

REFORMA A LOS PROCESOS CIVILES ORALES: CONSIDERACIONES DESDE EL DEBIDO PROCESO Y CALIDAD DE LA INFORMACIÓN

MAURICIO DUCE
FELIPE MARÍN
CRISTIÁN RIEGO¹

INTRODUCCIÓN

El proceso de reforma a los códigos de procedimiento civil no es nuevo en nuestra región. La mayoría de nuestros países fueron colonia española y recibimos el ordenamiento procesal civil de dicha tradición. Así, el Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1877 estaba inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 o el Código chileno de 1902, que también tiene sus bases en las Siete Partidas y la Novísima Recopilación². Esta regulación hoy anticuada, diseñada para una realidad social y económica muy diferente a la actual, ha sido y sigue siendo criticada por diversos frentes, surgiendo desde hace algunas décadas distintos esfuerzos para proponer nuevas alternativas.

En este proceso de búsqueda de nuevas opciones, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal realizó un notable esfuerzo al diseñar el Código Modelo o Código Tipo del Proceso Civil para Iberoamérica con el objeto de ofrecer un nuevo proceso aplicable a toda nuestra región (esfuerzo que se inició a finales de la década de los 60 y que concluyó el año 1988). Este modelo fue tomado en

¹ Los autores son profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

² Véase Santiago Pereira C., *Una Experiencia Exitosa: Reforma Procesal Civil en Uruguay*, en *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, p. 750. Véase también Arturo Onfray Vivanco, *Comentario a la Conferencia del Profesor Dr. Luis María Simón*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Ediciones Especiales Nro. 17*, Universidad Diego Portales, Santiago 2004, p. 76.

gran parte por Uruguay en el Código General del Proceso que ha sido hasta el momento la experiencia de proceso “por audiencias” en materia civil hacia donde más se ha mirado como referencia en nuestro contexto regional. Normativas posteriores de reforma han sido, entre otras, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 y los nuevos tribunales de familia chilenos del año 2005, al que debe agregarse el nuevo proceso laboral. En lo esencial, todos estos nuevos ordenamientos civiles (no penales) han tenido como factor común el intento de modernizar nuestros procedimientos para que respondan de mejor manera a los diversos valores que hoy consideramos importantes proteger –como el debido proceso– y a los problemas que aquejan a nuestros sistemas judiciales, como la congestión, lentitud y poca transparencia, los que han sido resueltos con distintos grados de éxito. Estas reformas también han tenido como denominador común el cambio hacia sistemas en que se privilegia la oralidad para obtener la mejor concreción de la inmediatez, asegurando la participación directa del juez en el proceso.

Actualmente este proceso evolutivo hacia mejores procedimientos sigue en marcha. Así, solo a modo ejemplar, en Chile nos encontramos discutiendo un conjunto de otras reformas que pretenden modernizar el proceso para conocer las infracciones tributarias y aduaneras, como también una reforma del proceso civil general, entre otras que de seguro vendrán en un futuro cercano. Por lo mismo, estamos frente a un escenario propicio para continuar pensando cuáles debieran ser las bases fundamentales sobre las que estas nuevas legislaciones procesales debieran operar.

A partir del estudio que hemos realizado para este trabajo y de nuestra propia experiencia acumulada, estimamos que este proceso de reforma hacia nuevos procesos civiles adolece de diversos problemas, entre los cuales destacaremos aquí dos que consideramos están en su base: En primer lugar, consideramos que el debido proceso no ha sido considerado suficientemente como el criterio orientador al momento de diseñar los nuevos procedimientos y, en segundo lugar, que el juicio oral no está diseñado de una manera que permita depurar eficientemente la información que el tribunal usará como materia prima para dictar la sentencia.

El primero de estos problemas es de la máxima importancia ya que se relaciona con la forma misma de concebir al proceso judicial y sus objetivos. Se trata de la determinación del punto de partida, del criterio orientador desde el cual se diseñará todo el proceso judicial. Dependiendo de cuál sea el punto de partida elegido, se definirán

las instituciones que lo compondrán y la relación que existirá entre cada una de ellas. Como se puede apreciar, el impacto que tendrá la elección del punto de partida es trascendental. Dos puntos de partida diferentes concluirán con dos procesos judiciales diversos, con diferentes instituciones y distintas relaciones entre ellas.

Desde este punto de vista, estimamos que uno de los problemas que tradicionalmente hemos tenido en nuestros países ha sido el de analizar el proceso judicial desde un paradigma en el que se ha privilegiado un conjunto de lineamientos que poco a poco fueron alejando al proceso civil de los valores básicos que deben inspirar la creación de cualquier proceso judicial en un Estado democrático moderno y que entendemos debe ser el “punto de partida” antes mencionado: las garantías procesales o debido proceso. Así, ha sido común el estudio del proceso civil desde la idea de los llamados “principios formativos del procedimiento” en los cuales se establecen diversas orientaciones de carácter descriptivo, desprovistas de valor normativo, cuya función central sería la de guiar al legislador o al doctrinario en el estudio y análisis del proceso civil. De esta forma, el debido proceso –como paradigma a partir del cual se deben estructurar los procesos en todo tipo de materias– no ha sido considerado como un factor relevante.

En relación al segundo problema planteado, creemos que en los procedimientos civiles (reformados y no reformados) falta evolucionar hacia un diseño de las reglas sobre la prueba que refuercen uno de los objetivos del juicio que estimamos primordial y que también debe constituir un punto de partida de su diseño: La información con la que cuenta el juez para tomar la decisión final del asunto debe ser de muy buena calidad. El juicio, por lo mismo, debe constituirse en un mecanismo muy eficaz para depurar la información sobre la cual se han de tomar decisiones de gran relevancia, tales como las que dicen relación con los derechos y obligaciones civiles de una persona (tuición, divorcio, cumplimiento de contratos, etc.) y, para ello, la clave está en la forma en que se ingresa y se valora la prueba en el juicio: Las reglas de la prueba.

En los sistemas procesales civiles reformados la regulación de la prueba aparece sujeta a una serie de criterios que pretenden superar las fórmulas inquisitivas tradicionales con miras a lograr una mejor calidad en el proceso de su producción y valoración. Esos criterios o principios son los de oralidad, intermediación, contradicción y, con mayor o menor énfasis en cada caso, de publicidad. Por otra parte, en cuanto a la valoración de la prueba rendida en juicio, existe en

los procesos de reforma un esfuerzo por abandonar algunos aspectos del sistema de prueba tasada y enfatizar un sistema de valoración más libre como el de la sana crítica. Sin duda que la proclamación de todos estos principios constituye un paso importantísimo en el contexto de países que se encontraban apegados a una práctica de prueba escrita muy rígida y en donde la lógica de la prueba legal o tasada ha mantenido una influencia enorme. Además, es claro que la evolución de los sistemas legales pasa muchas veces por avances parciales y cambios incrementales, por lo que no cabe si no valorar la contribución que reformas como las planteadas han hecho en favor de un sistema de justicia civil con un sistema probatorio más moderno. No obstante, también estimamos importante examinar cuáles son algunas de las limitaciones de esos avances en el camino hacia un sistema probatorio más depurado, para lo cual analizaremos varias de las normativas reformistas relevando los puntos en los que nos parece existen áreas de la prueba que deben ser mejorados para convertir al juicio en una herramienta que permita lograr de mejor manera el objetivo de depurar la información que ha ingresado a él.

En lo que sigue de este trabajo intentaremos entonces explicar cómo debiera diseñarse un proceso civil tomando como punto de partida al debido proceso y al juicio oral como mecanismo eficaz de depuración de la información, mostrando con ello por qué estimamos que sin un cumplimiento efectivo de estos cualquier reforma a los procesos judiciales no estará a la altura del desafío y pondrá en riesgo la oportunidad histórica de lograr procesos judiciales modernos, eficaces y respetuosos de los derechos de las personas.

Como explicaremos con más detalle en el capítulo sobre debido proceso, queremos señalar desde ya que esta forma de aproximarse a la construcción del proceso civil –desde la noción del debido proceso y del juicio como un instrumento eficaz para la depuración de la información– no se contradice con otras aproximaciones que van modelando también la forma del proceso judicial, como aquellas que provienen de las políticas públicas. De esta manera, formas de litigación más rápidas y menos costosas a través de procedimientos simplificados o monitorios, por ejemplo, no son contradictorias con el concepto de debido proceso ya que este admite grados distintos de aplicación dependiendo de diversos factores, como la voluntad de las partes en conflicto en orden a renunciar a ciertas garantías o de la gravedad de las consecuencias de la decisión que se somete a consideración del tribunal, por lo que un proceso judicial respetuoso del debido proceso, con un juicio oral eficiente en la depuración

de la información, no constituye *a priori* una traba para la administración eficiente de los recursos públicos, siempre escasos, invertidos en la justicia. Esto es aún más claro en todos aquellos casos en los que no exista controversia entre las partes, como ocurre en la mayoría de los procedimientos de ejecución. Aquí el espacio para lograr soluciones rápidas y baratas es aún más amplio.

I. EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PROCESAL CIVIL: ALCANCES Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

El objetivo de este primer capítulo será revisar los elementos centrales que constituyen uno de los dos puntos de partida sobre los cuales hemos señalado debiera organizarse la legislación procesal civil: el debido proceso. Para ello revisaremos en primer lugar los alcances y contenidos básicos que integran la noción de debido proceso contenida en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Luego nos detendremos en la descripción del juicio oral, no visto aquí como herramienta de depuración eficaz de la información ingresada a él, sino como el aspecto medular, en nuestra opinión, del debido proceso y que constituye la garantía central que debe guiar la estructuración de todo el resto del procedimiento.

1. Debido proceso: nociones generales y alcances básicos

1.1. Noción general

Una idea central de un Estado Democrático de Derecho contemporáneo es que no es posible determinar derechos u obligaciones de las personas sin que exista un proceso previo en el que se cumplan unos ciertos mínimos. Estos mínimos se agrupan contemporáneamente bajo la noción de “debido proceso”. La idea de debido proceso está constituida por un conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo³.

³ Esta idea es expresada con claridad en el voto de minoría del juez García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, en el caso Tibi contra Ecuador, al señalar en su considerando 27: “El debido proceso –*due process*, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento– es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela

Se trata, en todo caso, de una noción compleja y que ha sido objeto de estudio y debate intenso. Por lo mismo, un esfuerzo por conceptualizarla en una forma más precisa pareciera ser una tarea sin mucho sentido. Lo que sí es necesario dejar en claro es que su objetivo central es el establecimiento de condiciones que aseguren a todos quienes intervienen en un proceso, pero especialmente a aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, que dicho proceso asegure razonablemente que puedan manifestar sus puntos de vista y controvertir los de su contraparte, todo ello en un entorno de juego limpio o con las garantías, como la ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “*sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho*”⁴.

Esta noción no ha sido recogida adecuadamente en muchas de nuestras legislaciones procesales ni incluso en nuestras constituciones. Por ejemplo, en el caso chileno, la primera manifestación de la noción de debido proceso se encuentra en la Constitución de 1980 que, en su artículo 19 Nro. 3, se refiere a la necesidad de un justo y racional procedimiento⁵. Hoy sabemos que esa cláusula fue introducida como producto de una inquietud de los miembros de la comisión constitucional que funcionó durante el gobierno militar (especialmente en la década de los 70) y que obedeció a una información bastante general y vaga acerca del contenido de esta garantía en el ámbito internacional y comparado. A partir de esa cláusula constitucional diversos autores han intentado aproximarse a construir una noción más clara del debido proceso con el fin de hacerla operativa. No obstante estos esfuerzos han tenido la limitación de intentar buscar los elementos del debido proceso en la práctica judicial chilena, en la que esta noción era hasta hace poco desconocida, y por lo tanto no se trató de un camino muy fructífero. Es

judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, *fair trial*. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso”.

⁴ Véase Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 (Garantías Judiciales en Estados de Emergencia).

⁵ Dicha cláusula presenta diversos problemas técnicos en su redacción, partiendo por entregarle al legislador la definición de qué es lo que constituye un procedimiento racional y justo, todo lo cual ha sido fuertemente criticado por la doctrina nacional. Entre otros véase Alex Carocca, ob. cit.

por eso que la introducción de esta cláusula tuvo muy poco impacto en la configuración de los procesos chilenos. Así, tanto la doctrina constitucional como procesal tendieron a derivar de la cláusula constitucional algunas reglas formales como elementos constitutivos del debido proceso (por ejemplo, la notificación o emplazamiento) que lejos de poner en cuestión a los procesos vigentes, ayudaron a legitimarlos pese a ser muy cuestionables en las bases de su diseño⁶. Desafortunadamente esa doctrina ha tenido un impacto persistente en la jurisprudencia chilena⁷.

1.2. Características básicas

a) *El debido proceso es complejo*

En este escenario nos parece importante detenernos en algunas de las características básicas de esta noción que no son objeto de debate en la actualidad y que resultan interesantes de ser brevemente explicadas para comprender mejor la lógica de esta institución. Una primera característica central de la noción contemporánea del debido proceso es que está constituida por múltiples manifestaciones específicas. Es decir, que el debido proceso es una noción compleja desde el punto de vista de sus componentes. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir la idea de debido proceso, ha señalado que este está constituido por: “...el conjunto de condiciones que deben cumplirse para la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial”⁸. Es decir, la Corte también ha evitado una conceptualización o delimitación precisa de su contenido y lo ha entendido como un conjunto relativamente abierto de mínimos o condiciones que deben cumplirse y que son enumerados en el artículo 8° de la Convención. Algo similar ha dicho el Comité de

⁶ En este sentido véase por ejemplo Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, pp. 28 a 32, y José Luis Cea, *Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Cap. XIV, pp. 298 a 312, en donde incluso llega a concluir a propósito de un análisis comparativo entre el diseño del proceso civil en Chile a principios de los años 80 con las exigencias del debido proceso que “Demostrado ha quedado, sin embargo, que la legislación civil chilena cumple con los once requisitos que, sin intención taxativa, la Comisión consignó en sus actas” (p. 312).

⁷ Por ejemplo, véase la Sentencia del pleno de la Corte Suprema del 8 de agosto de 2000 referida al desafuero de Augusto Pinochet en su considerando 21 en el que cita explícitamente a esta doctrina. Más recientemente pueden verse un conjunto de decisiones del Tribunal Constitucional que siguen la misma lógica e invocan las mismas fuentes. Véase causas roles Nros. 478-2006 y 481-2006.

⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 9/1987 (“Suspensión de las Garantías en Estados de Excepción”).

Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Comentario General Nro. 13, referido al artículo 14 de aquella convención, cuando señala que se trata de una norma de “*naturaleza compleja*” que se integra “*con diversas provisiones*” que requieren comentarios específicos⁹.

b) *El debido proceso está integrado por estándares y no por reglas*

Una segunda característica es que este conjunto de exigencias mínimas que integran al debido proceso suelen presentarse en la legislación internacional más bien como estándares generales que como reglas precisas y que, por lo mismo, requieren de trabajo argumentativo para ser aplicables a situaciones fácticas concretas¹⁰. Nos parece que la expresión acuñada por la Corte Suprema de los EE.UU. hace más de 30 años resulta muy clara para ver los alcances de la noción de debido proceso complementando lo ya señalado. Así, esa Corte ha planteado que una persona tiene derecho a ser juzgada en un *fair trial* (expresión que en el mundo anglosajón es utilizada en forma sinónima a debido proceso o *Due Process*) y no en un *perfect trial*¹¹. Con esto, se pretende expresar que una de las características centrales del debido proceso tiene que ver con la necesidad de aplicar en cada caso un criterio de razonabilidad, esto es, para considerar si es que en una circunstancia cualquiera se han cumplido o no las exigencias de las garantías es necesario considerar en concreto los valores que ellas proclaman en relación con los demás valores del sistema, al mismo tiempo que las limitaciones propias de la realidad, como son la natural tendencia de las personas a cometer errores y las limitaciones de tiempo y recursos, por ejemplo. De este modo podemos decir entonces que la exigencia de un *fair trial* debe ser aplicada en consideración a las circunstancias concretas, entendiendo que las imperfecciones que necesariamente existirán pueden o no cuestionar la legitimidad del juzgamiento según afecten o no su razonabilidad. Por lo mismo, el debido proceso jamás puede ser considerado como un conjunto de reglas rígidas vinculadas a las

⁹ Véase Comité de Derechos Humanos Comentario General Nro. 13 (Sesión 21, 1984).

¹⁰ Solo a modo ejemplar para graficar el punto obsérvese, entre otras, la redacción del derecho a disponer del “tiempo y medios adecuados para preparar la defensa” regulada tanto en el artículo 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 8.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este caso queda de manifiesto que los tratados internacionales solo regulan un estándar general que debe ser precisado jurisprudencialmente en su aplicación caso a caso dependiendo de las circunstancias específicas del mismo.

¹¹ Michigan v/s Tucker 417 U.s. 433 (1974).

formas de los procedimientos, sino un conjunto de requerimientos sustantivos para lograr la razonabilidad buscada por el sistema. Es decir, el debido proceso no se traduce en mandatos binarios en los cuales sea posible hacer juicios absolutos, sino más bien entrega márgenes de discreción importante a los Estados para que puedan establecer reglas que cumplan con los mínimos, cuestión que normalmente se revisará caso a caso ponderando los valores que están en juego.

c) El debido proceso admite distintos grados de aplicación

Una tercera característica del debido proceso es su proporcionalidad, muy vinculada a su característica de razonabilidad. De acuerdo a la proporcionalidad del debido proceso, cada uno de sus componentes no siempre será aplicado con la misma intensidad en todos los casos por igual, sino que admitirá distintos grados o fuerza de aplicación dependiendo de ciertas circunstancias concretas. Así, una de las particularidades determinantes para establecer la intensidad de la aplicación de alguno de sus componentes es la magnitud de las consecuencias que tendrá la decisión judicial final en los derechos de los litigantes: Mientras más graves sean las consecuencias de la decisión que tomará el juez, aplicaremos más resguardos para evitar los resultados indeseados de un error en dicha decisión. Esta característica –la proporcionalidad– es bastante intuitiva y es consistente con la forma en que naturalmente razonamos en nuestra vida cotidiana. Si vamos a hacer nuestra compra semanal al supermercado no exigiríamos ver todos los papeles en regla del vendedor y tener copia de ellos antes de hacer nuestra compra, pero sí estaríamos dispuestos a pasar por estas molestias si lo que vamos a comprar es una casa. Un error en el segundo caso nos puede hacer perder mucho más que en el primero y, por lo tanto, tomamos los resguardos proporcionales en cada caso para evitarlo. Es en este sentido que el debido proceso es proporcional: Tomamos protecciones proporcionales a la importancia de la decisión que enfrentamos.

Así entonces, tomando a modo de ejemplo el elemento del debido proceso que denominaremos “convicción del tribunal”, podríamos afirmar que todo tribunal como mínimo, independientemente de las materias que deba conocer, debe fallar a favor del que más lo haya convencido respecto de la ocurrencia de los hechos que sustentan el derecho invocado. Si un tribunal resuelve a favor de la parte que no logró probar su caso, dudaríamos de la imparcialidad de los jueces y, en consecuencia, de lo justo o debido del procedimiento (esto sin considerar reglas de excepción que establezcan presunciones

legales o cambios en la carga de la prueba que puedan beneficiar a la parte). Pero este elemento “convicción del tribunal”, mínimo que siempre debe estar presente, no se aplicará siempre con la misma intensidad en todos los casos, sino que con proporcionalidad: el juez siempre deberá estar convencido, pero el grado de convicción (cuánto debe estar convencido) podrá variar dependiendo de las consecuencias de la decisión sometida a su conocimiento. De esta manera, y esto es una cuestión indiscutida, cuando se arriesga en un juicio perder la vida (pena de muerte) o la libertad por muchos años, estaremos dispuestos a exigirle al tribunal estar “muy convencido” de condenar o, en caso contrario, absolver. Esto se traduce en un estándar penal de convicción alto, como el de convicción “más allá de toda duda razonable”. Siguiendo este estándar de convicción, si en el caso presentado por el acusador hay una, y solo una duda razonable, no estaremos dispuestos a correr el riesgo de habernos equivocado pues el precio será muy alto e irreparable. En cambio, cuando lo que se arriesga es una afectación de derechos de menor envergadura, como en general se entienden las cuestiones civiles en relación a las penales, estaríamos dispuestos a acercarnos a un estándar de convicción más ordinario y cercano al que usamos habitualmente y que constituye por ello la regla general: el juez fallará a favor del que tiene la carga de la prueba cuando le crea más a este que a la contraparte. Esto es lo que en el sistema legal de Estados Unidos es llamado “preponderancia de la prueba”¹². De acuerdo a este otro estándar de convicción, si la balanza se inclina hacia el demandante, a este se le adjudicará la razón. Si, al contrario, la balanza se inclina hacia el demandado, no se le adjudicará la razón al demandante. En términos numéricos, y solo a modo ilustrativo, esto sería equivalente a decir que el demandante ganará el juicio si es capaz de convencer al juez en un 51%¹³. En cambio, en un juicio penal, con un estándar más alto debido a las consecuencias de la decisión, el acusador obtendrá la pena solicitada solo si logra convencer al tribunal en más de un 90%¹⁴. Por lo tanto, de acuerdo

¹² En inglés *preponderance of the evidence*, definida como “El mayor peso probatorio; Peso probatorio superior que, aunque no suficiente para liberar completamente la mente de toda duda razonable, es aun suficiente para inclinar una mente justa e imparcial hacia un lado del asunto en lugar del otro” (traducción libre de los autores). Véase Black’s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Publishing, St. Paul, Minn., 2001, p. 547.

¹³ Este es el estándar utilizado más ampliamente en materia civil en los Estados Unidos. Véase Black’s Law Dictionary, West Publishing, sexta edición, ST. Paul, Minn., 1991, p. 819 o Black’s Law Dictionary, West Publishing, Second Pocket Edition, St. Paul, Minn., 2001, p. 547.

¹⁴ Los porcentajes señalados no pretenden ser una afirmación matemática auténtica, sino que solo ilustrar la idea de que la convicción “más allá de toda duda

a la proporcionalidad, el estándar de convicción en materia penal y civil puede ser distinto y, a pesar de ello, ambos procesos pueden calificarse de debidos o justos si cumplen con los mínimos proporcionalmente.

Esta misma característica de la proporcionalidad puede ser encontrada no solo entre los distintos subsistemas de justicia (civil, penal, laboral, etc.), sino que también dentro de cada uno de estos subsistemas, como ocurre cuando entre diversas materias de carácter civil se determina cuál será el procedimiento a seguir dependiendo de la cuantía de lo demandado o entre diversas materias de carácter penal cuando se determina el procedimiento de acuerdo a la gravedad de la pena que arriesga el imputado en caso de condena. Así, no todos los procedimientos civiles tendrán el mismo debido proceso, ni lo tendrán tampoco todos los procedimientos penales entre sí. Cada subsistema determina cuáles de sus decisiones serán aquellas tratadas con el cuidado común y corriente y cuáles tendrán un cuidado mayor. De esta manera, de acuerdo a la gravedad de la decisión civil o penal, se aplicarán distintos procedimientos, unos que aplicarán más (y otros que aplicarán menos) intensamente las distintas garantías del debido proceso. De acuerdo a esta proporcionalidad, el procedimiento ordinario tendrá las garantías desarrolladas de una manera más intensa pues estará destinado a resolver los asuntos de mayor envergadura, pero habrá procedimientos más sencillos, reservados a los asuntos que el sistema defina como menos relevantes, en los que las garantías del debido proceso existen, pero exigibles en una intensidad menor. En un proceso penal, por ejemplo, en el que la sanción que arriesga el imputado es el pago de una multa en dinero, no se tendrán los mismos resguardos que si el imputado arriesgara una pena que lo prive de su libertad. En un proceso civil, por su parte, en el que el demandante solicita se le restituya la propiedad de un bien de poco valor no se tendrán los mismos resguardos que si lo que el demandante solicitara fuera una indemnización millonaria que podría hacer quebrar al demandado.

Es justamente esta característica de la proporcionalidad la que permite la entrada –y fija también los límites– de las propuestas que

razonable” es más alta que el estándar de “preponderancia de la prueba”, al mismo tiempo que ilustrar que no se requiere de una plena certeza o convicción más allá de toda duda (100% de convicción) para lograr una condena. Un análisis detallado sobre el estándar de convicción de más allá de duda razonable en la legislación procesal penal chilena puede verse en Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, pp. 483 a 502.

pretenden dar forma a los procesos judiciales desde la perspectiva de las políticas públicas, la economía y el análisis económico del derecho. Así, por ejemplo, un objetivo desde alguna de estas perspectivas será obtener una decisión jurisdiccional al conflicto siguiendo el procedimiento menos costoso en el menor tiempo posible. Para ello podría ser conveniente que el juez resolviera adjudicándole o no la razón a la parte demandante (sentencia) solo con el mérito de la versión presentada por el actor por escrito en la demanda, sin audiencia y sin escuchar lo que tenga que decir el demandado. Solo si la contraparte, una vez notificada la demanda junto con de la decisión judicial ya tomada, se opone a lo resuelto, se tendría que realizar un juicio que cumpla con los mínimos del debido proceso. Esto, que en abstracto a muchos les podría parecer aberrante desde el punto de vista del derecho a la defensa, es lo que conocemos hoy como el procedimiento monitorio, presente en varias de las legislaciones reformadas tanto en materia civil como penal, y que nos permite ahorrar una cantidad importante de recursos públicos, aumentar la rapidez de los procedimientos y utilizar mejor el tiempo de nuestros jueces en los asuntos donde su presencia realmente hace la diferencia (todo esto, por supuesto, si los sistemas judiciales están además bien gestionados). Este tipo de procedimiento salva las críticas desde el punto de vista del debido proceso en la medida en que el demandado mantiene la posibilidad de exigir la realización de un verdadero juicio si no está conforme con lo resuelto, pero la gran diferencia radica en que el sistema hace recaer sobre él la carga de exigirlo. Si el demandado no exige su derecho a juicio, se entiende entonces que la decisión judicial es legítima pues el mismo demandado ha renunciado voluntariamente a mayores resguardos o garantías que están establecidas a su favor y de las cuales es titular.

El anterior es solo un ejemplo dentro de los diversos mecanismos que pueden ser utilizados en un procedimiento para lograr ciertos objetivos de política pública que pueden traer importantes resultados para una correcta administración de la justicia. Sin embargo, aunque esta parece ser una vía muy atractiva que podría replicarse en todo tipo de asuntos, ha estado generalmente reservada para ciertos conflictos civiles o para sanciones penales menores debido a los límites que impone la proporcionalidad: Si tenemos que resolver un asunto de mayor impacto en los derechos de las personas, entonces cautelaremos con más intensidad la corrección de su resultado prefiriendo, de acuerdo a nuestro ejemplo, un proceso en el que, antes de decidir, se escuche al demandado o acusado en una audiencia oral, pública y contradictoria, aunque esto implique

mayores gastos. La decisión acerca del límite de las materias susceptibles de este tipo de arreglos institucionales de políticas públicas es difuso y variará de lugar en lugar de acuerdo a los valores preponderantes, por lo que resulta imposible establecer un parámetro o criterio único y claro que sirva para definir con pretensiones universales en qué casos procede, por ejemplo, hacer aplicable un procedimiento monitorio y en qué casos será desproporcionado. Para graficar esto baste el siguiente ejemplo: en Chile el Poder Legislativo decidió que los fiscales del Ministerio Público estarían facultados para negociar con el imputado el monto de su pena ofreciéndoles rebajarlas, logrando así entregarles suficientes incentivos a estos últimos para que renunciaran a su derecho a un juicio oral, reduciendo por consiguiente la carga de trabajo del sistema al bajar la cantidad de juicios realizados. Si el imputado renunciaba a su derecho a un juicio oral, entonces el juez podía condenarlo solo sobre la base de los antecedentes en poder del fiscal. La decisión de permitir condenar sin juicio se justificaba en que el juicio oral es un derecho del imputado, una garantía a su favor, y por lo tanto si éste la quería renunciar por alguna razón que lo beneficiara, estaba en todo su derecho ya que no podía usarse la garantía en contra sus propios intereses. Además, esta decisión la tomaría asesorado porque siempre contaría con la asistencia de un letrado profesional garantizado por el Estado y el juez debería velar porque su voluntad de renuncia fuese libre y con conocimiento de sus derechos. Sin embargo, el mismo Poder Legislativo le puso límites a este poder de negociar. Si la pena solicitada por el fiscal era superior a cinco años y un día, debía realizarse un juicio oral, público y contradictorio previo a la aplicación de una pena sin posibilidad de que el imputado pudiera renunciar a este derecho. Como este ejemplo nos muestra, en Chile se estimó que si la pena a aplicar era superior a cinco años de privación de libertad, ya no se estaba dispuesto a correr los riesgos de una renuncia equivocada del imputado de su derecho a juicio oral producto de presiones indebidas, de mala asesoría, en definitiva, de un error. En casos de pena superior a cinco años, aunque el imputado aceptara públicamente su culpabilidad, un tribunal debía verificar la información que tenía el ente acusador antes de someter al acusado a una condena de tal magnitud. Incluso más, se estipuló una norma que prohibía la condena en juicio de una persona solo sobre la base de su confesión. El acusador debía siempre probar su caso más allá de una duda razonable. En definitiva, de acuerdo a lo que venimos explicando, para el Poder Legislativo chileno no pareció adecuado dar paso a una política pública de disminución de juicios orales en casos de penas superiores a cinco años de privación de libertad pues le pa-

reció, en nuestra nomenclatura, desproporcionado. Es decir, no había resguardos suficientes en el acuerdo de penas en relación a la magnitud de un posible error. Pero así como en el caso chileno el límite se puso en penas superiores a cinco años, en otros sistemas no existe límite, aun en otros derechamente no existe la posibilidad de negociar y, en fin, habrá otros en que el límite sea superior o inferior a cinco años y un día. ¿Por qué el límite en cinco años y un día? ¿Por qué no tres años y un día? ¿Por qué no diez años y un día? Y así podríamos seguir con otras preguntas: ¿Por qué permitir litigar por Internet solo causas de menos de mil dólares? ¿Por qué no en causas de menos de cinco mil? ¿Cómo fijar el límite? Como ya señalábamos resulta imposible establecer un parámetro o criterio único y claro que sirva para definir con pretensiones universales cuál es el espacio exacto para el desarrollo de políticas públicas en materia de justicia. El límite dependerá en muchos casos de las características propias de cada realidad, como el ingreso *per capita* de un país o de su determinado sistema jurídico. En Chile el límite de cinco años y un día para negociar penas tiene uno de sus fundamentos en que a partir de dicha pena no es posible para el condenado ser beneficiario de medidas alternativas a la privación de libertad, por lo que en caso de condena, aunque sea la primera en su vida, la cárcel efectiva es la única opción posible.

d) El debido proceso tiene un contenido que evoluciona

Por último, una cuarta característica está constituida por el carácter progresivo o evolutivo que presentan los diversos componentes del debido proceso, es decir, que ellos no tienen un significado estático en el tiempo sino que van evolucionando de manera de ir incorporando nuevas dimensiones o ampliando los alcances que tradicionalmente se daban a algunos de sus componentes. Así, por ejemplo, la Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana señala sobre este punto que *"el desarrollo histórico del proceso, consecuentemente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales... Es así como se ha establecido en forma progresiva, el aparato de garantías que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse otras garantías aportadas por diversos instrumentos de derecho internacional"*¹⁵.

¹⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 (El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso legal), párrafo 117.

1.3. Las exigencias de debido proceso contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos

De esta última cita podemos también obtener la idea que un buen punto de partida en el trabajo de delimitación de las garantías individuales que forman parte del debido proceso es la revisión de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, las cuales intentan desagregar esta noción genérica en varios contenidos específicos. Los tratados internacionales y la jurisprudencia que estos han generado, representan hoy día un cierto consenso internacional acerca de las garantías mínimas que deberían reconocerse por todos sus Estados parte a las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial. Así, los principales estándares que pertenecen a la noción de debido proceso han sido desarrollados por la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6 (en adelante "Convención Europea"), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 (en adelante "el Pacto") y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 (en adelante "Convención Americana")¹⁶. Todos estos instrumentos internacionales contienen regulaciones muy similares en materia de garantías del debido proceso para todo tipo de casos. A su vez, ellas han sido objeto de importantes desarrollos en el trabajo de los tribunales internacionales encargados de su aplicación. Por ejemplo, como lo destaca Shermers respecto de la Convención Europea, *"El artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos es el artículo más invocado frente a la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos. Es también el artículo que en los procedimientos ante ambas ha sido más frecuentemente considerado violado"*^{17, 18}. Sin llegar a los mismos niveles

¹⁶ Es importante recordar que los dos últimos han sido ratificados por Chile e incorporados a nuestra legislación interna por medio de su publicación, como así también por la mayoría de los países de América Latina. Más allá del debate doctrinario acerca del rango con el que ambos se incorporan a la legislación interna en los diversos países, en lo que no hay dudas es que se trata de normas vigentes y de obligatoria aplicación por parte de los jueces y, en consecuencia, vinculantes para todos los actores del sistema.

¹⁷ Véase Henry G. Schermers en el prefacio de Stephanos Stavros, *The Guarantess for the Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 1993, p. ix.

¹⁸ Si bien los países de América Latina no son parte del sistema europeo de protección de derechos humanos, los desarrollos del mismo son elementos muy significativos para la interpretación de las normas internacionales vigentes en la región, no solo debido a la similitud de sus reglas, sino porque se trata del sistema regional de protección de derecho humanos más avanzado y con mayor nivel de influencia en el desarrollo de otros sistemas regionales, como el interamericano. Steiner y Alston señalan respecto a este sistema: "It is of particular importance

de desarrollo aún, también es posible observar que en el ámbito del sistema interamericano la aplicación del artículo 8 de la Convención es cada vez más importante.

El análisis de los tres textos da cuenta de una estructura relativamente similar. Todos dividen la enumeración de los mínimos en dos tipos de cláusulas. Una primera de carácter genérico (Artículo 8.1 de la Convención Americana, Artículo 14.1 del Pacto y Artículo 6.1 de la Convención Europea) que se aplica en forma directa como exigencia a los procesos que recaen en la sustanciación de procesos penales o para la determinación de “*derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”¹⁹. Una segunda cláusula (más bien grupo de ellas) contiene una enumeración más larga de garantías, las cuales en principio por su redacción parecieran aplicarse en forma exclusiva a los procesos penales²⁰.

La cláusula genérica establece como requisito central del debido proceso básicamente cuatro cuestiones. En primer lugar, se establece una exigencia general de juicio justo o *fair trial* (en la versión en inglés de las mismas). En su versión castellana, por ejemplo en el caso de la Convención Americana y el Pacto, ella es manifestada en la idea de que el debido proceso involucra el contar con un proceso con “*las debidas garantías*”. Vale la pena resaltar el hecho de que esta primera exigencia da cuenta de una característica muy importante de la idea de debido proceso que proviene de la tradición legal anglosajona que ya hemos mencionado. Nos referimos al hecho de que, a lo menos en esa tradición, estas normas de garantía no tienen la connotación de conceptos completamente delimitados que se pueden aplicar de una manera inequívoca a las situaciones concretas, se trata en cambio de principios, esto es, de valores que el

within the context of international human rights for several reasons: it was the first comprehensive treaty in the world in this field; it established the first international complaints procedure and the first international court for the determination of human rights matters; it remains the most developed of the three regional systems; and it generated a more extensive jurisprudence than any other part of the international system”, Véase Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 571.

¹⁹ Artículo 8º Convención Americana. Cabe señalar que la redacción de la Convención Europea y el Pacto son más escuetos en este punto al contraponer los casos penales con la determinación de “*derechos u obligaciones de carácter civil*”, cláusula que en todo caso ha sido interpretada en forma extensiva entendiéndose que el concepto “*civil*” esta contemplado en un sentido amplio como todo aquello no penal en dichos tratados.

²⁰ Así, por ejemplo, el numeral 2 del Artículo 8º de la Convención Americana señala: “*Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a...*”. Una formula similar se repite en los artículos 14.2 y 14.3 del Pacto y 6.2 y 6.3 de la Convención Europea.

sistema proclama y promueve, pero que para su aplicación práctica requieren de una cierta ponderación. Habitualmente esta noción se expresa en la literatura por medio de la idea de que estas garantías son principios (estándares) y no reglas y que por lo tanto su aplicación supone su ponderación en relación con otros principios del sistema legal, al mismo tiempo que en relación con la complejidad de la situación de hecho a la que se aplican. En este contexto, la función principal de esta primera exigencia de carácter genérico será establecer el parámetro general de evaluación de razonabilidad del proceso que sea objeto de cuestionamiento concreto.

Una segunda exigencia contenida en la cláusula general de los tratados internacionales está constituida por la necesidad de contar con una audiencia oral y pública como centro del proceso. Por su importancia e influencia directa en el diseño de cualquier modelo procesal, nos referiremos en detalle a esta en la próxima sección de este trabajo. Una tercera exigencia está constituida por un conjunto de requerimientos que debe cumplir el tribunal que conoce de los asuntos que se someten a decisión. En lo central, estas apuntan a asegurar que quien resuelva sea un órgano independiente e imparcial. Esto trae múltiples consecuencias funcionales y orgánicas que son extensibles a todo tipo de materias. Finalmente, una última exigencia contenida en esta cláusula general es la idea que la determinación de derechos y obligaciones se realice dentro de márgenes temporales limitados o, como lo ha desarrollado la jurisprudencia internacional, dentro de un “plazo razonable”²¹.

Como se puede apreciar, las anteriores exigencias fijan un marco compartido común que deben cumplir tanto procesos civiles, en un sentido amplio, como los penales, allí donde se suele esgrimir

²¹ Reiterando un punto que hemos sostenido la jurisprudencia de la Corte Europea ha establecido la imposibilidad de determinar la razonabilidad de los plazos en abstracto. En cambio, ha establecido que ella debe determinarse caso a caso por medio del análisis de tres criterios: la complejidad del caso, la conducta del acusado y el comportamiento de las autoridades estatales competentes. Esta doctrina fue desarrollada por la Comisión Europea en el caso *Huber v. Austria* del 8 de febrero de 1973 y adoptada por la Corte Europea en el caso *Foti v. Italia* de 10 de diciembre de 1982. Desde ese entonces ha sido aplicada en cientos de casos. La doctrina de los tres criterios ha sido adoptada también, pero en forma mucho más reciente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Genie Lacayo* (del 29 de enero de 1997) y en su jurisprudencia posterior. Para un análisis de la jurisprudencia del sistema Interamericano, recomendamos revisar Daniel Pastor, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2002, pp. 205 a 222. La aplicación de estos criterios a un caso civil puede verse en un caso clásico del sistema europeo como lo es *Unión Alimentaria Sanders contra España*, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989.

por parte de alguna doctrina civil más atrasada que los principales cambios que han orientado las reformas procesales penales no serían aplicables a ciertas materias (por ejemplo, en procedimientos de cuestiones de familia) debido a que estos conflictos presentarían una naturaleza distinta, como si cada área del derecho pudiera definir a partir de sus propias características sustantivas si un proceso es debido sin tomar en cuenta la imparcialidad del tribunal, las posibilidades de las partes de ser escuchadas, las posibilidades de presentar prueba en su beneficio o desacreditar la prueba que la perjudica de una manera efectiva, de hacerlo bajo el control de la comunidad a través de la publicidad o la posibilidad de que la decisión judicial pueda ser revisada por un tribunal superior. Un proceso debe ser debido o justo independientemente de si lo que se discute ha sido definido como penal, laboral, familiar o comercial. Por ello es que, como contrapartida a lo señalado por la doctrina en comentario, los tratados internacionales asumen una idea opuesta, la idea que todo proceso debe satisfacer el piso básico descrito, el que en términos generales ha fundado también a la reforma en materia procesal penal en América Latina. El hecho de que el desarrollo del concepto sobre el debido proceso haya tenido lugar con mayor énfasis y más tempranamente en materia penal solo se explica históricamente por la extrema gravedad de las decisiones tomadas en dicha sede judicial, pero no debe llevar a conclusiones erradas: las cuestiones decididas en otras áreas del derecho son también importantes y afectan de manera relevante la vida de quienes se someten a ellas por lo que igualmente tienen derecho a un debido proceso en la determinación de sus derechos.

Todo lo anterior no significa que todo proceso, independientemente de la materia, deba ser igual, como ya se ha señalado al explicar la proporcionalidad del debido proceso. Hay particularidades de cierto tipo de conflictos que sí hacen diferencias, pero el punto que intentamos remarcar es que esas diferencias no justifican vulnerar los mínimos a los que cualquier persona, independientemente del tipo de asunto que se esté discutiendo, tiene derecho. Así, por ejemplo, que al empleador demandado por el trabajador se le imponga la carga de probar algún hecho, a pesar de ser el operario quien demanda (y que por lo tanto tendría según las reglas generales la carga de probar lo que alega), no es entendido como una vulneración del debido proceso, siempre y cuando este cambio sea justificado y de acuerdo a la razonabilidad, como en los casos en que es el empleador el único que está en condiciones de probar algún hecho pues es él quien tiene el control de ciertos documentos a los cuales el operario no tiene acceso. Estas modificaciones de la carga de

la prueba son generalmente normadas como presunciones legales a favor de alguna de las partes y no se entiende que vulneran el debido proceso ya que básicamente pretenden, por el contrario, garantizar el debido proceso de la parte que fácticamente está en desventaja para probar algún hecho que puede ser fácilmente probado por la contraparte²².

Junto con lo anterior, las exigencias contenidas en las cláusulas posteriores de los tratados internacionales que en principio solo parecen ser aplicables a las materias penales, también han sido comprendidas por la jurisprudencia internacional como garantías que deben existir en los procesos de determinación de derechos y obligaciones de carácter civil. Ello ha llevado a enriquecer fuertemente los componentes de la cláusula genérica al dotar de exigencias específicas la concreción de la misma. Así, normas que establecen el derecho de defensa en sus distintas manifestaciones, como por ejemplo la posibilidad de presentar y confrontar prueba (Artículo 8.2.f de la Convención Americana y 14.3.e del Pacto), la de contar con el tiempo y medios adecuados para defenderse (Artículo 8.2.c de la Convención Americana y 14.3.b del Pacto), entre otras, resultan plenamente aplicables en materia civil. Incluso garantías como la presunción de inocencia, cuya estructura se asocia fuertemente a la lógica penal, han sido extendidas a casos no penales (por ejemplo en materia laboral y administrativa).

La jurisprudencia internacional ha consolidado esta opinión de aplicación de estos mínimos a las demás materias por medio de dos vías distintas. En primer lugar, por vía de entender que la exigencia genérica de *fair trial* incluye la satisfacción de varios de los derechos expresados en las cláusulas posteriores de los tratados internacionales. Son múltiples los casos en que a partir del análisis de esta exigencia general la Corte sostiene que han existido infracciones del debido proceso por falta de cumplimiento de algunas de los requerimientos contenidos en las otras cláusulas en materia civil. Así, por ejemplo, en el caso *Steel and Morris v. The United Kingdom*²³ tratándose de un procedimiento civil por difamación, la Corte sostuvo que al habersele denegado asesoría legal gratuita a los demandados por difamación –la cual existía para otras cuestiones civiles– se los

²² Un ejemplo acerca de la compatibilidad de estas presunciones con el debido proceso y la descripción de las características que deben tener para ser legítimas en materia penal puede verse en la sentencia del caso *Salabiaku* contra Francia, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 7 de octubre de 1988.

²³ Véase caso *Steel and Morris v. The United Kingdom*, sentencia final de 15 de mayo de 2005. Especialmente véase párrafo 65.

privó de la posibilidad de presentar de manera efectiva su caso ante los tribunales y contribuyó a una inaceptable desigualdad de armas con el demandante, todo lo cual constituye una violación al artículo 6.1 de la Convención Europea²⁴. Se puede apreciar que la resolución de fondo recae sobre la imposibilidad de defenderse adecuadamente en el caso (derecho de defensa), garantía no contenida en forma explícita en el numeral 6.1 de la Convención Europea, pero que sí se reconoce por vía de la interpretación amplia de la idea de *fair trial*. En el caso *Tamminen v. Finland* (caso civil de indemnización por no pago de rentas y otras prestaciones del contrato de trabajo)²⁵ la Corte Europea estimó que al haberse rechazado oír a un testigo debidamente identificado presentado por el demandante, por razones no especificadas en instancias previas, aquello constituyó una injusticia no compatible con los requerimientos de la Convención, encontrándose violado el artículo 6.1 de la misma. Nuevamente, el artículo 6.1 no contiene de manera explícita el derecho de presentar testigos (cosa que sí hace la cláusula del artículo 6.3 d), no obstante lo cual la Corte la considera incluida en una interpretación amplia del *fair trial*.

Como se puede apreciar en estos casos ejemplares, la Corte Europea extiende algunas exigencias mínimas de las cláusulas posteriores, tales como la asistencia letrada o el derecho a presentar testigos, a nivel de requerimientos contenidos en la exigencia genérica de *fair trial*. En definitiva, ambos casos dan cuenta de cómo la Corte recoge otras garantías contempladas en los tratados internacionales y las hace aplicables a materias civiles en términos amplios por vía de su inclusión en la cláusula general del artículo 6.1 de la Convención Europea.

Una segunda fórmula utilizada por los tribunales internacionales para extender las garantías en principio penales a otras materias ha sido por pronunciamiento explícito en tal sentido. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso *Baena*

²⁴ Un caso similar, aun cuando con un razonamiento un tanto distinto en materia de divorcio, fue resuelto por la Corte en el año 1979. Se trata del caso de *Airey* en contra de Irlanda, sentencia del 9 de octubre de 1979, por medio de la cual la Corte consideró que no obstante existir la posibilidad de comparecer personalmente ante la "High Court" para demandar su divorcio, las circunstancias del caso y la complejidad del procedimiento hicieron que la señora *Airey* no tuviera acceso efectivo ante la "High Court", lo cual infringió el artículo 6.1 de la Convención.

²⁵ Véase *Caso Tamminen v. Finland*, sentencia final del 5 de julio de 2004, especialmente párrafos 32 a 35.

v. Panamá²⁶, referido a un conflicto laboral-administrativo entre 270 trabajadores de una empresa estatal destituidos, que “...*el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’.* Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”²⁷. Esta idea ha sido reiterada por el propio presidente de la Corte en el foro académico, sosteniéndolo como una tendencia general de la jurisprudencia del sistema interamericano²⁸.

En el mismo sentido también se ha pronunciado la Corte Europea, añadiendo el matiz que esta expansión de las exigencias mínimas del debido proceso a materias civiles suponen una adaptación a las particularidades de dichos casos y entregan una mayor flexibilidad en su aplicación a los Estados que en materia penal, como lo señalábamos al hablar de la proporcionalidad. Así, en el caso Pitkanen v. Finland²⁹ que trataba sobre una disputa civil entre vecinos derivada de infracciones a reglas de construcción, estableció en su párrafo 51 que “... *las exigencias inherentes al concepto de ‘fair hearing’ no son necesariamente las mismas en casos concernientes a la determinación de derechos civiles que penales... Así, no obstante esas provisiones tienen cierta relevancia más allá de los confines del derecho penal, los Estados contratantes disponen de mayor latitud cuando manejan casos civiles que penales*” (la traducción es nuestra).

De acuerdo a esta línea, el legislador de cada Estado tiene cierto espacio de libertad para determinar la forma que tendrán sus procesos judiciales, pero si se pretende respetar lo establecido en los Tratados Internacionales, el diseño de los procesos deberá igualmente respetar ciertos mínimos que están fuera de la discrecionalidad estatal y que vienen impuestas por los componentes del debido proceso. De esta manera, el legislador de cada Estado no está obligado por

²⁶ Véase caso Baena contra Panamá, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de febrero de 2001.

²⁷ Ob. Cit. Párrafo 125.

²⁸ Véase Sergio García Ramírez, El Debido Proceso en Materia Penal bajo la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (marco general), en *Panorama Internacional sobre Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2007, p. 452.

²⁹ Véase Caso Pitkanen v. Finland, sentencia final de 9 de junio de 2004, especialmente párrafo 51.

el debido proceso a que toda disputa llevada a un tribunal deba ser resuelta a través de un juicio oral, público y contradictorio, sino que puede establecer mecanismos más sencillos, como la litigación por medios electrónicos en los que no se tiene acceso al juez en forma directa y personal, siempre y cuando se les garantice a los litigantes el derecho a tener una audiencia judicial con todos los resguardos del debido proceso si estos lo solicitan. Así se asegura a las partes un debido proceso con todas las garantías si estas, en el caso concreto, no se sienten satisfechas con el procedimiento más sencillo o si necesitan de la presencia judicial para resolver algún asunto que lo amerite. De esta misma forma está diseñado, como lo dijimos en otro apartado de este trabajo, el procedimiento monitorio. Este procedimiento no atenta contra el debido proceso porque, a pesar de condenarse al demandado sin haberlo escuchado y solo con el mérito de lo expuesto por el demandante, el demandado sigue teniendo la posibilidad de exigir la realización de un juicio si se opone a lo resuelto por el juez. La garantía de un juicio justo sigue siendo una posibilidad que depende de la voluntad de la persona a quien protege. Si esa persona, el demandado, decide renunciar a ese derecho y contentarse con lo resuelto sin que lo hayan escuchado, no habría vulneración de su debido proceso. Por supuesto, de acuerdo a lo que analizábamos a raíz de la característica de progresividad del debido proceso, cada Estado deberá decidir qué tipo de decisiones estará dispuesto a someter a este tipo de procedimientos y a cuáles, independientemente de la voluntad de las partes, les dará un tratamiento más protector.

Para concluir esta sección, podemos ver que para establecer las exigencias mínimas de debido proceso en materia civil es indispensable conocer con cierto detalle las normas internacionales de derechos humanos contenidas no solo en la cláusula genérica inicial de los mismos, sino que también en aquellas posteriores que en principio solo parecen ser aplicables a materias penales. Todo esto se traduce en que la matriz básica de los mínimos que debe contener una legislación procesal, cualquiera sea la materia sobre la que verse, se estructura sobre principios absolutamente similares. Predicar entonces la especialidad de las cuestiones civiles para, por ejemplo, negar la necesidad de contar con procesos orales, públicos y contradictorios para toda controversia, supone desconocer las exigencias de debido proceso. Hoy día el debido proceso, en cualquier ámbito, se construye a partir de estos mínimos que poco tienen que ver con la lógica de los “principios formativos del procedimiento” que han inspirado tradicionalmente la estructuración de los procesos civiles.

2. El juicio oral como elemento central del debido proceso

2.1. Aspectos generales

Las normas citadas y el desarrollo jurisprudencial del que han sido objeto han creado una doctrina internacional acerca de los alcances y componentes centrales de la noción de debido proceso. Dichos componentes, como analizamos, se refieren a una compleja y variada gama de garantías muy específicas. A su vez, cada uno de estos derechos ha sido objeto de complejas derivaciones y estándares específicos. Con todo, la revisión cuidadosa de estas normas permite sostener que el eje central sobre el cual se articulan todas las garantías para todo tipo de materias es la idea de juicio, entendido este como una audiencia oral, pública y contradictoria. Esto significa que, a lo menos en el contexto cultural moderno –en el que esas garantías se han desarrollado– resulta imposible imaginar cada uno de estos derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública³⁰, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan las partes involucradas, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a todo lo cual el tribunal puede fundar su decisión.

Sobre este punto, refiriéndose a los diversos instrumentos internacionales, Stavros señala que *“El propósito sobreentendido del artículo 6 de la Convención Europea y de las cláusulas equivalentes en los otros instrumentos bajo examen, en su aplicación a procedimientos criminales, es asegurar un juicio justo al acusado. El derecho a una audiencia justa, establecida en el artículo 6 (1), debe ser visto, en consecuencia como la noción genérica de las garantías más específicas de las disposiciones”*³¹.

La idea central detrás de la noción de “audiencia justa” es la del derecho, que tiene toda persona cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, a un juicio. A su vez, la noción de juicio se encuentra asociada a elementos muy específicos e indispensables tales como la oralidad, la publicidad y el carácter contradictorio que debe tener. Veamos los alcances de estas tres carac-

³⁰ Un ejemplo de esto se encuentra en la Observación General Nro. 13 del Comité de Derechos Humanos referida al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde en su numeral 6 señala: “La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general”.

³¹ Véase Stephanos Stavros, ob. cit. p. 42.

terísticas y de por qué ellas son componentes centrales de la noción de juicio de acuerdo a los estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos.

La exigencia de publicidad del juicio se encuentra recogida explícitamente en normas internacionales tales como el artículo 8.1 de la Convención Americana y el 14.1 del Pacto. La publicidad significa que las actuaciones del juicio deben realizarse a “puertas abiertas”, es decir, que cualquier persona debe poder ingresar a la sala de audiencias y observar qué es lo que ocurre en ella. En este sentido, la publicidad es un mecanismo de control ciudadano, pero también de las partes para fiscalizar el adecuado comportamiento de los jueces, el ejercicio idóneo del derecho de defensa y que los juicios se desarrollen de conformidad a lo que la ley señala³².

La contradicción, por su parte, se encuentra recogida en normas tales como los artículos 8.2 f) de la Convención Americana y 14.3 e) del Pacto que hacen referencia al derecho del acusado de interrogar a los testigos presentes en el juicio que, como ya hemos visto, resulta plenamente aplicable a los procesos civiles. Esta garantía importa la posibilidad de las partes de controvertir toda la información que presente la contraparte en el juicio (ya sea que emane de la prueba o de la argumentación). De esta forma, la contradicción busca que las partes tengan la posibilidad efectiva de manifestar su punto de vista e intervenir en la formación de convicción por parte del tribunal que tiene que resolver sobre los derechos y obligaciones debatidos.

Finalmente, la tercera característica de la audiencia es su oralidad. Ella básicamente consiste en una metodología de producción de información y su comunicación entre las partes, por un lado, y entre las partes y el tribunal, por otro. Esta metodología supone el uso de la palabra en contraposición al uso de la escritura. A diferencia de la publicidad y contradicción, la oralidad no es una característica que

³² El párrafo 168 de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Palamara (véase caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005) destaca estas mismas ideas acerca de la publicidad señalando: “La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”. En palabras similares también se ha pronunciado la Corte Europea sobre la materia en variados casos. Entre otros véase Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 26 de septiembre del año 2000, *case of Guisset v. France*, párrafo 72.

aparezca explícitamente mencionada en los tratados internacionales, pero sí constituye una derivación directa de los mismos. Tanto los organismos encargados de la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como la doctrina procesal, han entendido que la oralidad constituye el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediación y la publicidad en el proceso³³. En la medida en que las pruebas y argumentos de las partes no se presenten en forma oral y directa frente a los jueces que van a decidir el asunto, se corre el riesgo de la delegación de funciones y que el proceso se transforme en el intercambio de papeles entre los abogados y el tribunal, al cual ni las partes ni el público tienen acceso, a lo menos, expedito.

Vale la pena detenerse brevemente en una cuestión que suele ser objeto de confusiones en materia de oralidad, aun cuando vaya un poco más allá de este elemento como integrante de la idea de audiencia o juicio. Esta característica del debido proceso no impone que todas y cada una de las actuaciones de un procedimiento deban ser orales para ser compatibles con la lógica del debido proceso. Es posible y normal que en todo tipo de procesos existan actuaciones escritas, como por ejemplo la acusación del fiscal en el proceso penal o la demanda en el proceso civil, sin que ello afecte el aspecto esencial del significado de la oralidad como componente del debido proceso³⁴. Para estos efectos, lo relevante es que el material escrito no sea la base sobre la cual se forma la convicción del tribunal y se fundamenten sus decisiones, sino que precisamente lo sea el producto de la audiencia, es decir, las argumentaciones y pruebas presentadas en la audiencia con inmediación, contradictoriedad y publicidad. La función de la oralidad es asegurar eso, por lo que otras cuestiones del procedimiento, como por ejemplo actuaciones de mero trámite que permitan preparar dichas audiencias, pueden ser perfectamente realizadas en formatos escritos sin que ello afecte necesariamente al debido proceso.

³³ Esto ha sido reconocido desde antiguo por la doctrina procesal penal, por ejemplo véase Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, pp. 96-97; Alfredo Vélez de Maricónde, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lerner Editores, Córdoba, 1986 419-420; Cristián Riego, *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*, en *Proceso Penal y Derechos Humanos*, tomo I, Universidad Diego Portales, Santiago 1994, p. 40; pero también más recientemente por la doctrina procesal civil más ilustrada. En este sentido véase Jorge López González, *Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2007, pp. 83 a 85.

³⁴ En este sentido, variada doctrina procesal más tradicional tiende a conceptualizar la oralidad en oposición a la escrituración, lo que lleva a la idea que sistemas orales no admiten ninguna manifestación o acto escrito en el desarrollo del proceso. Sobre este punto véase Jorge López González ob. cit., p. 40.

Como se puede apreciar de todo lo anterior, estos elementos hacen que no cualquier forma de decidir un caso civil satisfaga las exigencias del debido proceso, aun cuando se le denomine formalmente como juicio. Así, el procedimiento ordinario contenido en el Código de Procedimiento Civil chileno –no obstante haber sido considerado como un “juicio” por parte de la doctrina nacional más tradicional– no contiene ninguna de las características descritas, tal como han sido entendidas en el sistema internacional, por lo que no satisface este derecho básico de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial³⁵. Lo que llama la atención es que no obstante lo sencillo de esta idea, ella no se haya instalado con fuerza en América Latina sino hasta hace muy poco y aún con muchos problemas. Por el contrario, ella ha convivido con las más variadas formas de juzgamiento sin que se haya establecido una audiencia oral, pública y contradictoria como forma de resolver los asuntos que se someten a consideración judicial.

Un factor que pudo haber contribuido al fenómeno descrito es que la regulación de la garantía del juicio no aparece mencionada de manera explícita en la versión en castellano tanto de la Convención Americana como del Pacto. Así, el artículo 8.1 y 14.1 señalan respectivamente las menciones de “el derecho a ser oída”, lo que ha dado pie para que se haya sostenido que bastaba para cumplir con dicha garantía la posibilidad de que las partes pudieran manifestar su opinión ante el tribunal, aun cuando no fuera en una audiencia oral y pública, sino que, por ejemplo, a través del envío de una solicitud por escrito a los tribunales. La confusión se origina en un problema de “traducción cultural” de la respectiva disposición. En efecto, la versión en inglés de la Convención utiliza ya en el título del artículo 8 un contenido mucho más preciso: “*the right to a fair trial*” (el derecho a un juicio justo), frente al mucho más ambiguo “garantías judiciales” de la versión en español. Asimismo, el encabezado del Nro. 1 en inglés es: “*hearing with due guarantees*”, cuya traducción literal debiera ser “audiencia con las debidas garantías”, en donde la idea de audiencia es la que preside la regla y orienta acerca de cuál es el contenido central de la misma. La norma del Pacto es aún más explícita. Su versión en inglés señala que “*everyone shall be entitled to a fair and public hearing*”, es decir, “el derecho de toda persona a una audiencia justa y pública”, realizan-

³⁵ El procesalismo tradicional ha usado la expresión juicio como sinónimo de procedimiento o como sentencia. Ninguna de ambas nociones se adecua a la lógica del juicio como garantía del debido proceso en la medida en que no sean producto de una audiencia de las características descritas.

do que la idea de audiencia no es posible desvincularla de la idea de publicidad y, en consecuencia, de la oralidad. Como se puede apreciar, existe una distancia importante entre la idea de “ser oído” contenida en las traducciones castellanas de ambos tratados y la de “audiencia” contenida en el lenguaje inglés de ambas.

No nos parece que esta diferencia en las expresiones en ambos idiomas haya sido solo un problema lingüístico. Este refleja más bien un problema muy profundo acerca de la escasa comprensión que sobre las garantías del debido proceso ha habido en América Latina, como ya sugeríamos en párrafos previos. Mientras en el mundo anglosajón dicha regla se entendía con claridad, ya que la idea de audiencia es equivalente a la idea de juicio oral y público, en América Latina su traducción da cuenta de una reducción del contenido de la misma a cuestiones puramente procedimentales, como por ejemplo, contar con la posibilidad de presentar peticiones al juez por escrito sin un juicio. En alguna medida esta falta de claridad se ha traspasado también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual no ha tenido un pronunciamiento claro sobre los alcances del “derecho a ser oído” y la garantía de juicio oral y público³⁶.

Esta idea de la existencia de un problema cultural de traducción (más bien de comprensión de la norma del derecho internacional) queda clara cuando se revisan las normas de otros instrumentos internacionales vinculantes, que son absolutamente explícitas en la materia, aun en su versión en castellano. Así, el artículo 11 párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que la culpabilidad de un acusado debe ser demostrada en “juicio público”. La Convención sobre Derechos del Niño establece en su artículo 40.2.b iii, referido a los procesos en contra de niños acusados de violar leyes penales, que su “causa será dirimida... en una audiencia

³⁶ Una revisión de la jurisprudencia de la Corte sobre este punto es realizada por Cecilia Medina, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2005, pp. 273 a 283. De ella se puede concluir que la Corte no ha tocado el tema de manera explícita. Lo mismo puede apreciarse si se revisa el Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2005, publicado por el Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, diciembre 2005, 279 páginas. Un fallo relativamente reciente en donde la Corte destaca la importancia de la publicidad de los procesos penales y del principio de contradicción puede verse en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005. Véase especialmente párrafos 165 a 168 referidos a la publicidad y 178 a la contradicción (en donde, en nuestra opinión, la Corte no saca las conclusiones correctas a partir del adecuado análisis de estas garantías del debido proceso).

equitativa". Debe llamarse la atención a que la versión en inglés de dicho instrumento tiene una redacción similar a la de la Convención Americana (*fair hearing*), no obstante lo cual la traducción respeta más fielmente el sentido de la disposición al recoger con claridad la idea de audiencia como componente central de la misma. Ello es con seguridad una consecuencia del momento en que este tratado se discutió (al finalizar la década de los 80), el que es muy posterior a la Convención Americana (durante la década de los 60), por lo que es posible asumir que ya existía mayor claridad acerca de la lógica del debido proceso en ese momento y ello se plasmó en la versión castellana de dicho tratado internacional.

Nos parece entonces que a esta altura de desarrollo del sistema jurídico internacional, el sentido del artículo 8.1 de la Convención Americana y el 14.1 del Pacto es claro: establecer el juicio oral, público y contradictorio como centro de cualquier tipo de proceso. En todo caso, el problema derivado de la potencial ambigüedad de la redacción castellana de estas reglas está resuelto en forma contundente y hace bastante tiempo por una interpretación muy consistente que ha dado tanto la Corte Europea de Derechos Humanos³⁷ como el Comité de Derechos Humanos respecto del Pacto³⁸. En efecto, en ambos sistemas de protección de derechos humanos se ha señalado con precisión que el sentido de dicha cláusula es establecer el derecho a un juicio oral, público y contradictorio. Nos interesa destacar aquí un par de sentencias que a modo ejemplar pueden dar cuenta de cómo esta interpretación también ha sido frecuente tratándose de casos en donde los derechos y obligaciones que se determinan son de orden civil en un sentido amplio. A modo ilustrativo puede revisarse la sentencia del caso *Bakker v. Austria*³⁹ de 2003 en el que la Corte Europea, tratándose de un asunto civil que involucraba la autorización para el ejercicio de la profesión en tribunales administrativos, señala que la falta de una audiencia oral para decidir el caso ante la Corte Administrativa, sin que existieran circunstancias excepcionales que justificaran prescindir de dicha audiencia, constituyó una violación al artículo 6.1. La Corte afirma el derecho que en principio tiene toda persona para que su caso sea resuelto en una audiencia oral. Otro caso ilustrativo puede re-

³⁷ Para una revisión general sobre el tema, véase Stephanos Stavros ob. cit., pp. 186 a 194.

³⁸ Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 416-419 (1991).

³⁹ Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Case of Bakker v. Austria* del 10 de abril de 2003.

visarse en el caso de *Miller v. Sweden*⁴⁰ de 2005 en donde la Corte Europea considera que Suecia violó el artículo 6.1 al no conceder la posibilidad de debatir en audiencia oral y pública un caso en el que se reclaman ciertos derechos en el ámbito de la seguridad social ante diversos tribunales administrativos de dicho país (County Administrative Court, Administrative Appeal Court y Administrative Supreme Court). Así, la Corte señaló en su párrafo 29 que *“La Corte reitera que en procedimientos ante un tribunal de primera y única instancia el derecho a una ‘audiencia pública’ previsto por el artículo 6.1 incluye el derecho a una audiencia oral a menos que existan circunstancias excepcionales que justifiquen dispensar de tal audiencia”* (la traducción es nuestra). La Corte se apoyó en al menos 10 casos anteriores a modo ejemplar para sostener tal opinión. La Corte también enfatiza en el párrafo 32 de la misma decisión que una legislación que parte de la idea que los procesos son escritos y que solo permite realizar audiencias orales a solicitud de las partes es –en principio– discrepante con la Convención Europea y su jurisprudencia, las que exigen que el procedimiento establezca audiencias orales a menos que existan circunstancias excepcionales.

Como se puede apreciar, la idea de audiencia oral y pública se encuentra recogida con fuerza en esta jurisprudencia en materias civiles en un sentido amplio. Sin embargo, no obstante la potencia de la idea de juicio como garantía central del debido proceso, el derecho internacional de los derechos humanos le entrega a cada Estado la posibilidad de delinear la estructura específica del juicio oral. En la medida en que el juicio satisfaga las exigencias básicas contempladas en los instrumentos internacionales, cada Estado es libre para regular sus propias particularidades. En este contexto, es posible encontrar en el derecho comparado diversas formas de organizar el juicio, algunas más adversariales que otras o con distinto arreglos institucionales. Así, por ejemplo, algunos sistemas cuentan con juicios por jurados, otros con sistemas mixtos, etc. Con todo, en nuestra opinión los Estados no disponen de absoluta libertad ya que la lógica de las normas internacionales obliga a unos ciertos mínimos que crecientemente imponen un modelo de juicio más adversarial, por ejemplo por vía de la cláusula que establece el derecho de las partes a presentar y confrontar testigos⁴¹. En consecuencia, para ver

⁴⁰ Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *Case of Miller v. Sweden* de 8 de febrero de 2005.

⁴¹ En este sentido Pizzi sostiene que en los países occidentales existe un consenso emergente en la necesidad de contar con elementos adversariales en el diseño de los juicios orales como forma de asegurar el juicio justo. En consecuencia, no solo la idea de juicio es la que se encuentra consensuada en los países occidenta-

el nivel de cumplimiento de las exigencias establecidas por los tratados internacionales en un proceso concreto, no bastará determinar si en ese proceso hubo una audiencia oral y pública, sino que determinar si en ella se dio otro conjunto de condiciones que aseguraron de manera efectiva el ejercicio razonable de los derechos de las personas cuyos derechos y obligaciones se encuentran bajo determinación judicial. Un ejemplo de esto se vincula a la estructura de los recursos procesales existentes en contra de las decisiones adoptadas en juicios orales. En la medida que un recurso permita revisión completa de hechos sin que exista la misma calidad de información que la recibida en el juicio oral, podría presentarse una situación de incompatibilidad de ese sistema recursivo con la finalidad del juicio y el debido proceso. Como veremos en otro capítulo de este trabajo, esto también se vincula estrechamente con la forma en que se organiza el sistema de producción y valoración de la prueba. En este sentido, se puede tener un sistema formalmente oral y público, pero en el que por vía de una regulación de la prueba inadecuada, en la práctica lo decisivo del proceso no será la audiencia, sino que la incorporación previa o posterior de material escrito producido fuera de la misma. Es decir, en donde la audiencia y la oralidad solo cumplan una función formal. De ser así, dicho proceso podría ser fuertemente cuestionado desde el punto de vista del debido proceso y la lógica que imponen los tratados internacionales de derechos humanos y su jurisprudencia. En consecuencia, existe un estrecho vínculo entre las ideas sustantivas detrás de la lógica de las audiencias orales, pública y contradictorias y los sistemas de prueba.

2.2. El juicio oral y su débil consagración en las legislaciones procesales civiles

Estando claro que el juicio oral o la audiencia oral, pública y contradictoria, constituyen la base sobre la cual se construye el debido proceso, ello debiera reflejarse consecuentemente con claridad en las legislaciones procesales. Así lo ha sido en la mayoría de las legislaciones procesales penales reformadas en América Latina. Por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal chileno introdujo en el Libro I un Título I, denominado “Principios Básicos”, en el que se desarrollan las principales garantías del debido proceso. En su primera norma, contenida en el artículo 1º, se reconoce precisamente el derecho a “un juicio previo, oral y público”. Pensamos que esta

les, sino la que éste debe contener al menos mínimos componentes adversariales. Véase William Pizzi, *Trials Without Thruth*, New York University Press, 1999, pp. 93 y 94.

norma es la que en la legislación chilena expresa más claramente la noción de debido proceso.

No ha ocurrido lo mismo en Chile con la dictación o en la discusión de nuevas leyes de carácter procesal civil en un sentido amplio. Así, con posterioridad a la vigencia del Código Procesal Penal, se han dictado en Chile varias leyes que han pretendido extender la noción de juicio oral a otras áreas como son la de familia (Ley 19.968) y la ley que estableció un nuevo proceso laboral. En ambos casos creemos que esta noción se ha debilitado tanto por problemas conceptuales como operativos. En cuanto a estos últimos, cabe citar las respectivas leyes en las cuales no se hacen definiciones claras respecto al derecho de las personas a un juicio oral como base del sistema. La misma crítica es posible hacerla respecto del anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno redactado por un foro promovido por el gobierno, el que en su artículo 3º se refiere al debido proceso⁴², pero no explicita su contenido ni indica la idea de que este se expresa en un juicio oral. No obstante lo anterior, tanto en la ley de los nuevos tribunales de familia (Artículos 10, 11 y 12) como el mismo anteproyecto de Código Procesal Civil (Artículos 9 a 12) contemplan un conjunto de normas que sí proclaman esta noción (principio de oralidad, intermediación, concentración y publicidad), pero ellas parecen estar más bien orientadas a regular características del procedimiento y no a establecer una lógica de garantías que gire con claridad en torno a la idea de juicio oral como centro del proceso. Tampoco se encuentran en dichas reglas la especificación de las otras exigencias básicas del debido proceso que hemos revisado someramente⁴³.

Algo similar ocurre cuando se revisan varias legislaciones de nuestra región en las que se han introducido reformas importantes a los procedimientos civiles. Es el caso, entre otros, del Código General del Proceso del Uruguay en donde en su Título I del Libro I referido a

⁴² Dicho artículo 3º incluso repite el defecto apuntado de la cláusula constitucional al señalar que los procedimientos racionales y justos son aquellos definidos por el legislador en el propio Código u otras leyes especiales.

⁴³ Un caso más extremo está constituido por el proyecto de ley que establece una jurisdicción tributaria y aduanera en Chile que implica volver a la lógica de procedimientos completamente escritos. En efecto, en octubre de 2006 el gobierno de Chile presentó al Congreso Nacional una indicación sustitutiva (Boletín Nro. 3139-05 de 30 de octubre de 2006) con el objeto de reemplazar y fortalecer un proyecto de ley existente en la materia desde el año 2002. Cuando se analizan los procedimientos propuestos tanto en materia tributaria como aduanera se puede apreciar que ellos se basan exclusivamente en la tramitación de expedientes sin ningún tipo de audiencia que permita resolver el caso.

los “Principios Generales”, tampoco es posible encontrar una cláusula general de debido proceso ni otra que establezca con claridad la idea de audiencia oral y pública como núcleo central del mismo. En este Código también se contienen normas sobre publicidad (Artículo 7º) e intermediación (Artículo 8º) que dan cuenta de esta garantía fundamental de manera implícita, pero que por lo mismo son una consagración débil de ella. Otro ejemplo está constituido por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica desarrollado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal como guía para la reforma procesal civil en la región. Este texto básicamente se estructura en la misma lógica del Código uruguayo, es decir, sin una consagración clara de una cláusula general de debido proceso ni sobre la idea de audiencia oral, pero con un conjunto de disposiciones que se refieren a principios tales como la publicidad (Artículo 7º), la intermediación (Artículo 8º) y la concentración (Artículo 10), que indirectamente la asumen.

Este tratamiento normativo de los diversos componentes del debido proceso parece revelar que el papel que se pretende que ellos tengan dentro del diseño del proceso sea más bien uno de carácter institucional, es decir, parecen normas pensadas en guiar a las instituciones judiciales para actuar de una manera determinada, como si se tratara de un conjunto de principios organizacionales que, teniendo esa jerarquía, conviven al mismo nivel con otros cuya importancia relativa no es posible definir con claridad y que no tienen relación alguna con el debido proceso. Así ocurre por ejemplo en la nueva ley de tribunales laborales chilenos⁴⁴ cuando, por ejemplo, en el primer artículo del párrafo denominado “*De los principios formativos del proceso*”, dispone que “*Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad*”. Los elementos de esta norma que podrían relacionarse con el debido proceso parecen estar pensados desde esta lógica institucional. Así lo recalcan las normas que a continuación explican el contenido específico de cada uno de dichos principios. El artículo 428 de esta misma ley señala, respecto de la celeridad, que los actos procesales “*deberán realizarse con la celeridad necesaria, procurando concentrar en un solo acto aquellas diligencias en que esto sea posible*”. ¿Qué significa celeridad para este proceso laboral? ¿Significa el derecho de las partes a un juicio realizado en un plazo razonable (debido proceso)

⁴⁴ Ley 20.087, cuya entrada en vigencia de modo diferido fue el 1 de marzo de 2008.

o una orden del legislador al tribunal para realizar su trabajo de determinada manera para así, por ejemplo, ahorrar recursos (institucional)? En su artículo 430 señala respecto de la buena fe que ella consiste básicamente en una habilitación al tribunal *“para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias”*. ¿Es entonces la buena fe un derecho de las partes que les habilite, por ejemplo, a exigir a la contraparte descubrir sus cartas antes del juicio con mayor detalle (debido proceso) o una facultad del tribunal para mantener el orden y la celeridad (institucional)? En el artículo 431 se describe con más detalle en qué consiste la gratuidad y señala que *“El encargado de la gestión administrativa del tribunal será responsable disciplinariamente de la estricta observancia tanto de esta gratuidad como del oportuno cumplimiento de las diligencias”*. ¿Es la gratuidad un derecho de las partes que les asegure el acceso a la justicia (debido proceso) o una herramienta usada para proteger al sistema de la corrupción (institucional)? Algo similar ocurre en otros cuerpos legales de reforma, como en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el Código General del Proceso uruguayo, cuando en sus respectivos artículos 8° señalan con similares palabras sobre la inmediatez que *“Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta...”*⁴⁵.

Nada de lo anteriormente expuesto quiere poner en duda que establecer estas normas sea relevante para hacer efectivo los principios enunciados, siempre y cuando se trate de mecanismos que estén diseñados al servicio de derechos de las partes y no, como más bien parece ser, al servicio de intereses institucionales del sistema. El debido proceso no parece ser, por lo tanto, entendido como una garantía individual, un derecho que tienen los ciudadanos frente a los tribunales de justicia para que funcionen de determinada manera y, al no ser concebido como un derecho subjetivo, no se contemplan acciones legales para exigir su cumplimiento. Otro de los ejemplos de la regulación de los componentes del debido proceso como elementos institucionales es el de la asistencia en juicio por un abogado. Si la asistencia del abogado se entiende como un principio de organización institucional, entonces se transforma en un requisito para el litigante sin el cual este no podrá actuar ante un tribunal y

⁴⁵ El Código General del proceso lo dice de la siguiente manera *“Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el Tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia”*.

será su propia carga obtenerla. Por el contrario, si la representación de un abogado se entiende como un componente del derecho a la defensa que pretende hacerla efectiva –y por ello parte del debido proceso– no será un requisito de actuación sino que un derecho. Por consiguiente, el litigante podrá renunciar a esta garantía actuando por sí mismo si lo estima conveniente, por una parte, y será una carga para el Estado proveer de asistencia letrada gratuita a todos los particulares que no puedan hacerlo por sí mismos, por otra. Otro ejemplo está constituido por las reglas que limitan la publicidad. Como hemos visto, la publicidad constituye un pilar fundamental del debido proceso en tanto es una herramienta central para asegurar el control de la sociedad y de las partes sobre los actos del sistema jurisdiccional. Cuando esta noción no está instalada es fácil restringirla a una simple regla de acceso de información a los litigantes, perdiendo así todo su contenido político, como ocurre, por ejemplo, en la Ley de Procedimiento Laboral Española (Real Decreto Legislativo 2/1995) que establece en su artículo 47.1 *“Los autos permanecerán en los Juzgados y Salas de lo Social bajo custodia del Secretario, donde podrán ser examinados por los interesados que acrediten interés legítimo, a quienes deberán entregársele testimonios, certificaciones o copias simples cuando lo soliciten”*⁴⁶.

II. EL JUICIO ORAL COMO SISTEMA DE DEPURACIÓN DE LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN: LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA Y DE LAS AUDIENCIAS

1. Definiciones previas

Como señalamos al inicio de este trabajo, entendemos que el debido proceso, por una parte, y el juicio oral como una herramienta eficaz para depurar la información ingresada a él, por otra, son los dos elementos centrales que deben tomarse en consideración al momento de diseñar un proceso judicial moderno. En este capítulo nos referiremos a este segundo elemento, pero antes de entrar al análisis particular de los componentes que ayudan a hacer del juicio oral una herramienta efectiva para controlar la calidad de la información ingresada a él, creemos necesario reiterar brevemente la noción que tenemos de “juicio” debido a que en nuestra cultura legal latinoamericana, como ya hemos manifestado, se ha usado esta acepción para identificar cuestiones que estimamos muy dife-

⁴⁶ Esta referencia a la legislación procesal laboral española la hemos tomado de Jorge López González, ob. cit. p. 84.

rentes entre sí. Usaremos el término “juicio” para referirnos exclusivamente a la audiencia oral, pública y contradictoria que tiene por objeto que las partes presenten su versión de los hechos, mediante sus argumentos y medios de prueba, ante un tribunal imparcial que percibe concentrada y directamente la actividad de las partes litigantes y que, de acuerdo a lo percibido, y solo de acuerdo a ello, debe formar su juicio o convicción, resolviendo inmediatamente el asunto controvertido.

Por otra parte, entendemos que para hacer del juicio antes definido una herramienta eficaz de depuración de la información se requiere como condición necesaria que sus reglas de la prueba tengan un diseño adecuado. En este punto estimamos relevante ser lo más explícitos posibles y, por ende, señalaremos qué entenderemos como “reglas de la prueba”. Estas reglas estarán compuestas por aquellas que regulan (1) el momento en que los medios de prueba deben ser presentados en un juicio, (2) la forma en que los medios de prueba deben ser presentados en un juicio, (3) la metodología que las partes y el tribunal usarán para extraer y controlar la información que estos contienen, y (4) la forma en que el tribunal debe valorar su contenido probatorio. Todos estos elementos conforman lo que denominamos las reglas de la prueba. En consecuencia, entendemos que al disponer de reglas de la prueba avanzadas en cada uno de estos componentes tendremos el supuesto básico necesario para obtener un juicio oral eficiente en el control de la calidad de la información ingresada a él y, por lo tanto, para obtener decisiones judiciales fundadas en información de mayor confianza que hagan a esas mismas decisiones más confiables. Por supuesto, entendemos que la existencia de estas reglas avanzadas de la prueba no es suficiente por sí misma para lograr tal objetivo, ya que también será necesaria la concurrencia de otros requerimientos, como la capacitación de los operadores del sistema que las aplicarán. Por eso decimos que reglas de la prueba avanzadas son un supuesto básico necesario, pero no decimos que sea suficiente. Sin embargo, reglas de la prueba atrasadas dificultarán el proceso de toma de buenas decisiones jurisdiccionales ya que estas estarán construidas sobre información cuya calidad ha sido deficientemente comprobada y, por consiguiente, información de poca confianza, que tendrá esta característica independientemente de la capacitación y buena voluntad de los operadores del sistema.

Por último, estimamos importante aclarar que para efectos de este trabajo vamos a entender que un sistema probatorio es más avanzado en la medida en que establece mecanismos más claros o más

perfeccionados para permitir que las partes puedan mostrar, analizar y valorar con mayor especificidad la información ingresada al juicio. Esto es, entendemos que el diseño de las normas sobre la prueba es más avanzado cuando entrega herramientas eficaces para que el tribunal sea capaz de discriminar de manera efectiva entre la información de buena y de mala calidad presentada en el juicio⁴⁷.

2. Fundamento de la necesidad de tener reglas de la prueba eficientes para controlar la calidad de la información que ingresa al juicio

Como es notorio, diseñar un sistema efectivo para depurar la información usada en el juicio es un objetivo de suma relevancia debido al papel que juega la prueba dentro del proceso. La información que esta entrega es la “materia prima” con la que el tribunal “manufactura” su decisión final. Así, durante el juicio, cada medio de prueba irá aportando información; con toda la información ya aportada por los medios de prueba el tribunal determinará qué hechos dará por ciertos (valoración) y, por último, los hechos dados por ciertos configurarán la “versión de los hechos” acreditada sobre la cual se aplicará el derecho en la sentencia (calificación jurídica de los hechos). Este es un proceso en el que la correcta ejecución de cada parte determinará la calidad del resultado final. No basta, entonces, para dar garantías de un resultado correcto y legítimo del juicio que quien aplica la ley la conozca (un juez profesional), ya que esto solo garantiza –y hasta cierto punto– la correcta aplicación del derecho, pero no garantiza la correcta determinación de los hechos. Para esto es también necesario que el proceso (reglas de la prueba) por el cual se produce la materia prima sobre la cual se aplicará el derecho, permita de manera efectiva la identificación de su calidad.

A su turno, el problema de determinar la calidad de la información deriva, en primer lugar, del hecho obvio de que en un juicio se trata de reconstruir hechos que han ocurrido en el pasado y en los cuales el juez no estuvo presente. En segundo lugar, que la información con la que contamos para intentar averiguar lo que ocurrió en ese momento del pasado, en el que se supone pudo existir un incumplimiento o una situación problemática para el ejercicio de dere-

⁴⁷ Entendemos también que un objetivo relevante al momento de diseñar un sistema de prueba es el de garantizar a las partes un juicio justo o debido, como ya se señaló en la primera parte de este trabajo. Como se verá en el desarrollo de este trabajo, ambos objetivos no son contradictorios, sino que, por el contrario, son complementarios y se potencian mutuamente.

chos y obligaciones civiles, suele ser incompleta y no plenamente confiable. Esto es, necesitamos esclarecer las circunstancias concretas de un cierto hecho ya ocurrido, pero respecto del cual solo tenemos informaciones que están constituidas por versiones: cada persona tendrá para aportar solo fragmentos de la totalidad de los hechos ocurridos, los documentos recogerán otros fragmentos, los expertos ilustrarán sobre alguna conexión entre diversos elementos, entre otros medios de información posibles, pero todos ellos, o a lo menos su gran mayoría, formarán parte de relatos o explicaciones parciales que se nos entregan por personas vinculadas a los hechos de muy diversas maneras. El problema es que estas versiones necesariamente mezclarán información importante y útil con las propias limitaciones de la condición humana, es decir, que junto con la información útil estas versiones incorporarán también el interés del que entrega la versión, su subjetividad, sus prejuicios, sus incompetencias, su deseo de ocultar las propias limitaciones y de exaltar las propias capacidades, las limitaciones de sus órganos de percepción y de su memoria, y así por delante. Sería sin duda posible enumerar muchas más características de las personas, incluyendo a las más veraces y bien intencionadas, que hacen que sus versiones tengan problemas de calidad y confiabilidad, ya sea que se traduzcan en testimonios, en opiniones expertas, en el otorgamiento de documentos o de cualquier otra forma.

El problema de la prueba en el proceso es entonces el de cómo es posible tomar decisiones tan relevantes para el futuro de las personas (pensemos por ejemplo en la pensión alimenticia de un niño que de otra forma no accederá a una educación de calidad) con la mínima confianza de haber establecido los hechos correctamente. Por lo tanto, el juicio debe estar diseñado para ser un escenario que responda eficazmente a este problema. El juicio nos debe permitir separar la información de calidad contenida en las versiones, por un lado, de los elementos de distorsión que provienen de las personas que las sustentan o que de algún modo las han producido, por el otro.

3. Características del juicio oral para convertirlo en un medio eficaz de control de calidad de la información

Este proceso de depuración de la información es el criterio que debe gobernar todas las normas de producción de la prueba y debe basarse en una primera idea central: la mejor forma de depurar la información consiste en permitir que todas las versiones que contengan la información, cualquiera sea el formato en que se expresen, pue-

dan ser objeto de un cuestionamiento severo (control de calidad) y que ese cuestionamiento severo esté principalmente a cargo de la parte a quien esa información perjudica. Esto último se justifica en que es la contraparte quien está en las mejores condiciones de conocer y preparar su caso con detalle, además de tener el mayor interés en demostrarle al tribunal las deficiencias de la versión de la otra parte. Es decir, el juez recibirá en el juicio información cuya calidad no tiene cómo corroborar (el juez no investiga) y entonces lo que hará es permitir que la parte a quien esa información perjudica desarrolle sus mejores esfuerzos con el fin de mostrarle las falencias, distorsiones o errores que esas versiones contienen. Este esfuerzo de la contraparte no solo servirá para revelar los puntos débiles de cada versión, sino que también resultará clave para afianzar aquella información o versiones que efectivamente son confiables y que debieran tener un peso importante en la formación de convicción del tribunal. Si una versión ha pasado de manera impecable todos los filtros y mecanismos de depuración y lejos de desmoronarse se mantiene firme y consistente, podemos sin mucho riesgo considerarla una información muy confiable y valiosa, como ocurre, por ejemplo, cuando alguien acepta como válida una versión que lo perjudica.

A su vez, la lógica de depuración de la información determina otras características del juicio en el que las partes realizarán este control. No pretendemos que estas características que describiremos a continuación constituyan un catálogo cerrado, ni tampoco pretendemos describirlas de manera exhaustiva, sino que solo describir aquellas que consideramos relevantes para efecto de revisar posteriormente las nuevas normativas reformadas teniendo en cuenta su contenido central.

3.1. Oralidad del juicio

De acuerdo al principio de inmediación, la prueba que servirá de base al tribunal para determinar qué hechos realmente ocurrieron debe ser percibida directamente por los jueces, sin intermediarios, de primera mano. Para asegurar que esto ocurra es que los sistemas que estiman valioso este objetivo determinan que el juicio debe ser, en primer lugar, oral. La oralidad, entonces, es una herramienta al servicio de la inmediación pues pretende hacerla operativa. Esta es la única manera conocida de lograr que el tribunal tenga un conocimiento directo de los medios de prueba, sin intermediarios, por lo que el juicio que se forme a su respecto será más fiel a la realidad. Mientras menos intermediarios, habrá menos distorsión y pérdida de

información. Mientras más inmediata la percepción, mayor calidad de la misma. En el mismo sentido, la audiencia debe ser oral para que la parte a quien la información perjudica pueda tener contacto directo con ella, frente al juez, con el fin de poder demostrar detalladamente todos los elementos de distorsión, de manipulación o error contenidos en ella. Esto no puede hacerse sino en presencia de la fuente directa de la información, a lo menos en la mayor medida posible. Además, el juicio debe ser oral para que la percepción de la prueba por el juez y por la parte sea simultánea porque lo que se quiere controlar es el modo y el contenido específico de la prueba cuando se presenta frente al juez dado que las distorsiones, la información de mala calidad, puede estar contenida en cualquier elemento expresivo que se transmita.

3.2. Concentración y continuidad del juicio

Los sistemas que establecen la intermediación también deben proteger la concentración y continuidad del juicio. Estas son también herramientas al servicio de la intermediación. Esto significa que la audiencia de juicio debe desarrollarse de principio a fin en una sola unidad continua. Los jueces deben ver la prueba de una sola vez, toda en su conjunto y fallar con la mente fresca de lo percibido directamente en la audiencia⁴⁸. Su juicio respecto de los hechos debe formarse al momento de conocer los medios de prueba. Habrá juicios que duren una mañana, otros un día completo y otros, en fin, varios días. Lo relevante para la intermediación es que una vez que el tribunal comience a conocer del juicio, no haga otra cosa dentro de su jornada laboral que no sea conocer de dicho juicio desde que comienza hasta que termina, con las interrupciones estrictamente necesarias para comer, dormir y descansar el fin de semana. La realización de la audiencia de juicio en distintas sesiones separadas unas de otras por largos periodos hace que el juez no pueda formar su juicio final respecto de los hechos con la imagen de lo que percibió directamente, sino que solo con un recuerdo vago e impreciso de lo que percibió directamente o, peor aún, con la información contenida en las actas de dichas audiencias pasadas. Lo mismo ocurre si la sentencia es dictada tiempo después de la audiencia de juicio, aunque esta última se haya realizado en una sola sesión o en varias sesiones diferentes pero continuas. Estas situaciones son problemáticas porque hacen perder toda la intermediación lograda en la

⁴⁸ Para mayor información sobre estos y otros principios del juicio oral véase Andrés Baytelman, "El Juicio Oral", en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2000, pp. 227 a 281.

audiencia, volviendo en la práctica a resolver los conflictos a través de sistemas mediatos, como el escrito, donde la calidad de la información es de menor calidad.

3.3. Medios suficientes para la contradictoriedad efectiva

Se les debe entregar a las partes las herramientas necesarias para poder controlar eficientemente la calidad de la información que transmite el medio de prueba en la audiencia oral. Así, por ejemplo, durante la audiencia se le debe permitir a la contraparte realizar preguntas sugestivas (contraexamen) a los testigos que presente la contraparte y que se las pueda formular directamente (no a través del juez ni de un pliego escrito que impide toda fluidez y rectificación sobre la marcha), como también, antes del juicio, se le debe permitir que conozca el contenido específico de la prueba que se rendirá en la audiencia con el objeto de preparar su contraexamen investigando al medio de prueba previo a su presentación en la audiencia, como se profundizará a continuación.

3.4. Descubrimiento

Una condición necesaria para hacer efectiva la contradictoriedad en el juicio consiste en que cada una de las partes, en algún momento anterior al juicio, debe mostrar a la otra qué es lo que tiene para sustentar su caso, avisando a la contraparte cuáles son los medios de prueba específicos o la información con la que intentará hacer prevalecer su pretensión. Se dice incluso, para graficarlo con una imagen común, que las partes deben mostrar sus cartas, como en el póquer. Esta actividad es la que se denomina descubrimiento o *discovery* en el derecho anglosajón. Con el descubrimiento se intentan lograr varios objetivos distintos a la vez. Uno de ellos consiste en facilitar la negociación entre las partes, evitando el costo que tiene el juicio para el sistema de justicia. La idea es que las partes, luego de saber cuáles son las cartas de la contraria, pueden ahora ponderar comparativamente la verdadera fuerza de sus posturas y decidir si siguen adelante con el juicio o terminan su disputa a través de un acuerdo. Con ello se evita ir a juicio en contra de una parte que “gritaba fuerte”, pero que solo estaba simulando tener un caso más firme del que realmente tenía. Por otro lado, a través del descubrimiento se le permite al juez evaluar si hay mérito para seguir adelante hasta el juicio, desestimando las demandas que le parezcan frívolas⁴⁹.

⁴⁹ Para mayor detalle sobre algunos de los objetivos del *discovery* véase Jorge Vial, “Reforma Procesal Civil: Una mirada desde el derecho Norteamericano”, en

Pero el descubrimiento tiene también otras finalidades. Una de ellas está relacionada con el debido proceso.⁵⁰ Desde este punto de vista, como ya señalamos, cada parte tendrá en el juicio el derecho a confrontar la prueba de la contraparte (defensa), pero como no se debe tratar del derecho a una confrontación formal que consista en la mera facultad abstracta de dirigirle preguntas a una persona desconocida respecto de la cual no se tiene mayores antecedentes, sino que, por el contrario, se debe tratar de la verdadera posibilidad de hacer un contraexamen efectivo, será necesario que cada parte tenga la información suficiente para preparar dicha confrontación y el aviso anterior de qué es lo que la contraparte llevará al juicio es uno de los medios para hacerla efectiva. Por supuesto, para que esto sirva de algo, se debe agregar que la prueba que se descubre será la única que podrá ser utilizada en el juicio. De no establecerse esta limitación, toda la prueba presentada en el juicio sería sorpresiva pues las partes no tendrían ningún incentivo para descubrirse antes del juicio y el derecho a confrontar la prueba de manera efectiva se vería seriamente afectado⁵¹.

Pero el descubrimiento no solo cumple una función respecto del debido proceso sino que también, y estrechamente ligado a lo anterior, cumple una función respecto del control de la calidad de la información que cada parte presentará en el juicio para que el tribunal resuelva el conflicto teniendo información de buena calidad, cuestión que nos ocupa en este capítulo. Así, la posibilidad de que la contraparte pueda conocer los medios de prueba antes del juicio le permitirá preparar la confrontación de la información entregada por ese medio de prueba (control de la calidad). Entonces, entre el momento del descubrimiento y el juicio, las partes podrán investigar indepen-

Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, pp. 711 y 712. Literatura de los Estados Unidos sobre la materia puede verse en Gene Shreve y Peter Raven-Hansen, *Understanding Civil Procedure*, Mathew Bender, New York 1999, pp. 285 a 288, y Mary Kay Kane, *Civil Procedure*, Thomson/West, St. Paul 2003, pp. 129 a 131.

⁵⁰ El impacto de las reglas de *discovery* en asegurar un juicio justo en materia civil es lo que ha llevado en los Estados Unidos a que tanto en el sistema federal como en la mayoría de los sistemas estatales existan reglas bastante liberales en la materia, es decir, en donde básicamente toda información deba ser descubierta y en donde los mecanismos para ello son múltiples.

⁵¹ Esto es sin perjuicio de la hipótesis de prueba nueva que aparece con posterioridad al momento del *discovery* o que era desconocida por las partes, la que en forma excepcional se admite a juicio según es bastante común en el derecho comparado. En todo caso, uno de los desafíos de un tribunal al permitir prueba nueva en el juicio será el de autorizarlo en condiciones que faciliten a la contraparte prepararse adecuadamente para permitir el ejercicio de su derecho a confrontar dicha prueba nueva.

dientemente la calidad de cada medio de prueba de la contraparte, podrán verificarla, relacionarla con el resto de la prueba de esa misma parte y de la contraria, encontrar nuevas pruebas que la pongan en entredicho, entre muchas otras posibilidades. Todo esto solo es posible si, antes del juicio, se sabe qué prueba será usada en él.

De esta forma, la confrontación de los medios de prueba en la audiencia de juicio y el descubrimiento de la información que aportarán los medios de prueba que se usarán en él están íntimamente ligados. Para estar en capacidad de ejercer una confrontación efectiva, es necesario tener los elementos suficientes para preparar dicha confrontación y, a su vez, para poder hacer esa preparación es necesario saber con anticipación cuáles serán los medios probatorios que se pretende emplear y su contenido sustancial. Así, el descubrimiento de la prueba que se usará en el juicio es un medio para facilitar la confrontación efectiva y, a su vez, la confrontación efectiva es la base para un ejercicio profundo de valoración de la prueba, ya que esta reposa en la posibilidad de que las partes, especialmente aquella a quien la prueba perjudica, ilustren al juez acerca de sus fortalezas y debilidades, llamando su atención acerca de todas las distorsiones, errores, inconsistencia y demás defectos que esa información pueda contener.

Para que esta función de descubrimiento pueda ser cumplida debe existir un estándar legal de descubrimiento que asegure cuánta información debe proporcionar la parte que presenta la prueba, para que la otra pueda razonablemente preparar su confrontación. Este estándar debe fijarse considerando su objetivo (preparación de la confrontación) y debe obligar entonces a entregar la información suficiente y necesaria para ello. De esta manera, anunciar el medio de prueba a través de su identificación meramente formal ayuda muy poco al abogado que debe preparar su confrontación, más aún si se trata de un medio de prueba desconocido para su representado, quien generalmente será su principal fuente de información. Así ocurriría, por ejemplo, si se anunciara a un testigo indicando solo su nombre, estado civil, profesión y domicilio o si se anunciara un documento señalando solo que se trata de una escritura de compraventa. Esta fórmula de anunciar la prueba, que podríamos denominar del tipo “lista de testigos”, no constituye descubrimiento alguno porque no entrega la información suficiente y necesaria para preparar la confrontación, convirtiéndose en una mera formalidad o en un medio para lograr objetivos institucionales del sistema, como el de tener un domicilio para saber adónde enviar la citación a los testigos para que comparezcan.

Para que el descubrimiento cumpla este objetivo, es necesario entonces que la cantidad de información aportada respecto de cada medio de prueba sea mayor que la recién descrita. De esta forma, respecto de los documentos y cualquier otro medio de prueba que no consista en la declaración de una persona (testigo o perito), podrá lograrse un descubrimiento de mejor calidad exigiendo que se entregue una copia de los mismos a la contraparte antes del juicio (ya sea acompañándose en la misma demanda/contestación o en la audiencia preliminar). Esta es una exigencia que no debiera presentar problemas ya que es fácil de cumplir atendiendo el acceso que hoy existe a la tecnología necesaria para hacerlo.

Respecto de la declaración de testigos, una descripción previa detallada de todo lo que irá a declarar cada uno de ellos al juicio, análoga a la copia del documento, puede ser en muchos casos una carga excesiva, onerosa y poco práctica de hacer descubrimiento, aunque constituye, por otra parte, una herramienta sumamente útil y eficaz para detectar la información de mala calidad que estos ingresen durante su declaración en el juicio pues la contraparte podrá haber hecho anticipadamente una preparación específica de lo que se les preguntará y, además, podrá demostrarle al tribunal todas las contradicciones, omisiones e información nueva que el testigo ha entregado en su actual declaración en juicio y que es inconsistente con su versión anterior, convirtiéndose en una vía muy potente para desincentivar la mentira en juicio (información de mala calidad). En todos aquellos casos en que previo al juicio ha existido una investigación administrativa, como en Chile realiza en materia penal el Ministerio Público o en materia laboral la Inspección del Trabajo, no habrá mayores problemas en exigir que la contraparte tenga acceso a las declaraciones que ya realizaron los testigos en dicha instancia administrativa previa. En los casos en que esta instancia administrativa anterior no exista (que será en la mayoría de los casos civiles) cada sistema tendrá que decidir si otorga o no el derecho a las partes de exigir que los testigos que presenta la contraparte declaren ante ellos previo al juicio. En caso de estimar que no resulta conveniente exigir este estándar de descubrimiento, el estándar debe fijar entonces un punto medio de requerimiento de información mayor al de la "lista de testigos" en el que, por ejemplo, se exija señalar las líneas o temas generales respecto de los cuales irá a declarar un testigo y su contenido sustancial.

Nada fuera de las líneas de declaración anunciadas en el descubrimiento podrá ser preguntada al testigo en el juicio por la parte que lo presenta, ya que si esto se permitiera, aunque el que declara sea

físicamente la misma persona que fue anunciada, será prueba sorpresiva no descubierta antes del juicio. Así ocurre, por ejemplo, si se anunció a un testigo diciendo que iría al juicio a declarar respecto del estado climático del día del accidente en la carretera, pero en el juicio además de lo anterior se le pregunta y contesta sobre las modificaciones mecánicas competitivas del automóvil que manejaba el conductor del vehículo demandado. Esta es una prueba nueva y sorpresiva debido a que la preparación de la contraparte para contradecir dicho testimonio fue respecto del clima. El abogado se preocupó de revisar los archivos del día del accidente que hablaban sobre el clima en esa fecha y habló con meteorólogos. Si el testigo mentía o relativizaba a su conveniencia la descripción sobre el clima existente al momento del accidente, lo iba a poder confrontar con la información que recopiló previamente. En cambio, en la parte relacionada a los cambios que el demandado realizó a su automóvil para hacerlo más veloz, no tuvo la posibilidad de investigar nada. No pudo averiguar si era cierto que el demandado hizo estos cambios a su automóvil. No tuvo la posibilidad de investigar si era cierto que el testigo sabía de estos cambios porque trabajaba en la estación de servicios en la que el demandado se detuvo a llenar combustible. No pudo preguntarle a su representado si recuerda haberse detenido y hablado con alguien en esa estación de servicio. En fin, no pudo preparar su contraexamen trayendo una factura que probaba que el demandado, el día del accidente, se detuvo en otra estación de servicios donde llenó su estanque de combustible, por lo que no era creíble que lo hubiese hecho de nuevo solo tres kilómetros más adelante. Entonces, respecto de esa parte de la declaración no anunciada del testigo, se trata de una prueba nueva no ofrecida oportunamente que ingresaría en el juicio sin poder haber sido confrontada (controlada).

Respecto de la declaración de los peritos el estándar de descubrimiento debe ser más exigente. Los peritos o testigos expertos se caracterizan por entregar opiniones en materias sobre las cuales un lego no tiene conocimiento suficiente (a diferencia de los testigos que, por regla general, no opinan sino que solo relatan hechos percibidos por sus sentidos). Esta característica de los peritos hace que su confrontación espontánea en juicio sea aún más difícil. Incluso hacen complicado su confrontación si solo se conocen las líneas básicas de lo que declararán. El riesgo de que ingrese al juicio información de mala calidad entregada por alguien que goza de antemano de confianza por el hecho de ser catalogado como perito, es muy alto. Por lo tanto, para evitar este riesgo es necesario dar aún más herramientas de preparación al que pretende controlar dicha

información. Así, por ejemplo, se logra al exigir a la parte que presenta un perito, como requisito para ser admitido como prueba, que descubra el informe escrito que el perito ha confeccionado previamente en el cual están contenidas sus conclusiones y la descripción del método utilizado para llegar a ellas. De esta forma, la contraparte, entre el descubrimiento y el juicio, podrá estudiar por sí mismo el peritaje (su método y conclusiones) como también a la persona del perito (carrera académica, publicaciones, experiencia, etc.), podrá también solicitar la opinión de otros expertos en la materia que lo ayuden a detectar las falencias del peritaje y podrá, por último, llevar a juicio a sus propios peritos para presentar conclusiones distintas. Además, durante el juicio el perito podrá ser confrontado con su informe, que para efectos del juicio será su declaración previa.

Para proteger la oralidad e inmediación es necesario que las reglas de la prueba declaren explícitamente cuál es el uso que las partes pueden dar a las declaraciones previas de testigos y peritos, es decir, a lo que han dicho antes del juicio, como es el caso del informe del perito o la declaración jurada de un testigo. En un sistema oral, en el que se respete la inmediación tanto como elemento del debido proceso como un medio para depurar información, las declaraciones previas solo deben poder ser usadas para manifestar contradicciones entre lo que dice hoy el testigo en juicio y lo que dijo antes⁵². Es decir, la declaración previa es un medio que está limitado a valorar la credibilidad de la persona que declara en el juicio. En caso contrario, en el contexto de una cultura legal que viene recién saliendo de los sistemas escritos, las declaraciones previas fácilmente podrían ser usadas como documentos sustituyendo las declaraciones personales de los testigos y peritos que deben comparecer al juicio. Si esto ocurre, se afecta la posibilidad de realizar un control de la calidad de la información entregada por esa persona (no es posible realizar un contraexamen a un documento), aumentando las posibilidades de ingreso de información de mala calidad y disminuyendo, a su vez, el derecho de contradecir la prueba presentada por la contraparte.

Volviendo al descubrimiento, estimamos que a partir de las características que este debe tener para cumplir sus objetivos, se potencia

⁵² Además de lo anterior, una declaración previa podrá ser usada para ayudar al testigo a recordar algo que haya olvidado, pero no trataremos esta función en esta parte del trabajo porque ella no se relaciona con la contradicción pues generalmente es usada por la misma parte que intenta ayudar al testigo que esa misma parte ha traído al juicio.

en varios sentidos la confrontación y, por consiguiente, el control de calidad de la información. Por una parte, la que ya hemos señalado, la contraparte podrá preparar, por ejemplo, las líneas de preguntas que hará a un determinado testigo o perito. Sin el descubrimiento, la confrontación en juicio de este testigo o perito habría sido un mero ejercicio de olfato investigativo, de pura suerte. Por otra parte, luego del descubrimiento también podrá preparar la confrontación de cada medio de prueba con otros que esa misma contraparte disponga o con los de la misma parte que la presenta, manifestando sus inconsistencias. Por último, entre el descubrimiento y la audiencia de juicio podrá recopilar antecedentes sobre las personas que declararán, pudiendo contrastar sus declaraciones en juicio con la información que haya podido reunir.

Todo lo anterior hace más efectivo el ejercicio de confrontación de la prueba y pone de manifiesto otra de las características del juicio que nuestra tradición procesal suele olvidar, quizás por la misma confusión respecto de lo que es un juicio. El momento en que se rinde la prueba (el juicio) no es un momento destinado a investigar, sino que, por el contrario, es el momento en que las partes le presentan al tribunal, de la manera más persuasiva que puedan, la investigación que ya realizaron.

3.5. Prueba presentada en el juicio

Toda la prueba que pretendan usar las partes para convencer al tribunal acerca de la veracidad de su versión debe haber sido presentada en el juicio. Es decir, solo debe ser valorada en la sentencia la prueba que haya sido presentada en la audiencia. De lo contrario, la parte a quien esa prueba perjudica no habrá tenido la oportunidad de confrontarla relevando sus falencias y, además, tampoco podrá haberlo realizado inmediatamente frente al juez que determinará los hechos en definitiva. La incorporación de prueba por fuera de esta exigencia supone el riesgo de la valoración de información de mala calidad ya que nadie ha podido controlarla y el juez no la ha percibido directamente. Esta exigencia también significa que la prueba misma debe ser realmente presentada en el juicio y no una mera representación de ella. En otras palabras, en el juicio debe presentarse el testigo en persona y no una declaración anterior de esa persona contenida en algún medio escrito o audiovisual, por ejemplo. En caso contrario, no podría realizarse un control de la calidad de la información contenida en dicha declaración porque no habría forma de interactuar con ella. Así, en un juicio oral los testigos declararán personalmente, frente al tribunal, de manera que los jueces puedan

escuchar y ver directamente lo que esa persona tenga que decir y mostrar. Sus declaraciones personales no pueden ser sustituidas por declaraciones escritas, ya que si esto se permitiera se acabaría la oralidad y, por consiguiente, la inmediación (además de los problemas que presentaría para la contradictoriedad). La oralidad al servicio de la inmediación, entonces, no se satisface por la lectura “oral” de lo que alguien dijo en algún momento remoto anterior al juicio, sino que solo con la declaración personal del testigo directamente ante el tribunal. Esto es lo que constituye la regla general en los sistemas que privilegian la inmediación y solo admite excepciones calificadas⁵³.

3.6. Sistema de convicción del tribunal

Al haber percibido directamente toda la actividad probatoria, el juez debe tener libertad para formarse su propia convicción sobre los hechos y valorar la prueba de acuerdo a lo percibido. Es decir, debe tener libertad para valorar los medios de prueba concretos y específicos rendidos en la audiencia, como en el sistema de la sana crítica, abandonando el sistema de la prueba legal o tasada en abstracto por el legislador. Todo el ejercicio de las partes durante el juicio estuvo encaminado a demostrarle al tribunal los matices de la prueba que hacían más creíble una versión que otra. Este ejercicio fue percibido por el juez, quien vio como un testigo entró en contradicción con lo que había dicho hace unos momentos o que, más allá de sus palabras, se mostró dubitativo e inseguro, tomándose largo tiempo para pensar en una respuesta antes de contestarla. Frente a una pregunta difícil de la contraparte, vio cómo un perito buscaba la mirada del abogado que lo presentó esperando una guía. Lo vio confrontado con un artículo escrito por él mismo en una revista especializada en el que sostenía una tesis distinta a la que sostiene ahora en el juicio y lo vio balbucear una explicación desarticulada. La calidad y especificidad de esta percepción del juez sería borrada de un plumazo con una norma de prueba legal

⁵³ Así, por ejemplo, algunas excepciones pueden estar constituidas por la declaración prestada con anterioridad al juicio por un testigo que está en riesgo de morir antes de su comparecencia o que estará ausente al momento del juicio, entre otras análogas en gravedad. En estos casos, balanceando los intereses en juego, se puede permitir la lectura en juicio de la declaración anterior del testigo, limitando con ello la inmediación y la contradictoriedad. Algunos sistemas, sin embargo, permiten este uso de declaraciones en el juicio siempre y cuando estas ofrezcan ciertas garantías, como ocurre cuando se autoriza su uso en juicio solo si dicha declaración fue prestada ante un juez y el abogado de la contraparte pudo realizar preguntas al testigo. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 280 y 331 del Código Procesal Penal chileno.

que dispusiera que dos testigos contestes valen más que uno, por ejemplo. Es imposible que un criterio de valoración general y abstracto, como es por definición la ley (general y abstracta), pueda igualar la riqueza de los detalles de la apreciación directa aplicada a los hechos específicos observados con intermediación. En su origen, la razón justificatoria del sistema de prueba legal fue la desconfianza en los jueces. Se intentaba evitar al máximo posible su subjetividad y arbitrariedad. Para ello, mientras más lejos estuviera del proceso, mejor. Mientras más mediato fuera su contacto con las partes y con la prueba, mejor. Mientras más escrito y menos oral, mejor. Y eso mismo, a la hora de valorar la prueba, implicaba que mientras más en abstracto (lejos de los medios de prueba) valorara la prueba, mejor⁵⁴. De acuerdo a lo señalado por Cappelletti, este paradigma es consistente con las ideas de la época del pensamiento “escolástico” y de la filosofía aristotélico-tomística en el que se valoraban sobremanera las abstracciones apriorísticas o la deducción de verdades absolutas *a priori*. Así, en una época fue una verdad absoluta en España que el noble era más veraz que el no noble porque el primero “parece que guardará más de caer en vergüenza por sí y por su linaje”, o que el rico era más veraz que el pobre porque “el pobre puede mentir por codicia o por promesa”, o que el hombre era más creíble que la mujer porque “tiene el seso más cierto y más firme”.⁵⁵ Hoy, en cambio, estimamos valioso lo opuesto. Creemos que el juez resolverá de mejor manera mientras esté más cerca y perciba de manera más directa, para que logre “pesar” las pruebas (en concreto) en lugar de “contarlas” (en abstracto).

3.7. Admisibilidad de la prueba

Directamente relacionado con lo anterior, también se debe abandonar la inadmisibilidad de la prueba por razones de credibilidad, cuestión común y coherente en los sistemas de prueba legal, pero inconsistente con los sistemas de libre convicción o sana crítica. De acuerdo al sistema de prueba legal, algunas personas no debían ser escuchadas si reunían ciertas características apriorísticamente establecidas por la ley. Estas características, fijadas previamente y en abstracto por el legislador, manifestaban su juicio respecto de la credibilidad de esas personas debido a la relación que estas mantenían

⁵⁴ Para más detalle sobre este tema véase Mauro Cappelletti, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Ediciones Jurídicas América-Europa, Buenos Aires, 1973, especialmente en sus pp. 46 a 52 y 89 a 117.

⁵⁵ E. J. Couture, “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”, en *Estudios de derecho procesal civil II*, Buenos Aires, 1949, p. 198. Citado por Mauro Cappelletti ob. cit., p. 93.

con las partes en conflicto o porque reunían ciertas particularidades innatas. Así, en ejemplos históricos más extremos, las mujeres eran testigos inadmisibles. O más modernamente, los parientes cercanos de las partes o cualquiera que tuviese interés en el resultado del juicio eran testigos inadmisibles. Es decir, todas estas personas eran, en abstracto, sospechosas de prejuicio y parcialidad. Lo que dijeran era indigno de credibilidad *a priori*, por lo que se decidía derechamente no admitir que su testimonio fuera recibido por el juez. Este era el sistema de reproches o tachas, que desconfiaba no tanto de dichos testigos, sino que de la capacidad del juez para valorar correctamente la credibilidad de los testigos en general. Lo mismo ocurría con las partes en conflicto. Ellas no podían declarar en su propia defensa sirviendo como un elemento de convicción del tribunal, sino que –y no siempre– solo se permitía que la contraparte exigiera su declaración al tenor de preguntas escritas (interrogatorio de posiciones o *interrogatoire sur faits et articles*) cuyas respuestas eran también escritas y preconstituídas, transformándolo en un acto meramente formal⁵⁶. Muy por el contrario, en un sistema de valoración de la prueba en concreto, como la sana crítica, no corresponde que el legislador en abstracto excluya de la audiencia de juicio ciertos medios de prueba porque le parecen parciales o poco creíbles *a priori*. Esta inadmisibilidad por falta de credibilidad ha sido desterrada de muchos sistemas procesales hace ya mucho tiempo, como ocurrió en Inglaterra con la *disqualification of parties and interested persons as witnesses* a partir de 1843⁵⁷, y que venía siendo criticada desde mucho antes, como queda demostrado con las palabras de Voltaire, que en 1785 señaló que “todo hombre, quienquiera que sea, puede ser admitido a testimoniar. La imbecilidad, el parentesco, la domesticidad, la infamia misma, no impide que se haya podido ver y oír bien. Es a los jueces a quienes corresponde pesar el valor del testimonio”⁵⁸.

3.8. Libertad de los medios de prueba

Por último, las partes deben tener libertad para presentar cualquier medio de prueba, con la única condición, por regla general, de que sea pertinente. Es decir, no debe haber un catálogo cerrado de medios de prueba establecidos en la ley, dejando fuera otros que

⁵⁶ Mauro Cappelletti, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 323 y 324.

⁵⁷ Ob. cit., pp. 321 y 329.

⁵⁸ F. M. A. De Voltaire, citado en Mauro Cappelletti, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Ediciones Jurídicas América-Europa, Buenos Aires, 1973, pp. 107 y 108.

pueden servir para lograr convicción, pero que por diversas razones, como los avances tecnológicos, no pudieron ser previstos. Limitar los medios de prueba a un catálogo estricto solo podrá tener como resultado dificultar a las partes probar los hechos que alegan o demostrar la falta de credibilidad de los hechos que alega la contraparte, limitando con esto la posibilidad de controlar la calidad de la información ingresada al juicio. Esto no significa que todo medio de prueba pertinente sea admisible sin excepciones, como ocurre cuando por razones de debido proceso se excluye la prueba altamente prejuiciosa con poco valor probatorio, sino que significa que la regla general debe ser la libertad de probar a través de cualquier medio que sirva para lograr la convicción del tribunal respecto de un hecho que se alega, admitiendo solo excepciones calificadas⁵⁹.

3.9. Sistema de recursos compatible

La necesidad de contar con un sistema de recursos viene dada modernamente desde la garantía del debido proceso. Así, el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) señala que *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14 que *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley”*⁶⁰. Con todo, debe destacarse que en general la doctrina procesal civil parece conteste en el hecho de que no existe, tanto a nivel de principios procesales como garantías individuales, ninguna exigencia específica de un sistema de impugnación concreto o incluso el que exista necesariamente un sistema de impugnación⁶¹.

En este contexto, la determinación específica del sistema de recursos que tendrá el proceso civil es un asunto de política legislativa

⁵⁹ Así ocurre por ejemplo con la regla 403 del Federal Rules of Evidence de Estados Unidos que señala que *“Aunque sea relevante, la evidencia puede ser excluida si su peso probatorio es sustancialmente superado por el peligro de crear un prejuicio injusto, confusión sobre el hecho a probar o desorientación del jurado, o por consideraciones de demora innecesaria, pérdida de tiempo, o por tratarse de prueba sobreabundante innecesaria”* (la traducción es nuestra).

⁶⁰ Sobre la aplicación de estándares de debido proceso penal a materias civiles, nos remitimos a lo ya explicado en el capítulo sobre el debido proceso de este trabajo.

⁶¹ Véase Jorge López González, ob. cit. p. 143.

muy relevante, debiendo considerarse en su diseño que este sistema deba ser compatible y coherente con los objetivos y características que se han definido para el proceso. Así, en los sistemas procesales que diseñan el proceso judicial desde la idea del debido proceso y del juicio como un escenario para controlar la calidad de la información, el juicio oral se construye como el centro del proceso. Es por esto que las etapas previas al juicio se diseñan desde el juicio y para el juicio. Este es el caso del descubrimiento, por ejemplo, cuyo objetivo es permitir que el juicio sea un escenario real para el derecho de confrontar la prueba y el control de su calidad. Lo mismo ocurre con las etapas posteriores al juicio. Siendo el juicio la garantía central del debido proceso, el sistema de recursos contra la sentencia debe estar diseñado desde el juicio y para el juicio. Entonces, en los nuevos procesos civiles, que han optado por la oralidad y la inmediación, el sistema de recursos debe apoyar y complementar las características del juicio, siendo coherente con el respeto al debido proceso y al juicio como herramienta para la depuración de la información, puntos de partida que hemos planteado deben estar en la base del diseño de los nuevos procesos civiles.

Comparativamente, existen básicamente dos modelos de recursos. El primero, relacionado con el recurso de apelación o que podríamos denominar sistemas de doble instancia, que permite que un tribunal distinto al que decidió el asunto en un primer momento revise tanto los hechos dados por ciertos como el derecho aplicado por este último. Esto implica la existencia de una doble instancia, es decir, de dos oportunidades para hacer un juicio. Dos veces se dice cuáles son los hechos probados y dos veces se dice cuál es la consecuencia jurídica que se desprende de ellos. De esta manera, el tribunal que revisa en segunda instancia puede entender que los hechos dados por acreditados por el primer tribunal de juicio son incorrectos, logrando la convicción de que las cosas ocurrieron de una manera distinta. A partir de esto se podría concluir, a primera vista, que un sistema que incluya la apelación es un sistema que protege muy intensamente las garantías ya que no solo dispone el derecho a un juicio antes de resolver sobre los derechos de las personas, sino que asegura la realización de dos juicios. Sin embargo, no es este afán el que explica el recurso de apelación. Este sistema recursivo no está asociado históricamente al desarrollo de la noción de debido proceso sino que a los sistemas de control jerárquico dentro del propio Poder Judicial, ya que el inferior jerárquico (juez de primera instancia) se entiende como un delegado del tribunal superior, quien es en definitiva el único con el verdadero poder jurisdiccional y que, por lo mismo, mantiene la última palabra respecto de todo lo que el in-

inferior realizó previamente. La amplitud de la revisión (hechos y derecho) se explica entonces por la intensidad del poder que ejerce el superior sobre el inferior, incluso llegando a facultársele para revisar lo resuelto previamente aunque las partes no hayan manifestado ninguna oposición a lo resuelto en primera instancia⁶².

El segundo modelo es el de la revisión del derecho. En este sistema, el tribunal que revisa la decisión del tribunal de juicio está limitado a analizar, sin poder modificar la base fáctica dada por cierta por este, si el derecho fue aplicado correctamente. A este sistema responde el recurso de casación. En los sistemas en que se permite impugnar la decisión del tribunal de juicio solo a través de este tipo de recursos, hay una sola instancia. La amplitud de la revisión es menor que en el recurso de apelación (no pueden revisarse los hechos), pero la revisión del derecho admite cierta amplitud. Es decir, no solo puede revisarse la corrección en la aplicación del derecho sustantivo, sino que también puede revisarse la aplicación de las normas procesales con el objeto de verificar si se cumplieron con los estándares del debido proceso. En los casos en que el tribunal revisor estime que hay una errónea aplicación del derecho en alguno de estos sentidos, podrá ordenar que se realice un nuevo juicio o dictar una sentencia de reemplazo (dependiendo de cuál haya sido el error cometido en el juicio)⁶³. Este sistema de recursos es asociado históricamente a la república democrática y a la noción de debido proceso que garantiza el derecho a un juicio, y solo a uno, pero que sea justo.

Parece evidente que si el sistema de recursos debe ser coherente con los objetivos y características del mismo proceso civil que se realizó previamente (oral, inmediato, etc.), el hecho de tener un recurso de apelación (doble instancia) trae más problemas que soluciones. Así puede afirmarse tanto desde el punto de vista de la intermediación y del juicio como herramienta de depuración de la información, la doble instancia no asegura una mejor determinación de los hechos, sino que, por el contrario, asegura una de peor calidad en la medida que el tribunal de juicio ha percibido directamente la producción de la prueba, mientras que el tribunal revisor solo lo hará a través de actas. Parece difícil poner esto en duda cuando la mayoría de la

⁶² La doctrina procesal civil y penal sobre este punto es diversa y bastante frondosa. Así, puede verse a modo ejemplar Jorge López González, ob. cit. p. 139; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal* tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, pp. 705 y siguientes; y Alex Carocca, "Recursos en el Nuevo Sistema Procesal Penal", en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial ConoSur, Santiago 2000, pp. 297 a 331.

⁶³ Ídem.

doctrina celebra la existencia de la intermediación resaltando que una de sus virtudes es la mejor percepción de los hechos que tendrá el juez. Así, por ejemplo, cuando se señala que *“Claro es que la impresión del juez que asiste a una audiencia no es traspasable a otro. La solución Uruguaya parece adecuada para resolver el problema, otorgando competencia al juez que conoció del proceso para resolver fallarlo aun cuando haya sido trasladado o ascendido”*⁶⁴.

Con la revisión del derecho, en cambio, no se presentan estos problemas. El tribunal del juicio y el tribunal revisor no se encuentran en escenarios distintos. Ninguno de los dos requiere haber presenciado los medios de prueba directamente para determinar el derecho aplicable y la forma de aplicarlo al caso concreto. La calificación jurídica de los hechos es un ejercicio mental que ambos tribunales pueden hacer sin afectar la intermediación ni las demás características relevantes del juicio. Más aun, la revisión del derecho realizada por un tribunal superior sí puede dar más garantías de corrección en la medida que se trata de tribunales integrados por magistrados de mayor experiencia, además de cumplir con una misión entregada generalmente a estos que consiste en uniformar el sentido y alcance del derecho.

A partir de todo lo anterior, entendemos que un sistema de juicios orales debe ser de única instancia, asegurando la posibilidad de recurrir de la sentencia definitiva a través de un recurso que permita la revisión del derecho de una manera amplia, lo que permite coherencia con los objetivos que deben estar a la vista a la hora de diseñar el proceso y que no vulnera el derecho al recurso establecido en los tratados internacionales, como por lo demás se ha señalado reiteradamente en España al definir la constitucionalidad de los procesos orales contra los que solo procede el recurso de casación, siempre y cuando las causales de procedencia sean más o menos amplias y que los tribunales interpreten “los presupuestos y límites para la admisión del recurso de la forma más favorable posible a la eficacia del derecho al recurso” ya que se “infringiría el derecho al recurso si se declara inadmisibile sin razonamiento alguno o a través de una lectura irracional, arbitraria y rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación”⁶⁵.

⁶⁴ Véase José Pedro Silva y Juan Pablo Domínguez, “Principios Fundamentales del Procedimiento Civil: Diagnóstico y Proposiciones a la luz de un Nuevo Ordenamiento”, en *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, p. 438.

⁶⁵ Véase Alex Carocca, “Recursos en el Nuevo Sistema Procesal Penal”, en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial ConoSur, Santiago 2000, p. 312.

4. Eficacia de las reglas de la prueba en los sistemas civiles reformados de nuestra región

Desde el punto de vista del control de la calidad de la información que venimos comentando, estimamos que en los actuales diseños de reglas de la prueba en los procesos civiles reformados hay todavía mucho que avanzar. Como analizaremos a continuación, tanto normas como prácticas de nuestros sistemas reformados constituyen un paso intermedio en el mejoramiento del sistema probatorio que aún presenta reglas y metodologías de determinación de hechos que dificultan comprobar la calidad de la información ingresada al juicio.

Esta dificultad se hace aún más relevante cuando la valoración de la prueba es a través de la sana crítica, que los nuevos ordenamientos incorporan, ya que esta forma de valorar la prueba obliga al juez a realizar un ejercicio más sofisticado y específico de evaluación del peso probatorio de los medios empleados. Recordemos que los sistemas de prueba legal o tasada descansan en la idea que el juzgador carece de discrecionalidad para evaluar los medios de prueba ya que es el legislador quien les ha asignado valor en forma previa. En este esquema el juez es un “mero aplicador” de un criterio de valoración definido de antemano por el legislador⁶⁶ y que, valga la pena señalar, se trata de un sistema de valoración que ha tendido a desaparecer en los sistemas procesales modernos por considerarse incompatible con la lógica de los mismos, como ya hemos señalado. La valoración de la prueba de conformidad a las reglas de la sana crítica opera, en cambio, en una lógica completamente distinta. Los sistemas de sana crítica establecen básicamente libertad para que el tribunal competente pueda valorar los medios de prueba de la forma que le parezca más razonable. Es decir, el legislador entrega al juez discreción respecto a cómo evaluar y qué peso entregar a las distintas pruebas recibidas en el juicio. La idea detrás de esto es que en cada caso el peso y valor que puedan tener las pruebas depende de variables que solo pueden ser ponderadas de manera concreta por el órgano que ha recibido dicha prueba. Con todo, no se trata de una esfera de discrecionalidad absoluta. En el proceso de valoración

⁶⁶ En palabras de una doctrina procesal civil tradicional: “En el sistema de la prueba legal la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar la máxima en el caso concreto, del modo que las reglas legales de valoración de la prueba no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima de la experiencia que ha de aplicarse en el caso”. Véase Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, 4ª edición, Editorial Civitas, Navarra 2005, p. 553.

de la prueba el tribunal no se puede apartar de las reglas básicas de la lógica formal, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, las que operan como límite al proceso de razonamiento del tribunal. Todo ello en un contexto en donde normalmente estos sistemas van acompañados de reglas que incluyen exigencias de argumentación de la sentencia que permitan controlar que el tribunal no exceda dichos límites⁶⁷. De esta forma, pasar de un sistema en que la ley *a priori* y en abstracto determinaba la valoración que el juez debía dar a la prueba (prueba legal) a un sistema en que el juez valora la prueba con límites bastante amplios (sana crítica), obliga a diseñar un sistema de producción de información que permita demostrar en juicio los matices de la prueba rendida, que luego podrán ser utilizados por el juez para determinar (valorar) su credibilidad. De lo contrario, el juez estará a ciegas. No tendrá criterios predefinidos en la ley, pero tampoco tendrá la materia prima necesaria para aplicar un criterio concreto de valoración porque la prueba no le habrá dado la información lo suficientemente específica para hacerlo.

En lo que sigue intentaremos relevar algunos aspectos de los sistemas reformados que dificultan al juez evaluar la calidad de la información ingresada al juicio y que, por ende, le dificultan también hacer un trabajo preciso de valoración en concreto de la prueba.

4.1. Inmediación, concentración y continuidad

En los nuevos sistemas orales civiles se establece explícitamente el principio de la inmediación y, además, la idea de proceso por audiencias, esto es, que los actos procesales más importantes, incluida la prueba, se deben producir en el marco de una audiencia oral, pública y contradictoria. Sin embargo, tanto normativamente como en ciertas prácticas, estos sistemas no protegen suficientemente la concentración de la actividad probatoria en una sola audiencia, con lo que los objetivos buscados por los principios antes enunciados pierden parte importante de su fuerza y sentido.

Así, pueden encontrarse varias normas en los diversos códigos procesales que más bien parecen manifestar la noción de que, cumpli-

⁶⁷ Sobre la lógica de los sistemas de "Sana Crítica" existe bastante consenso en la doctrina comparada. A modo de ejemplo puede revisarse Juan Montero Aroca, ob. cit. pp. 555 a 557; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal* tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, pp. 870 a 874; Alex Carocca, *Manual de Derecho Procesal* tomo II, LexisNexis, Santiago 2003, pp. 332 y 333.

das las reglas de la contradicción, de la publicidad e inmediación (entendida como la presencia del juez en la audiencia), no hay obstáculo para que las pruebas tengan lugar en audiencias distintas, normalmente en una preliminar y otra principal. Así, tanto el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica como el Código General del Proceso uruguayo disponen que en la audiencia preliminar se recibirán los medios de prueba disponibles en el momento y que, si hubiese más prueba que rendir, se realizará otra audiencia, en un momento distinto, llamada audiencia complementaria, cuyo único objeto será la recepción de la prueba pendiente. Así también dispone el artículo 61.9 del nuevo procedimiento de familia chileno al establecer que en la audiencia preparatoria se podrá “recibir la prueba que sea posible rendir en ese momento”, dejando la rendición de las demás pruebas para la audiencia de juicio. En esta misma línea, el mismo Código Modelo dispone en su artículo 139.2 que el interrogatorio a una de las partes del litigio puede realizarse “en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria”.

La inmediación ya pierde parte importante de su sentido cuando la prueba puede rendirse en distintas audiencias, pero el problema se profundiza aún más cuando una y otra se realiza muy separadamente en el tiempo. Así ocurre, por ejemplo, en Uruguay, donde el tiempo promedio que transcurre entre la presentación de la demanda y la primera audiencia es de 2,6 meses y el tiempo de duración de la primera instancia contado desde la presentación de la demanda hasta la sentencia definitiva es de 14 meses en materia civil-comercial. Como se puede apreciar, entre la primera audiencia, la audiencia complementaria y la sentencia transcurren en promedio 11,4 meses⁶⁸. Ocurre algo similar en los Juzgados de Familia chilenos, por lo menos en la ciudad de Santiago, donde toda audiencia tiene asignada una duración máxima de dos horas, por lo que en caso de no ser suficiente una audiencia para recibir toda la prueba esta es suspendida y se fija una nueva fecha para continuarla semanas o meses después⁶⁹.

Los problemas que lo anteriormente descrito traen consigo se agudizan con otro elemento normativo que se encuentra en varias de las

⁶⁸ Véase Santiago Pereira Campos, *Oralización de los Procesos Civiles en Uruguay*, p. 27, disponible en biblioteca virtual CEJA (www.cejamericas.org).

⁶⁹ Experiencia vivida directamente por uno de los autores y confirmada como una experiencia general a través de lo señalado por un grupo relevante de abogados litigantes de dichos tribunales. En el caso vivido, la segunda sesión de la audiencia de juicio fue fijada para un mes y medio después.

leyes de reforma: la existencia de plazos que permiten a los jueces diferir la dictación de las sentencias de los juicios. En principio esto podría no ser un problema en un sistema en que la oralidad estuviese suficientemente asentada, en la medida que se entendiera que el fallo y su exposición es parte de la audiencia, pudiendo existir un periodo de suspensión de la misma destinado a que el juez elaborara su razonamiento y decisión. No obstante, en un contexto de larga tradición de escrituración, existe el riesgo, que se concreta en algunos lugares, de que en realidad el fallo se separe totalmente de la audiencia y sus contenidos, y entonces la base del mismo deja de ser la percepción inmediata de la prueba, sino que el acta o protocolo de la audiencia. Así lo podemos encontrar en la ley de tribunales laborales chilena que establece un plazo de 15 días para dictar sentencia (Artículo 457), pero que al mismo tiempo establece que los plazos de dicha ley no son obligatorios para los jueces (Artículo 435). Por su parte, el Código General del Proceso uruguayo dispone que *“El Tribunal, sea unipersonal o colegiado, podrá diferir la expresión de los fundamentos para una ulterior audiencia, la que deberá llevarse a cabo en plazo no mayor de(...) quince días si se tratare de sentencia definitiva”*⁷⁰, agregando que *“Cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar el plazo para dictar la sentencia con sus fundamentos por quince días, si se tratare de sentencia definitiva...”*⁷¹ y que *“Los plazos para el estudio y para dictar sentencia, se suspenden por las licencias de los Magistrados, las Ferias y la Semana de Turismo. Las diligencias para mejor proveer, así como las demás indispensables que correspondieren, suspenderán los términos para dictar sentencia conforme con lo dispuesto por el artículo 194”*⁷².

En algunos lugares como Uruguay, además de los problemas normativos ya señalados, se ha producido una práctica adicional que consiste en la escrituración de los alegatos finales⁷³, para los que se otorga un periodo relativamente extenso, y que son agregados al acta del juicio con la que el juez se formará convicción. En conse-

⁷⁰ Artículo 203.2 del Código General del Proceso.

⁷¹ Artículo 203.3 del Código General del Proceso.

⁷² Artículo 207 del Código General del Proceso.

⁷³ Así lo señala el jurista uruguayo Santiago Pereira Campos cuando señala que *“En la práctica jurisprudencial uruguaya muchos tribunales –algunos solo si hay acuerdo de partes, otros aun sin tal acuerdo admiten la presentación de los alegatos por escrito, incorporando el mismo al acta de la audiencia”*. Véase ponencia Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de inmediación en el proceso por audiencias, XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 2002, p. 15, nota al pie Nro. 42, publicada en biblioteca virtual de CEJA (www.cejamericas.org).

cuencia, en la práctica, es absolutamente claro que el juez dicta el fallo sobre la base de la lectura de las actas bastante tiempo después de ocurrida la audiencia.

Al parecer, detrás de la noción de inmediación contenida en los cuerpos legales que permiten rendir prueba en distintas audiencias y que dan plazos extendidos para dictar sentencia, está la idea de que si bien la prueba se debe producir de forma oral, frente al juez y de manera contradictoria, no hay problema en que su apreciación y valoración por el tribunal pueda en cambio diferirse a un momento posterior en que este lee las actas de la diversas audiencias y construye a partir de ellas su decisión sobre el fondo del asunto.

Todo lo anterior es sumamente problemático para hacer efectivos los fines de la inmediación relacionados con la prueba, porque si la inmediación no va acompañada de una actividad de rendición de prueba concentrada en una sola audiencia continua, se dificulta enormemente que el juez pueda dictar sentencia solo en base a lo que ha percibido directamente. Por el contrario, en un sistema por audiencias sin concentración y continuidad todos los incentivos están dirigidos a que el juez resuelva en definitiva fundándose en un acta que solo es una representación de lo que ocurrió en audiencias pasadas.

Nos parece claro que mientras más tiempo medie entre la rendición de un medio de prueba y otro, por una parte, y entre todos los medios de prueba y la sentencia, por otra, más se pierde lo que se pudo haber ganado con la inmediación existente en cada una de esas audiencias por separado. ¿Cómo podría un juez determinar con mínima precisión qué hechos son ciertos, usando solo su memoria de lo percibido directamente, si los testigos declararon hace dos meses? ¿Cómo podría un juez determinar con mínima precisión qué hechos son ciertos, usando solo su memoria de lo percibido directamente, si unos testigos declararon hace dos meses y otros lo hicieron hace cuatro? ¿Cómo podría un juez determinar con mínima precisión qué hechos son ciertos, usando solo su memoria de lo percibido directamente, si entre la rendición de la prueba y su sentencia ha escuchado declarar a numerosos testigos de otros pleitos? ¿Qué testigo correspondía a qué juicio? En ninguno de estos casos el juez podrá, con la calidad mínima esperada de una sentencia definitiva, resolver solo con el mérito de lo que percibió directamente en las distintas audiencias en que recibió la prueba, sino que lo hará mediante la lectura de las actas en las que constan estas actuaciones. No podría esperarse otra cosa de un juez que, en estas circunstancias, pre-

tenda cumplir su trabajo. Y la pregunta que surge naturalmente es: ¿para qué diseñar todo un sistema oral que garantice la intermediación si, en el último momento, el de la decisión más importante y para la cual se realizó todo el proceso, se dicta la sentencia de la misma manera que en el antiguo procedimiento escrito? ¿Hay un juicio oral si el juez forma su decisión a través de un acta y no de la audiencia? Es por lo anterior que entendemos que la intermediación sin concentración ni continuidad no es intermediación y que los nuevos sistemas reformados son débiles en protegerla normativamente permitiendo que en la práctica no pueda rendir sus frutos.

4.2. La persistencia del expediente

Muchos de los textos de las leyes de reforma son profusos en normas que dan cuenta de la persistencia de la centralidad del expediente. Estas normas van desde la regulación del expediente propiamente tal, de su constitución y de las copias del mismo, entre otras, hasta una serie de normas relativas a los actos procesales mismos cuya regulación recae fundamentalmente sobre las formalidades de su registro o incorporación al expediente. Así, el Código Procesal Civil Modelo señala en su artículo 79.1 que *“Los documentos que se incorporen al expediente podrán presentarse en su original o facsímil, con certificación de su fidelidad con el original por quien legalmente correspondiere”*, y en el inciso primero de su artículo 99 que *“Con el escrito o acta inicial de cada asunto que se promueva, se formará un expediente al que se incorporarán sucesivamente las actuaciones posteriores”*, agregando en su inciso segundo que *“La reglamentación dispondrá la forma de llevarse esos expedientes, así como el modo de anotar en los mismos las constancias de los actos”*. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española señala en su artículo 267, respecto de la forma de introducir al proceso documentos públicos, que *“Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple y, si se impugnan su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios”*, y agrega en su artículo 268 Nro. 1 que *“Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados”*.

Hasta qué punto esta regulación da cuenta de una expresión cultural muy fuerte que resiste su retirada o hasta qué punto el expe-

diente sigue siendo la estructura básica del proceso y el sistema preponderante del manejo de la información, son cuestiones que no pueden ser deducidas de la pura lectura aislada de dichas normas. La forma en que estas leyes se apliquen determinará que estas reglas tengan escasa significación o que en realidad sean determinantes en el funcionamiento del sistema. Sabemos que la estructura que adopte el despacho judicial, la incorporación de tecnología al mismo y la profesionalización de la gestión son variables que inciden determinantemente en este aspecto. Si el expediente constituye solo una forma de registrar lo que va ocurriendo en el proceso con el objeto de mantener un control y seguimiento administrativo de lo realizado, entonces su presencia no debiera ser un obstáculo peligroso para el desarrollo de un verdadero sistema por audiencias. Si, por el contrario, el expediente se transforma en una herramienta legal para la toma de decisiones jurisdiccionales, entonces su existencia pone en grave peligro la centralidad de la audiencia desplazándola hacia el expediente. Cuando esto ocurre, “proceso”, “juicio” y “expediente” terminan siendo sinónimos, como ocurría en el sistema escrito. Nuestra preocupación, entonces, por el peligro de la existencia de estas normas sobre el expediente no es meramente estética.

¿Cuál es el verdadero papel que cumplen estas normas en el sistema? Un primer indicio se vislumbra a partir de los efectos del incumplimiento de tales reglas. Si la ley manda la forma precisa de crear y desarrollar el expediente, no hacerlo de la manera esperada acarreará consecuencias negativas, como la nulidad de lo obrado. Si el expediente solo fuera una herramienta administrativa y, por lo tanto, expediente y proceso no se confundieran, el incumplimiento de las formas de su confección no debiera tener consecuencias procesales, sino que a lo más sanciones administrativas para el funcionario que no cumplió correctamente con su trabajo.

Un segundo indicio del verdadero valor que estos sistemas dan al expediente viene dado por la preocupación, reflejado en la existencia misma de estas normas, de que el expediente se forme correctamente. ¿Por qué regular con tanto detalle en la ley la forma de constituir el expediente si las decisiones se tomarán en audiencia? Creemos que la respuesta es que estos sistemas siguen descansando en la idea de que la decisión se tomará sobre la base del estudio del expediente y no de lo ocurrido en la audiencia. Sobre este punto resulta especialmente explícita e iluminadora la norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que dispone, en la parte final de su artículo 367, que el tribunal podrá interrogar al testigo sobre circunstancias relacionadas a su imparcialidad “y *hará que pregunte*

y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia". A lo anterior debe sumarse la existencia de plazos prolongados para dictar sentencia luego de la audiencia de juicio lo que, como ya señalábamos, obligará al juez a estudiar el acta para resolver debido al tiempo transcurrido entre la audiencia y el momento en que debe formar su juicio sobre el asunto. Esto significa, en definitiva, que el papel de la audiencia es la de ser un medio para levantar un acta o, en otras palabras, es un medio para construir el expediente. La presencia del juez en la audiencia (inmediación) tendrá entonces como objetivo garantizar la correcta confección del acta y no que este se forme un juicio sobre lo probado por las partes. Su juicio lo formará tiempo después con la lectura del expediente. La audiencia no es, entonces, el momento del juicio.

Para estos sistemas, este papel que tiene la audiencia respecto del expediente se confirma con la existencia en ellos de la doble instancia. ¿Qué problema habría para que un tribunal superior valore la prueba a través de un acta si el tribunal inferior lo hizo de la misma manera? Y la respuesta obvia es que no habría ninguno. Sin embargo, cuando el papel de la audiencia no consiste en ser un medio para levantar un acta, sino que es el momento para que el juez se haga un juicio (el juicio) sobre la causa, la doble instancia se hace problemática: los jueces de la segunda instancia estarían en un peor pie para decir qué hechos se dan por probados y cuáles no, debido a que tienen menos y peor información que el juez que presencié el juicio para hacerlo. Entonces, la doble instancia solo podría garantizar más errores que aciertos en la determinación de los hechos.

Por supuesto, como ya hemos señalado a propósito de la inmediación, continuidad y concentración, la calidad de la información recibida a través de actas no asegura la posibilidad de que el juez pueda realizar un verdadero examen de la calidad de la prueba. Así, mientras menos continuidad y concentración exista y más importancia tenga el expediente, habrá más peligro de estar frente a un sistema por audiencias meramente formal en el que la gran diferencia con el sistema escrito consistirá en que lo que antes se hacía por escrito ahora se hace oralmente, pero en donde las decisiones que realmente importan (sentencia y apelación) se construyen sobre la base del expediente, acta o cualquier otra forma de reconstitución mediata de lo que ocurrió en la audiencia. En este modelo de oralidad, como ya señalábamos, la audiencia es solo un método distinto de construcción del expediente (a través del levantamiento de actas) y la inmediación es solo un medio para garantizar la fidelidad del

acta levantada (hecha en presencia del juez y las partes), pero en donde lo que realmente importa sigue siendo el expediente, lo que caracteriza al sistema escrito.

De esta forma, la presencia de normas que regulan en detalle la forma y certificaciones necesarias para confeccionar el expediente y la manera en que los actos de prueba realizados en audiencia deben incorporarse al expediente, deben ser considerados una alarma de aviso. ¿Es verdaderamente un sistema por audiencias aquel en que el juez no puede fallar si no hay expediente? Probablemente la respuesta a esta pregunta nos ayude distinguir si estamos en presencia de un sistema por audiencias formal o uno verdadero en que la oralidad, la intermediación y otros valores propugnados por las leyes de reforma logran desarrollar sus objetivos en plenitud.

4.3. La confrontación directa

Como ya hemos indicado, proclamar la oralidad supone en nuestra opinión plantear un método de producción y apreciación de la prueba que pone énfasis en la posibilidad de discriminar a fondo acerca de la calidad de la información que ha de utilizarse para tomar la decisión sobre el caso. A su vez, esta metodología descansa en diversos elementos que favorecen que la calidad de la información se maximice, dentro de los cuales vale la pena resaltar que el contacto directo del juez con la prueba en sí mismo permite una mejor percepción de su contenido, que la presencia de las partes genera un control importante, que la solemnidad de la audiencia desincentiva la mentira y otras distorsiones equivalentes. No obstante, pensamos que el elemento principal que permite que el valor de la calidad de la información sea maximizada (que la prueba sea cuestionada severamente) radica en la posibilidad de confrontación, que consiste en permitir que aquel a quien perjudica la información que se presenta (aquel con los mayores incentivos para develar los errores, distorsiones, mentiras y demás defectos de la prueba), haga esta labor en su propio favor, al mismo tiempo que a favor del juzgador.

Lo anterior supone establecer algunos mecanismos que han probado ser eficientes para permitir a las partes realizar esta labor y que en general no se han consagrado explícitamente en los nuevos ordenamientos. El primero de ellos es el de privilegiar el interrogatorio directo por las partes. Ellas son las que traen una versión sobre lo ocurrido y han tenido la oportunidad de preparar e investigar su caso para ofrecer pruebas de su verosimilitud al tribunal. Nadie está en mejor posición que ellas para extraer la información relevante y

ponerla a disposición del tribunal, tanto para evidenciar su credibilidad como para mostrar sus defectos. Sin embargo, al contrario de lo recién planteado, en muchos de nuestros nuevos ordenamientos se privilegia el interrogatorio por el juez. Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone en su artículo 139.1, sobre la declaración de parte, que *“El interrogatorio se hará por el tribunal, sea el dispuesto de oficio o por pedido de parte...”*, y en su artículo 151 sobre la declaración de testigos que *“El Tribunal interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de su nombre, edad, estado civil, domicilio (...) y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha; a continuación ordenará al testigo que haga un relato de los hechos objeto de su declaración, interrogándole sobre ello”*. Algo similar ocurre en el artículo 367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española cuando regula la forma de la declaración de los testigos, la que señala que el juez comenzará el interrogatorio haciendo una serie de preguntas destinadas a establecer su identidad, agregando preguntas sin límite respecto de posibles razones que el testigo tenga para dar un testimonio parcial.

Esta forma de extraer información es muy poco eficiente desde el punto de vista de los valores que hemos planteado, sobre todo porque dificulta a las partes el control de las distorsiones que el propio juez puede introducir. Por otra parte, obligar al tribunal a actuar de esta manera hace surgir problemas para mantener la apariencia de imparcialidad que todo tribunal debe mostrar, porque la imparcialidad objetiva del tribunal se va minando cada vez que se le exige realizar actividades de litigante (y probar una versión de los hechos es una función de parte). Esto se debe a que cada pregunta que se hace en un juicio no viene desde ninguna parte, ni va hacia ninguna parte. Las preguntas vienen desde una versión de los hechos y van dirigidas a corroborarla o desmentirla. Cuando un tribunal tiene amplias atribuciones para hacer preguntas, y en general para rendir prueba, se le obliga entonces a ir adoptando tempranamente una determinada versión de los hechos, pareciendo un tercer litigante que favorece a alguna de las versiones en competencia o incluso sosteniendo una tercera versión independiente de las anteriores. ¿Qué opinión tendrían los fanáticos del fútbol de un árbitro si este, durante el partido, se dedicara a dar pases a uno de los equipos? ¿Y qué opinión podrían tener de un árbitro que parece estar jugando su propio partido? Para mantener la imparcialidad el tribunal no debe tener una versión de los hechos hasta haber escuchado toda la prueba producida por los litigantes. En este punto nos parece que existe una confusión en la doctrina procesal en la que se mezclan

dos cosas que nos parecen diferentes, ya que generalmente se justifica la facultad del tribunal de hacer preguntas y rendir prueba en la necesidad de tener un juez activo que otorgue impulso al proceso⁷⁴ o incluso se justifica en que uno de los objetivos de la intermediación es permitir que el juez pueda hacer preguntas a los testigos y a las partes⁷⁵. Estimamos que “impulso procesal de oficio” y “juez activo en la producción de prueba” son dos cosas totalmente distintas que tienen objetivos diferentes. Una cosa es un juez que deba, por ejemplo, fijar la fecha de la audiencia siguiente aunque nadie se lo pida (impulso de oficio), y otra distinta es que llegado el momento de realizar la audiencia se deba comportar como dueño del conflicto. “Impulso procesal de oficio” e “imparcialidad” no tienen por qué ser antagónicos. Algo similar ocurre con la extensión del verdadero alcance de la intermediación, la que pone en riesgo otros valores no solo como la imparcialidad sino a la posibilidad efectiva de las partes de confrontar la prueba y ejercer su derecho a defensa.

Este punto de partida sobre la imparcialidad, sin embargo, no marca una regla absoluta, sino que es un estándar del debido proceso que debe ser aplicado proporcionalmente y ponderando otros valores del sistema en juego. Así, por ejemplo, también es un valor del sistema, como venimos señalando en este capítulo, que el tribunal tenga información de buena calidad para resolver el asunto. Entonces, si al tribunal, luego de haber escuchado a un testigo que ha respondido a las preguntas de las partes, no le han quedado claros ciertos hechos, podría pedir su aclaración. Esta forma de permitir la intervención del tribunal protege razonablemente ambos valores al mismo tiempo.

⁷⁴ Así, por ejemplo, se señala que “En el procesalismo clásico se consideraba al juez como un sujeto a la espera en forma pasiva a que los demás hagan todo... Ese rol se quiso cambiar y ahora se exige del tribunal una participación activa desde el comienzo mismo del proceso, con potestades muy importantes... Se consagró así la dirección y trámite del proceso en poder del tribunal, su impulso de oficio; su iniciativa probatoria no sustitutiva de la actividad de las partes, pero sí complementaria (sustitutiva en algunas hipótesis excepcionales de algún proceso extraordinario); se le dieron facultades de rechazo y contraloría de diligenciamiento de prueba en audiencia preliminar en los supuestos de admisibilidad... Finalmente, se produjo un rediseño de la función conciliadora”. Véase Luis María Simón, *El Código General del Proceso del Uruguay*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos: Secretaría Técnica de Mecanismos de Cooperación Jurídica, 2003, documento disponible en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjust19.htm>.

⁷⁵ En este sentido, por ejemplo Jorge López sostiene: “... cuando hablamos de intermediación no nos estamos refiriendo a la sola presencia y observación del juez, se trata de que interrogue a las partes y a los testigos, pida aclaraciones, enfrente a las partes sobre algún punto que no está suficientemente claro, confronte testimonios, observe objetos y lugares y realice toda aquella actividad que le permita tener el mayor conocimiento de los hechos que sustentan la disputa y a quien le asiste la razón”. Ob. cit. p. 230.

po: el tribunal puede aclarar los dichos de las personas que declaran, resultando en información de mejor calidad, pero solo puede hacerlo en el marco de las versiones que las partes han sustentado pues se trata de aclarar lo que ya se declaró al tenor de las preguntas que los litigantes han hecho, protegiendo así su apariencia de imparcialidad.⁷⁶ A esto se debe agregar un elemento más que puede hacer la diferencia en cuanto al límite de preguntar del tribunal: de acuerdo a la proporcionalidad del debido proceso, habrá que contestar a la pregunta de cuánta apariencia de imparcialidad queremos que tenga un tribunal dependiendo de la gravedad del asunto que esté sometido a su conocimiento. Así, entonces, podremos estar dispuestos a cautelar con mayor fuerza la apariencia de imparcialidad en casos penales que en casos civiles o, dentro del conjunto de casos civiles, podremos estar dispuestos a más apariencia de imparcialidad tomando en cuenta la cuantía de lo disputado o incluso la posición de igualdad en que se encuentren las partes. Con todo, queremos poner de relieve que la extensión de las facultades entregadas al tribunal para producir prueba no está exenta de problemas y que, aunque los Estados tengan cierta laxitud para determinar sus límites, debe ser regulada con cautela pues puede afectar principios fundamentales que estimamos muy valiosos, como es claramente el caso de la imparcialidad.

Volviendo al tema de este capítulo –el juicio como sistema de depuración de la información– estimamos que junto a privilegiar el interrogatorio directo por las partes, también es necesario establecer un sistema de objeciones contradictorio para controlar el modo en que las partes extraen información y, finalmente, es necesario establecer el método del contraexamen, esto es, la forma por la cual se permitirá que la parte a quien la información perjudica pueda interrogar sugestivamente al medio de prueba en cuestión, al mismo tiempo que regular específica y restrictivamente la posibilidad de introducir prueba por escrito, de modo de minimizar la posibilidad de que se eluda este control (contraexamen) por medio del reemplazo de las declaraciones personales por documentos, pero permitiendo al mismo tiempo el uso de documentos para la confrontación con quienes sí comparecen a declarar.

Lo que hemos planteado no es solo una cuestión teórica puesto que en la cultura legal latinoamericana se han venido dando histórica-

⁷⁶ Esta es la solución establecida en el Código Procesal Penal chileno que dispone en el inciso 4° de su artículo 329 que “Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos”.

mente diversas prácticas muy negativas desde el punto de vista de la calidad de información que sirve de base a la toma de decisiones y que sin duda han contribuido al desprestigio de los sistemas judiciales que es común en esta parte del mundo. Por ejemplo, sabemos que en nuestros sistemas legales existe una cierta tolerancia para la presentación de testigos falsos, especialmente en algunos tipos de casos civiles. Asimismo, aunque estos no sean completamente falsos, sabemos también que las prácticas de preparación de los abogados sobre esos testigos son a lo menos discutibles y poco transparentes. Por otra parte, sabemos también que en nuestros sistemas judiciales la prueba pericial suele ser de mala calidad y muy poco confiable, pero que los jueces se ven obligados a trabajar con esa información. En fin, parece claro que, dados los vicios anotados, la introducción de la oralidad debiera ser la ocasión para cambiar los incentivos en términos de dar a las partes la oportunidad de controlar eficazmente estos vicios en su propio interés y, paralelamente, favorecer al sistema en su conjunto.

En el contexto de esta realidad, estimamos que varios de los sistemas reformados no facilitan un ejercicio efectivo de contradictoriedad ya sea por la existencia de normas que lo dificultan o por la ausencia de normas que lo protejan. Solo a modo de ejemplo, podemos citar las normas contenidas en el nuevo proceso laboral chileno contemplado en la Ley 20.087, las cuales disponen que las preguntas que pueden ser dirigidas a los testigos “*no podrán formularse en forma asertiva, ni contener elementos de juicio que determinen la respuesta...*”, dificultando completamente que la contraparte pueda realizar un control de la calidad de la información que ese testigo está aportando⁷⁷. No es de extrañar una prohibición de este tipo en nuestro contexto regional ya que es común percibir en los operadores de nuestra cultura legal cierto rechazo a esta forma de contrainterrogatorios. Parece considerarse algo muy confrontacional, casi de mal gusto. Este fenómeno también hace que la confrontación efectiva también esté en peligro en sistemas en los que, si bien no se prohíbe expresamente la formulación de preguntas sugestivas o inductivas en el contrainterrogatorio, tampoco se permiten expresamente como un derecho de la contraparte. Así ocurre, por ejemplo, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica cuando se dispone en su artículo 151 Nro. 3 que “*Terminado el interrogatorio*

⁷⁷ Para más información sobre la necesidad de las preguntas sugestivas en el contraexamen, véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago 2005, pp. 170 a 176 y 204 a 209.

por el tribunal, las partes podrán interrogar libremente al testigo por medio de sus abogados, bajo la dirección del tribunal, que en todo momento podrá hacer nuevas preguntas, rechazar cualquier pregunta que juzgare inconducente, innecesaria, dilatoria, perjudicial o agravante para el testigo, así como dar por terminado el interrogatorio". En este escenario de prohibición o falta de protección de un contraexamen efectivo, no nos parece extraño que los sistemas judiciales se desprestigien frente al público por la facilidad que tiene los testigos de mentir en juicio debido a la incapacidad del sistema para detectarlos.

Como anunciábamos, uno de los elementos para permitir un control de la calidad de la información (asociado a la idea de confrontación y contradictoriedad) es la existencia de un adecuado sistema de objeciones o límites a las partes en la formulación de las preguntas que dirigen a los testigos y peritos. En muchas ocasiones la calidad de la información no solo está en juego como consecuencia de problemas que provienen de la prueba misma (el testigo o el perito), sino que de la forma en que son examinados (por ejemplo con preguntas confusas o capciosas). Cuando se examinan las legislaciones procesales civiles reformadas, se puede apreciar que en este tema no existen avances muy significativos respecto a las normas contenidas en las legislaciones que regulaban el procedimiento escrito. En general, nuestras legislaciones procesales civiles han reiterado las normas preexistentes que suelen establecer algunas facultades generales a los jueces para impedir que los debates se desvíen a aspectos impertinentes y límites absolutos para la formulación de preguntas capciosas y sugestivas (en este segundo caso, sin distinguir adecuadamente entre interrogatorio directo y contrainterrogatorio). Así, por ejemplo, el nuevo procedimiento de familia chileno dispone que *"El juez resolverá las objeciones que se formulen, previo debate, referidas a la debida claridad y precisión de las preguntas y a la pertinencia de los hechos por los cuales la parte haya sido requerida para declarar"*⁷⁸. Por su parte, el nuevo proceso laboral chileno dispone que no podrán formularse preguntas *"en forma asertiva, ni contener elementos de juicio que determinen la respuesta, ni referirse a hechos o circunstancias ajenas al objeto de la prueba, lo que calificará el tribunal sin más trámite"*⁷⁹. La Ley de Enjuiciamiento Civil española señala que *"La parte que haya de responder al interrogatorio, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la*

⁷⁸ Artículo 51, inciso segundo, de la Ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

⁷⁹ Artículo 454, Nro. 7, de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas”⁸⁰.

Estas limitaciones ya señaladas a la forma de hacer preguntas resuelven solo una pequeña porción de los posibles problemas que pueden presentarse cuando el objetivo de la audiencia es impedir que se produzca información de mala calidad. La experiencia comparada, por ejemplo en el mundo anglosajón, da cuenta de una lista mucho más importante de situaciones problemáticas que afectan la calidad de información que podrían ser incorporadas a nuestras legislaciones en caso de tomarse en serio esta lógica. Así ocurre, por ejemplo, con la prohibición de realizar preguntas que pidan opiniones o conclusiones a un testigo lego⁸¹ o la irrelevancia por falta de acreditación de conocimientos especiales, entre otras.⁸² Otra vía para incluir estas limitaciones en nuestras legislaciones es construirlas sobre la base de una interpretación más novedosa de las reglas existentes. Con todo, no parece haber una práctica consistente en esa dirección en la mayoría de nuestros países. El que nuestras legislaciones procesales civiles y nuestras prácticas no hayan evolucionado en esa dirección nuevamente reflejan que no obstante hayamos avanzado en oralizar procedimientos, aún falta mucho camino por recorrer para satisfacer sustantivamente los valores que se encuentran detrás de este nuevo modelo.

4.4. El descubrimiento

En los diversos códigos que han servido a nuestro análisis aparece regulada una primera audiencia o audiencia preliminar que tiene como propósito realizar una actividad de depuración procesal y probatoria. Así, por ejemplo, la audiencia preliminar del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del Código General del Proceso de Uruguay, la audiencia preparatoria de la Ley de Tribunales de Familia y Laboral chilena y la audiencia previa de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Los objetivos de esta audiencia están vinculados fundamentalmente a sanear las posibles nulidades y evitar que esas situaciones se proyecten a la audiencia principal o

⁸⁰ Artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la regla 701 del Federal Rules of Evidence de Estados Unidos.

⁸² Un análisis más exhaustivo de varios tipos de objeciones posibles en el sistema procesal penal chileno tomando la experiencia anglosajona puede verse en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit., pp. 197 a 229.

de juicio⁸³. Además de esa función, se establece para esta audiencia una tarea de filtro para determinar la prueba que habrá de ser presentada en el juicio y para ello se utilizan fórmulas tradicionales del derecho procesal civil como la de los “hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos” o la del “objeto de la prueba”, en ambos casos como criterios de selección destinados a discriminar aquella prueba que puede ser incorporada de aquella que no debe ingresar por no estar vinculada al caso.

Sin embargo, a estos objetivos de la audiencia preliminar debe agregarse probablemente el más importante si es que se pretende que el juicio oral sea un escenario donde se maximicen las posibilidades de discriminar la información según su calidad. Este objetivo, que en algunos sistemas que hemos analizado se exige ya desde la demanda y la contestación⁸⁴, es el de descubrimiento.

Como ya explicáramos al hablar del descubrimiento como una característica de un juicio oral con reglas de la prueba avanzada, es necesario que el estándar que se fije para el descubrimiento permita realizar una preparación efectiva para estar en la capacidad de realizar una confrontación efectiva. Los nuevos cuerpos normativos civiles de la reforma son débiles en esta área. Respecto de los testigos, no se encuentran normas explícitas que sirvan como un estándar claro para determinar cuánto se le debe dar a conocer a la contraparte, lo que es especialmente grave en sistemas sin práctica de descubrimiento o por lo menos con una práctica débil. Así, por ejemplo, el Código General del Proceso uruguayo dispone que *“Cuando se solicite prueba testimonial se deberá indicar el nombre, edad, domicilio y profesión de los testigos y enunciarse, sucintamente, el objeto de la prueba”*⁸⁵, y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica señala que en la demanda *“También deberá*

⁸³ En el caso del proceso establecido en el Código Procesal Civil Modelo y en el Código General del Proceso uruguayo no queda tan claro, a lo menos normativamente, que la audiencia preliminar sea una audiencia puramente preparatoria del juicio porque en dicha audiencia, además de los puntos ya señalados, se debe rendir prueba, como se permite en muchos de los modelos analizados, pero que en este caso parece tener mayor importancia ya que ambos códigos suponen y esperan que toda la prueba sea rendida aquí y no en otra audiencia (incluso, llaman “audiencia complementaria” a la audiencia en que se recibirá la prueba aún no rendida y que tiene un carácter meramente eventual).

⁸⁴ De acuerdo a los distintos sistemas procesales, el momento para avisar a la contraparte cuáles son los medios de prueba que utilizará en el juicio varía. Así, por ejemplo, en el Código General del Proceso del Uruguay este momento es al presentar la demanda y la contestación, respectivamente. En otros, será en la audiencia de preparación o preparatoria.

⁸⁵ Artículo 159 del Código General del Proceso.

*indicar el actor el nombre y domicilio de los testigos de que habrá de servirse, así como los demás medios de prueba de que habrá de valerse*⁸⁶. El procedimiento de laboral chileno es aún más escueto, solo señalando al respecto que *“Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente”*, sin hacer mención alguna al estándar que deben cumplir al hacerlo⁸⁷. Con las mismas falencias, el procedimiento de familia chileno dispone que el juez deberá *“Determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes y disponer la práctica de las otras que estime necesarias”*⁸⁸. Como puede apreciarse, ninguna de estas normas se hace cargo de los problemas de fondo que hemos descrito como una necesidad para el correcto descubrimiento de la información. Parecen más bien regular aspectos de identificación básica de los testigos para efectos de proceder a su citación más que hacerse cargo de un estándar que permita producir información destinada a facilitar el trabajo de los litigantes en el juicio.

Respecto de los documentos la situación varía en los distintos ordenamientos. En el procedimiento de familia chileno no existe obligación expresa de descubrir y dar copia de los documentos a la contraparte antes del juicio. Sin embargo, otros cuerpos normativos son más exigentes. Así, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone que *“Se acompañará a la demanda toda la prueba documental que se intente hacer valer”*⁸⁹ y que el demandado, al contestar, *“deberá acompañar la prueba conforme con lo dispuesto por el artículo 111 para el actor”*⁹⁰. El proceso laboral chileno es más explícito: *“La prueba documental que haya sido ofrecida en la demanda y contestación deberá ser presentada hasta cinco días antes de la audiencia de juicio, no pudiendo el juez considerar los documentos presentados fuera de este plazo”*⁹¹. Todas estas normas se refieren al descubrimiento y no a la incorporación de la prueba al juicio. Esto significa que, si bien una prueba puede haber sido ofrecida (descubierta) por alguna de las partes antes del juicio, ella no puede ser valorada por el tribunal si luego en el juicio mismo esa prueba no es incorporada de acuerdo a las reglas de la prueba establecidas por cada ordenamiento.

⁸⁶ Artículo 111.2 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

⁸⁷ Artículo 453, Nro. 5, de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

⁸⁸ Artículo 61, Nro. 8, de la Ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

⁸⁹ Artículo 111.1 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

⁹⁰ Artículo 121 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

⁹¹ Artículo 453, Nro. 5, de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

Respecto de los peritos la situación es normativamente mejor que respecto de los testigos. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española dispone en su artículo 336 Nro. 1 que *“Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación...”*, agregando en su artículo 338 Nro. 2 que *“Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio...”*. La ley de tribunales de familia chilena también dispone algo similar: *“Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito, con la finalidad de ponerlo en conocimiento de la parte contraria”*⁹². En los nuevos tribunales laborales chilenos la norma pertinente dispone que *“Cuando se rinda prueba pericial, el informe respectivo deberá ser puesto a disposición de las partes en el tribunal al menos tres días antes de la celebración de la audiencia de juicio”*⁹³.

Sin embargo, esta diferencia puede quedarse solo a nivel normativo, como veremos en el punto siguiente.

4.5. Las declaraciones personales como documentos

Como ya explicamos, uno de los requisitos básicos de un juicio que pretenda ser un control severo de la calidad de la información que ingresa a él es que la prueba se rinda en el juicio. Esto implica, entre otras cosas, que las personas que tengan algo que decir sobre el asunto, lo hagan personalmente en la audiencia. No debe estar permitido, en cambio, que sus declaraciones sean sustituidas por otro medio que no permita o que disminuya el control de calidad.

Uno de los principales riesgos que enfrenta esta idea es el uso inadecuado que pueda darse en la audiencia a las declaraciones que estas personas hayan realizado antes del juicio, como ocurre con una declaración jurada de un testigo o el informe redactado por un perito. En sistemas con una tradición escrita muy antigua, es fácil caer en la tentación de hacer un fraude de etiquetas y clasificar a esa información contenida en papel como “documento” en lugar de

⁹² Artículo 46 de la Ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

⁹³ Artículo 453, Nro. 9, de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

declaración testimonial o pericial. Por lo mismo, decíamos que es de suma importancia que los nuevos sistemas procesales regularan claramente el asunto, protegiendo con ello la oralidad, inmediatez, confrontación y el control de calidad de la información. Sin embargo, las normas sobre la prueba de los nuevos ordenamientos no reconocen explícitamente la forma en que pueden ser usadas las declaraciones previas, limitándose en su mayoría solo a afirmar que los testigos deben comparecer a declarar personalmente, lo que, como ya señalamos, no parece ser suficiente resguardo en sistemas orales nuevos con larga tradición de escrituración.

Este temor se comprueba a nivel de prácticas, ya que parece haber un uso muy instalado de sustitución de las declaraciones actuales por las declaraciones previas. Quizás si uno de los ejemplos más paradigmáticos es lo que ocurre en materia de peritajes, en donde resulta común que la “prueba pericial” sea entendida básicamente como el informe escrito del perito, lo que hace innecesaria su comparecencia a las audiencias. Así, por ejemplo, un estudio empírico realizado en los tribunales de familia de la Región Metropolitana en Chile, dio cuenta que era poco usual que los peritos comparecieran a las audiencias y, por tanto, que lo común era que los peritajes fueran incorporados mediante su lectura⁹⁴. Pero el problema no parece terminar cuando el perito efectivamente comparece al juicio ya que toda la declaración suele girar en torno al documento ya acompañado sin haber un verdadero interrogatorio.

Se trata este de un punto en extremo delicado, ya que la falta de regulación explícita a nivel normativo, pero en especial a nivel de prácticas de los operadores, tiende a facilitar un uso bastante indiscriminado de este tipo de declaraciones previas ocupándolas en una buena cantidad de casos como sustitutos de las declaraciones actuales del testigo o perito en juicio.

4.6. La posibilidad de investigar

Haciendo una analogía entre el proceso penal y civil, se puede decir que este último comienza por regla general en el momento en que una de las partes manifiesta formalmente su pretensión: La demanda. La regulación del proceso penal comienza, en cambio, mucho antes de la manifestación formal de la pretensión, que está consti-

⁹⁴ Véase José Pedro Silva y otros, Estudio Exploratorio sobre el Funcionamiento de la Oralidad en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana, Santiago 2007, p. 42 (estudio publicado en el presente libro p. 131).

tuida por la acusación. Así, mientras en materia penal la preparación de la acusación (investigación o instrucción) está expresamente regulada, en materia civil tradicionalmente se ha entendido que la preparación de la demanda es una actividad que las partes realizan fuera del proceso y por sus propios medios. Los códigos tradicionales solo contemplan unas pocas excepciones que buscan cautelar, con el auxilio del tribunal, el futuro éxito de la demanda que aún no ha sido presentada. Esto no varía sustancialmente en las nuevas regulaciones. No obstante, pareciera necesario regular de una manera mucho más específica esta facultad, la cual además está vinculada a la idea de descubrimiento, como veremos a continuación.

En primer lugar, parece necesario, dadas las condiciones en que se desarrolla la economía moderna donde los actores principales son organizaciones complejas que manejan amplios volúmenes de información, que se regule la forma en que las partes pueden acceder a esa información, ya sea directamente o con el auxilio del tribunal, es decir, que exista la posibilidad de acceder, a lo menos en algún grado, a conocer la información disponible al interior de organizaciones del tipo descrito, sea que estas sean partes en el proceso o que estén fuera de él, pero que posean datos relevantes.

La regulación de la forma de obtener esta información debe incluir la posibilidad de solicitarla antes del juicio e incluso antes del inicio del proceso (presentación de la demanda) porque se puede temer que desaparezca o porque tenerla será relevante para decidir si es conveniente demandar. Aquí parece necesario volver a recalcar que el juicio, incluso el proceso, no es una instancia para investigar, sino que es el momento en que las partes muestran al tribunal la investigación que ya han hecho. Otra cosa distinta es que, como señalábamos al tratar el descubrimiento, que una vez que cada parte sepa con qué cuenta la otra para probar su caso, puedan continuar con su investigación hasta el momento del juicio. Cabe señalar también que una adecuada y clara regulación legal del acceso a información en estas etapas tempranas debiera guiar prácticas e incentivar comportamientos de potenciales demandantes y demandados que se debieran traducir en que el uso del sistema judicial y la litigación por acceso de información debiera ser una cuestión relativamente excepcional. Es decir, que a partir de estas reglas debieran naturalmente producirse intercambios de información sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Cuando la investigación que realiza cada parte implica solicitar a la contraria que entregue información, estamos hablando de algo muy

similar al descubrimiento en el sentido que se le pide develar cierta información que posee. Sin embargo, la diferencia entre una y otra forma de obtener información radica en que en el descubrimiento la contraparte avisa qué prueba ha decidido llevar al juicio, mientras que en el requerimiento de información se le exige mostrar información que no ha anunciado y que, por lo mismo, no quiere llevar al juicio.

Evidentemente, exigir entregar información, sea a una de las partes del conflicto o a un tercero ajeno a él, implica una carga que a veces podrá ser liviana y otras extremadamente pesada. Someter a estas personas a dicha carga deberá, por lo tanto, ser justificada y la ley establecer el estándar necesario a cumplir. La determinación de un estándar se hace aún más relevante cuando la información solicitada tenga alguna protección especial, sea por tratarse de algún tipo de información privilegiada, reservada o porque su obtención pueda vulnerar de alguna forma garantías constitucionales de las personas, como su privacidad, por ejemplo. En ambos casos que representan situaciones de límite o conflictos de intereses y derechos, sea para determinar si se somete a alguien a la carga de dar información o para autorizar la entrega de información protegida, será necesario que intervenga un tribunal para que verifique el cumplimiento del estándar establecido en la ley y autorice u ordene que la información sea entregada. A su vez, esta autorización debiera darse, por regla general, previo debate en audiencia para facilitar que ambas partes puedan argumentar ante el juez el cumplimiento o no del estándar, teniendo entonces el derecho a ser escuchadas.

En este sentido, las legislaciones revisadas contienen algunas normas que permiten expresamente exigir la entrega de información. Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española dispone en su artículo 332 que *“Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter”* y que *“Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las provincias, de los municipios y demás Entidades locales, estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios, en los términos del apartado anterior”*.

Así lo hace también el Código General del Proceso del Uruguay en su artículo 167 que dispone que *“Cuando las partes quieran servirse de documentos que están en poder de terceros, deberán solicitar al tribunal que disponga su entrega... El requerido podrá oponerse a esa entrega si el documento fuera de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle perjuicio lo que apreciará el tribunal”*. Respecto de la información requerida a la contraparte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 328 dispone que *“Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba”* y el Código General del Proceso del Uruguay en su artículo 168 que *“La parte que quiera servirse de un documento que según su manifestación se halla en poder de su adversario podrá pedir al tribunal que intime a aquel su presentación en el plazo que se determine”*. El proceso laboral chileno también permite la posibilidad de solicitar la exhibición de documentos a la contraria y además establece sanciones en caso de no hacerlo en ciertas hipótesis: *“La exhibición de instrumentos que hubiere sido ordenada por el tribunal se verificará en la audiencia de juicio y en el plazo señalado en el numeral anterior. Cuando, sin causa justificada, se omita la presentación de aquellos que legalmente deban obrar en poder de una de las partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba decretada”*⁹⁵.

4.7. La persistencia de la prueba legal

En todos los ordenamientos revisados se contempla la introducción de un sistema de libre valoración de la prueba en la fórmula de la sana crítica. Esto acorde con una tendencia de larga data del desarrollo del derecho procesal civil continental⁹⁶, pero en algunos ordenamientos se hace convivir esta noción con algunos criterios legales de prueba tasada, en especial respecto de los documentos, la confesión de parte y, en algunos casos, de las tachas.

Esta fórmula es muy problemática puesto que supone excluir a algunos medios de prueba de los sistemas de control que el propio siste-

⁹⁵ Artículo 453, Nro. 6, de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

⁹⁶ Como sostiene Cappelletti, el abandono de los sistemas de prueba legal o tasada y su reemplazo por sistemas de libre valoración es un proceso largo y complejo en materia civil que comienza a plasmarse normativamente de manera paulatina a partir de inicios del siglo XIX en los códigos de Europa Continental. Véase Mauro Cappelletti, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Ediciones Europa-América, Buenos Aires 1973, pp. 98 y siguientes.

ma procesal introduce, como son la confrontación y el razonamiento. Pero además esta exclusión se hace de modo abstracto y general, sin medir, por ejemplo, el grado de controversia que se pueda generar sobre esa prueba en el caso en concreto. De esta forma, todas las ventajas que puede traer la realización de un procedimiento oral en términos de mejorar la calidad de la información para decidir, se pierden ya que el legislador establece en abstracto y *ex ante* la forma en que cierta categoría de pruebas debe ser valorada por el juez sin importar en concreto los niveles de persuasión o convicción que dicha prueba haya generado en concreto. De otra parte, estas reglas que perpetúan la lógica de la prueba legal o tasada producen diversas distorsiones en relación a la obligación que tienen los jueces de fundamentar sus sentencias. En efecto, allí en donde el legislador establece una regla concreta acerca del valor probatorio de una determinada actuación, ello significa que el juez queda relevado de su obligación de fundamentar en concreto el peso que le da a dicha prueba.

Ejemplos de la pervivencia de las tachas o reproches los podemos encontrar en la Ley de Enjuiciamiento Civil española cuando se regulan las tachas a peritos señalando que estas proceden cuando el perito es *“cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores”* o cuando tenga *“interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante”* o si está o estuvo *“en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores”*⁹⁷, entre otras. También contiene tachas respecto de testigos por *“Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado...”*, *“Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto...”* o *“Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate”*, entre otros⁹⁸.

Por su parte, respecto del valor probatorio de la confesión, el Código Procesal Civil Modelo señala en su artículo 143.2 que *“La confesión judicial hace prueba contra la parte que la realiza...”* y la Ley de Enjuiciamiento Civil española señala respecto de lo mismo que *“Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales sí en ellos intervino personalmente y su fijación*

⁹⁷ Artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

⁹⁸ Artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

*como ciertos le es enteramente perjudicial*⁹⁹. A todo lo anterior se debe agregar que la declaración de parte está regulada en todos los ordenamientos estudiados bajo el supuesto implícito de que se trata de una declaración realizada a partir de la solicitud de la parte contraria (posiciones) y no de la declaración de la parte por propia iniciativa en defensa de su caso. Así, además de demostrarlo el tenor de las citas recién hechas, lo demuestran también estas otras: *“Las posiciones para la prueba confesional se formularán verbalmente, sin admisión de pliegos...”*¹⁰⁰ y *“Procedencia de la declaración de las partes. Cada parte podrá solicitar del juez la declaración de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio”*¹⁰¹. No hay normas en estos ordenamientos que le prohíban expresamente a las partes declarar por propia voluntad como un elemento más de prueba, lo que entendemos es su derecho, pero nos parece que en un contexto de sistemas que tienen una prolongada historia de aplicación de prueba tasada, la falta de autorización explícita dificulta enormemente cambiar prácticas muy asentadas en la cultura legal, aunque no haya ninguna razón en los cuerpos legales para negarla.

En el tratamiento normativo del valor probatorio de los documentos también quedan rastros de la prueba legal. Así, en la ley de Enjuiciamiento Civil española señala que *“... los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”*¹⁰², agregando respecto de los documentos privados que *“Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”*¹⁰³.

Nos parece que detrás de reglas como las que hemos revisado no solo hay problemas de consistencia con la lógica de un sistema de libre valoración de la prueba o sana crítica, sino que reflejan que en el diseño de los nuevos sistemas procesales civiles orales no se ha podido abandonar completamente el paradigma del proceso antiguo escrito que es el medio ambiente jurídico en el cual se desarrolló el

⁹⁹ Artículo 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

¹⁰⁰ Artículo 454, Nro. 4, de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

¹⁰¹ Artículo 50 de la Ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

¹⁰² Artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

¹⁰³ Artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

sistema de prueba legal o tasada y en donde este encuentra su natural espacio de desarrollo¹⁰⁴.

Pero además de esta cuestión general, nos parece que reglas como las que hemos revisado podrían tener un problema de constitucionalidad muy serio por cuanto la constitución, en algunos casos explícitamente y en otros implícitamente, reserva a los jueces la función jurisdiccional de conocer y valorar la prueba. Al mantener criterios de prueba tasada, el legislador se inmiscuye en la función jurisdiccional pues valora *ex ante* y en abstracto los medios de prueba, privando a los jueces de una función básica y en nuestra opinión irrenunciable.

Entendemos que el fundamento plausible para mantener estas normas es, además de la tradición, la intención de no cuestionar elementos de información que en general son creíbles y respetados y que permiten al sistema legal funcionar con cierta estabilidad, como por ejemplo la relativa intangibilidad de los instrumentos públicos. No obstante, el sistema de prueba tasada va demasiado lejos en ese propósito porque la información que deriva de medios que son generalmente confiables, será también generalmente confiable de acuerdo con los criterios de la lógica propios del razonamiento judicial, y en aquellos casos excepcionales en los que esa confiabilidad no exista y en las que el debate del caso recae precisamente sobre la confiabilidad de la información, la norma de prueba tasada resulta demasiado rígida y excluye del debate aquello que debiera ser debatido. Así, por ejemplo, no parece razonable entender que es cierto, sin posibilidad de probar lo contrario, que el demandado se obligó a pagar un precio de diez millones solo por el hecho de aparecer esta cantidad de dinero en el contrato firmado por él y por el vendedor ante un ministro de fe, aunque el demandado alegue y pueda probar que hubo un error al escribir la cantidad en números agregándosele un cero de más. El precio que él alega se comprometió a pagar era de un millón, que corresponde al precio de mercado y con el cual había hecho negocios con el mismo comprador en muchas ocasiones anteriores. Si la escritura hace plena prueba respecto del *"hecho, acto o estado de cosas que documenten"* y solo puede impugnarse alegando que el documento mismo presentado no es fiel al original, no habrá cómo superar el problema de este demandado¹⁰⁵. Él no niega que su firma sea la que está en el docu-

¹⁰⁴ Sobre las relaciones entre sistema de prueba legal o tasada y sistema escrito en materia procesal civil véase Mauro Cappelletti, *ob. cit.*, pp. 89 a 96.

¹⁰⁵ La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 española se señala que en caso de impugnación de un documento público este debe ser cotejado por el secretario del

mento, ni que firmara en la fecha que figura en el mismo, pero niega haberse obligado a pagar dicha cantidad. El sistema de prueba legal no le deja escapatoria. Aunque tenga prueba muy potente respecto de ello, no podrá destruir un documento público auténtico porque, básicamente, se presume de derecho que, siendo el documento verdadero, su contenido también lo es.

Creemos que sí existen buenas razones para no flexibilizar por completo el sistema de valoración a favor del puro razonamiento judicial debido a la pérdida de seguridad que ello podría implicar en la ejecución de muchos negocios. Día a día se perfeccionan nuevos contratos con la intención de cumplirlos voluntariamente, pero con los resguardos necesarios para poder hacerlos cumplir forzosamente en caso de incumplimiento. Para ello los contratos se escrituran y se firman ante un ministro de fe, por ejemplo. Es decir, se preconstituye prueba para el evento de tener que ir a un tribunal. Dejar al puro razonamiento judicial el valor que tendrá esta prueba preconstituida no sería una buena señal: La prueba preconstituida debe dar seguridad a las partes contratantes. El punto es que, como decíamos, el sistema de prueba legal va muy lejos en este objetivo al darle a esa prueba preconstituida un valor determinado *a priori* (plena prueba), ya que también se le debe dar la seguridad a las partes de poder defenderse de prueba preconstituida cuyo contenido no es verdadero. Por lo mismo, creemos que el sistema debe lograr esta doble protección recurriendo a un sistema intermedio en el que las reglas tradicionales de prueba tasada se tradujeran en principios de lógica que funcionaran de un modo semejante al de las presunciones legales que admiten prueba en contrario. Así ocurre, por ejemplo, en el sistema federal de Estados Unidos. De acuerdo a sus reglas de evidencia, la credibilidad del documento materialmente entendido y la credibilidad de las afirmaciones contenidas en él se tratan de manera distinta. Respecto de lo primero, hay reglas explícitas que señalan que no se discutirá que un documento es lo que la parte dice que es si este cumple con algunas características. Así, no requiere probarse, por ejemplo, que un documento público es un verdadero documento público si tiene un sello señalando que proviene del Gobierno de Estados Unidos¹⁰⁶. El documento será admitido como evidencia que puede usarse en el juicio como medio de prueba por el solo hecho de tener este sello. Si la contraparte pretende negar que dicho docu-

tribunal en el lugar en el que se encuentre el original. Si del cotejo resulta que el documento es fiel al original, mantendrá su valor de prueba plena sobre el contenido. Véase artículo 320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

¹⁰⁶ Véase la regla 902 del Federal Rules of Evidence.

mento realmente sea lo que la contraparte pretende que es, tendrá la carga de probarlo. Respecto a lo segundo, esto es, a la credibilidad del contenido del documento, no hay regla que haga cambios a la lógica general de libre valoración. Por lo tanto, el contenido del documento es un medio de prueba más que tendrá el mérito que le corresponda de acuerdo a las circunstancias concretas del caso específico en relación a los demás medios de prueba rendidos y a las alegaciones de las partes¹⁰⁷. Como decíamos anteriormente, la regla general en estos casos será que, de acuerdo a las reglas de la lógica, la información que deriva de medios que son generalmente confiables, será también generalmente confiable.

4.8. Los recursos procesales

En todos los modelos procesales reformados revisados se manifiesta la persistencia del recurso de apelación tradicional como mecanismo privilegiado de impugnación de la sentencia emanada del procedimiento oral. Así ocurre en Chile en los nuevos tribunales de familia¹⁰⁸, como también ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil española¹⁰⁹, en el Código General del Proceso de Uruguay¹¹⁰ y en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹¹¹.

Aparentemente, en todos los países en que la reforma se ha dado, se ha planteado el debate acerca del problema que representa mantener una revisión por medio de actas respecto de un procedimiento que pretende ser oral e inmediato, no obstante en todos los casos se ha optado por mantenerlo a pesar de las contradicciones que acarrea.

En la práctica, el sistema de recurso de apelación contribuye, junto con los demás elementos problemáticos ya descritos, a la sobrevida del expediente como elemento central del proceso (en lugar del juicio como elemento central del proceso) y, lo que es más complicado, a transformar a las audiencias orales en verdaderos “comparendos”, expresión que viene del sistema escrito y que pretende denotar, como ya se había adelantado, que la audiencia no tiene

¹⁰⁷ El único requisito que exigen las reglas de evidencia para que el contenido del documento sirva para probar los hechos en él descritos es que, salvo excepciones contenidas en las mismas reglas, el documento sea el original. Véase la regla 1002 y siguientes del Federal Rules of Evidence.

¹⁰⁸ Artículo 67 de la Ley 19.968 que crea los nuevos tribunales de familia y su procedimiento.

¹⁰⁹ Artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

¹¹⁰ Artículo 248 y siguientes de la Ley 15.982 (Código General del Proceso).

¹¹¹ Artículo 218 y siguientes del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

como propósito principal permitir al juez conocer del caso, de la prueba y dictar su fallo, sino que más bien se trata de elaborar un acta, la que será más adelante leída por el juez y por el tribunal superior en el recurso de apelación. De este modo, todos los incentivos para las partes no están puestos en la litigación en la audiencia, sino que en asegurar que las constancias de las actas favorezcan sus posiciones para efectos de las posteriores revisiones que se hagan de ellas.

En el caso de España se ha pretendido innovar la modalidad tradicional de la apelación por medio del reemplazo de las actas escritas por un registro fílmico de la audiencia. Parece una solución interesante. No obstante, hay algunos problemas bastante obvios que son previsibles con esa modalidad y que aparentemente se han dado en la práctica. En primer lugar, una audiencia filmada es bastante larga y aburrida, en algunos casos son muchas horas o incluso días de filmación, a los cuales parece bastante difícil que los jueces puedan prestar atención, sobre todo cuando deben hacerlo de manera sistemática y rutinaria. El interés y la atención de los jueces en las audiencias esta vinculado a su participación en ellas, pero, además, el interés y la curiosidad del juez que participa directamente va a determinar su desarrollo, cosa que no ocurre con el juez que ve el video de una audiencia en cuyo curso no puede intervenir. Parece muy difícil que ese sistema pueda mantenerse en el tiempo y no se recurra a resúmenes, delegaciones u otras fórmulas que supongan desvirtuar la idea original. Pero, además, aunque el sistema del video es claramente superior que el sistema de actas escritas en cuanto a la capacidad de percepción de los jueces, todavía es muy inferior a la participación directa de los jueces en las audiencias en las que además de la posibilidad de ver a las partes y a los medios de prueba directamente (cosa que el video también permite) existe la posibilidad de interacción, del intercambio, en donde las partes litigan para los jueces y estos van, de modos más o menos explícitos, manifestando sus dudas e intereses en cuanto a la información, lo que condiciona a su vez las actitudes de los litigantes, testigos y demás intervinientes.

Dentro de los sistemas procesales estudiados, uno de los más interesantes es el de la reforma al proceso laboral chileno. En este se consagra nominalmente el recurso de apelación contra la sentencia del juicio oral, pero se modifican dramáticamente los asuntos que pueden ser revisados a través de ella, haciendo de esta apelación laboral un recurso que protege los valores del juicio de mucho mejor forma que la apelación tradicional. De esta manera, se dispone que

el recurso de apelación solo podrá tener por objeto revisar la sentencia dictada con infracción de garantías constitucionales o de carácter legal que hayan influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia; revisar la infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba; y revisar la calificación jurídica de los hechos, “sin alterar las conclusiones fácticas del tribunal inferior”¹¹². Como se puede apreciar, se trata de un recurso de apelación en el cual, en principio, solo puede revisarse la correcta aplicación del derecho, pero queda prohibido al tribunal superior modificar las “conclusiones fácticas” del tribunal que percibió directamente la prueba, lo que es mucho más coherente con un sistema de juicio oral.

Sin embargo, este avance del recurso de apelación laboral es todavía incompleto pues para garantizar efectivamente los valores protegidos por el juicio oral es necesario, además de la amplitud de las causales del recurso, regular explícitamente las medidas que puede tomar el tribunal revisor al constatar que efectivamente ha existido una errónea aplicación del derecho en términos genéricos, es decir, incluyendo todo tipo de errores en la aplicación del derecho aplicable, sea este sustantivo o adjetivo. En la apelación laboral se guarda silencio al respecto¹¹³. No se explicita si, comprobada la errónea aplicación del derecho, corresponde realizar un nuevo juicio o dictar sentencia de reemplazo, opción esta última que tradicionalmente ha sido el efecto de la apelación (modificar lo resuelto). Esto es conflictivo pues hay razones de errónea aplicación del derecho que ameritan la realización de un nuevo juicio. Piénsese en una errónea aplicación del derecho adjetivo por parte del juez del juicio que se concretó en no permitir a un litigante presentar a un testigo clave. Ese error en la aplicación de las normas de la recepción de la prueba podría haber tenido como consecuencia una determinación distinta de los hechos por parte del tribunal de juicio. Esto significa, por lo tanto, que la única forma de enmendar el problema es realizando un nuevo juicio donde se permita declarar a ese testigo, determinando nuevamente los hechos.

¹¹² Artículo 477 de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.

¹¹³ Solo se hace mención a las posibilidades del tribunal revisor al tratar la revisión de oficio donde se señala que el tribunal podrá dictar sentencia de reemplazo o señalar el estado en que deberá quedar el proceso. Véase artículo 483 de la Ley 20.087 que crea el nuevo procedimiento laboral.