



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL
Y SU APARENTE CONTRADICCIÓN CON LA DOBLE INSTANCIA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

IGNACIO ALBERTO SANHUEZA FEMER

PROFESOR GUÍA: RENÉ NÚÑEZ ÁVILA

SANTIAGO, CHILE

2021

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	10
1.- Contextualización.	10
2.- Conflicto a abordar:	15
CAPÍTULO 1: PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.	19
1.- Objetivo del proyecto.	19
2.- Principales innovaciones contenidas en el proyecto.	22
a) Oralidad	22
b) Rendición de prueba y valoración.	26
c) Ejecución provisional.	29
d) Nuevo Recurso de Apelación.	30
CAPÍTULO 2: ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN.	33
1.- Historia de la oralidad en ámbito civil.	33
2.- La oralidad dentro del proceso.	36
3.- Principales consecuencias o elementos de la oralidad.	40
a) Inmediación.	40
b) Continuidad y concentración.	46
CAPÍTULO 3: LA DOBLE INSTANCIA EN CONFLICTO.	48
1.- Introducción a una aparente contradicción.	48
2.- El mito de la intermediación.	53
3.- Naturaleza jurídica y finalidad de oralidad e intermediación.	57

a) De principios a reglas técnico-jurídicas.....	57
b) Finalidad de la intermediación.....	64
c) Peligros de una oralidad e intermediación formulista.....	67
CAPÍTULO 4: TRASCENDENCIA DE LO OBRADO EN PRIMERA INSTANCIA.	
.....	74
1.- Registro de audiencias.	75
a) Consideraciones sobre el lenguaje no verbal.....	76
b) Motivos para rechazar la valoración del lenguaje no verbal.	78
2.- Ejecución provisional de sentencias.	83
a) Concepto, fundamento y naturaleza jurídica	83
b) Regulación en el Proyecto	84
c) Ventajas de la ejecución provisional contenida en el Proyecto	85
CAPÍTULO 5: MODELOS DE IMPUGNACIÓN EN EL DERECHO	
COMPARADO.	88
1.- Modelos de impugnación amplia.	90
2.- Modelo de impugnación intermedia o de apelación propiamente tal.	91
3.- Modelo restringido.	94
CONCLUSIONES.	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

Dedicada a mi abuela Yolanda.

RESUMEN

Desde el año 2011, la última redacción del Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil se encuentra en tramitación en el Congreso chileno. La principal innovación contenida en este proyecto es la introducción de oralidad, inmediación y concentración a la tramitación de los procedimientos civiles, los cuales hoy en día son esencialmente escriturados.

Lo anterior ha generado una nutrida discusión doctrinaria, en relación a la mantención del recurso de apelación como medio de impugnación en este proyecto. Si bien existe consenso respecto a los beneficios que oralidad e inmediación conllevan, cierto sector doctrinario ha planteado la incompatibilidad absoluta entre estos principios o reglas y una segunda instancia revisora. El motivo, en términos simples, es que el tribunal de segunda instancia podrá modificar o invalidar la sentencia de primera, sin haber conocido, de forma oral e inmediata, los alegatos y prueba de las partes.

El objetivo de este trabajo fue analizar y contrastar ambas posiciones doctrinarias, es decir, evidenciar los fundamentos para mantener la segunda instancia en un sistema oral, o suprimirla. Si bien en Chile la discusión es relativamente reciente, esta eventual contradicción fue objeto de largo debate en España, país que a inicios de este milenio realizó una reforma estructural de su sistema procesal civil, introduciendo oralidad e inmediación y manteniendo la segunda instancia.

Por lo tanto, tras una exhaustiva lectura de autores chilenos y extranjeros, principalmente españoles, obtuvimos como conclusión que oralidad e inmediación resultan compatibles con un sistema que mantiene la doble instancia. Este resultado se basa, principalmente, en la naturaleza jurídica y finalidad que oralidad e inmediación, de forma originaria o pura, implican.

INTRODUCCIÓN

1.- Contextualización.

El sistema procesal civil vigente haya sus orígenes en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, la cual fue utilizada como modelo para nuestro Código de Procedimiento Civil, descendiente directo de las Siete Partidas¹. Este consagra la pasividad del juez en la conducción del proceso y en la producción de prueba. Se caracteriza por ser un proceso de lato conocimiento, desconcentrado, donde la única posibilidad de que el juez produzca prueba por su propia iniciativa es una vez terminada la tramitación y mientras esté pendiente el plazo para dictar sentencia, por medio de la institución de medidas para mejor resolver².

El papel de vital importancia que realiza el juez en este sistema ocurre al momento de dictar sentencia, fundamentándola en el expediente que se había

¹ PALOMO, D. 2009. Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno. *Revista Chilena de Derecho* 36(3): 626

² NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). *Revista de Estudios de la Justicia* (6): 176

acumulado de todas las actuaciones procesales ocurridas durante el procedimiento³, materializándose la idea del ‘Juez lector’⁴. La escritura juega un rol tan protagónico que, ni siquiera la confesión o la testificación, pruebas orales por su naturaleza, pueden prescindir de esta. De esta manera, hasta el más mínimo acto verbal se convierte en un trámite escrito.

El modelo español utilizado como guía no era un modelo actualizado en la época de dictación del código chileno. La LEC de 1855 no era más que una simple sistematización y adaptación de las normas procesales civiles contenidas en Las Partidas de Alfonso X⁵. El legislador chileno perdió la oportunidad de hacer un salto importante en materia procesal al no ser convencido por otros modelos que ya operaban en Europa hace más de 30 años⁶. Ejemplos de dichos modelos son: la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877, la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895, la LEC española de 1888 que sucedió a la utilizada como modelo, y el Código de procedimiento Civil Francés de 1806.

³ PALOMO, D. y MATAMALA, P. 2012. Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio. *Revista de Derecho* 19(2): 240

⁴ GOMEZ MARTINEZ, C. 2003. La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador. *Revista Jueces para la Democracia*, (48): 87

⁵ NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Ob. Cit. p. 175

⁶ NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Ob. Cit. p.176

Este arcaico sistema entró en crisis en Chile a fines del siglo pasado producto de su larga y desconcentrada tramitación, generando una grave falencia dentro de la economía procesal. Esta falencia provocó, a su vez, una alta onerosidad de la actuación como parte dentro de un litigio contencioso civil. La producción de prueba es deficiente y de mala calidad, intermediada por funcionarios no letrados, acostumbrada a un excesivo ritualismo, tanto en su ofrecimiento y rendición, como en el análisis de las mismas⁷.

Las anteriores falencias se ven reflejadas en el mensaje del Presidente de la República⁸, contenido en el proyecto presentado a la Cámara de Diputados:

- i) Altos niveles de retraso, acompañado por un aumento exponencial de ingreso de causas de forma anual, de las cuales la gran mayoría corresponde a juicios ejecutivos.
- ii) Procedimientos innecesariamente múltiples, excesivamente formalistas, escriturados y mediatizados, que obstaculizan la relación directa entre el juzgador, las partes y los demás

⁷ PALOMO, D. y MATAMALA, P. 2012. Ob. Cit. p. 241

⁸ PROYECTO DE Ley de Nuevo Código Procesal Civil. 2012. [en línea] <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf> [consulta: 08 junio 2019]

intervinientes. Además, contemplan una gran rigidez probatoria y un sistema recursivo injustificadamente amplio, que actúa en desmedro de la economía procesal.

- iii) Delegación constante de las funciones propias del juzgador en funcionarios o auxiliares de la administración de justicia, quienes, en virtud de la realidad y no por mandato expreso de la ley, deben cumplir con dichas exigencias.
- iv) Finalmente, una vez superados los obstáculos propios del procedimiento, y ya obtenida la sentencia definitiva favorable, la parte vencedora de la Litis debe iniciar un nuevo procedimiento judicial para hacer cumplir compulsivamente lo ya decretado por el juzgador en la instancia correspondiente, salvo propia iniciativa de la parte vencida.

Es de esperarse que el modelo procesal adoptado para la realidad chilena a principios del siglo XX, en el año 1903 específicamente, esté completamente colapsado debido a su desactualización. El sistema vigente se caracteriza por estar estructurado de una manera adecuada para resolver relevantes y complejos conflictos jurídicos, lo que en la actualidad ocurre de

forma excepcional. El Chile de hoy en día se caracteriza por una masiva actividad contractual, a diferencia de lo que ocurría en el año ya mencionado⁹. Complemento de lo anterior es la evidencia fáctica respecto a la naturaleza de las acciones que se ejercen; un gran porcentaje de las tramitaciones corresponden a juicios ejecutivos, o a la preparación de estos¹⁰.

Producto de esta demanda urgente de actualización es que a principios de este siglo el Ministerio de Justicia de Chile se comprometió políticamente a remodelar el sistema procesal chileno, el cual estaba próximo a cumplir 100 años, firmando el 1° de octubre del año 2004 un Convenio Marco con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Un conjunto de abogados profesores del Departamento de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho conformaron una comisión con abogados asesores del Ministerio, elaborando

⁹ Chile en el año 2005 presentaba la tasa de litigiosidad civil mas alta de América Latina y el Caribe, con un total de 5.914 causas en primera y segunda instancia por cada 100.000 habitantes. VARGAS, J. 2007. Nueva Justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma. Santiago, CEJA. [en línea] <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1214/justiciacivil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [fecha de consulta: 23 de mayo de 2020]

¹⁰ En el año 2011 el 59% de las causas ingresadas a tribunales correspondieron a cuestiones civiles, y en el período entre los años 2000 y 2010, el 58% de estas causas correspondía a juicios ejecutivos. INFORME P 13

las ‘Bases para un Nuevo Sistema Procesal Civil en Chile’. Dichas bases serían discutidas en un foro ampliado para su aprobación definitiva¹¹.

El día 10 de mayo de 2005, dicha Comisión elevó al Ministerio de Justicia un documento denominado ‘Propuesta de Bases para redactar un Nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile’. De estas bases se tradujo el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, el cual sería tramitado en el Congreso de la República a partir del año 2009. Una nueva redacción de este proyecto fue ingresado el año 2011, el cual continúa en discusión. En conclusión, el proceso de formación de este nuevo Código Procesal Civil cumple 16 años desde que se firma el Convenio, y su redacción más reciente lleva casi 10 años en tramitación dentro del Congreso.

2.- Conflicto a abordar:

El conflicto surge de la mantención de la apelación, como consagración de la doble instancia, en un sistema cuya principal característica modificatoria al sistema procesal civil vigente es la introducción del principio o regla

¹¹ NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Ob. Cit. p. 177

procesal de oralidad. Para comprender la dimensión del tema objeto de este trabajo, es necesario referirnos, en primer lugar, a lo siguiente.

Tal como establece Couture, la instancia, entendida de manera restringida, alude a “cada una de las etapas o grados de proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte¹²”. Podemos notar inmediatamente una estrecha relación entre apelación y segunda instancia. La segunda implica siempre “la posibilidad de que el tribunal de categoría superior confirme o revoque y sustituya, total o parcialmente, la resolución que puso fin a la primera instancia que resulta impugnada por la apelación¹³”. Sin embargo, su función no se limita únicamente a revisar lo resuelto en primera instancia¹⁴, busca asimismo ofrecer una nueva respuesta a concretas pretensiones de tutela jurisdiccional¹⁵.

¹² COUTOURE, E. 2007. Fundamentos del derecho procesal civil. 2ª Edición. Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., p. 139

¹³ PALOMO, D. 2010. Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite. Estudios Constitucionales 8(2): 487

¹⁴ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. p. 487

¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO, I.; VEGAS TORRES, J. 2000. Derecho procesal. Introducción. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 489

¿De qué manera entra en conflicto la oralidad con la mantención del recurso de apelación, es decir, con la articulación de la doble instancia dentro del proceso civil? Como veremos más adelante, la oralidad implica necesariamente inmediación. Inmediación puede definirse en simples palabras como un mandato legal dirigido al juez que lo obliga a sostener “un contacto directo con los intervinientes en el proceso lo cual conlleva que el conocedor y futuro decisor del asunto se apoye en lo que ve y oye personalmente, y no en la documentación en que meramente se refleja¹⁶”. La Ley lo obliga a valorar la prueba y dictar sentencia en base a dichas impresiones obtenidas como producto del conocimiento inmediato de la actividad probatoria.

Si conjugamos este mandato legal hacia el juez con la mantención de la doble instancia, se genera la siguiente situación: El juez *ad quem* podrá revisar, enmendar e incluso dictar una sentencia de reemplazo a la emanada del tribunal *a quo*, sin conocer de la actividad probatoria inmediatamente, y sin la posibilidad de realizar nuevamente dicha actuación en base al grave atentado a la economía procesal que conllevaría rendir la prueba ya rendida

¹⁶ DE LAS HERAS, M. 2002. Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000. Revista del Poder Judicial (65): 181

ante otro tribunal. Esta contradicción, para cierta parte de la doctrina, resulta del todo incompatible atendiendo a la naturaleza jurídica de la oralidad e inmediación. Estas corrientes les han atribuido el carácter de principios procesales, integrándolas dentro del listado de garantías fundamentales dentro del proceso.

Esta discusión será objeto de análisis a lo largo de este trabajo por medio de la comparación de doctrina nacional como extranjera, en especial la de aquellos países donde sistemas similares, es decir, procedimientos civiles orales con doble instancia o apelación, han sido consagrados. Asimismo, se incluirá dentro del análisis la forma en que dichos países han conjugado ambas instituciones, mencionando los distintos sistemas que operan en el derecho comparado.

CAPÍTULO 1: PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

1.- Objetivo del proyecto.

El alma de este proyecto es, sin lugar a dudas, reorientar la actividad en el proceso y dirigirlo hacia quienes más necesitan de la actividad jurisdiccional del Estado¹⁷. Busca traducirse en un procedimiento que conduzca a una justicia más rápida, de bajo costo, eficiente y que permita a los litigantes obtener soluciones de calidad por parte de la justicia. Lo anterior se condice con las principales falencias detectadas producto de la desactualización del Código de Procedimiento Civil que ya mencionábamos.

“Esto representa enfatizar el tema de la efectividad del proceso,
dotándolo de medios e instrumentos que aseguren la tutela de todos

¹⁷ COMISION DE CONSTITUCION, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA. 2013. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. [en línea] Eugenio Foster Moreno <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10566&formato=pdf>> [consulta: 08 junio 2019] p. 13.

los derechos, medios e instrumentos que deben estar al alcance de todos los sujetos en un esquema en el que se aseguren las condiciones propicias para la exacta y completa reconstitución de los hechos relevantes para que la convicción del juez se corresponda, hasta donde sea posible, con la realidad. Lo anterior, de cara a obtener que el litigante vencedor se le asegure el goce real del beneficio jurídico que la sentencia le procuró, todo lo cual ha de obtenerse con el menor dispendio de tiempo y energía¹⁸”.

Esta noción de facilitar el acceso a la justicia y la obtención del fin elemental de la función jurisdiccional, es decir, obtener una sentencia efectiva, rápida y ajustada a derecho¹⁹, es similar a los fines perseguidos por

¹⁸ TAVOLARI, R. 2005. Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En: DE LA OLIVA SANTOS, A.; PALOMO, D. Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 38

¹⁹ Taruffo habla sobre dos posibles concepciones de eficiencia dentro de un proceso jurisdiccional: a) obtener una sentencia que solucione el conflicto, siendo criterio determinante la rapidez; b) obtener una sentencia justa, siendo criterio determinante el ajuste con el ordenamiento. Los desperfectos de estas posturas radicales son evidentes, guiarse por la opción a) permite priorizar eficiencia sobre justicia, avalando infracciones de derecho incluso; la opción b) prioriza la justicia, perjudicando otros intereses de las partes, como lo es obtener una solución eficaz y veloz. Por lo tanto, la eficiencia debiese ser un punto intermedio entre ambas concepciones. TARUFFO, M. 2008. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. En: COLOQUIO INTERNACIONAL de la Asociación Internacional de Derecho Procesal Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008. Gandía, España. [en línea] <<https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>> [consulta: 23 mayo de 2020]

el Estado español con la LEC. La Ministra de Justicia española, al presentar la Ley de Enjuiciamiento 1/2000 frente al Congreso de Diputados, dijo lo siguiente:

“El proceso civil no es un proceso del juez o del tribunal o del secretario, o del abogado o del procurador; no es su caso, el caso de servidores públicos o de profesionales; es el caso de unas personas que necesitan tutela jurisdiccional y que, en ese trance y con ese fin, merecen la máxima atención y la vienen pidiendo con creciente intensidad. El proyecto de ley, en consecuencia, no puede ser una ley de los jueces o para los jueces, ni de los abogados o para ellos ni de los procuradores o para ellos ni de los secretarios judiciales o para ellos. Es una ley pensada para los litigantes de los procesos civiles²⁰”.

²⁰ Discurso de la Ministra de Justicia, Margarita Mariscal de Gante y Mirón, ante el congreso de los Diputados, *Diario de sesiones del congreso*, cit., p. 11626. Consultar en: DE LA OLIVA SANTOS, A. 2005. La Ley española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Orientación para una justicia civil mas eficaz. En: *Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia Civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 14.

2.- Principales innovaciones contenidas en el proyecto.

Las características que mencionaremos a continuación fueron desprendidas del texto presentado a la Cámara de Diputados el año 2012²¹, junto a sus modificaciones más recientes.

a) Oralidad

La mayor innovación de esta reforma es sin duda alguna la oralidad de sus audiencias. De esta manera, la tramitación civil se unirá a la constante corriente de cambio en el derecho comparado, y siguiendo la lógica adoptada por anteriores reformas dentro del ordenamiento chileno. En materia laboral, de familia y en materia penal, la tramitación de causas ya se realiza mediante audiencias, obligándose al juez que conoce de la causa a comparecer durante toda su tramitación, y a dictar sentencia en base a la prueba aportada, valorándola según las impresiones obtenidas durante esta etapa procesal.

Las audiencias se desarrollarán entonces, de forma oral, negándose la posibilidad de presentar escritos en estas, y serán la principal vía de

²¹ PROYECTO DE Ley de Nuevo Código Procesal Civil. 2012. [en línea] <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf> [consulta: 08 junio 2019]

sustanciación del proceso. Sin embargo, la demanda, contestación de la demanda, la reconvención, contestación de la reconvención, y algunos recursos deberán realizarse por escrito, al igual que cualquier otra actuación que el Proyecto de Código establezca. De esta manera, nos encontramos ante un sistema que sin duda alguna ha disminuido la presencia de actuaciones escrituradas hasta un mínimo, pero que no se manifiesta como una opción puramente oral.

Al igual que en el sistema vigente, el proceso se inicia una vez interpuesta la demanda. Ya notificada, las partes deberán acudir a una Audiencia Preliminar, debidamente representadas por un abogado con facultades para actuar en ella. Dentro de esta audiencia podemos identificar como principales actuaciones:

- i) Se ratificará la demanda y la contestación y, en su caso, la reconvención y su correlativa contestación.
- ii) Se llamará a las partes a conciliar.
- iii) Se fijará el asunto controvertido, al tenor de los hechos y fundamentos expuestos en la demanda y otros escritos.

- iv) El tribunal determinará las pruebas que deberán rendirse en la audiencia de juicio, al tenor de las propuestas de las partes.
- v) Se excluirá aquellas pruebas declaradas inadmisibles, y las demás serán declaradas admisibles.
- vi) Se fijará la fecha de la audiencia de juicio, la que debe llevarse a cabo en un plazo no inferior a 15 días y no superior a 40 desde la audiencia preliminar.

Por otra parte, la Audiencia de Juicio tiene como principal objetivo el recibimiento de la prueba ordenada en la resolución que cita a juicio. Esta audiencia debe celebrarse en forma ininterrumpida, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. En otras palabras, esta audiencia concentra las principales actuaciones probatorias, excepto la prueba anticipada, y es el centro o elemento principal del nuevo sistema procesal.

Dada la importancia de la audiencia, y teniendo en cuenta que las alegaciones, aportación de pruebas y testimonios deberán rendirse oralmente, se ha introducido una obligación que es esencial para dejar constancia de lo acontecido en las distintas etapas procesales. Toda actuación realizada dentro de la audiencia deberá ser registrada en imagen y sonido en un formato que

sea reproducible. El registro deberá contener lo desarrollado en la audiencia, la observancia de las formalidades previstas para ella, las personas que hubieren intervenido y los actos que se hubieren llevado a cabo. Estos registros serán de acceso para todas las partes litigantes en el proceso y por terceros, salvo que el tribunal estime necesario restringir el acceso de algunas o todas las actuaciones. Tan importante es este registro en el proyecto, que en caso de destruirse todo o parte de este, el tribunal estará obligado a repetir los actos contenidos en dichos registros.

Las resoluciones del tribunal deberán ser dictadas y fundamentadas de la misma manera, es decir, oralmente, y se entenderán notificadas a las partes que se encuentren al momento de su pronunciamiento, o que debiesen haber asistido.

Toda cuestión accesoria al objeto principal de juicio que requiera de un pronunciamiento especial del tribunal, se sustanciará y resolverá dentro de la misma audiencia en que surjan los hechos que fundan el incidente. En caso de fundarse en hechos ocurridos fuera de audiencia, se podrá formular el incidente de forma escrita dentro de 5° día contado desde que se toma

conocimiento del hecho. De todas maneras, podrá interponerse oralmente en la audiencia preliminar o de juicio, según sea el plazo menor.

b) Rendición de prueba y valoración.

Tal como establecíamos, la prueba debe ser ofrecida en la Audiencia Preliminar, donde será declarada admisible o será excluida por el tribunal. Si es declarada admisible, la rendición de esta ocurrirá en la Audiencia de Juicio, donde será conocida en su totalidad por el tribunal que conoce del proceso.

Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso en conformidad a la ley. Si bien el proyecto regula expresamente los diversos medios probatorios que permanecieron del Código anterior, establece que podrá admitirse toda prueba que fuere susceptible de ser incorporada al proceso por cualquier otro medio o sistema no regulado expresamente, siempre que fuere apto para producir fe. Por ejemplo, el proyecto establece que las grabaciones, elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro

carácter electrónico apto para producir fe, podrá reproducirse en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

Sin embargo, esta mayor libertad se limita excepcionalmente respecto de ciertos medios probatorios. Los documentos, las presunciones de derecho y las meramente legales, los actos y contratos solemnes, solo podrán acreditarse mediante la respectiva solemnidad.

Los testigos, peritos y las partes que sean llamadas a declarar, a diferencia del sistema actual, podrán ser interrogados en la misma audiencia. Se les tomará juramento o promesa, se les advertirá sobre las consecuencias penales que su falso testimonio pueda ocasionarles y se les interrogará por cada uno de los litigantes, comenzando por el que los presenta o haya solicitado la respectiva declaración.

Las preguntas se formularán verbalmente, sin admisión de pliegos, y deberán ser pertinentes a los hechos sobre los cuales versa la prueba. El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá rechazar las preguntas que no cumplan con las exigencias que determina el código. Principalmente, las preguntas deberán ser claras y concisas, y no podrán contener elementos de

juicio que determinen la respuesta, teniendo que centrarse a hechos o circunstancias propias del objeto de prueba.

Finalmente, una vez interrogado por los litigantes, el juez podrá efectuar preguntas al testigo o perito, así como a las partes que declaren, con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas.

Otro significativo cambio que introduce el proyecto es respecto de la valoración de la prueba. El sistema vigente establece lo que ha sido denominado como estándar de prueba 'legal o tasada'. Esto implica que es la misma ley la que otorga a los medios probatorios su valor, el cual no puede ser aumentado o disminuido por el juez.

El proyecto actualiza este antiguo régimen de valoración a uno que otorga mayor discrecionalidad al juez. Este estándar de valoración se guía por las reglas de la sana crítica. Esto implica que el juez podrá valorar libremente la prueba, pero sin contradecir 3 limitaciones: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Además de estas limitaciones propias de sana crítica, el proyecto establece que solo será aplicable cuando la ley no le atribuya un valor determinado a un medio probatorio. Por ejemplo, el acto o contrato solemne solo puede ser

acreditado por la solemnidad prevista por el legislador. También se darán por probados hechos en base a presunciones legales cuando se cumplan con los requisitos o circunstancias previstas por el legislador, sin admitirse prueba en contrario.

c) Ejecución provisional.

Producto de las falencias detectadas en el sistema vigente, y como medio para dar mayor relevancia a las sentencias de primera instancia, este Proyecto de Código contiene la institución de Ejecución Provisional de sentencias de condena. En simples palabras, la ejecución provisional faculta a la parte vencedora a solicitar el cumplimiento de la sentencia de primera instancia que le es favorable, sin necesidad de rendir caución.

Su regulación es idéntica a las disposiciones previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, salvo ciertas excepciones. La parte vencida podrá oponerse a esta ejecución provisional por medio de una demanda, y sus fundamentos pueden ser 2:

- i) Que sea una sentencia no ejecutable provisionalmente, según las normas de esta institución;

- ii) Que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior de la ejecución en caso de que la sentencia de condena fuere revocada.

Finalmente, si la sentencia ejecutada provisionalmente fuera revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución. Se debe retrotraer el proceso al estado anterior, devolviéndose lo percibido en su caso, y compensando los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución.

d) Nuevo Recurso de Apelación.

El recurso de apelación introducido en el proyecto se presenta como un recurso amplio de doble impugnación²², ya que abarca aquellas causales que en el procedimiento civil vigente son propias del recurso de casación en la forma. Se admite sin discusión alguna en la doctrina procesal que el fundamento general de los recursos es la falibilidad humana²³. Por este

²² COMISION DE CONSTITUCION, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA. 2013. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. [en línea] Eugenio Foster Moreno <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10566&formato=pdf>> [consulta: 08 junio 2019] p. 16

²³ MOSQUERA, M.; MATURANA, C. 2010. Los recursos procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 30.

motivo, la legitimación activa para interponer este recurso es común a todas las vías de impugnación contenidas tanto en el proyecto como en el Código vigente: que la resolución impugnada le haya causado un agravio a la parte que lo interpone, que se pueda resarcir mediante la modificación o invalidación de la resolución²⁴.

Por lo tanto, podemos establecer que este recurso tiene por objeto solicitar al tribunal superior respectivo que enmiende o revoque, conforme a derecho, la resolución dictada por el tribunal inferior. Esta enmienda o revocación puede ser total o parcial, en base a las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el tribunal inferior. Sin embargo, dicha alegación no es la única que gatilla la impugnación mediante esta novedosa vía. Podrá alegarse también, o de forma exclusiva, la infracción a normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en primer grado jurisdiccional, para obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o solamente de ésta. En otras palabras, podrá alegarse como causal de

²⁴ BORDALÍ, A.; CORTEZ MATCOVICH, D.; PALOMO VELEZ, D. 2006. Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación. Santiago, Legal Publishing. p. 26.

impugnación aquellos fundamentos que generalmente son propios de recursos de nulidad²⁵.

²⁵ COMISION DE CONSTITUCION, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA. 2013. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. [en línea] Eugenio Foster Moreno <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10566&formato=pdf>> [consulta: 08 junio 2019] p. 16

CAPÍTULO 2: ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN.

1.- Historia de la oralidad en ámbito civil.

Ya en el año 1906, Chiovenda mencionaba la ventaja y preferencia de la oralidad dentro de los sistemas procesales civiles, frente a la lenta y desconcentrada escrituración:

“La experiencia derivada de la historia permite añadir aun que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente²⁶”.

La primera ley procesal civil importante en que triunfó la oralidad es el reglamento procesal civil del imperio germánico, de 1877. Tras 15 años de

²⁶ CHIOVENDA, G. 1925. Principios de derecho procesal civil. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid, Editorial Reus. Tomo II. p. 127

vigencia de dicho reglamento, Austria también introdujo la oralidad con el nuevo reglamento de 1895. Hungría fue el tercer introductor de la oralidad en el proceso civil, mediante la dictación del nuevo reglamento de Enero de 1911, el cual comenzó a regir desde el año 1914, basado en el modelo germánico austriaco. Sin embargo, ya existían aproximaciones a la oralidad a principios del siglo XIX, por medio de la consagración de los códigos napoleónicos a través de la dictación del *Code de procédure civile* de 1806 y el *Code d'instruction criminelle* de 1808²⁷.

Esto hace preguntarnos cuál es el motivo que ha generado el retardo en la implementación de la oralidad dentro de los sistemas civiles. Según Chiovenda, esto tiene una explicación política, la oralidad se consagró de manera gradual en el siglo XIX producto de activismo político primordialmente dentro de los sistemas penales. Si este principio se demoró en adquirir relevancia dentro de los sistemas civiles, es debido a que en este campo no se presenta como un principio político, sino más bien como un simple principio técnico jurídico²⁸.

²⁷ CHIOVENDA, G. 1925. Ob. Cit. p. 128

²⁸ CHIOVENDA, G. 1925. Ob. Cit. p. 128

“No tuvo, por tanto, hacia él la apasionada devoción de las masas, sino únicamente la fría y meditada adhesión de los estudiosos, de los prácticos, de los gobernantes, que consideraron por una parte la identidad sustancia del proceso civil y penal, y por otra la beneficiosa influencia que el principio de la oralidad por sí mismo puede tener en el desarrollo de los juicios²⁹”.

En la actualidad, este sistema ha adquirido una notoria preferencia por parte de expertos frente a los escriturados. En 1988, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal da a conocer la redacción de un Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el cual sienta bases generales para los distintos países latinoamericanos. Este trabajo consagra los principios de publicidad, inmediación y concentración mediante procesos orales de única instancia³⁰.

Pese a que la escrituración dominó los sistemas jurídicos en Chile por más de 100 años desde que los primeros códigos orales se originaron en el mundo occidental, solo a comienzos de este milenio existen procedimientos orales

²⁹ CHIOVENDA, G. 1925. Ob. Cit. p. 128

³⁰ LEDESMA, A. 2004. Principales problemas que plantea el sistema oral. Revista Sistemas Judiciales, CEJA (7): 18

dentro del ordenamiento nacional. Desde el año 2005, los procedimientos laborales se realizan en audiencias orales y concentradas con la promulgación de la Ley 20.087. Asimismo, la reforma procesal penal actualizó un arcaico sistema inquisitorio, creando un Ministerio Público a cargo de las diligencias persecutorias y estableciendo audiencias de formalización y de juicio en las cuales un juez preside continuamente a lo largo del proceso. Por otra parte, los juicios de familia también se llevan a cabo mediante audiencias orales y concentradas. Es dentro de este proceso de actualización y reforma de las actuaciones judiciales en general que se manifiesta esta tardía reforma procesal civil, cada vez más ansiada por la comunidad jurídica.

2.- La oralidad dentro del proceso.

La oralidad, también llamada modelo procesal por audiencia, implica que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito como medio de comunicación entre las partes y el juez³¹. El núcleo de la actividad jurisdiccional se deposita en vistas, audiencias y comparecencias, en las que “la palabra hablada es el vehículo por el cual se substancian las

³¹ BORDALÍ, A.; CORTEZ MATCOVICH, D.; PALOMO VELEZ, D. 2014. Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar. 2ª ed. Santiago, Thomson Reuters, p. 65.

actuaciones³²”. Lo anterior implica que las audiencias se realicen de forma verbal, de la misma manera que la interrogación de testigos, la confesión de parte y el resto de la aportación de pruebas.

Sin embargo, para comprender la oralidad no solo hay que atender a su elemento exterior, se deben integrar los elementos interiores o correlacionales que se desprenden necesariamente de la implementación de este principio. La doctrina general ha estimado que de la oralidad se desprenden una serie de requisitos mínimos que deben cumplirse para que este principio tenga sentido y fundamentación dentro del procedimiento. Chiovenda reconoce al menos 3 criterios que deben respetarse³³:

- i) El juez del proceso oral debe estar constituido desde el comienzo de pleito hasta la decisión por las mismas personas físicas. En caso de no respetarse esta regla, el juicio que es oral respecto del juez que es impregnado por las audiencias orales, deviene en escrito para el juez que sentencia. De esta manera, el autor reconoce la exigencia de intermediación como parte de la oralidad.

³² GASCÓN, F. 2008. Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España [en línea] <<https://eprints.ucm.es/26700/>> [consulta: 25 junio 2020]. p.1

³³ CHIOVENDA, G. 1925. Ob Cit., pp. 134-136

- ii) Se requiere que el proceso oral sea concentrado lo más posible en una audiencia o en pocas audiencias próximas. Esta es la regla general dentro del proceso penal vigente en Chile, así como en materia laboral y en procedimientos de familia. La cercanía entre las actividades procesales y la decisión final de tribunal se traduce en una disminución del riesgo de que dichas impresiones adquiridas por el juez desaparezcan. Además, se disminuye asimismo el riesgo de que el juez que conoce se encuentre incapacitado para dictar sentencia después de la producción y aportación de pruebas, ya sea por enfermedad, deceso, ascenso o retiro. El autor reconoce la segunda exigencia de la oralidad: concentración de los actos procesales.
- iii) La oralidad y la concentración exigen que la decisión del incidente no sea impugnada separadamente del fondo. Lo anterior implica que la inapelabilidad de las sentencias interlocutorias es una regla que no debe abandonarse, sino para algunas excepciones fundamentadas en la conveniencia de suspender la continuación del pleito hasta que se decida sobre la apelación.

Desde esta antigua derivación de elementos la doctrina contemporánea ha desprendido los denominados principios-consecuencia de la oralidad: inmediación, continuidad y concentración.

“La opción por la oralidad necesariamente conlleva la asunción de sus consecuencias, a saber: la inmediación, la continuidad y la concentración. Por tanto, en la medida que el proceso es oral, necesariamente existirá una inmediación entre las partes y el Tribunal. Por otro lado, la oralidad necesariamente lleva a la continuidad y la concentración de actuaciones, ya que todas ellas deben desarrollarse sin interrupciones en el juicio oral³⁴”.

Oralidad, concentración e inmediación son entendidas por la doctrina como grandes contribuidores a una respuesta judicial más correcta y justa, toda vez que refuerzan el valor de lo actuado por las partes y sus representantes en el proceso³⁵.

“El Tribunal Federal alemán estableció que el sentido y el objetivo del principio de la oralidad es obtener una impresión viva e inmediata

³⁴ NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Ob. Cit., p. 182

³⁵ GASCÓN, F. 2008. Ob. Cit. p. 3.

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 tribunal³⁶”.

Es necesario destacar, antes de analizar específicamente cada uno de estos elementos, que no exclusivos de la oralidad. Tanto inmediación como concentración pueden integrarse dentro de sistemas escritos o mixtos, no son excluyentes de los sistemas orales. Pese a que ambos elementos no de desprendan únicamente de la oralidad, sí son esenciales a esta; su omisión genera un modelo oral que no logra solucionar las falencias para las que fue ideado, tal como veremos a continuación.

3.- Principales consecuencias o elementos de la oralidad.

a) Inmediación.

La palabra inmediación es definida por la RAE como la cualidad de inmediato, es decir, aquello que es continuo o cercano. Se entiende como la

³⁶ PEREZ-RAGONE, A.; PALOMO, D. 2009. Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII: 371.

presencia de un juez o magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas. Se ha dicho que constituye “una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes³⁷”. La inmediación consiste, de forma general, en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe proveer, y el juez se comunica directamente con las partes y los demás intervinientes en el proceso.

“El principio de la *immediatezza* tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes, y entre las partes y el juez es precisamente directo e inmediato³⁸”.

Este principio nace como una garantía que buscaba negar el secretismo de los sistemas de justicia anteriores, los cuales solo exteriorizaban la ejecución de la pena³⁹. Con el nacimiento de los estados liberales, se estableció que si el gobierno es el pueblo, el pueblo debe saber cómo gobiernan y administran

³⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO, I.; VEGAS TORRES, J. 2000. Ob. Cit., p. 76.

³⁸ CHIOVENDA, G. 1925. Ob. Cit., p. 174

³⁹ BACIGALUPO, E. 2009. Derecho Penal y el Estado de Derecho. México D.F., Editorial Jurídica de las Américas. p. 252

sus representantes. Solo con un sistema público y oral se podría concretar tal anhelo. La inmediación es requisito y consecuencia lógica de la conjugación de oralidad y publicidad, “para que cualquiera pueda verlo, oírlo y entenderlo, los jueces, imprescindiblemente, solo podían acceder a la prueba que se practicaba ante ellos de viva voz⁴⁰”.

Esta inmediación tiene una garantía implícita, la que tiene que ver con el carácter *in-mediato*, es decir, no mediado o libre de interferencias, presente en las relaciones de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa⁴¹. Si bien la mayor parte de los autores hace énfasis en la relación juez-parte, Calamandrei pone énfasis en la dimensión de interactividad, definiéndola como: “presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones⁴²”.

Es necesario en este momento referirse el doble sentido de la inmediación, distinguiendo entre la inmediación en sentido amplio e inmediación en

⁴⁰ BACIGALUPO, E. 2009. Ob. Cit. p. 253

⁴¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). Revista Jueces para la Democracia (46): 57

⁴² CALAMANDREI, P. 1973. Instituciones de derecho procesal civil. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA. Tomo I. p. 330.

sentido estricto⁴³. La inmediación en sentido amplio responde a la descripción ya establecida respecto de esta institución, supone que el juez asista a la práctica de las pruebas y entre en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio. Sin embargo, esta descripción no es suficiente; mientras la inmediación en sentido amplio se entiende como un requisito de formalidad o de seriedad en el desarrollo de las actuaciones y en la práctica de pruebas, la inmediación en sentido estricto impone que el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas sea quien dicte el fallo.

De esta manera se origina una de las más importantes obligaciones derivadas de la inmediación: el juez que conoce de la prueba aportada durante el procedimiento debe ser el mismo juez que dicte sentencia⁴⁴. La finalidad perseguida con la continua presencia del juez es que utilice el contacto directo que tuvo de forma perceptiva, con las partes y la prueba, a la hora de sentenciar. Debe apoyarse en lo que vio y oyó personalmente a la hora de valorar la prueba aportada, y no en la documentación que meramente lo refleja. Esto es un cambio diametral respecto a la actuación del juez en el

⁴³ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. p. 474

⁴⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Ob. Cit. p. 115

proceso civil vigente, en el cual se resume gran parte de su labor como sentenciador en el examen de diversos documentos emanados desde las partes y que han sido confeccionados por algún funcionario o auxiliar de poder judicial.

Existen opiniones contrarias a esta concepción dualista de inmediación. Si bien la profesora Calderón reconoce que la LEC/2000 española sigue este criterio, estima que constituye un error. Para ella, la inmediación se establece “como esa garantía de justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes, en congruencia con lo que exige la libre valoración de la prueba⁴⁵”. Por este motivo, su definición debería ser única, siguiendo la misma lógica su regulación.

Por otra parte, el principio de la inmediación exige abandonar el sistema de prueba legal o tasada. Cuando un sistema contempla una determinada fuerza probatoria para cada medio probatorio, la percepción directa del juez

⁴⁵ CALDERÓN CUADRADO, M. Pía. 2002. Sobre la exigencia de inmediación en la nueva LEC y su compatibilidad con los recursos ordinarios. [en línea] Revista de Derecho Universidad de Valencia. Noviembre (1) <<https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/pia.htm>> [consulta: 06 agosto de 2019] p. 2. Cabe mencionar que enuncia dicha interpretación en base a la otorgada por De La Oliva Santos: “una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes” en: DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO, I.; VEGAS TORRES, J. 2000. Ob. Cit. p. 76.

que conoce no tiene relevancia alguna, ya que para cuantificar su poder probatorio deberá guiarse por los criterios que positivamente están consagrados en la ley. Un juez que cuantifica, no necesita ver la declaración del testigo, a diferencia de un juez que debe fallar en bases a sus propias impresiones, debiendo ponderar la prueba a conciencia⁴⁶.

En síntesis, al principio de la inmediación se le han reconocido muchas bondades⁴⁷. En primer lugar, el juzgador puede ejercer control sobre las intervenciones de letrados y no letrados, evitando, por ejemplo, preguntas capciosas o intervenciones dilatorias o impertinentes⁴⁸. Otorga la inmediata posibilidad al juzgador de interrogar sobre aquello declarado por alguna de las partes cuando surjan dudas respecto a términos confusos u oscuros que sean empleados, permitiendo tener completa claridad una vez terminada la instancia⁴⁹. Finalmente, la ventaja que ya mencionábamos, es el mismo juez quien conoce de la prueba rendida y que dicta sentencia.

⁴⁶ BACIGALUPO, E. 2009. Ob. Cit. p. 253

⁴⁷ MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. El mito de la influencia de la inmediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica. *Revista Justicia* (2): 343

⁴⁸ NIEVA FENOLL, J. 2010b. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. *Civil Procedure Review* 1(2): 38

⁴⁹ NIEVA FENOLL, J. 2010. Ob. Cit. p. 39

b) Continuidad y concentración.

Dado que se exige la presencia ininterrumpida del juez en la audiencia, resulta necesario que esta se realice de forma continua, breve, eficaz y precisa⁵⁰. Se les considera las principales características exteriores del proceso oral, con una significativa incidencia en disminuir la duración de los litigios⁵¹.

Lo anterior se logra en la práctica mediante la eliminación de actuaciones frente a funcionarios o auxiliares, las cuales deberán realizarse frente al juez durante una audiencia de vista y de manera oral, conjugando así las dos instituciones ya mencionadas. Además, se acortan y restringen las vías de impugnación, en especial respecto a sentencias interlocutorias, una de las causales de mayor dilación de los procesos.

La continuidad y concentración de los procesos, en especial de la actividad probatoria, es sumamente necesaria para una efectiva conjugación de oralidad-inmediación⁵². Permite un contacto directo y, por sobre todo,

⁵⁰ MATURANA MIQUEL, C.; MONTERO, R. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Santiago, Legal Publishing Chile, p. 722.

⁵¹ PÉREZ-RAGONE, A.; PALOMO, D. 2009. Ob. Cit. p. 374

⁵² TARUFFO, M. 2008. Ob. Cit. p. 10

cercano, del juzgador respecto a la prueba aportada. Lo anterior permite que el juez sentencie con un recuerdo más cercano de las impresiones obtenidas de la actividad probatoria⁵³.

⁵³ MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit. p. 346

CAPÍTULO 3: LA DOBLE INSTANCIA EN CONFLICTO.

1.- Introducción a una aparente contradicción.

Como ya mencionamos en este trabajo, el recurso de apelación opera como una institución revisora de las decisiones adoptadas por los tribunales en primera instancia. Lo anterior implica que el tribunal de segunda instancia podrá conocer tanto de los hechos como del derecho, es decir, podrá revisar la valoración dada a cada prueba aportada y como esta valoración se manifiesta en la aplicación del derecho mediante la sentencia que acoge o deniega la pretensión de la parte recurrente.

Respecto de la actividad jurisdiccional ejercida por el tribunal, y como garantía de las partes, la inmediación tiene dos dimensiones:

- i) Presencia constante del juez en la actividad probatoria.
- ii) La utilización de las impresiones obtenidas durante la actividad probatoria para valorar a la hora de dictar sentencia.

“Únicamente cabrá hablar de verdadera inmediación –en su acepción de principio- cuando, además de concurrir la mencionada presencia, la convicción judicial determinadora del contenido de la resolución que haya de recaer en el asunto sometido a su decisión se forme con lo visto y oído, esto es, con lo percibido inmediata – valga la redundancia- y personalmente, exigiendo, pues, una conexión directa del juzgador con los intervinientes en el juicio la realidad que ha de enjuiciar⁵⁴”.

Durante la discusión parlamentaria del Proyecto de Código Procesal Civil existieron voces que trajeron a colación una contradicción (supuestamente) absoluta entre segunda instancia e inmediación: el juez de segunda instancia podrá enmendar o revocar una sentencia de primera, dictada por un juez que sí conoció de la prueba aportada en el juicio de manera inmediata.

La inmediación consagrada en este nuevo proceso oral, exige la presencia constante del juez en las audiencias necesarias para la substanciación del proceso, resultando de específica relevancia su contacto directo con la prueba rendida en la fase procesal correspondiente. Lo anterior en base a que el juez

⁵⁴ DE LAS HERAS, M. 2002. Ob. Cit. p. 180

deberá fallar atendiendo a las impresiones que directamente haya obtenido de la actividad probatoria.

Pese a esta exigencia, dicha sentencia podrá ser revocada e incluso reemplazada por un tribunal superior vía recurso de apelación. Y el juez que conocerá del recurso resolverá sin haber conocido, de manera directa, las intervenciones de las partes y demás sujetos que actúan en el proceso, en pos de esclarecer la verdad de los hechos y así fundar su pretensión.

Resulta lógico, a priori, plantear que un sistema con tribunales de alzada, que pueden revocar una sentencia de primera instancia, e incluso dictar otra de reemplazo, no puede consagrar como principios la oralidad e inmediación. Si se considera la oralidad e inmediación como cuestiones elementales para la configuración del debido proceso, la segunda instancia operaría de forma contradictoria a esta garantía.

“Por su parte, la doctrina nacional que se ha pronunciado en el tema, tomando como base los planteamientos realizados a propósito de la reforma procesal penal, ya desde hace varios años, ha destacado y asumido la necesidad ‘ineludible’ de lograr establecer un sistema que resulte ‘compatible’, ‘consistente’ y

‘coherente’ técnicamente con las características y particularidades de un modelo procesal oral, cambiando el ‘paradigma tradicional’ imperante en esta materia y salvando por tanto este ‘gran escollo dogmático’. Esa compatibilidad, consistencia y coherencia se obtendría sólo con la supresión de la doble instancia y la regulación de un recurso extraordinario circunscrito a la revisión de la aplicación del Derecho, sin poder alterar la base fáctica de la decisión del tribunal, condición indispensable para poder conciliar el sistema recursivo con los principios del derecho procesal moderno⁵⁵”.

Esta necesidad de conciliación ha sido objeto de largo debate, no sólo dentro de la doctrina nacional, sino que también en el derecho comparado. Evidentemente, durante la redacción del proyecto de Código, la doctrina contraria a la mantención de la doble instancia se ha opuesto a la permanencia del recurso de apelación dentro del sistema de impugnación procesal civil.

“La existencia de la doble instancia es incompatible con la vigencia del principio de oralidad, inmediación, concentración y

⁵⁵ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. pp. 467-468.

con el sistema de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. En este sentido, no compartimos el criterio seguido por otras reformas de la justicia civil que, a pesar de haber establecido una tramitación de los juicios en base a audiencias, han mantenido la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia definitiva (vg. España y su LEC 2000)⁵⁶”.

Es de común acuerdo entre aquellos opositores a la doble instancia que el recurso elemental y único compatible con este nuevo sistema por audiencias es el de nulidad. La casación ampliada permitiría un control de cuestiones de hecho e incluso de derecho mediante 2 vías:

- i) Conceptos jurídicos indeterminados: respecto de estos supuestos, el tribunal que conoce del recurso de nulidad podrá verificar el alcance que se fijó a los mismos por el tribunal de instancia, permitiéndole de esta manera conocer de los hechos.
- ii) Examen de la coherencia interna del razonamiento jurídico de la sentencia: controlar la fundamentación correcta de la sentencia vía recurso de nulidad, así como ocurre en materia penal, permitiría

⁵⁶ NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Ob. Cit. p. 185

corregir errores de derecho en los que haya incurrido el tribunal que conoce en primera instancia⁵⁷.

La postura que se muestra contraria a la mantención de la doble instancia en un sistema procesal que consagra la oralidad e inmediación ha sido abiertamente criticada por un sector doctrinario que las entiende compatibles. Este sector estima que la contradicción surge producto de una idealización o concepción formulista de la inmediación, entendiéndola erróneamente como un principio procesal. Esta incorrecta interpretación, que plantea una incompatibilidad absoluta entre las dos instituciones, sigue una lógica que denominaremos: el mito de la inmediación⁵⁸.

2.- El mito de la inmediación.

El mito de la inmediación implica una concepción formulista del llamado principio, otorgándole un carácter imaginario, similar al de un método de decisión o regla de juicio. Este mito sigue la noción de que apreciar

⁵⁷ NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Ob. Cit. p. 185-186

⁵⁸ Este término fue extraído del trabajo de Carlos de Miranda Vázquez, quien se refiere al “Mito de la influencia de la inmediación judicial en la valoración de las pruebas personales.” Quisimos utilizar el término mito para referirnos a una falsa creencia, ampliando su aplicación a la utilizada por Miranda, quién restringe el mito a la inmediación en las pruebas personales. Para más información consultar: MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit.

inmediatamente la prueba aportada en un proceso generaría una especie de epifanía⁵⁹ al sentenciador sobre la veracidad de las alegaciones y correcta valoración de los medios probatorios.

Hemos denominado esta posición doctrinaria como formulista, debido a que ha provocado la degeneración de la inmediación producto de su excesivo formalismo. Roberto Berizonce describe al formulismo como aquella circunstancia en que las formas en sí mismas se transforman en sacramentalismos inútiles, provocando la contracara al acceso a la justicia que buscan obtener en su forma original⁶⁰.

Esta interpretación de la inmediación surge de una línea doctrinaria que afirma que la valoración de la prueba se produce en el momento en que el juez toma conocimiento de lo declarado por la parte interviniente⁶¹. El juez que escucha los testimonios, que conoce de los documentos aportados y que presencia las declaraciones de las partes y sus representantes, por medio de la inmediación, obtendría un grado de certeza de tal nivel que impediría

⁵⁹ ACCATINO, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXII): 355

⁶⁰ BERIZONCE, R. 2004. La oralidad no es para jueces cómodos, sino al revés. *Revista Sistemas Judiciales CEJA* (7): 16

⁶¹ MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. *Ob. Cit.* p. 344

revisar la sentencia y sus conclusiones al juez de segunda instancia, el cual no estuvo presente durante el término probatorio.

Es esta idealización de la inmediación la que genera la aparente contradicción entre un sistema preferentemente oral y la existencia de una segunda instancia revisoria de los hechos y del derecho. En base a esta lógica, el juez podrá utilizar los gestos que esbocen los testigos, las partes y demás intervinientes para convencerse sobre la veracidad de sus alegatos⁶². Atendiendo al grado de convencimiento que demuestren las partes al afirmar o negar un hecho lo dará o no por probado, interpretará una cláusula dudosa contenida en un contrato según la alegación que más segura y verídica suene. Todos estos detalles que se escaparían del informe recibido por el juez mediante la rendición escriturada de testimonios y documentos podrán ahora percibirse gracias a la oralidad de las audiencias.

La principal y más problemática consecuencia que se desprende indudablemente de esta concepción doctrinaria es que el juez, ya sea por escrito o por medio de palabras, se encuentra imposibilitado de exteriorizar

⁶² MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit. p. 344

estas impresiones que han sido obtenidas y procesadas en su mente⁶³. Es decir, no solo haría un examen jurídico-racional en base a la prueba aportada. Aquellas impresiones obtenidas, consciente o inconscientemente, que le otorgan certeza sobre la veracidad del contenido expuesto, estarían incluidas dentro de las razones a considerar en su fallo, las cuales no podría expresar. Es esta consecuencia la que impediría, entonces, operar la apelación como medio de impugnación de sentencias.

Aunque nos pusiéramos en la poco probable situación que un juzgador lograra describir, con una capacidad literaria sin comparación, el proceso intelectual que lo guio a determinar una sentencia a favor o en contra de cierta pretensión, esta no podría ser corregida o rechazada por un tribunal superior. De esta manera operaría la garantía de la inmediación: otorgaría certeza a las partes de que el único juzgador habilitado para sentenciar sobre los hechos aportados y probados en juicio será aquel que está presente durante la etapa probatoria.

⁶³ MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit. p. 345

3.- Naturaleza jurídica y finalidad de oralidad e inmediación.

a) De principios a reglas técnico-jurídicas.

La oralidad e inmediación no deben ser entendidas como principios propios de un sistema procesal civil, sino como normas técnico-jurídicas que regulan las distintas fases o etapas de un procedimiento. A la hora de determinar su naturaleza jurídica, es necesario no confundir formas procesales con principios propiamente tales⁶⁴. La oralidad, y su consecuencia lógica (inmediación, continuidad y concentración) no pueden ni deben concebirse como principios procesales, ya que su presencia no es necesaria para concebir un sistema procesal que no atente contra el debido proceso.

El concepto de debido proceso ha sido de difícil conceptualización a lo largo de la historia y doctrina. Proveniente del *Common Law* anglosajón bajo el término *due process of law*, nace un lejano año 1215 con la Carta Magna inglesa⁶⁵. Hoy en día suele referirse al debido proceso como un derecho de las partes o intervinientes en un proceso, las que una vez hayan franqueado el acceso a la justicia, les permite que el proceso se desarrolle acorde a

⁶⁴ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. p. 471.

⁶⁵ EVANS DE LA CUADRA, E. 1999. Los Derechos Constitucionales. Santiago Editorial Jurídica de Chile, p. 30

aquellas garantías esenciales, racionales y justas de un procedimiento no arbitrario y equitativo⁶⁶.

Existen 2 tipos de piezas que debe conjugar ‘un legislador’ para crear un sistema procesal. Las primeras son aquellas piezas de las cuales no puede disponer, que son una carga, una imposición⁶⁷. La omisión de estas piezas – verdaderos principios según Palomo Velez- impide hablar de un verdadero proceso justo, por lo que conllevan una importancia fundamental de manera valórica. Claro ejemplo de estas piezas sería el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el epígrafe de ‘Garantías Judiciales’, que dice:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus

⁶⁶ GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Estudios constitucionales 11(2): 230.

⁶⁷ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. p. 472.

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

El segundo grupo de piezas son aquellas que sí pueden ser dispuestas por el legislador. Este ente creador se encuentra facultado para incluirlas, de manera absoluta o morigerada, ya sea en la totalidad o en determinadas partes del proceso; o podrá no incluirlas en absoluto. Por lo tanto, estas piezas no serían verdaderos principios, sino que simplemente reglas técnico-jurídicas.

“Oralidad y escritura forman parte de este grupo de piezas, por lo que cuando se habla de la oralidad no se está haciendo mención de un verdadero ‘principio’, sino que a algo que posee una importancia sensiblemente menor que la que ostentan aquéllos. En este terreno no existen imperativos, existen las opciones y la posibilidad cierta de combinaciones de estas reglas como queda demostrado en las legislaciones procesales modernas que si bien introducen la regla de la oralidad con carácter predominante, no renuncian (por diversas razones) a que ciertos actos o fases del proceso sigan siendo configuradas desde la regla de la escritura⁶⁸”.

⁶⁸ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. p. 473

Los verdaderos principios son necesarios para obtener un sistema procesal que sea acorde al debido proceso, las reglas técnicas solo sustancian este sistema que ya es acorde. Un modelo escriturado, en el que las partes hacen sus alegaciones por medios documentales, en que el juez conoce por medio de informes las pruebas aportadas y la veracidad de estas, es plenamente concebible dentro de los parámetros del debido proceso. No así un sistema en el que el juez no sea parcial, o donde existan tribunales que no se encuentren preestablecidos. Las normas que establecen los criterios del debido proceso son aquellas que establecen principios procesales, cuya omisión haría de un nuevo sistema contrario a tratados y estándares internacionales.

La doctrina española ha concluido algo similar respecto de la inmediación, pero no así de la oralidad. A diferencia de la oralidad, el de inmediación no es un principio constitucionalmente consagrado. Es, en realidad, un presupuesto de la regulación legal de los actos procesales en los que interviene el juez, es decir, que los distintos medios de prueba, las comparecencias y las vistas están diseñadas por el legislador dando por

entendido que en ellas se hallará presente siempre el juez⁶⁹. La más relevante diferencia es que la oralidad está contenida dentro de su constitución, adquiriendo positivamente un rango superior a la inmediación dentro de sus sistemas procesales, pudiendo afirmarse que en este caso la oralidad sí opera como principio, ya que su inobservancia conllevaría inconstitucionalidad.

Dentro de un sistema judicial con tribunales de alzada que pueden revocar una sentencia de primera instancia, e incluso dictar otra de reemplazo, no puede contenerse como principios la oralidad e inmediación si entienden estas instituciones como, valga la redundancia, principios. Si se considera la inmediación como elemento esencial para la configuración del debido proceso, la segunda instancia operaría de forma contradictoria a esta garantía, atentando contra la constitución y los tratados y estándares internacionales. A nuestro parecer, esta afirmación se encuentra errada en sus inicios, y negar la segunda instancia en base a la inmediación es darle una ponderación sumamente mayor de la que esta regla técnico-jurídica debiese tener dentro de un sistema procesal. Palomo Vélez es categórico a la hora de afirmar lo anterior:

⁶⁹ GOMEZ MARTINEZ, C. 2003. Ob. Cit. p. 85

“Podría fructificar si con ignorancia supina cometiera el error de confundir cuestiones que, según hemos explicado, son claramente diversas: los principios procesales y las reglas, mezclando, como se diría popularmente, peras con manzanas. Sólo así se entendería que el legislador terminara contemplando un sistema recursivo restringido, con el solo afán de proteger la oralidad y la inmediación propias del modelo oral que se quiere recoger⁷⁰”.

Oralidad y escrituración pueden (y deben) convivir dentro de un sistema procesal civil⁷¹. La edificación de un procedimiento oral, en especial para el conocimiento de materias civiles, requiere necesariamente la existencia de elementos escriturados. En la enorme mayoría de procedimientos civiles, la prueba es predominantemente documental⁷².

“Exclusivamente oral solo puede ser un proceso primitivo: cuando los pleitos u los medios de prueba son sencillos, simples, y no se admiten las impugnaciones o apelaciones y los medios de

⁷⁰ PALOMO, D. 2010. Ob. Cit. p. 502.

⁷¹ DUCE, M.; MARÍN, F.; RIEGO, C. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: CEJA. Justicia civil: perspectiva para una reforma en América Latina. Santiago, Chile, p. 37

⁷² NIEVA FENOLL, J. 2010b. Ob. Cit. p. 27.

reproducción de la palabra son difíciles. En los pleitos de una civilización más avanzada la escritura tiene siempre una parte. Todo proceso moderno es, por lo tanto, mixto; y será oral o escrito según la importancia que en él se dé a la oralidad y a la escritura, y sobre todo según el modo de verificar la oralidad⁷³”.

De esta manera, obtenemos una primera conclusión principal de este trabajo. La inmediación no puede entenderse como un principio procesal que garantiza derechos fundamentales de las partes litigantes. No es un verdadero principio, sino una regla de carácter técnico-jurídico, dirigida a regular la labor de juez durante la actividad probatoria y a obligarlo a dictar sentencia en base a las impresiones obtenidas durante esta etapa procesal.

Su existencia dentro de un sistema queda en manos del legislador, ente que podrá incluirla o no, de forma total o parcial, a su discreción, y de la forma que estime que sea más conveniente y menos contradictoria con el resto de los elementos que utilizará para edificar el sistema procesal civil que desee. Esto no atenta necesariamente contra el derecho a un debido proceso, toda vez que no se trata de una regla fija. A diferencia de oralidad e inmediación,

⁷³ CHIOVENDA, G. 1925. Ob. Cit. p. 129

el debido proceso es un verdadero principio, y como tal, admite diversas modalidades concretas⁷⁴.

Por otra parte, podemos concluir que la inclusión de oralidad no impide la existencia de elementos escriturados dentro del proceso. La finalidad de oralidad e inmediación, tal como explicaremos a continuación, es la convicción del tribunal a través de actuaciones en audiencia y no escritas⁷⁵. Perfectamente puede relegarse la escrituración a actuaciones de mero trámite sin afectar el carácter de juicio por audiencias propio de un proceso oral.

b) Finalidad de la inmediación.

La inmediación es una garantía para las partes litigantes dentro del proceso. La participación activa del juez y su constante presencia en las audiencias hacen de su labor una actividad sumamente directa, en comparación con el sistema vigente. Es una regla que obliga al juez a presenciar la aportación de prueba, su fundamentación, su impugnación, es decir, empaparse en la discusión de fondo del litigio.

⁷⁴ ZAPATA, P. 2008. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 568.

⁷⁵ DUCE, M.; MARÍN, F.; RIEGO, C. 2008. Ob. Cit. p. 37

En el modelo chileno, la apelación consagra la segunda instancia, y es la manifestación primordial del derecho a recurrir. Eliminarla implicaría retroceder en garantías ya adjudicadas legislativamente dentro del ordenamiento chileno. Preferir la inmediación por sobre la apelación convertiría a la inmediación en una barrera de entrada para recurrir sentencias que sean contradictorias al derecho y a la pretensión de las partes. Su supresión conllevaría una carga gigantesca a la economía procesal y atentaría contra la concentración de las audiencias.

“La inmediación no puede convertirse en un mecanismo para evitar la recurribilidad de las sentencias. Bien al contrario, debe ser la clave para favorecer dicha recurribilidad, con la mejor adquisición de la convicción por parte del juez en la forma referida, y con su mejor motivación⁷⁶”.

Lo que esta regla obliga, permite y garantiza, se correlaciona a los aportes de la oralidad y la contradicción. Las ventajas de estas reglas jurídicas se manifiestan cuando el legislador las consagra en ciertos momentos y

⁷⁶ NIEVA FENOLL, J. 2010b. Ob. Cit. p. 41

actuaciones procesales, como serían aquellos en que se define el objeto del proceso y se rinde la prueba correspondiente⁷⁷.

“Ahora bien, ocurre que la manera de entender la práctica de la inmediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción. En efecto, entendido este como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos solo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, y la justificación de los resultados⁷⁸”.

Para nosotros, la inmediación entendida correctamente se presenta como una técnica de formación de prueba⁷⁹, y su contenido consiste en requerir la

⁷⁷ GASCÓN, F. 2008. Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España [en línea] <<https://eprints.ucm.es/26700/>> [consulta: 25 junio 2020] p. 4

⁷⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Ob. Cit. p. 58

⁷⁹ IACOVIELLO, F.M. 1997. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milán, p.151. En: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Ob. Cit. p. 59.

presencia ininterrumpida de los sujetos procesales, persiguiendo el fin de la práctica jurisdiccional consistente en la delegación de funciones de recepción de prueba, asegurando el principio de contradicción⁸⁰. Lo anterior se condice expresamente con la redacción del Proyecto, el cual en su artículo 7° consagra la inmediación estableciendo lo siguiente: Las audiencias se realizarán siempre con la presencia del juez, a quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones.

c) Peligros de una oralidad e inmediación formulista.

El “Mito de la inmediación” entonces, puede resumirse como la creencia de que esta garantía o regla técnico-jurídica opera como método de decisión. La profesora Daniela Accatino menciona esta errónea concepción de la inmediación respecto de la posibilidad de revisar sentencias judiciales (penales) mediante vía recurso de nulidad. Establece que entenderla como método de decisión implica creer que: “la decisión sobre la suficiencia de la prueba acontecería en contacto inmediato con ésta, como una especie de

⁸⁰ ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p. 355

epifanía inefable respecto de la cual no cabría en definitiva justificación, ni tampoco, por supuesto, control⁸¹”.

Argüir que la intermediación opera como método de decisión implica interpretar subjetivamente el estándar de prueba y la libre valoración de esta. Toda sentencia obtenida en primera instancia sería, por lo tanto, inapelable, ya que el grado de convicción alcanzado por el juez, y su justificación, serían imposibles de revisar por un tribunal ajeno. Lo anterior obliga a elevar la intermediación a un nivel peligroso de importancia, ya que esta interpretación subjetiva implica una serie de cuestiones que hacen de la labor jurisdiccional una faena sumamente discrecional.

“No se puede pensar, seriamente, que la apreciación del juez es personalísima, porque si así fuera, no habría posibilidad de controlarla racionalmente y mucho menos de externalizarla; es decir, darle cuerpo racional, no sólo para que los demás entiendan por qué se razonó así y si se hizo bien, lo contrario sería alimentar la arbitrariedad y el narcisismo de los jueces⁸²”.

⁸¹ ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p. 355

⁸² PARRA QUIJANO, J. 2006. ¿Qué es realmente la intermediación? Revista de Derecho y Jurisprudencia CIII(2): 552

Utilizar la inmediación como garantía de las partes en una forma concorde con la interpretación subjetiva del estándar de prueba, es decir, entendiéndola como un método de decisión, hace de ella una barrera a la revisión de sentencia de primera instancia. Darle un valor tan alto a esta regla técnico-jurídica implicaría afirmar que elementos como la entonación y el lenguaje no-verbal, empleado por las partes en sus declaraciones o por los testigos en sus testimonios, debería ser parte de la valoración realizada por el juez en pos de alcanzar el estándar de convicción necesario para dictar sentencia. Tal como establece Andrés Ibañez: “(la inmediación) tiene un valor instrumental y, en tal calidad de medio (al servicio de otros medios, los de prueba), puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, y es, precisamente, de la calidad del uso, de la que depende de la calidad de la garantía⁸³”.

La concepción formulista de inmediación no solo hace de la valoración de la prueba un examen poco jurídico, sino que impide que una eventual sentencia fundada en consideraciones discrecionales sea revisada por otro tribunal. Queda de manifiesto, entonces, el grave atentado que dicha lectura genera sobre el derecho a un debido proceso.

⁸³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Ob. Cit. p. 59

Estar presente durante la toma de declaraciones y testimonios obliga al juez a conocer directamente de estas, pero no está capacitado para evidenciar la veracidad o falsedad de estas declaraciones por medio del estudio del lenguaje no verbal. Esto no es (ni debería ser) una garantía dentro del proceso. Los beneficios que conlleva la inmediación están relacionados principalmente con la posibilidad que tiene el sentenciador de efectivamente presenciar las declaraciones de las partes y testigos. Podrá, por ejemplo, interrogarlos sobre aquellos puntos oscuros que se generan dentro de la práctica probatoria, lo que en un sistema escriturado le es impedido ya que conoce de las testificaciones tiempo después de que estas ocurren.

“En otras palabras, el contacto directo no debería constituir un medio de comprensión irracional e inescrutable de la mente del testimonio; por el contrario, debería proporcionar al juez la oportunidad de recopilar información para la evaluación racional de la credibilidad del testigo, basada en unos criterios racionales⁸⁴”.

De una u otra manera, su presencia durante las diversas etapas del procedimiento lo facultan a conocer en mayor detalle lo declarado y aportado

⁸⁴ TARUFFO, M. 2008. Ob. Cit. p. 9

en ellas, lo que se traduce en una mejor realización de su labor, circunstancia que beneficia enormemente a las partes, las cuales contarán con la presencia ininterrumpida y sin otras distracciones de quien estará a cargo de fallar sobre lo que discuten.

“Lo que se quiso decir con la expresión –inmediación-, elevada después a la categoría de principio, fue simplemente que el Juez ya no encargaba la práctica de las declaraciones testificales ni de las partes al personal de su oficina judicial, sino que las escuchaba por sí⁸⁵”.

Por lo tanto, lo ocurrido dentro de la doctrina contraria a la apelación conjugada con la inmediación dentro de un mismo sistema, ha sido una sacramentalización del concepto de inmediación, elevándolo a un principio propio del derecho a un debido proceso. A nuestro parecer, la inmediación debe ser entendida como “una técnica de formación de la prueba, no un método para el convencimiento del juez⁸⁶”, en la que “hay un contacto directo

⁸⁵ NIEVA FENOLL, J. 2010a. Los problemas de la oralidad. Revista do Ministério Público do RS (67): 251

⁸⁶ IACOVIELLO, F.M. 1997. p. 151, En: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Ob. Cit. p. 59

entre el Juez y la fuente de prueba, y el Juez presencia como sucede⁸⁷”. Requiere la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales, evitando así la delegación de tareas que deberían ser realizadas por o ante un juez a distintos funcionarios del tribunal⁸⁸. Es una garantía de las partes litigantes, no una barrera de entrada a la recurribilidad⁸⁹, que busca asegurar el principio de contradicción, especialmente en el ámbito de interrogatorio y conainterrogatorio de testigos y peritos⁹⁰.

De esta manera, arribamos a la segunda conclusión esencial de este trabajo. La inmediación no solo debe dejar de ser entendida como un principio procesal que hace imperativa su permanencia y niega toda posibilidad de limitación en pos del debido proceso. Debe aplicarse al proceso como una regla técnico-jurídica que opere como garantía de las partes litigantes respecto de la aportación de prueba.

La inmediación no es una regla de decisión, ni un método de convicción del tribunal. Es necesario volver a su comprensión originaria y básica, es

⁸⁷ PARRA QUIJANO, J. 2006. Ob. Cit. p. 550

⁸⁸ NIEVA FENOLL, J. 2010b. Ob. Cit. p. 29

⁸⁹ NIEVA FENOLL, J. 2010b. Ob. Cit. p. 41

⁹⁰ ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p. 355

decir, ser una regla de formación de prueba, un método de aportar evidencia en pos de afirmar la veracidad o falsedad de hechos a probar en el juicio. Es esta la única manera en que logra los fines para los cuales fue ideada: asegurar el principio de contradicción y evitar posibles riesgos de error en la transmisión de la información desde los funcionarios del tribunal hacia el juez, obteniendo así una presencia constante durante la rendición de prueba del sujeto procesal que se encargará de dictar sentencia.

CAPÍTULO 4: TRASCENDENCIA DE LO OBRADO EN PRIMERA INSTANCIA.

Ya hemos tratado la importancia de comprender correctamente la oralidad e intermediación dentro de este nuevo sistema procesal civil, considerando las finalidades que persiguen ambas instituciones procesales, especialmente la segunda. Sin embargo, podemos preguntarnos cuál es su verdadero impacto dentro del procedimiento, toda vez que la sentencia dictada por el juez que conoce inmediatamente puede ser reemplazada por otra de segunda instancia.

Dentro del proyecto podemos encontrar 2 vías por las que se otorga una mayor relevancia o trascendencia a lo obrado en el primer grado jurisdiccional. En primer lugar, destaca la inclusión de medios tecnológicos que permiten obtener un registro audiovisual de las audiencias, lo que podría posicionar al tribunal de impugnación en una situación bastante cercana al de primera instancia. En segundo lugar, el proyecto contempla una institución sobre la que nos hemos referido brevemente: la ejecución provisional de sentencia. Esta innovación otorga una relevancia bastante mayor a las

sentencias de primer grado, toda vez que permite obtener consecuencias jurídicas de lo fallado sin necesidad de que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

1.- Registro de audiencias.

Una primera novedad, en materia civil, que implementa el proyecto, es el registro de audiencias, lo que ya opera en los procedimientos orales que se utilizan en materia penal, laboral y de familia. Existirán grabaciones de audio y video de las audiencias que permitirán recrear en buena medida lo declarado y aportado en ellas. Las grabaciones audiovisuales son una implementación tecnológica acorde a nuestra época que permiten situar, en buena medida, al juez que conoce la causa y a futuros jueces que puedan conocer de esta, en aquello acontecido durante el desarrollo de la audiencia. No es una posición idéntica, pero sí bastante semejante.

Esta tecnología realiza un doble aporte; en primer lugar, logra dar cierto grado de inmediatez al juez de segunda instancia que desee revisar la valoración hecha en primera instancia a ciertas actividades probatorias esencialmente orales, como la prueba confesional y de testigos. En segundo lugar, aporta enormemente a la concentración del procedimiento. En el

sistema vigente, las pruebas esencialmente orales deben realizarse ante el secretario del tribunal u otro funcionario competente, generando una dispersión espacio-temporal de dichas pruebas. Por ejemplo, la prueba confesional se realiza mediante el acompañamiento de un pliego de posiciones, las cuales deben estar formuladas de tal manera que permitan respuestas afirmativas o negativas. Dicho pliego es utilizado por el funcionario competente, anotando aquellas respuestas que haya dado la parte confesante, para después entregar dicho informe al tribunal. Con la implementación de la grabación, siguiendo lo que ocurre en la práctica en países como España, las pruebas aparecen en un solo documento, la cinta de video o el disco, y se perciben en su integridad, sin fragmentaciones.

a) Consideraciones sobre el lenguaje no verbal.

Respecto de la grabación de audiencias estimamos necesario abordar el siguiente postulado:

“Además de reforzar el principio de oralidad, la grabación del juicio permite que aflore en el proceso una parte hasta ahora oculta de la actuación de los intervinientes: el lenguaje no verbal. Los silencios, el grado de firmeza en las respuestas, la convicción

demostrada por el tono de voz o por la actitud al contestar, todo ello quedaba fuera de la transcripción escrita y, en cambio, aparece ahora reflejado en la grabación del juicio y puede ser utilizado por el juez para la valoración de la prueba en el momento de dictar sentencia, apoyando su motivación en elementos de los que hay constancia en autos, lo que limita e algún grado el subjetivismo en la apreciación de las pruebas y abre las vías de su control. Hasta ahora la valoración de todos estos elementos quedaba confinada en el fuero interno del juez de primera instancia ante el que se había practicado la prueba, único que podía apreciarlos gracias a la inmediación. En la actualidad la valoración de estos aspectos del lenguaje no verbal puede ser revisada en apelación gracias, precisamente, a la grabación del sonido e imagen del juicio, lo que aporta un elemento de racionalidad al complejo proceso de determinación de la *quaestio facti*⁹¹”.

La práctica probatoria oral genera un cambio radical respecto del sistema vigente: la incorporación de material probatorio no será realizado ante un

⁹¹ GOMEZ MARTINEZ, C. 2003. Ob. Cit. p. 82

funcionario judicial, quien después pone en conocimiento de lo actuado al juez, sino que se genera frente a la persona cuya labor es fallar al respecto de la Litis. Esta actuación pierde la frialdad, lejanía y formalidad que antes tenía. La palabra escrita que traducía lo aportado por los litigantes pierde su lugar, mientras que el lenguaje verbal y no verbal comienzan a ser necesarios para dar a conocer aquellos instrumentos probatorios y testimonios que buscan sostener lo afirmado por alguna de las partes. Por lo tanto, es necesario establecer que rol y valor se debe dar, no solo al contenido de lo que las partes declaran en el juicio, sino que a la forma en que estas declaraciones se expresan.

b) Motivos para rechazar la valoración del lenguaje no verbal.

El juez es un experto en derecho, no un experto en apreciar el comportamiento humano. Estos conocimientos forman parte de la sicología, una ciencia ligada a la salud mental cuya técnica resulta desconocida para la mayor parte de la población, letrada y no letrada, incluso para aquellos educados en otras áreas de la salud⁹².

⁹² MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit. p. 361

Una sentencia que fundamenta la veracidad o falsedad de lo afirmado por las partes en cuestiones de lenguaje no verbal surge como una incómoda realidad que puede resultar determinante para el contenido del fallo, lo que se traduce directamente en la satisfacción del interés de alguna de las partes. Por este motivo, creemos relevante establecer de manera expresa que la inclusión de elementos como la firmeza con la que una parte asevera un hecho, su nerviosismo, tartamudeo, o incluso el temor que pueda notarse dentro de la práctica de estas diligencias probatorias, no debe ser considerado por el juez de instancia a la hora de valorar la prueba rendida.

“Pues, la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor de inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad⁹³”.

⁹³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Ob. Cit. p. 60

La inclusión de razonamientos y conclusiones que no se fundan en cuestiones jurídicas implica una enorme transgresión al derecho a un debido proceso que beneficia a los litigantes. Someterse a un procedimiento judicial puede resultar sumamente impactante para aquellas personas no acostumbradas a las prácticas judiciales, y al lenguaje y formalidad que revisten las actuaciones ante un magistrado. Esto adquiere una evidente relevancia en la prueba confesional y testimonial, actuación en la que los declarantes no son los abogados de las partes, quienes hacen del litigio su profesión y como todo experto en un área, han logrado domar las exigencias de esta.

El llamado error de Otelo, fenómeno que describe situaciones en que individuos completamente sinceros manifiestan durante su declaración abundantes signos de nerviosismo y estrés⁹⁴, puede conducir a un intérprete poco especializado en análisis de comportamiento humano a asimilar dicha conducta como una manifestación de mentira. Las personas que testifican, sean parte del proceso o terceros ajenos a la Litis, pueden verse superadas por las condiciones materiales en las que deben expresar su declaración. Timidez,

⁹⁴ MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit. p. 353

falta de firmeza en las aseveraciones o en la negación de un hecho, se presentan como fenómenos previsibles dentro de esta diligencia.

El juez que conoce de la materia deberá, entonces, valorar el contenido de las actuaciones teniendo presente que dichos elementos no pueden ser utilizados para formar su juicio. Sin embargo, la inmediación si le trae beneficios que pueden ser utilizados a la hora de fallar: podrá notar directamente las contradicciones entre un testimonio y otro, las declaraciones que no se condicen con otros instrumentos probatorios y las respuestas elusivas. Estos elementos se diferencian de la valoración del lenguaje no verbal, no tienen que ver con la forma en que se manifiesta la declaración sino que con el contenido mismo de esta. Permite identificar lo que una parte puede estar ocultando, o aquello que queriendo ocultar, expresa sin darse cuenta producto de la improvisación de una respuesta que la interrogación obliga.

Es respecto a estos elementos que el registro de audiencia si resulta útil para el juez de segunda instancia. Si la sentencia declara que una parte evade constantemente responder sobre una situación que puede perjudicarle, o que los testigos “A” y “B” en su declaración presentan un contenido

contradictorio, ya sea entre sus declaraciones o respecto de lo afirmado por una de las partes, el sentenciador de segunda instancia podrá utilizar estos registros para situarse en una posición bastante similar a la del primero, verificando por su propia vista y audición aquello contenido en el fallo.

Por lo tanto, afirmamos que el análisis jurisdiccional de la prueba debiese escapar de consideraciones respecto al lenguaje no verbal. No somos los primeros en postular que los órganos jurisdiccionales deberían renunciar definitivamente a considerar este tipo de lenguaje y las conclusiones que puedan obtenerse respecto de este en la práctica de pruebas personales⁹⁵. La doctrina procesalista ha concluido que exigirle al juez desplegar una actividad a la cual no se encuentra llamado atenta contra la imparcialidad propia de los órganos jurisdiccionales, toda vez que el juez estaría haciendo algo más que ser juez⁹⁶.

⁹⁵ MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. Ob. Cit. p. 370

⁹⁶ PALOMO, D.; MATAMALA, P. 2011. Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral oral y sus necesarios límites. Revista Ius et Praxis 17(2): 494

2.- Ejecución provisional de sentencias.

a) Concepto, fundamento y naturaleza jurídica

La ejecución provisional ha sido definida como la facultad que tiene la parte para requerir el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme⁹⁷. Es un proceso de ejecución en que el tribunal adecúa la realidad exterior a lo establecido en un título ejecutivo carente de firmeza, quedando dicha ejecución sujeta a eventuales modificaciones provocadas por la impugnación de la sentencia definitiva⁹⁸.

Su fundamento es la pretensión de obtener tutela judicial efectiva, es decir, una resolución favorable de forma expedita que implique solución al conflicto jurídico sometido a conocimiento del tribunal. Lo anterior se condice con la principal falencia del sistema procesal civil vigente, mencionada a principio de este trabajo: la larga y onerosa tramitación de dichos procedimientos.

⁹⁷ CARPI, F. 1979. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano, p. 3. Traducción del autor. En: SILVA, O. [s.a.] La ejecución provisional de las sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXI): 372.

⁹⁸ ORTELSS, M. 2005. Derecho Procesal Civil. Navarra, 6ª edición, p. 896. En: SILVA, O. [s.a.] Ob. Cit. p. 372.

Pese a que este fundamento la asemeje a una medida cautelar, su naturaleza jurídica ha sido discutida por la doctrina. La posición mayoritaria entiende que se aleja de las medidas cautelares atendiendo a sus requisitos de procedencia. Mientras las medidas cautelares requieren de una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) la ejecución provisional procede una vez se haya obtenido una sentencia definitiva que resuelva el asunto⁹⁹. Esto implica que su concesión es precedida por una completa fase de discusión y de prueba, las cuales han concluido en una resolución que pone fin a la instancia.

b) Regulación en el Proyecto

El Proyecto, en su redacción más reciente, contempla la posibilidad de cumplir provisionalmente sentencias definitivas condenatorias, una vez haya sido notificada a todas las partes. La legitimación de dicha solicitud recae sobre quien haya obtenido una sentencia favorable en cualquier grado jurisdiccional, sin necesidad de rendir caución.

El proyecto determina expresamente aquellas sentencias o resoluciones respecto de las cuales no procede la ejecución provisional. Además, faculta

⁹⁹ SILVA, O. [s.a.] Ob. Cit. p. 373.

al demandado a oponerse a dicha solicitud, indicando las causales que podrá alegar en pos de que no sea concedida. De forma general, tanto las resoluciones exceptuadas como las causales de oposición se fundan en eventuales dificultades o imposibilidades que conlleva retrotraer esta provisorio ejecución, en caso de que la sentencia definitiva sea modificada.

c) Ventajas de la ejecución provisional contenida en el Proyecto

En el sistema procesal civil vigente, esta facultad se encuentra reconocida únicamente en la tramitación del procedimiento o juicio sumario. Dicha regulación dista bastante de la contenida en el Proyecto, toda vez que en la actualidad la ejecución provisional es sumamente excepcional.

El juicio sumario es un procedimiento aplicable cuando se cumplan ciertos requisitos establecidos por la ley, tanto de forma general como especial. Debe tratarse de alguna materia a la que el legislador le haya asignado dicha tramitación (aplicación especial), o cuando la naturaleza de la acción deducida requiera de una tramitación rápida para que sea eficaz (aplicación general). El tribunal podrá conceder la ejecución provisional cuando la parte actora así lo solicite, encontrándose el demandado en rebeldía.

Por otra parte, el Proyecto permite al tribunal conceder la ejecución provisional de toda sentencia definitiva condenatoria, en cualquier grado jurisdiccional, sin distinguir entre procedimientos. Además, la posibilidad de defensa del demandado es bastante limitada, aplicándose la normativa correspondiente a la facultad de oposición dentro de un juicio ejecutivo con algunas distinciones.

Por lo tanto, esta institución tiene una aplicación más amplia y laxa, procede respecto de toda sentencia definitiva condenatoria, sin necesidad de rendir de caución y sin encontrarse el demandado en rebeldía. Permite prescindir del procedimiento incidental de ejecución contenido en el sistema vigente, posibilitando al actor ver satisfecha su pretensión constatada en la sentencia favorable de forma expedita y eficaz, aun cuando no se encuentre firme y ejecutoriada.

Posicionándonos dentro de un sistema en el que lo obrado en primera instancia puede ser modificado a través del recurso de apelación, es plausible cuestionarse cuál es el verdadero impacto de la inmediación, como regla de producción de prueba, en la tramitación de un proceso que eventualmente puede concluir a través de una sentencia de casación de fondo. Es de nuestro

parecer que la mayor laxitud y flexibilidad otorgan a esta primera instancia, y a lo conocido y fallado por el juez inmediato, una mayor relevancia o trascendencia, otorgándole una especie de presunción de correctitud al veredicto alcanzado por dicho tribunal. De esta manera, la primera instancia deja de ser un simple paso dentro de la larga cadena de instancias y recursos, adquiriendo la posibilidad de ejecución pese a su recurribilidad.

CAPÍTULO 5: MODELOS DE IMPUGNACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Como todo ser humano, el juez puede cometer errores ejerciendo la actividad jurisdiccional que le compete, provocando perjuicios para las partes litigantes en su pretensión a obtener una adecuada sentencia dentro de un proceso garantista. Prácticamente toda legislación a nivel internacional contempla un sistema recursivo que permite, con distintos grados de libertad o limitación, revisar sentencias dictadas por el tribunal que conoce de la causa. Bastante podría decirse respecto a la recurribilidad de las sentencias, su consagración en tratados internacionales y el fundamento de que sea considerada parte del debido proceso. Sin embargo, dichas materias escapan de los fines de este trabajo, por lo que nos limitaremos a analizar los modelos recursivos contra sentencias de primera instancia existentes en el derecho comparado.

Bajo esta premisa, estimamos necesario identificar qué factores diferencian las distintas apelaciones de cada ordenamiento, con el fin de

concluir a que clase de ‘apelación’ o ‘segunda instancia’ corresponde el recurso incluido en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno.

El año 2013, la Universidad Católica de Temuco, a través de su facultad de Ciencias Jurídicas, se adjudicó la licitación ‘Análisis comparado en materia de recursos de apelación o mérito, casación y/o nulidad, incluyendo sistemas reformados en Chile’, solicitada por el Ministerio de Justicia¹⁰⁰. Dicho trabajo originó un estudio sistematizado y sumamente completo de los diversos recursos, tanto ante Corte de Apelaciones como Corte Suprema, presentes en legislaciones extranjeras. Sería contraproducente, como también redundante, intentar realizar una labor parecida creyendo poder obtener un resultado distinto o más novedoso que el producido en una investigación realizada por el equipo docente de dicha Universidad. Bajo esta lógica, el presente capítulo no pretende más que reproducir, de forma sintetizada, la información obtenida en el estudio, en especial la contenida en el informe realizado por el profesor Jordi Delgado Castro sobre recursos de apelación en Chile y en el extranjero.

¹⁰⁰ UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. 2013. Recursos en el derecho comparado. Un estudio para la reforma procesal civil en Chile. [en línea] <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2015/03/Informe-Final_Est.-Recursos-en-el-Der.-Comparado_-UCT.pdf> [consulta 08 de noviembre de 2019]

1.- Modelos de impugnación amplia.

El modelo de apelación amplia o plena¹⁰¹, también llamada segunda-primera instancia, es caracterizado por otorgar amplias facultades de revisión al juez superior o de segunda instancia. Opera bajo la lógica de *novum iudicium*, es decir, se manifiesta como un nuevo juicio en el que el juez puede incorporar nuevas pretensiones de los litigantes y nuevo material probatorio, sin limitación alguna. De esta manera, no existe reenvío, ya que es el juez de segunda instancia quien debe resolver el fondo del asunto. En síntesis, no se trata de una revisión guiada en pos de obtener una revocación o enmienda de lo obrado en primera instancia, sino que, estrictamente, busca iniciar un nuevo proceso.

Tal como establece el informe, este modelo pleno o total no ha sido acogido por ninguna legislación extranjera, ya que todas imponen limitaciones a la revisión de lo obrado en instancia, ya sea permitiendo únicamente el ingreso de hechos o prueba que no hayan sido conocidos en primera instancia, o los que hayan ocurrido con posterioridad a la dictación de sentencia. Pese a esto, países como Francia y Holanda han adoptado un

¹⁰¹ UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. 2013. Ob. Cit., p. 18

modelo no puro, pero sí bastante amplio, el cual permite un nuevo pronunciamiento en base al conocimiento total de los hechos y el Derecho. En este sistema, la facultad de revisión del juez es tan amplia que permite, eventualmente, situaciones de *reformatio in peius*, es decir, casos en los que la parte recurrente sale perjudicada en sus pretensiones con el fallo de segunda instancia. El fundamento de este sistema, al permitir todo tipo de alegación y prueba, es evitar otras impugnaciones posteriores, como aquellas que permiten atacar el efecto de cosa juzgada.

2.- Modelo de impugnación intermedia o de apelación propiamente tal.

Este modelo se presenta como la versión intermedia¹⁰² entre el modelo amplio adoptado por Francia y Holanda, y el más restringido que veremos posteriormente. Mediante esta vía de impugnación, el tribunal de alzada revisa los hechos y el Derecho, limitando su conocimiento a aquella materia que el recurrente determina mediante su actuación. En otras palabras, el tribunal revisa la forma y fondo de aquella materia que la parte impugnante señala como objeto del nuevo conocimiento. Dentro de este sistema solo está

¹⁰² UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. 2013. Ob. Cit. p. 19

permitida la rendición de aquella prueba ya rendida en primera instancia, sin poder formularse nuevas pretensiones.

Si bien el tribunal puede realizar una valoración diferente de la prueba, esta valoración se encuentra limitada por la *reformatio in peius*, es decir, no podrá perjudicar a la parte recurrente respecto de lo obtenido en primera instancia. Este sistema actúa como una auténtica *revisio prioris instantiae*, ya que cuenta con todo el material que contaba el primer tribunal que conoce del litigio, incluyendo la sentencia emanada de este. Por lo tanto, el objeto de esta impugnación, a diferencia de la segunda-primera instancia, no es la relación jurídico-litigiosa, sino la sentencia y el procedimiento del tribunal jerárquicamente inferior.

Si bien la regla general es que no se admita actividad probatoria, existen casos excepcionales que si lo permiten. Dicha actividad se encuentra limitada a aquellos hechos de los que se haya tomado conocimiento o hayan ocurrido con posterioridad a la dictación de sentencia en primera instancia, o respecto a hechos sobre los cuales el primer tribunal no haya emitido pronunciación alguna. Estos casos provocan la desnaturalización de un proceso que, en

teoría, tiene como objeto una actividad revisoria, y no producir un nuevo juicio.

Este sistema ha sido adoptado por legislaciones como las de España, Italia, Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay, siendo el sistema elegido por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Podemos establecer que nuestro legislador no es el único que propone la posibilidad de congeniar una segunda instancia revisora con una primera instancia regida por la regla técnico-jurídica de la inmediación. Países con una tradición dogmática y positiva similar a la de nosotros, junto con el procedimiento modelo para iberoamérica, han entendido que ambas instituciones no son excluyentes, sino que incluso compatibles y capaces de perfeccionar modelos escriturados y anticuados. Bajo esta lógica, la reforma procesal civil chilena no inicia una discusión inexistente hasta el momento, sino que adopta una postura que ha sido llevada a la práctica en el extranjero, precedida por largos años de discusión en aquellos países que la han preferido.

3.- Modelo restringido.

Este modelo de corte anglo-sajón ha sido denominado modelo de nulidad¹⁰³, y se manifiesta como la impugnación más restrictiva dentro del Derecho Comparado. Su objetivo es la corrección de determinados vicios procesales, los cuales generan (o pueden generar) un perjuicio de tal magnitud que permiten la revisión del Derecho. Es el modelo más limitado, impide al juez superior reevaluar la prueba rendida en primera instancia y niega la posibilidad de formular nuevas pretensiones. Solamente admite aquella prueba que se dirija a acreditar la causal de nulidad invocada por la parte que impugna la sentencia.

Finalmente, la resolución del tribunal que acoge la impugnación opera como reenvío, es decir, una vez acreditada la existencia de un vicio que constituye causal de nulidad, obliga a realizar nuevamente el juicio, salvo que sea factible retrotraer el procedimiento hasta la etapa procesal en que se manifestó el perjuicio.

Claramente este es el modelo de impugnación ante Corte de Apelaciones que más se distancia de la tradición Iberoamericana de apelación, impide una

¹⁰³ UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. 2013. Ob. Cit., p. 21

revisión amplia en base a límites que son lejanos a nuestra cultura procesal. Este sistema es propio del estado de California en EEUU y, en términos generales, de aquellos países herederos de sistema del *Common Law*.

CONCLUSIONES.

Finalizado el análisis doctrinario efectuado a lo largo de este trabajo, respecto a la inclusión de oralidad, inmediación y concentración en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil y su conjugación con la mantención del recurso de apelación, concluimos lo siguiente.

Existe una postura doctrinaria que entiende incompatible la mantención de un sistema de apelación intermedia dentro de un proceso en el que se consagra la oralidad y sus 3 consecuencias lógicas: inmediación, continuidad y concentración. Dicha incompatibilidad se sustenta en que la inmediación permite al sentenciador obtener impresiones de carácter subjetivo durante la etapa probatoria, las que deberá utilizar a la hora de resolver el conflicto jurídico. Siendo esta la principal ventaja y finalidad del principio (tal como lo entiende esta doctrina), permitir que un tribunal de alzada pueda enmendar su decisión sin haber estado presente durante la rendición de prueba hace de esta exigencia contraproducente o poco relevante, prácticamente inútil.

Esta noción sigue lo que hemos denominado ‘mito de la inmediación’, ya que obtiene la anterior afirmación desde una artificiosa y formulista concepción de dicha institución, según la doctrina a la que adherimos. Producto de su tan anhelada inclusión al sistema procesal, se ha generado una falsa concepción tanto de su naturaleza jurídica como de su verdadera u original finalidad, la que provocaría un ejercicio de jurisdicción sumamente discrecional y atentatorio contra el debido proceso.

En primer lugar, atendiendo a la naturaleza jurídica, el ‘mito de la inmediación’ comprende a la oralidad, concentración e inmediación como principios procesales, es decir, como elementos esenciales del debido proceso cuya omisión provoca una grave vulneración a las garantías procesales de las partes. Una segunda instancia revisora de los hechos y el derecho, en la que un juez superior puede desconocer el fallo obtenido en base a la aplicación de estos principios, atenta contra ellos, vulnerando el debido proceso.

Sin embargo, se critica a esta postura doctrinaria que oralidad e inmediación no son verdaderos principios procesales, sino reglas técnico-jurídicas.

Al momento de estructurar un procedimiento civil, el legislador contempla 2 categorías de elementos que puede o debe incluir en este. Los principios procesales y su manifestación práctica son aquellos elementos imprescindibles en su conformación, toda vez que su omisión genera un grave atentado contra garantías fundamentales y tratados internacionales. Ejemplo de principios procesales serían la contradicción, el derecho a un juez natural e imparcial, el derecho a recurrir, entre otros.

Según Palomo, oralidad e inmediación no recaen en esta categoría, al poder concebirse fácilmente un proceso civil propio de un estado de derecho y acorde al debido proceso sin su inclusión, tal como es el sistema procesal civil actual. Por lo tanto, oralidad e inmediación corresponden a la segunda categoría de elementos que están a disposición del legislador: las reglas técnico-jurídicas. Al no ser manifestación esencial de un debido proceso, el legislador podrá incluirlas de forma total o morigerada, adecuando su obligatoriedad a las etapas procesales que estime convenientes, o no incluirlas en absoluto. Por este motivo, que un sistema procesal consagre oralidad e inmediación en primera instancia, y decida excluirlas de la segunda instancia, no resulta *per sé*, contradictorio o perjudicial al debido proceso.

Asimismo, la edificación de un proceso oral o por audiencias no lo hace incompatible con la mantención de actuaciones escrituradas. Tal como lo ha establecido una gran parte de la doctrina, la oralidad e inmediación buscan (básicamente) que el tribunal obtenga convicción respecto al asunto principal por medio de actuaciones realizadas en su presencia durante las distintas audiencias del proceso. Por este motivo, la existencia de actos de mero trámite que deban realizarse por escrito no solo es perfectamente conciliable, sino que puede resultar provechoso para disminuir la carga procesal para las partes y el aparato jurisdiccional.

Ahora, atendiendo a la finalidad o ventaja de oralidad e inmediación, el ‘mito de la inmediación’ entiende a esta regla técnico-jurídica como un verdadero método de decisión, atribuyéndole esta característica como principal finalidad y ventaja. Concebirla como un método de decisión implica entender que la inmediación busca un fallo fundado en aquellas impresiones que la práctica probatoria generó en el juez presente durante su rendición. Lo anterior exige, por lo tanto, abandonar el sistema de prueba legal y tasada, ya que no estamos ante un juez que cuantifica el valor indicado por la legislación a cada medio, sino que el mismo atribuye el valor que estime conveniente (limitado por la sana crítica).

La producción de medios probatorios de forma inmediata provocaría que el juez obtenga, en una especie de epifanía, la convicción o certeza necesaria para resolver el asunto jurídico sometido a su conocimiento. Esta convicción viene influida sustancialmente por las llamadas impresiones, es decir, conclusiones de carácter subjetivo o personal del sentenciador, obtenidas del contacto directo que ha tenido con los alegatos y pruebas de las partes.

Teniendo en consideración lo anterior, esta postura entiende que la resolución emanada de primera instancia escapa del control que otros tribunales no presentes durante la etapa de prueba pudieran realizar, ya que resulta imposible replicar dichas impresiones en lo dispositivo del fallo. Y como la segunda instancia concebida en el proyecto se manifiesta como una instancia revisora (y no como un nuevo procedimiento), no sería procedente reproducir la prueba aportada en primera instancia para que el superior jerárquico conozca con inmediación.

Por lo tanto, la doctrina del ‘mito de la inmediación’ entiende que el tribunal de segunda instancia no podría corregir la sentencia obtenida con inmediación por dos motivos, principalmente. En primer lugar, las impresiones obtenidas por el tribunal de primera instancia tienen un elemento

subjetivo que las hacen incontrolables por otro tribunal. En segundo lugar, no conocerá de la prueba rendida de forma directa, por lo que no podrá fallar en base a las impresiones obtenidas de esta inmediatamente. El recurso de apelación del proyecto consagra una segunda instancia revisora, permitiendo que otro tribunal corrija la sentencia que ha utilizado como método de decisión la inmediación, sin conocer directamente de la prueba. Esto atenta contra el ‘principio procesal’ de inmediación, constituyendo una grave vulneración al debido proceso.

Si bien la doctrina es conteste al reconocer la exigencia de abandonar un sistema de prueba y tasación legal, existe controversia en cuanto a la finalidad de la inmediación. La doctrina a la que adherimos entiende que un fallo fundado en conclusiones personales del tribunal no es la verdadera finalidad de la inmediación, y otorgarle dicho valor a la impresión del juez no resulta ventajoso en absoluto.

La inmediación, en su sentido original o puro, busca asegurar la presencia constante del juez durante las etapas procesales correspondientes, evitando la delegación de funciones. Esto es lo que se ha denominado como elemento amplio o exterior de la inmediación. De esta manera, no busca operar como

un método de decisión, sino como un método de aportación de prueba. Asegura la contradicción de la audiencia y proceso, y evita posibles riesgos de error en la transmisión de la información desde los funcionarios del tribunal hacia el juez.

Su finalidad y principal ventaja es el denominado elemento estricto o interior de la regla jurídica: garantizar a las partes que el juez que conoce de forma inmediata será el mismo que dictará la sentencia de primera instancia, según la prueba rendida en audiencia. Que el sentenciador esté presente durante la rendición de prueba permite que obtenga un grado de convicción más completo, especialmente respecto de las pruebas orales por excelencia: la confesión de parte y la prueba testimonial. De esta manera, podrá intervenir para aclarar puntos dudosos u oscuros e interrogar a las partes o a testigos para obtener información de forma más completa. Además, su presencia constante le permitirá instruir directamente el proceso de forma eficiente y correcta.

Lo anterior no implica (ni debe implicar) que su decisión se funde en consideraciones subjetivas o personales, es decir, no busca que el juez (a través del contacto inmediato con la prueba) obtenga esta ‘epifanía de

verdad’, tal como lo plantea la doctrina contraria a la doble instancia en sistemas orales. Lo que efectivamente garantiza la inmediación es que el tribunal que mejor ha conocido del asunto, producto de su constante presencia en el proceso, sea el que dicte el fallo.

Mantener la noción de inmediación como principio procesal y método de decisión conlleva un grave atentado contra las partes en el procedimiento: operaría como una verdadera barrera de recurribilidad de sentencias sumamente arbitrarias o discrecionales. El ‘mito de la inmediación’ permitiría incluir, en la decisión del juez, elementos que escapan de su área de conocimiento. Por ejemplo, el lenguaje no verbal empleado tanto por las partes como por testigos podrá ser utilizado por el sentenciador a la hora de apreciar y valorar la prueba. Estos elementos no pueden (ni deben) ser integrados al examen que realiza el sentenciador de la prueba rendida. De otra manera, existe grave riesgo de un ejercicio de jurisdicción discrecional y alejado del derecho.

Lo anterior no solo plantea un gran peligro de sentencias poco jurídicas, fundadas en consideraciones sumamente subjetivas; el mismo carácter personalísimo de dicha valoración y decisión hace de la sentencia una

resolución no controlable por otros tribunales. La vulneración que esto provoca resulta evidente: genera una barrera de recurribilidad.

Ahora, entendiendo oralidad e inmediación como reglas técnico-jurídicas que buscan asegurar la presencia constante del juez que dictará sentencia en las audiencias a realizarse, conociendo inmediatamente de la prueba aportada por las partes y no por medio de otros funcionarios, nos adherimos a la postura doctrinaria que declara compatible estas reglas con un sistema oral.

Sin embargo, resulta lógico preguntarse cuál es el verdadero impacto de la sentencia de primera instancia en el asunto, al quedar sujeta a una eventual revisión por parte del superior jerárquico, en una segunda instancia no oral ni inmediata.

En primer lugar, el Proyecto incluye el registro audiovisual de las audiencias a realizarse, innovación acorde a los medios tecnológicos actuales, la cual queda a disposición del tribunal de alzada a la hora de conocer del recurso de apelación. Estos registros permiten al tribunal superior verificar el contenido de las audiencias tal como fueron realizadas en primera instancia, lo que suple, de cierta manera, la falta de inmediación. De todas maneras, no resulta baladí reiterar que estos registros no deben ser analizados

atendiendo a elementos ajenos al área de conocimiento del tribunal, como consideraciones relacionadas a la ciencia de la psicología.

En segundo lugar, y constituyendo tal vez la novedad que otorga mayor relevancia a la sentencia de primera instancia, el Proyecto consagra la institución de ejecución provisoria de sentencias. Siendo esta procedente respecto de toda sentencia condenatoria, sin importar el procedimiento, jerarquía del tribunal o la instancia en que se esté conociendo el asunto, tiene por finalidad asegurar un ejercicio de la jurisdicción eficaz y expedito, supliendo una de las mayores debilidades del sistema vigente.

Finalmente, en base al contenido del informe de la Universidad de Temuco, podemos concluir que el sistema de apelación o doble instancia comprendido en este Proyecto corresponde al de segunda instancia intermedia o apelación propiamente tal. Esta apelación limita la competencia del tribunal de alzada respecto de las peticiones contenidas en el recurso interpuesto, pudiendo revisar tanto los hechos como el derecho en estricta relación a la pretensión intentada, es decir, el gravamen que la parte recurrente alega. Este modelo de apelación es el contenido en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y ha sido adoptado por

legislaciones como las de España, Italia, Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Manuales, libros y artículos doctrinarios:

1. ACCATINO, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXII): 347-362.
2. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). Revista Jueces para la Democracia (46): 57-66.
3. BACIGALUPO, E. 2009. Derecho Penal y el Estado de Derecho. México D.F., Editorial Jurídica de las Américas
4. BERIZONCE, R. 2004. La oralidad no es para jueces cómodos, sino al revés. Revista Sistemas Judiciales CEJA (7): 8-17
5. BORDALÍ, A.; CORTEZ MATCOVICH, D.; PALOMO VELEZ, D. 2006. Proceso civil. Los recursos y otros medios de impugnación. Santiago, Legal Publishing Chile.

6. BORDALÍ, A.; CORTEZ MATCOVICH, D.; PALOMO VELEZ, D. 2014. Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar. 2ª ed. Santiago, Thomson Reuters.
7. CALAMANDREI, P. 1973. Instituciones de derecho procesal civil. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA. Tomo I.
8. CALDERÓN CUADRADO, M. Pía. 2002. Sobre la exigencia de inmediación en la nueva LEC y su compatibilidad con los recursos ordinarios. [en línea] Revista de Derecho Universidad de Valencia. Noviembre (1) <<https://www.uv.es/revdret/archivo/num1/pia.htm>> [consulta: 06 agosto de 2019]
9. CHIOVENDA, G. 1925. Principios de derecho procesal civil. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid, Editorial Reus. Tomo II.
10. COUTOURE, E. 2007. Fundamentos del derecho procesal civil. 2ª Edición. Buenos Aires, Euros Editores S.R.L.
11. DE LA OLIVA SANTOS, A. 2005. La Ley española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Orientación para una justicia civil más eficaz. En: Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

12. DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO, I.; VEGAS TORRES, J. 2000. Derecho procesal. Introducción. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
13. DE LAS HERAS, M. 2002. Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000. Revista del Poder Judicial (65): 169-204.
14. DUCE, M.; MARÍN, F.; RIEGO, C. 2008. Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: CEJA. Justicia civil: perspectiva para una reforma en América Latina. Santiago, Chile, pp. 13-94.
15. EVANS DE LA CUADRA, E. 1999. Los Derechos Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
16. GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Estudios constitucionales 11(2): 229-282.
17. GASCÓN, F. 2008. Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España [en línea] <<https://eprints.ucm.es/26700/>> [consulta: 25 junio 2020]

18. GÓMEZ MARTÍNEZ, C. 2003. La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador. *Revista Jueces para la Democracia*, (48): 81-87
19. LEDESMA, A. 2004. Principales problemas que plantea el sistema oral. *Revista Sistemas Judiciales, CEJA*, (7): 18.
20. MATORANA MIQUEL, C. 2012. Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral. *Revista de Derecho Procesal*, (22)
21. MATORANA MIQUEL, C.; MONTERO, R. 2010. *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Santiago, Legal Publishing Chile.
22. MIRANDA VÁZQUEZ, C. 2014. El mito de la influencia de la inmediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica. *Revista Justicia* (2): 339-371.
23. MOSQUERA, M.; MATORANA, C. 2010. *Los recursos procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
24. NIEVA FENOLL, J. 2010a. Los problemas de la oralidad. *Revista do Ministério Público do RS* (67): 237-257
25. NIEVA FENOLL, J. 2010b. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. *Civil Procedure Review* 1(2): 27-41

26. NUÑEZ OJEDA, R. 2005. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). *Revista de Estudios de la Justicia* (6): 175-189.
27. PALOMO, D. 2008. *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*. Santiago, Editorial Librotecnia.
28. PALOMO, D. 2009. Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno. *Revista Chilena de Derecho* 36(3): 621-661
29. PALOMO, D. 2010. Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite. *Estudios Constitucionales* 8(2): 465-524.
30. PALOMO, D.; MATAMALA, P. 2011. Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral oral y sus necesarios límites. *Revista Ius et Praxis* 17(2): 485-504.
31. PALOMO, D.; MATAMALA, P. 2012. Prueba, inmediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio. *Revista de Derecho* 19(2): 237-274.
32. PARRA QUIJANO, J. 2006. ¿Qué es realmente la inmediación? *Revista de Derecho y Jurisprudencia* CIII(2): 549- 560.

33. PEREZ-RAGONE, A.; PALOMO, D. 2009. Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIII: 363-406.
34. SANTELICES, F. 2012. Contradicción, imparcialidad e intermediación en la LEC española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica. *Revista Ius et Praxis* 18(1): 187-248.
35. SILVA, O. [s.a.] La ejecución provisional de las sentencias. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXI): 369-402.
36. SIMON, L. 2007. La prueba entre la oralidad y la escritura. *Revista Uruguay de Derecho Procesal* (3).
37. TARUFFO, M. 2008. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. En: COLOQUIO INTERNACIONAL de la Asociación Internacional de Derecho Procesal Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008. Gandía, España [en línea] <<https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>> [consulta: 23 mayo de 2020]

- 38.TAVOLARI, R. 2005. Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En: DE LA OLIVA SANTOS, A.; PALOMO, D. Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- 39.TAVOLARI OLIVEROS, R. 2008. La prueba entre la oralidad y la escritura. En: CARPI, F.; ORTELLS, M. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Valencia, Universidad de Valencia. Tomo I
- 40.ZAPATA, P. 2008. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Investigaciones:

- 41.UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. 2013. Recursos en el derecho comparado. Un estudio para la reforma procesal civil en Chile. [en línea] <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2015/03/Informe-Final_Est.-Recursos-en-el-Der.-Comparado_-UCT.pdf> [consulta 08 de junio de 2019]
- 42.VARGAS, J. 2007. Nueva Justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma. Santiago, CEJA. [en línea] <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1214/justici>

[civil.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)> [fecha de consulta: 23 de mayo de 2020]

Informe Cámara de Diputados:

43.COMISION DE CONSTITUCION, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA.

2013. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil. [en línea] Eugenio Foster Moreno <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10566&formato=pdf>> [consulta: 08 junio 2019]

Proyecto de Ley:

44.PROYECTO DE Ley de Nuevo Código Procesal Civil. 2012. [en línea] <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf> [consulta: 08 junio 2019]