. Ya hemos defendido previamente que el proceso es cosa de las partes, lo construyen las partes, el juez es un tercero al que se le presenta el proceso para que éste en aplicación del derecho sustantivo, lo dirima. Alvarado Velloso se refiere al papel del juez dentro de un proceso auténticamente respetuoso de las garantías de las

---

<sup>205</sup> Supra 3.2.

<sup>206</sup> Supra 2.2.

partes, es decir un sistema adversarial, de la siguiente manera: “Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio particular como centro y destinatario del sistema. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas”<sup>207</sup>

Sostenemos que en nuestro proceso laboral existe un mal entendimiento de la noción de oralidad, tanto por el legislador como por el juez. El primero la concibe sólo como una herramienta técnica, aislada y desprovista de contexto por sí misma, de esta forma se entiende que se haya permitido encasillarla en un procedimiento no adversarial como el laboral actual. El segundo la entiende -o puede ser llevado a interpretarla por las amplias facultades de las que goza- como una forma de intervenir activamente en el curso del procedimiento, de hacer oír su voz y hacer saber cuál es su parecer.

Así las cosas no vemos razón más allá que el afán modernizador del legislador para investir a la oralidad como principio formador del procedimiento, puesto que de la actual configuración inquisitiva que este posee puede colegirse que bien podría vestírsele de escrituración y secretismo.

A contrario sensu, para nosotros la oralidad debe ser entendida no como una simple regla procedimental, ni como un principio formativo aislado y carente de conexión con el proceso. Sino como un principio de carácter procesal que debe ir acompañado necesariamente de publicidad, concentración e inmediación, pero también en sincronía con un proceso de corte adversarial, donde las facultades del juez se encuentren bajo el paradigma del garantismo. Si mal entienden, como ocurre actualmente, la oralidad se desnaturaliza, pierde su sustento dialéctico y de

---

<sup>207</sup> ALVARADO VELLOSO. A. (2008) *La Imparcialidad Judicial*. P.147.

esta manera la oralidad que nació como un soporte a las garantías de las partes se transforma en el látigo del juez.

Hemos como visto como en nuestro procedimiento laboral, el legislador a investido al juez de amplias facultades de dirección, de impulso procesal de oficio, y de aportación de prueba; sostenemos que este diseño estructural utiliza la oralidad no como generadora de dialéctica procesal, si no como forma judicial de intervención en el dialogo, de participación, haciendo el juez actuaciones que le corresponden a las partes, y transformándose eventualmente en una de estas, pues si no hay neutralidad judicial y en definitiva adversarialidad, la dialéctica procesal, la imparcialidad y la imparcialidad –que son elementos deseados- no son posibles. El uso de la palabra hablada no tiene entonces como finalidad la contienda de partes; el diálogo se transforma en interrogatorio y el proceso en procedimiento.

En tercer y último lugar sostenemos que de la revisión hecha a nuestro procedimiento laboral, podemos concluir que este presenta importantes falencias en su estructura, que lo hacen poco fiable como método de resolución de conflictos entre las partes, sobre todo si entendemos el proceso como un elemento protector de los derechos de las personas y sobre todo de la libertad de las mismas, dichas falencias provienen en gran parte del mal entendimiento que se tuvo de la oralidad al momento de su implementación en la justicia laboral y que lleva al legislador a mantener un sistema de enjuiciamiento mixto en el cual su único elemento novedoso y garantista pasa a ser una errónea noción de la oralidad.

Lo anterior queda demostrado en varias disposiciones que dan al juez, intervenciones excesivas, intervenciones que en un procedimiento oral, terminan por transformarlo en un soporte anticipado a la posición de una de las partes, rompiendo la tan preciada imparcialidad y destruyendo la estructura tripartita necesaria en todo proceso (oralidad, dialéctica, adversarialidad), ya que finalmente

tendremos a un juez que busca afianzar la posición de una de las partes en contra de otra que verá su defensa mermada durante todo el transcurso del litigio.

Lo dicho se refleja desde el inicio del procedimiento laboral ordinario, desde ahí tiene el juez laboral facultades para actuar oficiosamente en el procedimiento (Art. 429. CT), esta facultad que estará presente durante todo el proceso, le permitirá al juez corregir de muto propio errores que note en la tramitación del mismo, se le entrega en beneficio de un ideal abstracto de celeridad facultades para evitar el retardo injustificado y la nulidad del mismo y que sumada a la oralidad puede transformar al juez en un director más que en un juzgador, que podrá intervenir sin aviso previo, debilitando la posición de las partes durante la tramitación del litigio. No nos oponemos al uso de estas facultades cuando efectivamente corre peligro el carácter dialéctico del proceso, por ejemplo en caso de haber omitido o realizado de forma incorrecta una notificación personal, si en cambio criticamos el uso de esta facultad cuando el juez la usa para realizar actuaciones que deben ser de responsabilidad exclusiva de las partes, como por ejemplo objetar el interrogatorio de un testigo u oponerse a una prueba ofrecida por las partes, ya que en este caso, lo que se está haciendo es derechamente ocupar la posición de parte.

Si pasamos a la etapa conciliatoria podemos encontrar un ilustrador ejemplo de lo mal que se ha entendido la oralidad por parte de los tribunales y de lo perjudicial que puede ser su mala utilización, dicha etapa obliga al juez a proponer bases de acuerdo entre las partes con la finalidad de evitar el juicio o al menos reducir el objeto del mismo, tales bases deben entenderse como propuestas objetivas, carentes de todo tipo de valoración y sobre todo se deben realizar evitando un análisis del fondo de la cuestión debatida, el problema se da cuando el juez, con un excesivo ánimo de celeridad comienza a emitir

pronunciamientos sobre el fondo de la cuestión, llegando incluso al extremo de anticipar su decisión sin siquiera haberse ofrecido prueba por las partes<sup>208</sup>.

En materia probatoria el tema no es distinto, se le entrega al juez laboral el mismo poder probatorio que a las partes, reforzado además por la facultad de excluir las pruebas de las mismas, pudiendo incluso intervenir en la prueba confesional y testimonial con preferencia a los litigantes, de modo tal que una vez realizado el interrogatorio por parte del juez, será inocuo el de las partes, el juez ya obtuvo su testimonio, averiguó su verdad y el resto de la diligencia será una mera formalidad previa destinada a completar la tarea probatoria. Con todo lo anterior la oralidad pasa a ser el medio más efectivo para la intervención estatal dentro del proceso, pasó de ser el medio a través del cual se le daría celeridad e inmediación al proceso, a ser una herramienta de ejecución de las políticas estatales del gobierno de turno, eliminado la principal virtud de la oralidad, la de ser el vehículo a través del cual las partes resolverían sus conflictos, un vehículo cuyo mantenimiento estaría a cargo del juez, pero cuyo destino final corresponde determinar a las partes conforme al enfrentamiento dialéctico de las mismas.

Se ha intentado justificar de distintas formas las intervenciones del juez dentro del proceso, sobre todo se defiende férreamente su facultad probatoria dentro del mismo y en esa dirección es que se suelen señalar los postulados de Klein graficando que el proceso supone una pérdida estatal, tanto de tiempo como

---

<sup>208</sup> Una clara ejemplificación de esto es lo que señala el profesor Palomo, transcribiendo el audio de una audiencia en la que el juez rompe su imparcialidad en la discusión de las partes, anticipando el juicio, pretendiendo de ésta manera forzar el acuerdo; este es uno de los peligros de la oralidad mal entendida. Se lee:

*“[...]Que en su libelo la recurrente reproduce el audio en que el Magistrado habría expresado, en la etapa de conciliación, “las posibilidades que usted tiene son bien pocas señora... son bien poquitas...yo creo que debería aceptar, esto está en el minuto 13:07 y luego “...para mí basta el contrato, para mí rige el contrato” minuto 13:44, en el minuto 14:00 señaló “para mí vale el contrato”, y en el minuto 14:10 “...yo señora realmente le sugiero que llegue a un acuerdo”. Y luego asevera que en el minuto 26:57 el Juez habría aseverado “usted acompaña un contrato, ella firmó un contrato y ese es el contrato que vale... punto”. Que esta Corte al reproducir el audio constata que efectivamente el Magistrado expresó lo antes consignado y además en el curso de la audiencia se produjo un diálogo que es conveniente consignar en esta sentencia[...].”*

PALOMO, D. (2014). *Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas*. Revista *Ius et Praxis*, Año 20, N° 1. P. 378

de recurso, y que incluso entraba la libre circulación de los bienes, por lo mismo es que debe el juzgador intervenir activamente en el proceso como garante de los recursos estatales o como un protector de social, tales críticas no pueden hacerse extensivas al proceso y menos compensarlas mediante el sacrificio de una de las partes durante el mismo, incluso mediante el sacrificio de la oralidad como garantía de las partes, aún más, si se apunta al beneficio social que se obtiene a través del proceso, el ejercicio de ponderación debe ser en sentido opuesto, o sea se debe dar preponderancia a los derechos de las partes dentro del proceso, garantizar su libertad y sobre todo su debate oral en términos dialécticos aún en perjuicio de un mayor costo económico para el Estado, teniendo en cuenta además, que nuestra legislación laboral establece una regulación de las costas procesales, por lo que el perjuicio económico para el Estado sería eventual.

En el procedimiento laboral la intervención del juez en el debate oral se intenta justificar, además de las razones anteriores, por la desigualdad existente entre las partes litigantes, se dice que al ser la relación laboral económicamente desigual, dicha desigualdad se traspassa al proceso y por tanto corresponde al Estado, por medio de un juez activo corregirla en el proceso. Nada más alejado de la verdad, el debate debe ser entre partes iguales, esto no significa desconocer la desigualdad material de las partes, pero tal desigualdad queda subsanada a través del derecho sustantivo que es el área donde al Estado le corresponde corregir el problema y no en el proceso, que como reiteradamente se ha señalado, debe ser entre partes que debaten oralmente en un plano de absoluta igualdad. Por otra parte existe en el proceso laboral la obligación de comparecer a través de abogados, o sea una representación jurídica letrada con los conocimientos técnicos para hacer frente al juicio, de ahí que no se pueda alegar una desigualdad técnica ya que incluso en Chile existe la Defensoría Laboral, la cual cuenta con exigentes parámetros al momento de elegir a sus abogados. Por tanto alegar que la desigualdad material es el motor que permite al juez introducir pruebas dentro del proceso, anticipar sentencias como en el procedimiento monitorio, invertir la carga de las prueba como ocurre en el procedimiento de tutela

de derechos fundamentales y en resumen generar un proceso publicista carente de garantías mínimas, es simplemente una excusa baladí para el uso del proceso como medio de ejecución de políticas estatales.

Señalar finalmente que en la medida que se le dé a la oralidad el real significado por parte de los tribunales, cuando se entienda que esta es una regla dirigida a las partes y no a los jueces y que por lo mismo los protagonistas del proceso son estos, será posible calificar nuestro actual proceso laboral, como un proceso adversarial, acusatorio o dispositivo, sin embargo si se sigue teniendo al juez como un tercer protagonista, revestido de amplias atribuciones y con una normativa laboral que apunta a generar desigualdades entre las partes durante el proceso, sólo podemos calificarlo como un procedimiento mixto, con un marcado tinte inquisitivo, recubierto con una mal entendida oralidad que finalmente se termina por transformar en una cortapisa para el debate dialéctico e igualitario, o sea para poder lograr un verdadero proceso. Mientras el estado siga viendo el proceso como una herramienta más de su agenda política, mientras no se emancipe al procedimiento de la ideología, la oralidad seguirá siendo un rehén del proceso inquisitivo, y es que en el terreno procesal del mundo moderno la oralidad es una planta difícil cultivo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA BARRIO, A. (2012) *De la Dialéctica a la Dialógica*. En *Mar Oceana* (31) Pág. 97-125.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “*Teoría General del Proceso. Lección 1*”, en *Academia Virtual de Derecho y de Altos Estudios Judiciales* [en línea] <[https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/DM22C49/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=307029](https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/DM22C49/1/material_docente/bajar?id_material=307029)> [Consultado el 20 de abril de 2017].
- ALVARADO VELLOSO. A. (2008) *La Imparcialidad Judicial*. En *la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Caracas. Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2009). *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*. Tomo I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores.
- ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. *Escritura u Oralidad? Ensayos de Derecho Procesal*.
- ARMENTA DEU, T. (2012) *Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Editorial Marcial Pons. Barcelona
- BALIC NORAMBUENA, C. (2015). *Facultades probatorias del Juez laboral: Análisis de la interrogación Oficiosa de testigos en Relación al Debido Proceso*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago.

- BAZÁN. J. (2009). *La Imparcialidad Judicial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En Boletín del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada.
- BANEFIEI, R. (2014). *The Adversary System*. Pennsylvania.
- BENABENTOS, O. (2001). *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Rosario. Editorial Juris,
- BENABENTOS, O. (2002). *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Rosario. Editorial Juris.
- BENABENTOS, O. (2004). *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Rosario. Editorial Juris.
- BORDALÍ SALAMANCA, A. (2009). *El Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (XXXII). Pág: 263-302
- BRAVO MENDOZA, L. (2011) *El Principio de Oralidad en la Reforma Constitucional al Sistema de Justicia Penal*. (Tesis Pregrado). Michoacán, México.
- BRODERMANN FERRER, L. (2007) *La Dialéctica Procesal*. En *Revista Alegatos, Sección Artículos de Investigación* (66) Pág. 349-376
- BRUNNER, H, VON SCHWERIN, C. (1936). *Historia del derecho germánico*. (J.L. ÁLVAREZ LÓPEZ, Trans). Barcelona. Editorial Labor S.A.
- BURGOS SALAS, VICENTE. (2010) *El Procedimiento Ordinario en el Nuevo Sistema Procesal laboral*. (tesis pregrado). Universidad de Chile

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1994). *Diccionario de ciencias jurídicas y políticas*. Editorial Heliasta S. R. Buenos Aires, Argentina.
- CANOSA SUÁREZ, U. (2013) *El Proceso Civil por Audiencias*. Novum Jus. (1) 65-78. Bogotá, Colombia.
- CABEZAS PINO, R (2010) *Aspectos Relevantes de la Prueba en el Nuevo Proceso Laboral*. (Tesis Pregrado). Universidad de Chile. Santiago.
- CAÑAS QUIROS, R (2010) *La Dialéctica en la Filosofía Griega*. En Intersedes Revista Electrónica de las Sedes Regionales de la Universidad de Costa Rica. Recuperado en <http://www.redalyc.org/pdf/666/66620589003.pdf> [Consultado el 5 Julio 2017]
- CAPPELETTI, M. (1960). *Valor Actual del Principio de Oralidad*. En: SEGUNDAS JORNADAS Internacionales de Derecho Procesal, Celebradas entre el 11 y 18 de febrero de 1960, Ciudad de México, México. Pp. 8. [En Línea] <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art17.pdf>> [Consultada el 23 de abril de 2017.]
- CARNELUTTI, F. (1979). *Como se hace un proceso*. (S. SANTIS MELENDO & M. AYERRA REDIN, Trans.). Valparaíso. EDEVAL.
- COLOMBO CAMPBELL, J. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- CONTRERAS LÓPER, R. *Principios Generales del Proceso Penal*. Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana

- CORTÉS-MONROY FERNÁNDEZ, J (2016) *La “Valoración Negativa” y la Exclusión de la Prueba en el Procedimiento Penal. Una Crítica Desde la Concepción Racionalista de la Prueba* (Tesis Pregrado) Universidad de Chile. Santiago.
- COUTURE, E. 1958. *Fundamentos del Derecho procesal Civil*. Tercera Edición. Buenos Aires. Roque De palma Editor.
- D’ORS, J.A. (1991). *Derecho privado romano*. Octava Edición. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- DAMASKA, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, Barcelona, Santiago.
- DALLANEGRA PEDRAZA, L. (2009). *El Derecho Internacional y los límites a la violencia. Reflexión Política* [en línea], 11 (Junio-Sin mes): [Fecha de consulta: 23 de abril de 2017] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11011851002>> ISSN 0124-0781.
- DECAP FERNÁNDEZ, M (2014) *El Juicio Oral y los Principios de Inmediación y Concentración. Revista del Instituto de la Judicatura Federal*
- DE LA OLIVA SANTOS, A. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2004): *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- DE MIGUEL Y ALONSO, C (2017) El Principio de la Inmediación Dentro del Sistema Formal de la Oralidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*
- DIETER, L. (2008). *Elementos orales y escritos en la fase introductoria del proceso civil*. En: COLOQUIO ORALIDAD y escritura en un Proceso Civil Eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008, Valencia y Gandia, España,

Asociación Internacional de Derecho Procesal, Facultat de Dret, Universitat de València, pp. 12. [en línea] <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>> [Consultada el 20 de abril de 2017].

- DÍEZ-PICASO GIMENEZ, I. (2006). *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*. EN: MONTERO AROCA, J. (Coord.) "PROCESO CIVIL e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia
- DOUGNAC, A. (2006). *Los Principios del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano. El Estilo de Chile*. en Revista de Estudios Histórico Jurídicos, nº 28.
- ERRÁZURIZ EGUIGUREN, M. (1996). *Manual de derecho romano. Historia de Roma, del acto jurídico, de las personas*, Tomo I, Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (2008). *El Proceso Oral y Eficaz ante el milenario tribunal de las aguas de Valencia*. En: COLOQUIO ORALIDAD y escritura en un Proceso Civil Eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008, Valencia y Gandia, España, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Facultat de Dret, Universitat de València, pp. 12. [en línea] <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>> [Consultada el 20 de abril de 2017].
- FIGUEROA QUINTEROS, M. (2007). *Apuntes de historia del derecho I: materiales correspondientes a capítulos I y II*. Santiago.
- GALLEGO CHIRIVÍ, E. HINCAPIÉ RODRÍGUEZ, L. (2013) *La Figura del juez Inquisitivo en el Marco de la Carga Probatoria en Materia Civil*. (Tesis para optar al título de Abogado) Universidad de San Buenaventura, Cali.

- GALVÁN RODRÍGUEZ, E. (2001). *El Secreto en la Inquisición Española. España*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
- GIMENO SENDRA, J. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid. Editorial Civitas.
- GODOY, M. (2008). *Garantismo y activismo: posiciones encontradas*. Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, Vol 14, [en línea] <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>> [Consultada el 20 de abril de 2017].
- GÓMEZ COLOMER. J. (2006). *Adversary System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*. Revista española Poder Judicial. (19)22-77
- GÓMEZ COLOMER. J. *La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional*. Revista Penal.
- GONZALEZ, R. (2012). *Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales*. En Revista Derecho & Sociedad N° 38. P. 281-296.
- GUAL GRAU, C. (2011). *Breves apuntes sobre el Discovery*. Actualidad jurídica Uría Menendez. (11).
- GUERRERO, S. (2009). *El Principio acusatorio*. (2 Ed.) Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi-Thomson.
- HERNÁNDEZ DUCÓ, A. (1990). *La Imparcialidad de los Jueces*. (tesis pregrado) Universidad de Chile. Santiago.

- HERNÁNDEZ BARRANTES, J. RODRÍGUEZ MONTOYA, C. TENORIO JARA, A. (2008) *El Sistema Acusatorio Oral en Costa Rica* (Tesis para optar a Maestría en Criminología). Universidad Estatal a Distancia.
- HORVITZ LENNON, M, LÓPEZ MASLÉ, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ LENNON, M. (2003) *La Reforma Procesal Penal Chilena*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. (15) Pág 767-778
- KÜNKEL, W. (1996). *Historia del Derecho Romano*. (J. MIQUEL. Trans). Madrid. Editorial Ariel S.A.
- LANATA FUENZALIDA, G. (2010). *Manual de Derecho Procesal laboral*., Santiago. Ed. Legal Publishing.
- LANDSMAN, S. (1983). *A Brief Survey of the Development of the Adversary System*. [en línea] Ohio State Law Journal. Vol 44, Issue 3 [en línea] < <http://hdl.handle.net/1811/65263> > [consulta: 14 mayo 2017]
- LUBBERT ÁLVAREZ, V. (2011). *El Derecho a no ser Juzgado por Comisiones Especiales: Análisis Crítico de jurisprudencia*. Revista de Estudios de la Justicia (11).
- MASSÉ MORENO, L. (2010) *El Impacto del Sistema Acusatorio en el Procedimiento Mexicano* (Tesis Doctoral) Instituto Internacional del Derecho y del Estado.
- MÁRQUE MOLIDA, D. CRISTIÁN MAURICIO, H. (2010). *La Protección de Los Derechos Fundamentales en el Ámbito del Contrato de Trabajo: El Procedimiento de Tutela Laboral*. (Tesis Pregrado) Universidad de Chile
- MATURANA MIQUEL, C, MONTERO LÓPEZ, R. (2010). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Santiago. Editorial Abeledo Perrot.

- MAIER, J. (1993). *El Ministerio Público ¿Un adolescente? El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc.
- MÉDINA LIMA, I. (1978) *Oralidad y Escritura en el Proceso Civil Mexicano*. En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam*. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/27189/24536> [Consultado el 6 de Junio de 2017]
- MONTERO AROCA, J. (2001). *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del Juez y la Oralidad*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, J. (Coord.). (2006). *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, J. (2006). *El Principio Acusatorio Entendido Como Eslogan Político*. Revista Ius Et Veritas. (33): 208-219.
- NORAMBUENA NOGUER, P. (2009) *Principio Formativos del Nuevo Procedimiento Laboral*. (Tesis Pregrado). Universidad de Chile.
- ORDOÑEZ GÓMEZ, M. CANO MURILLO, D. (2003) *La Resistencia del Sistema Penal Inquisitivo. Perspectiva Histórica Jurídica* (Tesis Pregrado). Pontificia Universidad Bolivariana de Bogotá.
- ORELLANA TORRES, F. (2010) *Cuestiones Procesales del Procedimiento Monitorio Regulado en el Código del Trabajo y la Forma de Proceder en los Casos de Aplicarse las Normas Sobre Régimen de Subcontratación*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (2) 61-70.

- OYANEDEL R. (2008). *Reforma Al Procedimiento Laboral: Desde Los Principios Procesales*. Tesis para optar al grado de Magíster en derecho, con mención de derecho privado. Santiago. Universidad de Chile.
- PADILLA PAROT, L (2016). *Ese Dolor de Cabeza Llamado Prueba Legal Tasada: La Anticipada Aplicación del Proyecto de Código Procesal Civil, que los Tribunales Ordinarios de Justicia se Encuentran Llevando a Cabo*. En Revista Chilena de Derecho Privado Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722016000100016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000100016)
- PALACIOS, L (1975) *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires Argentina. Abeledo Perrot.
- PALAVECINO CÁCERES. C. (2008) *La Carga de la Prueba en el Procedimiento de Tutela Laboral*. *La Semana Jurídica* (380)
- PALAVECINO CÁCERES, C. RAMÍREZ SOTO, C. (2010) *Examen Crítico de la Sentencia Anticipada en el Procedimiento Monitorio Laboral*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.(2) 71.80.
- PALAVECINO CÁCERES, C. (2011). *El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno*. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 13. [en línea] < <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9668/11696>> [Consultada el 22 de julio de 2017].
- PALAVECINO CÁCERES, C. (2011). *Sistemas procesales e Ideologías*, *Revista Derecho y Humanidades* N.º 17. [en línea] <

<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16973/17699>> [Consultada el 22 de julio de 2017].

- PALAVECINO CÁCERES, C. (2012) *La Reforma Procesal Laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal*. En *Revista Laboral Chilena*.
- PALAVECINO CÁCERES. C. (2014). *El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador en Chile*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (9) 33-45.
- PALOMO VÉLEZ, D. (2004) *Modelo Procesal Civil Chileno: Conveniencia de Articular una Nueva Regulación Sostenida en la Oralidad Como Eje Formal Facilitador. Reforma Procesal Civil. Oralidad y Poderes del Juez*. Editorial Abeledo Perrot.
- PALOMO VÉLEZ, D. (2004). *Y ahora, tras la experiencia procesal penal ¿La oralidad al proceso civil? Algunas claves y criterios a seguir*. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 10, (n° 2), [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122004000200008](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200008)> [Consultada el 20 de abril de 2017].
- PALOMO VÉLEZ, D (2005) *La Audiencia Previa y el Modelo Procesal Civil Oral: Consideraciones en Torno a una Pieza Procesal Clave. Reforma Procesal Civil. Oralidad y Poderes del Juez*. Editorial Abeledo Perrot.
- PALOMO VÉLEZ, D. (2005). *Proceso Civil Oral: ¿Qué Modelo de Juez Requiere?* *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol.18 (n°1). [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000100007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100007)>[Consultada el 20 de abril de 2017].

- PALOMO VÉLEZ, D. PÉREZ RAGONE, A. (2009) *Oralidad y Prueba: Comparación y Análisis Crítico de la Experiencia Reformadora del Proceso Civil en Alemania y España*. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XXXII), pp. 621-661.
- PALOMO VÉLEZ, D. (2009). *Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno*. *Revista chilena de Derecho*, Vol. 36, (n°3), [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372009000300007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000300007)> [Consultada el 20 de abril de 2017].
- PALOMO VÉLEZ, D. (2014) *Sobre la Conducta Procesal de Algunos Jueces. De Vuelta con la Unidimensionalidad de la Eficiencia y la Potestad Conciliatoria Como Excusas*. En *Revista Ius et Praxis* (Año 20 N°1) Pág. 377-396.
- PASTENE NAVARRETE, L. (2015). *El Principio de Objetividad en la función persecutora del Ministerio Público ¿Abolición o Fortalecimiento?* (Tesis Pregrado). Universidad de Chile
- PÉREZ RAGONE, A. (2014). *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 42, [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000100016](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100016)> [Consultada el 8 de agosto de 2017].
- PÉREZ VAQUERO, C. (2016). *El Principio Acusatorio Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. [en línea] *Derecho y Cambio Social*. 01/02/2016.< <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456261.pdf> > [consulta: 11 mayo 2017]

- PEYRANO, J. (2008). *La Prueba entre la Oralidad y la Escritura*. En: COLOQUIO ORALIDAD y escritura en un Proceso Civil Eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008, Valencia y Gandía, España, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Facultat de Dret, Universitat de València, pp. 12. [en línea] <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>> [Consultada el 20 de abril de 2017].
- PRIETO-CASTRO, L. (1950). *Precisiones sobre escritura y oralidad, en Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. Madrid.
- POMES, J, OYARZÚN, M. (2007). Principios formativos del procedimiento. Departamento de derecho procesal, Universidad de Chile.
- RIEGO RAMÍREZ, C. (1994) *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*. Santiago, Chile. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- ROMÁN de la Torre, M,(2006). *Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales*, Publicaciones, Consejo General del Poder Judicial, Edición 2006.
- RUAY, F. (2014) “*Las potestades atípicas del juez laboral frente al garantismo procesal y el principio de juricidad*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile.
- RUAY SÁEZ, F. (2015) *La “Función” Cautelar del Juez en el Proceso Laboral. ¿Consagración de una Potestad Cautelar Genérica?* En revista *Ius et Praxis* (Año 21, N°2) Pág. 441-480.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2002). *El Principio de la Autotutela en el Derecho del Trabajo Español*. Revista Themis.

- SIQUIEROS, J. (1998). Cooperación Procesal Internacional el Sistema Norteamericano del Discovery. 30 de mayo de 2017, de Universidad autónoma de México Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3343/27.pdf>
- STEIN G, P. (1999). *El Derecho Romano en la Historia de Europa*. (C. Hornero & A. Romanos Trans.). Madrid. Editorial Siglo veintiuno de España Editores.
- STORME, M. (2008). *Más Voz y Menos Letra: En defensa de la Oralidad en los Procesos Judiciales*. En: “COLOQUIO ORALIDAD y escritura en un Proceso Civil Eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008, Valencia y Gandia, España, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Facultat de Dret, Universitat de València, pp. 12. [en línea] <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>> [Consultada el 20 de abril de 2017].
- TAPIA GUERRERO, F. (2008). *Manual de Juicio del Trabajo*. Academia Judicial de Chile. Santiago.
- TARUFFO, M. (2008). *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana*. Bogotá, Colombia. Temis