

CONVIVENCIA ENTRE LA EFICIENCIA, LAS ALTERNATIVAS Y LAS GARANTÍAS EN LA REFORMA PROCESAL HACIA LA ORALIDAD

Coexistence Between the Efficiency, the Alternatives, and the Guarantees within the Procedural Remodeling Towards the Orality

Diego Palomo Vélez*
dpalomo@utalca.cl

Resumen

En este documento, se desarrolla la cuestión de los juicios orales en el proyecto de nueva ley procesal civil chilena, bajo un enfoque que pide equilibrar la eficiencia y las garantías. Se realiza una especial referencia a algunos aspectos vinculados, como la ejecución provisional de las sentencias y el recurso de apelación. Se concluye con algunas referencias al rol que deben cumplir los RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) o ADR (Alternatives Dispute Resolutions).

Palabras Clave

Juicios civiles orales, Participación judicial, Derecho de contar con una sentencia revisada por una Corte Suprema, Resolución de disputa alternativa, eficiencia.

Abstract

In this document, it is developed the matter of oral trials within a new Chilean Civil Procedural Law. The approach requests to adjust the efficiency and guarantees. It is specially referred to some linked aspects like the provisional execution of sentences and the appeal. It is concluded with some references according to the role that the ADR should obey.

Keywords

Oral Civil Trial - Judicial Involvement - Right to Have a Sentence Reviewed by a Higher Court - Alternative Dispute Resolution - Efficiency.

*Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Talca, Chile, abogado.

La reforma procesal y el proceso de cambio de la justicia chilena a partir de la apuesta por la oralidad

En los últimos años, el sistema procesal chileno ha experimentado una serie de reformas, las cuales han conseguido cambiarle el rostro a una justicia que, con el paso de los años y la perpetuación de un modelo agotado, estaba perdiendo las cuotas de confianza de los ciudadanos. La desconfianza de estos con respecto al actuar de los tribunales de justicia, -cuestión fundamental para la estabilidad de todo estado de derecho- impuso con urgencia la necesidad de introducir cambios.

Las modificaciones fueron iniciadas a inicios del siglo XXI en el sistema jurisdiccional penal, donde Chile se anotaba un sistema ampliamente resistido y criticado por su naturaleza eminentemente inquisitiva, su deficitaria compatibilidad con las exigencias del derecho fundamental a un debido proceso y su escasa eficiencia. Haber cambiado el modelo por uno adversarial, haber asumido un sistema cuidadoso de la imparcialidad judicial y la persecución penal eficiente a través del Ministerio Público y haber incorporado diversos instrumentos de selectividad penal y mecanismos alternativos de resolución de conflictos, significó no solo lograr una mejora sustantiva en los estándares de los derechos y las garantías de las personas, sino que permitió situarse en el selecto grupo de sistemas que sirve de referencia a otros procesos de reforma en la región. Se trató de un exitoso proceso de cambio total del modelo hasta ese momento vigente, donde se buscó una justicia imparcial, oportuna y transparente, sobre la plataforma del reemplazo del predominio absoluto de la escrituración por la instalación del mecanismo del juicio oral.

El proceso de cambios no se ha detenido en la reforma procesal penal. En efecto, tras la citada reforma, se han puesto en marcha los cambios en otros órdenes jurisdiccionales, como la justicia de familia y la justicia laboral, los cuales, desde el punto de vista de los objetivos, han mostrado un compromiso con la eficiencia de la justicia. En ambas reformas, la decisión procesal central estuvo dada por la asunción de un proceso por audiencias, al cual se le reconoció una serie de ventajas por sobre el modelo escriturado, en especial, desde la perspectiva del acceso de los ciudadanos a la justicia y la obtención de mayores grados de eficiencia. Lamentablemente, hubo decisiones claramente equivocadas, como pretender que la obligatoriedad de la comparecencia en juicio mediante abogados era innecesaria, comprometer la imparcialidad del juez dotándolo de unos poderes que lo transforman en parte y errores de cálculo a la hora de acompañar la reforma procesal de los recursos humanos y materiales suficientes para llevar adelante un cambio de esta naturaleza y envergadura. Estos aspectos terminaron afectando, en buena medida, el resultado obtenido. Si bien se han realizado ajustes y correcciones a los sistemas reformados, tanto en su dimensión procedimental como orgánica, sobreviven algunos problemas de los que está pendiente hacerse cargo.

Como sea, independiente de los resultados de cada una de las reformas implementadas, todas han asumido como idea central la conveniencia y la necesidad de adoptar la oralidad como forma protagonista en el nuevo sistema. Este se instaló entre nosotros como la mejor fórmula para enfrentar los males que aquejaban a la justicia, principalmente su ineficiencia. Es en este contexto y con estos precedentes que se asume el desafío de trabajar en una reforma a la justicia civil, la cual muestra hasta hoy un escenario afectado por una grave obsolescencia (con un Código vigente desde 1903), situación especialmente preocupante si se considera que nos referimos al sistema procesal general y supletorio de todos los demás.

Tras no pocos años de discusión, debate y un proyecto frustrado, en marzo del presente año, bajo el Gobierno del presidente Piñera, se ingresa a tramitación ante el Congreso Nacional un Proyecto de nuevo Código Procesal Civil (CPC) (Mensaje N° 432-359, 12 de marzo de 2012). En efecto, el trabajo se remonta al año 2005, en el cual comienza

a trabajar el Foro Procesal Civil sentando las bases generales y principios del nuevo sistema. Realizado ese trabajo, el Ministerio de Justicia de la época encarga a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile la redacción de un anteproyecto de Código Procesal Civil, el cual se basa en el trabajo efectuado. Cabe señalar, que, desde un comienzo, existió el consenso respecto a que no bastaba con concordar parches para la normativa vigente, de modo que resulta perentorio realizar una reforma sistemática e integral, donde se adopten los principios y modelos que la doctrina había venido postulando desde hace más de un siglo. Pues bien, el anteproyecto sirvió para que el foro trabajara pormenorizadamente, en un texto que se transformaría en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, dirigido al Congreso en el mes de mayo del año 2009, bajo el Gobierno de la expresidenta Bachelet.

Piñera, al asumir la presidencia en el año 2010, decide tomar la reforma como uno de los objetivos de su Gobierno, para lo cual instruye avocarse prioritariamente a la revisión del proyecto ingresado, adecuándolo a los principios que inspiran su Gobierno. Asimismo, el ministro de justicia trabajó durante casi un año y medio en reuniones semanales con una Comisión Intraministerial (integrada por tres reconocidos profesores de derecho procesal). En esas actividades se revisó, perfeccionó y brindó coherencia al proyecto de 2009. Este trabajo luego fue revisado y complementado, en sucesivas entregas, por un Consejo Asesor de la reforma, integrado por destacados académicos de las principales universidades del país y representantes del foro, de este modo, se perfeccionó y quedó en condiciones de ser ingresado para su tramitación en el Congreso Nacional.

Trátase, de un proyecto de nuevo Código Procesal Civil que toma partido mediante la fórmula de la oralidad. Desde el modelo de proceso por audiencias, la oralidad y sus reglas conexas (inmediación, concentración y publicidad) aparecen contempladas con un rol preponderante a la hora de lograr no solo una nueva jus-

ticia, sino, sobre todo, una mejor justicia. Se persigue dar vuelta a la página respecto de una de las características que más ha marcado el deficiente desempeño del actual sistema de justicia civil, la escrituración. Para el correcto planteamiento de esta cuestión, es preciso tener claro que la preferencia por la escrituración no ha consistido solo en la por la forma en que se van a comunicar los intervinientes en el marco del proceso. El modelo escriturado ha implicado una serie de consecuencias ligadas, las cuales han afectado seriamente el adecuado funcionamiento del sistema en general, entre ellas: complicación procedimental, formalismo, lentitud estructural, ausencia de intermediación, dispersión procesal, proliferación de incidentes, problemas de acceso a la justicia, etc.

Este es el escenario procesal que se pone a disposición de los ciudadanos en el orden jurisdiccional civil, a pesar de que no está privilegiando la eficiencia del sistema. Como lo hemos dicho en otros sitios, la estructura escrita del proceso se ha convertido en la verdadera piedra de tope a las posibilidades de mejora de la justicia, de modo que hace fracasar todo intento de cambio parcial. Urgía ocuparse de la eficiencia, hace rato extraviada en esta sede, al hilo de lo planteado desde la doctrina procesal moderna y teniendo como referencia aquello que otros países ya han realizado con bastante éxito (por ejemplo, Uruguay, España y Alemania).

Tradicionalmente, la búsqueda de la eficiencia en la justicia ha sido ligada con la mejora en los tiempos de duración de los procesos, los cuales, con el sistema vigente, no cumplen con un estándar razonable. Esto se refleja claramente en la lenta respuesta que los tribunales brindan a los justiciables en el orden jurisdiccional civil, pues incluso pasa varios años para una resolución eficaz. El eslogan principal de esta reforma (al igual que ocurrió con las reformas a la justicia de familia y laboral) ha estado centrado muy fundamentalmente en buscar una mayor eficiencia desde la perspectiva del factor tiempo, secuestrado por un modelo escriturado, el cual desecha la concentración y renun-

cia en buena medida a la posibilidad de acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz.

Con todo, es nuestro parecer que la búsqueda de una mayor eficiencia en la justicia civil no debe agotarse en mejorar los índices o las estadísticas del factor tiempo, pues muchas veces la prisa puede esconder un deficitario desempeño en cuanto a un aspecto importante: la calidad del servicio justicia y del producto de la jurisdicción. En otras palabras, ante todo, la apuesta por la oralidad, la concentración procesal y la intermediación judicial deben estar dirigidas a la configuración de un modelo más razonable y serio. En efecto, un modelo de proceso por audiencias, fundamentado en las características anteriores, apuesta especialmente por la recuperación de la seriedad objetiva en el ejercicio de la función jurisdiccional, y se manifiesta, entre otras marcas distintivas, en el temprano y directo contacto del juez con la controversia, las partes y sus abogados. Este contacto es reforzado por el mismo modelo en búsqueda de una más razonable configuración del trabajo a realizar, de manera que se revaloriza la actividad central de todo proceso: la prueba.

Entre los objetivos del proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil, se contemplan ambas dimensiones para lograr de la actual situación, la cual se reconoce insatisfactoria. Por una parte, se asume que los datos estadísticos muestran altos niveles de retraso, un altísimo número de ingresos de causas que aumentan exponencialmente año tras año y que están recargando al sistema. Y por la otra, se declara que el vigente diseño fuerza a los órganos jurisdiccionales a una constante delegación de funciones propias del juzgador en funcionarios o auxiliares de la administración de justicia, quienes no han sido llamados por la ley para cumplir tales funciones y han debido asumirla, ya sea por la fuerza de la realidad y la necesidad de respuesta de la justicia (Mensaje N° 432-359, 12 de marzo de 2012).

Aunado a lo anterior, el proyecto que comentamos se traduce como una propuesta moderna que se alinea con las tendencias de reforma introducidas en el derecho comparado. Asimismo, ofrece un modelo de ejecución, cuyo más importante mérito apuesta por descargar de trabajo meramente administrativo a los jueces, pues se contempla su dedicación exclusiva a las labores jurisdiccionales. Además, este proyecto se basa en un modelo de juicios de declaración que se levanta sobre principios tales como la dirección e impulso procesal del tribunal, la igualdad de oportunidades, la buena fe procesal, la oralidad, la intermediación judicial, la continuidad y concentración y la publicidad. Tras una fase de alegaciones escrita (la demanda, la contestación y la eventual reconvenición siguen siendo actos escritos), se sigue con dos audiencias fundamentales: la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, con los contenidos propios que se les reconoce en este modelo. Finalmente, corresponderá la dictación de la sentencia definitiva.

Las anteriores han sido, en esencia, las decisiones medulares recogidas en el modelo del proyecto. Con todo, aquellas que refieren al modelo de juez se encuentran muy vinculadas a la fórmula de la ejecución provisional de sentencias no firmes y a la sobrevivencia del recurso de apelación en el contexto de este sistema levantado sobre la fórmula de la oralidad, la intermediación judicial y la concentración. Creemos que merece la pena plantear algunas reflexiones críticas sobre estos puntos, para que, si así se estima, se tengan a la vista en otros procesos de reforma pendientes.

La cuestión de las potestades judiciales oficiosas: riesgos y desafíos

Lo dicho hasta acá sobre el nuevo modelo propuesto y los beneficios de la apuesta por la oralidad reflejan una constatación y una convicción en cuanto a estructurar de mejor forma el trabajo, lo cual permite un temprano contacto del juez con la controversia, las partes y sus abo-

gados. Mediante este método se aprovecha (en el buen sentido) de la función moralizadora de la oralidad y se marcan diferencias con respecto al modelo escrito, donde el papel aguanta todo. Además, se recupera la actividad probatoria, en especial, la prueba de relatos, inmersa en una situación de desprestigio y descrédito por la extendida y asumida delegación de funciones a las que nos referimos.

Dicho lo anterior, desde hace un tiempo venimos advirtiendo sobre los riesgos de asumir, sin ninguna clase de filtros ni matices, una tendencia doctrinal que traducida en una propaganda de la oralidad como la panacea a todos los males de la justicia civil. Para resolver la idea anterior, sería necesario llevar todas sus marcas hasta las últimas consecuencias, aunque sin esto no podría siquiera hablarse de una verdadera reforma hacia la oralidad. Trátase, según nuestro modo de ver, de una fórmula desbordada, que, a estas alturas de la evolución y del desarrollo del derecho procesal, debiera resguardarnos de caer en modas, las cuales probablemente pecan de maniqueísmo y sacrifican de otras alternativas posibles y mucho más razonables; por ejemplo, aquellas que recogen útil e inteligentemente la experiencia acumulada en muchos años y que, sobre todo, se hacen cargo de plantear propuestas de frente a la realidad y no a sus espaldas.

Pues bien, uno de los objetivos del proceso de reforma a la justicia civil y a la fórmula de la oralidad se relaciona con el rescate de la figura del juez y de la imagen de la justicia, que, bajo los aspectos formales del modelo escriturado, se aprecian distantes y con escaso interés de parte de los ciudadanos que acuden a la tutela jurisdiccional. Al hilo de este planteamiento, un influyente sector de la dogmática ha sostenido que la apuesta por la oralidad impone la recepción y la regulación de un juez con reforzadísimos poderes, como elemento central de la fórmula, a través de la cual se busca poner fin a los problemas de la justicia civil. En otras palabras, sobre la base de este reforzamiento de las potestades del juez, se

allanaría el camino hacia un modelo de enjuiciamiento eficiente, especialmente, desde la perspectiva del factor tiempo de la respuesta jurisdiccional.

Entonces, se plantea que solo apostando por el reforzamiento de las potestades de los jueces lograremos una cercanía a una real modernidad procesal. Si, para lograrlo, la regulación de las garantías y el debido proceso deben operar a la baja, se asume que es como el precio necesario para lograr un verdadero cambio a un modelo moderno y justo. Aunado a lo anterior, se instala la muy peligrosa idea de que las garantías, las partes y sus abogados constituyen un obstáculo para los fines de la jurisdicción, del proceso y de la prueba; en este sentido, se llega a tolerar la noción de que el derecho debe resultar (nos) inadmisibles, es decir, que el fin perseguido justifica los medios.

El legislador no puede hacer tabla rasa o regular a la baja las garantías procesales, ni siquiera con el pretexto de conseguir determinados objetivos que puedan considerarse valiosos. Parece olvidarse que el proceso, como construcción artificial del legislador que es (siguiendo la idea difundida por Carreras), debe respetar determinados postulados elementales de justicia (la imparcialidad, la igualdad de armas y los principios de audiencia, de contradicción, de moralidad del debate), sin ellos, la labor realizada por el legislador podrá terminar siendo cualquier cosa, pero no logrará configurar un verdadero proceso. Sin ellos, además, el instrumento creado dejaría de ser una vía adecuada para la tutela de los derechos de las personas. Parece olvidarse también que, como creación humana, el procedimiento no puede asegurar que se consiga siempre el resultado ideal. Aunque parezca obvio de señalar, no se ha inventado aún la fórmula perfecta según la cual se ingrese la demanda y se produzca luego, en todos los casos, la respuesta perfecta y en tiempo breve.

Al tener consciencia y claridad sobre la existencia de estos límites, no se entiende bien que se hable -con marcado

maniqueísmo y sin ninguna clase de matices- del modelo de justicia procedimental (una decisión jurisdiccional será justa por provenir de un proceso justo, respetuoso de una serie de principios elementales) como ineficiente y, del modelo de justicia de la decisión (una decisión será justa cuando se base en el establecimiento de la verdad de los hechos, que es lo que permitiría la aplicación del derecho objetivo), como lo único eficiente, como si se trataran de sistemas totalmente inconciliables, ¡y evidentemente no lo son! (así lo demuestra la experiencia).

Para algunos, el primer modelo, encarnado en un sistema adversarial de enjuiciamiento, está destinado a fracasar en la tarea de constituir la meta de todo proceso, esto es, el establecimiento de la verdad de los hechos, la aplicación del derecho objetivo y el pronunciamiento de una decisión justa. Se olvida que, en derecho, un buen fin no basta para justificar los medios empleados para conseguirlo. Se olvida también que la idea de reforzar los poderes de los jueces, como fórmula infalible para mejorar la deficitaria situación de la justicia civil, no es una propuesta que pueda ser calificada como novedosa. Al contrario, ya desde Franz Klein y su (famosa) *Ordenanza procesal civil austríaca* de 1895 se viene predicando insistentemente en esa dirección, de forma que se ha dogmatizado, pero sin mucho resultado efectivo en el mejoramiento real del estado de la justicia.

El tema hunde raíces incluso desde la perspectiva del papel asignado al Estado, y donde el discurso apunta a la necesidad de un cambio de paradigma con respecto a la concepción del rol y de los poderes del juez. Se abandona el papel meramente pasivo y se confiere un rol protagónico, con el fin de que pueda conducir el proceso a la justa decisión del conflicto. Un discurso que centra la atención en la actividad del magistrado con una connotación marcadamente publicista.

Las razones que se esgrimen a favor de este reforzamiento se enlazan con dos objetivos: por un lado, establecer la verdad

de los hechos sometidos a juzgamiento, esto se estima indispensable en una sentencia que resuelva el conflicto de forma justa; por otro, la necesidad de asistencia a la parte más débil, idea respecto de la cual se plantea una especial preocupación en sociedades en donde existen sectores vulnerables. La búsqueda de ambos obligaría a reforzar la intervención del juez, de este modo se adoptan de oficio las medidas de dirección necesarias para el válido, eficaz y pronto desarrollo del proceso y se decretan diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, incluida la posibilidad de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, según los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal.

Lo cierto que no resulta muy difícil imaginar que, si se quiere analizar el fenómeno con seriedad y sin caer en eslóganes, la crítica aterrice en una doble dirección. En primer lugar, en lo referente a la verdad como objetivo del proceso, parece a estas alturas extraño que se haga referencia a ella con tanta liviandad, minimizando o ignorando las dificultades que ella puede encontrar (y encuentra) en el ámbito del proceso jurisdiccional en general y del proceso civil en particular. Para conseguir la verdad, el juez no debiera tener ningún límite en esta tarea de cognición. Pues bien, si miramos a otros órdenes jurisdiccionales, como ocurre en el proceso penal, en donde lo resuelto interesa a la comunidad en general (a diferencia de lo que acontece en sede procesal civil), encontramos una serie de ejemplos que demuestran la existencia de límites a la verdad, por ejemplo, la regulación en el Código Procesal Penal de los acuerdos reparatorios, caso típico de justicia penal negociada; o la prohibición de la prueba ilícita, donde debe quedar claro que, para el legislador, el fin no justifica los medios (ni siquiera en un proceso penal). En el orden civil, estos límites son aún más marcados si se consideran los principios sobre los cuales se levanta el proceso civil, según los cuales, los hechos que hayan sido afirmados por ambas partes deben ser tenidos como ciertos por el juez, a la

vez, los no afirmados por una de ellas no pueden existir para el juez. En consecuencia, se debe buscar determinar la verdad, pero, en mayor medida de lo posible, en el contexto de una serie de límites dentro de los cuales se desenvuelve todo proceso, en especial el proceso civil.

En segundo lugar, se omite que encargarle al juez la asistencia de la parte más débil constituye sacrificar su imparcialidad, así, se le autoriza para que se comporte como una parte más, con todos los riesgos que eso implica. De esta forma, se desecha que esa preocupación por la parte más vulnerable, débil o necesitada puede materializarse por otras vías en donde le debe corresponder especial protagonismo y responsabilidad no ya al Poder Judicial, sino a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, sin arriesgar principio tan caro de todo proceso. Desde luego, al pensamiento de que no se puede querer solucionar el problema de la desigualdad social con leyes procesales, somos del parecer que el camino para corregir este problema (derivado de las diferentes posiciones en la sociedad) no consiste en asignar al juez mayores poderes que compensen esta desigualdad, sino que es necesario que el Estado se tome en serio el derecho de las personas a una defensa jurídica gratuita y que se inviertan en los recursos necesarios para poder contar con instituciones a la altura de los requerimientos de calidad de servicio y en condiciones de enfrentarse a los abogados de aquellas partes que no tienen necesidades económicas.

Esta propuesta en Chile no puede tomarnos desprevenidos. Ya acumulamos experiencia real a propósito de esta tendencia a reforzar los poderes de los jueces. En efecto, con el fin de recuperar la eficiencia en la justicia de familia y del trabajo, se ha dotado a los jueces de amplísimas potestades *ex officio*, prácticamente sin límites. De este modo, se instala la idea subyacente de que las garantías, las partes y, sobre todo los abogados, constituyen un obstáculo para la búsqueda de la verdad, el logro de la justicia y la obtención de una respuesta rápida. Los jueces recibieron el encargo de resolver la crisis

• y para ello fueron provistos de todas las
• herramientas que se estimaron necesarias.
•
•

• ¿Se trató de una buena noticia? La
• verdad es que no, salvo que la valoración
• pase solo por las estadísticas oficiales, o
• sea, por un punto de vista unidireccional
• sobre lo que debe entenderse por efie-
• ciencia, donde se desatiende la calidad
• y fiabilidad del producto generado por
• la jurisdicción. Hemos advertido, desde
• hace bastante tiempo, sobre los riesgos
• de este modelo de juez, sin definir sus lími-
• tes, lo cual nos deja expuestos al mejor o
• peor criterio de cada juzgador, a las dosis
• de autocontención y a la prudencia que
• quiera entregar. La eventual afectación
• de la imparcialidad judicial, los principios
• de igualdad y contradicción, el derecho
• de defensa y el campo abierto a la arbi-
• trariedad han cobrado realidad en dichos
• procedimientos, cuando el juez se termina
• apropiando del proceso, sin contrapesos,
• poniendo en juego la seriedad objetiva
• que exige el ejercicio de la función juris-
• diccional.

• La apuesta por la oralidad no implica,
• como pareciera haberse entendido, per-
• mitir a los jueces asumir el rol de las partes,
• con poderes superiores a estas. Al obser-
• var la realidad de los procesos reformados
• en nuestro país, el desafío actual reside
• en determinar, con la mayor precisión,
• los límites a las potestades *ex officio*. Pa-
• radójicamente, los resultados muestran la
• necesidad de recuperar la prudencia en
• esta materia. Los jueces no pueden seguir
• asumiendo un protagonismo desbordado,
• prácticamente sustitutivo del de las partes.
• La actividad de las partes, protagónica en
• coherencia con los principios que gobier-
• nan el proceso civil, debe estar garantiza-
• da, bajo el respeto a la contradicción, sin
• sacrificio de la calidad y fiabilidad de los
• datos que se ingresan al juicio y que sirve
• de base a la sentencia. El rescate del juez,
• de su labor y de la imagen de la justicia a
• través de la fórmula de la oralidad no au-
• toriza vaciar de contenido los postulados
• elementales de un proceso. En definitiva,
• la oralidad no solo no debe implicar un se-
• rrio retroceso para las garantías procesales
• de las partes, sino que debe constituirse

y, sobre todo, entenderse como el escenario idóneo para potenciarlas y hacerlas efectivas en torno a la idea del debido proceso.

La reforma procesal civil debe convertirse en una oportunidad para hacer las necesarias correcciones, de modo que se dejaría definitivamente atrás el discurso de que la labor de los jueces no puede ser detenida por sutilezas procesales garantistas, que posterguen el derecho a la tutela judicial efectiva, el discurso de que lo *único importante es la meta* o el discurso que ofrece una comprensión unidireccional de la eficiencia (solo atiende a estadísticas de tiempo). Los jueces no pueden seguir operando bajo potestades sin límites ni contrapesos, ni siquiera en la práctica del derecho, en donde el poder del juez no puede llegar a ser absoluto, sin sacrificio y compromiso del derecho de defensa.

En el afán de huir y poner fin a la crisis de eficiencia de la justicia civil, puede caerse en la crisis de la seriedad de la función jurisdiccional y de la calidad del servicio justicia, lo anterior es posible mediante jueces que ejercen sin prudencia el rol de litigantes, pero que, con mayores poderes que estos, se apropian del proceso, o con jueces que, para satisfacer las metas de gestión y las estadísticas, se permiten opinar sin límites, de forma que fuercen los acuerdos entre las partes.

Pasada moda irreflexiva en que se convirtió la oralidad entre nosotros (plantada como panacea para todos los males de la justicia), llega la hora de entender que ella no arroja por sí misma resultados infalibles. Deberá entenderse que la recuperación de la figura del juez y la intermediación judicial efectiva no deben llevar a un juez activista sin contrapesos ni límites. Eso deberá partir de un reacomodo basado en la constatación de que los jueces se pueden equivocar y ser arbitrarios, que la búsqueda de la verdad y la celeridad en la justicia tienen límites, que la oralidad no debe implicar un retroceso para las garantías de las partes. La justicia que permite el contexto del proceso debe buscarse

no a pesar del obstáculo de las partes y sus abogados, sino a partir de su actividad protagónica, debidamente regulada y garantizada. La reforma procesal civil significa una oportunidad para la confianza ilimitada en la actuación, criterio y libertad de los jueces por una actuación sujeta a límites, que permitan acceder, sin más maniqueísmos, a una mejor justicia.

La fórmula de la ejecución provisional de las sentencias condenatorias

En torno a la ejecución provisional de las sentencias condenatorias en la propuesta de nuevo Código Procesal Civil, se divide su análisis en tres partes, para asegurar el planteamiento de los aspectos fundamentales que, desde mi perspectiva, no pueden dejar de ser considerados al momento de revisar y decidir la incorporación de una reforma general del modelo procesal. Es preciso recordar que se pretenden dejar atrás los problemas asociados a una escrituración excesiva, dando lugar a un modelo que, sostenido en la oralidad, brinde posibilidades efectivas a la intermediación judicial, a la concentración de las principales actuaciones del proceso y, especialmente, al derecho de contar con una sentencia ejecutable en un plazo razonable.

Ahora bien, la primera parte está destinada al análisis sobre la nueva lógica jurisdiccional y formal que está detrás de esta nueva fórmula procesal. La segunda parte, estará destinada a dar cuenta de los aspectos principales de la regulación propuesta, que replica lo recogido en otros modelos procesales recientemente reformados, como el sistema español de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Y una tercera parte estará destinada a plantear algunas observaciones críticas, y, sobre todo, pragmáticas que deben ser considerados por todo legislador responsable.

Siguiendo el orden comprometido, lo primero a destacar radica en que el proyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno recoge un modelo procesal oral que, bien implementado y bien regulado en

cuanto a responsabilidades y garantías, contempla el reforzamiento de la seriedad objetiva del enjuiciamiento como una de sus fortalezas centrales. En efecto, sobre la base de la introducción de la oralidad, la intermediación judicial efectiva, la concentración procesal y la nueva estructura formal se aspira al mejor funcionamiento posible de los tribunales.

Como ya se ha adelantado, con esta reforma se apuesta por hacer más eficiente la justicia civil. Eso implica, que, en primer lugar, la respuesta jurisdiccional llegue más rápido al justiciable (sin tener que esperar todos los años que hoy debe esperar); en segundo lugar, pero tan importante como la primera manifestación de la eficiencia, se busca que esa respuesta que entregan los tribunales tenga más calidad y fiabilidad gracias a las mayores responsabilidades asignadas y a los resguardos adoptados en el proceso de su conformación.

En este sentido, detrás de la propuesta se busca sacar el máximo provecho, con un juez partícipe ya desde una fase temprana del trayecto procesal y con intervinientes que, desde la contradicción, deben contribuir en lograr que la información incorporada al juicio sea lo más fiable posible para lograr una sentencia de mayor calidad. La finalidad de lo anterior se basa en reforzar la importancia del enjuiciamiento realizado en el primer grado y, como consecuencia, potenciar la posición de la parte gananciosa en dicha instancia.

En este contexto y con esta lógica, el proyecto, opta por conceder a la parte gananciosa el derecho a pedir y obtener de manera inmediata la ejecución provisional de la sentencia condenatoria dictada. Se busca, como se ha puesto de relieve en otros lugares, acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz. Y se busca también, de paso, evitar algunas malas prácticas y reducir el número de recursos interpuestos con ánimo exclusivamente dilatorio y abuso procesal. Se trata de dar un paso hacia unas sentencias de efectivas, confiando

• y apostando por el trabajo de esos tribunales que, con estas nuevas condiciones y estructuras formales, y con los debidos resguardos procedimentales y orgánicos, debieran entregar un producto de mayor calidad.

• ¿Se ignoran los riesgos? No queda muy claro, pero, aun conociéndolos, se asume que los beneficios de consagrar la ejecución provisional son mayores que sus posibles inconvenientes. El problema, en todo caso, no pasa por recoger o no el instituto, sino que, al igual que lo acontecido con las potestades oficiosas de los jueces, lo más importante reside en el cómo se termina recepcionando por el legislador, y en esa línea existen básicamente dos caminos que se pueden tomar. Uno, imprudente, que puede generar no pocos problemas en la puesta en práctica del modelo de ejecución provisional; y otro, responsable, que, partiendo por considerar la experiencia comparada de sistemas que ya han incorporado la institución y cuyos operadores jurisdiccionales llevan algún tiempo aplicándola, y esquivando - otra vez - los maniqueísmos tan propios de quienes se definen como progresistas en un Derecho procesal moderno, la asume e incorpora sobre la base de unos razonables resguardos que la institución ha mostrado necesitar.

• Ahora, paso a referirme a los aspectos fundamentales de la regulación propuesta para la ejecución provisional en el proyecto -se adelanta desde ya que la clave debe estar en que el legislador opere prudente y responsablemente-, con el fin de lograr un punto de equilibrio entre la búsqueda del fortalecimiento de lo fallado en la primera instancia y la situación de eventual indefensión en que puede dejar al ejecutado provisional. El legislador debe huir de pasar de un extremo a otro, sin tener presente fórmulas que no dejan indefensa la posición del ejecutado provisional.

• ¿Qué nos ofrece la regulación propuesta en Chile? El primer aspecto se arraiga en el hecho que la ejecución provisional se establece sin necesidad de

constituir fianza o caución inicial, sin necesidad de adelantar cantidad alguna, con todo el riesgo que eso pueda suponer.

De la mano con lo anterior, el segundo punto central en la propuesta planteada entre nosotros reside en el que no se reconocen a los jueces potestades que le permitan ponderar las circunstancias del caso, como sí acontece en otras regulaciones del derecho comparado, donde el juez está autorizado para tenerlas en cuenta y, de ese modo, evitar la materialización de eventuales perjuicios que resulten ser irreparables para el ejecutado provisional. En otras palabras, la regulación propuesta recoge el modelo de ejecución *ope legis* (y descarta el modelo *ope iudicis*), por lo que, una vez solicitada la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, el juez estará obligado a concederla, a menos, claro está, que se trate de alguna de las sentencias que se apuntan como no ejecutables provisionalmente. Entre ellas: las sentencias constitutivas y declarativas; las sentencias que condenen a suscribir un acto o un contrato; los laudos arbitrales y los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias a favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente.

El tercer aspecto central estriba en el planteamiento de una ejecución provisional con una posibilidad de oposición bastante limitada. Primero, la ejecución provisional de la sentencia se debe despachar sin oír previamente al ejecutado. De hecho, el ejecutado provisional tiene la carga de oponerse a la ejecución provisional solicitada, una vez decretada por el juez. Y en vínculo con las razones en que puede apoyarse la oposición, cabe señalar que se restringen en el afán de allanar el camino a este instituto, tanto que, tratándose de sentencias condenatorias a pagar sumas de dinero (como se sabe, son las más comunes en la práctica forense, mucho más que las condenas no dinerarias), la oposición que pretenda formularse solamente podrá establecer concretas actuaciones ejecutivas del procedimiento

de apremio. Además, al oponerse en este caso, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y que no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la medida a la cual se opone.

Finalmente, la propuesta se encarga de definir lo sucedido en caso de que la sentencia ejecutada provisionalmente sea revocada o anulada, lo cual constituye el principal riesgo de un instituto como este. En principio, es preciso retrotraer el proceso al estado anterior a la ejecución provisional. Se dispone que, en tal caso, quien haya solicitado la ejecución provisional deberá devolver lo percibido y estará obligado a compensar los perjuicios causados de acuerdo a unas reglas establecidas.

Ahora bien, con respecto a la tercera parte de las consideraciones anunciadas en el inicio, las cuales pueden interesar más allá de la situación particular de la propuesta chilena y de lo perfectamente legítimo que resulta asumir una política legislativa, cabe plantear algunas observaciones o dudas sobre el contexto real sobre el cual operará la instancia en comento.

La primera duda parte de una constatación, la cual constituye una fuerte carga de trabajo que, incluso en la actualidad, tienen los jueces del orden jurisdiccional civil y que los obliga a delegar buena parte de las tareas que el legislador les impone. Siendo esto así, un punto que no puede ignorarse, se relaciona con la necesidad de ampliar el número de jueces para la adecuada puesta en marcha del nuevo modelo, toda vez que esta nueva normativa les imponga muchas más tareas e importantes roles que, contrario a lo que sucede hoy, no podrán delegarse ni esquivarse. Si esto no se entiende y no se acompaña la reforma procedimental de una reforma orgánica seria que parta por el correspondiente aumento del número de jueces, o quedará irrealizada la aspiración de una respuesta más rápida para los justiciables, o bien -otra vez- existirá una tremenda distancia entre lo prescrito por

la ley como contenido para las audiencias y la deficitaria realidad práctica de estas, con sacrificio a la calidad del producto de la jurisdicción. Esto pondría en entredicho las posibilidades de un instituto como la ejecución provisional de las sentencias.

La segunda duda se entronca directamente con el modelo procesal oral recogido en el proyecto y con las marcas que debieran o no desprenderse de esta apuesta procesal. Me refiero a que, en el momento de evaluar el comienzo de la Ejecución Provisional (EP) de las sentencias, se debe evitar que la fórmula de la oralidad se traduzca en la asunción de un sistema en el cual el juez termine apropiándose del proceso, como acontece en algunos procedimientos reformados. Ya lo explicamos a propósito del punto anterior: ese es un escenario que no solo muestra conductas reñidas con la debida imparcialidad, con el derecho de defensa y el principio de contradicción, sino que compromete la fiabilidad de los datos que se incorporan al proceso, en un contexto que privilegia desequilibradamente la celeridad de la respuesta por sobre su calidad.

Dicho claramente, una cosa es pensar la introducción de la EP en el contexto de un modelo respetuoso de la imparcialidad judicial, del derecho de defensa y de la información depurada por la actuación de las partes; y otra bien distinta es pensarla en un contexto donde el reforzado actuar de los jueces no posee límites claros y efectivos, de manera que queda abierta la puerta la arbitrariedad judicial.

Por último, para evitar pasar de un extremo a otro, podría ser conveniente considerar en la regulación algunos criterios que permitieran a los jueces moderar las consecuencias de este instituto, para evitar perjuicios irreparables al ejecutado provisional. Esta es una necesidad evidente en aquellos países que han asumido el instituto, por lo cual sería un grave error desatender dicha experiencia comparada. Por ejemplo, el legislador podría considerar criterios como la elevada cuantía de la condena que recoge la sentencia,

o bien, la mayor complejidad del asunto, para que el juez del caso resolviera la solicitud.

No hacerlo de este modo puede aparecer como consecuencia que, no en pocos casos, se transformen en definitiva una ejecución que se ha previsto y regulado como provisional, de esta forma, cobrarían protagonismo todos los temores o preocupaciones que genera el instituto.

La pervivencia o no del recurso de apelación en un modelo procesal oral

Para cerrar estas reflexiones, nos ocuparemos de la definición del sistema recursivo adecuado en el marco de un nuevo modelo procesal como el que se está buscando instalar en Chile. Con respecto a este asunto, la dogmática chilena ha venido postulando desde hace algunos años, casi majaderamente, que el único sistema coherente y compatible con la implantación de un modelo procesal oral en la justicia (civil) es aquel que prescinde del recurso de apelación y de la doble instancia, de este modo restringe las posibilidades de impugnación bajo la fórmula de un recurso extraordinario que, entre nosotros se traduce en el recurso de nulidad, ya operativo en los juicios penales y laborales.

Pues bien, nuestra posición ha sido, desde un inicio, distinta, minoritaria, aunque en el último tiempo, visto el concreto desempeño del recurso de nulidad en esas jurisdicciones, el discurso ha ido mutando y se percibe una mayor apertura de algunos autores que no hace mucho eran entusiastas defensores del recurso de nulidad.

Sobre el cambio hacia un modelo procesal civil oral, no ocultamos nuestra coincidencia general con los propósitos principales perseguidos. Así lo hemos destacado desde hace años, abogando por la fórmula que, según estimamos, corresponde asumir para aspirar a una mejor justicia. Sin embargo, el entusiasmo que siempre ha rodeado a la idea de la ora-

lidad en los juicios ha generado (no solo en Chile, sino también, en otros lugares), que la fórmula pretenda ser asociada indisolublemente con algunas marcas que, para algunos, deben incorporarse también como parte integrante de la apuesta por la oralidad en los procesos. Se importa de este modo el peligro de concretar una reforma con mucho tono dogmatizador, llevada en todos sus aspectos y manifestaciones hasta las últimas consecuencias: la visión maniqueísta de los elementos en juego.

Pues bien, ¿es esto importante de cara a la definición del régimen recursivo? Claro que sí. Si esto es así, y el riesgo existe, la definición del sistema recursivo debe asumirse con mucho cuidado si no se quiere concretar una *reformatio in peius* para los justiciables, vale decir, un retroceso (definitivo e incorregible) en el sistema de garantías.

¿Qué se plantea? En lo fundamental, se sostiene que las posibilidades de revisión por parte del tribunal superior deben estar restringidas en un modelo procesal que apuesta por la oralidad y la inmediación judicial efectiva.

Se adopta la idea de un recurso extraordinario que, en respeto de los principios de oralidad e inmediación, no autorice al tribunal superior revisar la corrección de la valoración de la prueba por parte del tribunal inferior. En otras palabras, se habla de la necesidad de cambiar el paradigma tradicional, y que la compatibilidad del sistema recursivo con el modelo oral pasaría por suprimir el recurso de apelación contra la sentencia definitiva y la regulación de un recurso extraordinario que no permita alterar la base fáctica de la decisión del tribunal, circunstancia indispensable para poder conciliar el sistema recursivo con los principios del derecho procesal moderno. Sería esta la única fórmula para proteger la centralidad del juicio oral y la valoración libre de las pruebas. Así planteado, se trataría de un verdadero dogma.

Con todo, al igual que con las reforzadas potestades judiciales oficiosas, cree-

mos que es posible cuestionarse algunos puntos. Varios son los aspectos que deberían considerarse al momento de tomar una postura en el tema en comento. Seguidamente, plantearé los más relevantes.

En primer lugar, cabe preguntarse si, además de la coherencia dogmática con la fórmula de la oralidad, existen otros intereses dignos de ser contemplados por el legislador. Creemos que la respuesta evidentemente es afirmativa, ya que el legislador, antes que todo, debe tener presente el derecho del justiciable a contar con una garantía de revisión lo más amplia posible, por unos jueces de experiencia. En esta línea, ha ido avanzando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en casos penales (Herrera Ulloa vs. Costa Rica), empero respecto de los cuales creemos posible extender la doctrina jurisprudencial a otros órdenes jurisdiccionales, como ya se reconoce pacíficamente. En este caso, que marca un cambio en la intensidad que se reconoce a la garantía, la Corte primero recuerda que "no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos" (CIDH, 2004, párra. 161), luego que "independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida" (CIDH, 2004, párra. 165).

En segundo término, cabe desmitificar la intermediación judicial y la oralidad. La intermediación judicial y la oralidad son relevantes, constituyen una buena noticia en el marco de la reforma, pero no pueden seguir sosteniéndose -con responsabilidad- que a partir de ellas se van a lograr resultados incuestionables. En efecto, con el entusiasmo se olvida que, aunque hay mucho por reconocer de positivo en el contacto directo y frontal del juez con las fuentes de prueba (especialmente personales), los resultados que arroja ese contacto no son infalibles. Por tanto, la asunción de estas reglas formales no puede

seguir sirviendo de excusa para impedir controlar adecuadamente la corrección de la valoración probatoria.

En tercer lugar, una circunstancia bastante obvia, pero que suele silenciarse por parte de quienes postulan la necesidad de un sistema recursivo restringido: la particularidad que en los procesos civiles reina la prueba documental y, en ella, el tribunal superior está y estará siempre en las mismas condiciones que el tribunal inferior a la hora de valorar. La controversia queda restringida o acotada a las pruebas de relatos, respecto de las cuales queda la posibilidad de acudir a un sistema de grabación audiovisual, coherente con un modelo procesal civil, cuya pretensión reside en regular los procesos en el siglo XXI. Se podrá rebatir diciendo que las grabaciones no dejan al tribunal superior en idéntica situación que el inferior y es cierto, estaremos siempre ante una intermediación judicial secundaria. Con todo, no cabe duda que se ofrece un sistema bastante superior al que por más de cien años ha ofrecido la cultura del expediente.

Un cuarto punto a considerar se relaciona con el deber de motivación de las sentencias. En efecto, quienes postulan cambiar el paradigma tradicional sostienen que el deber de motivación de las sentencias se convertiría en el verdadero escudo contra las arbitrariedades e injusticias. La pregunta que corresponde plantearse es ¿qué situación encontramos en muchos casos en la práctica de los modelos procesales que apuestan por esta combinación? Y la respuesta, sincera, nos enseña que muchas veces este deber de fundamentación reforzado, que aparejaría en un nuevo sistema, se traduce en frases hechas que distan de las verdaderas exigencias que debieran derivarse de un modelo de valoración libre, según las reglas de la sana crítica, la cual impone a los jueces fundamentar sus resoluciones. Si esta realidad se suma al criterio de nuestras cortes de respetar la valoración realizada por el tribunal inferior, se terminan limitando las posibilidades de corregir errores y, como bien se ha apuntado por alguna doctrina, se termina blindando el

juicio. Asimismo, se esquiva un motivo más exhaustivo que dé cuenta de la racionalidad de la alternativa por la cual que se ha adoptado, y se materializa una perspectiva visión subjetivista de la prueba por la vía de la idealización de las virtudes de la intermediación. En definitiva, se termina desconociendo las exigencias de un sistema de valoración de la prueba libre conforme a las reglas de la sana crítica, así las cosas, se deriva la libertad en una valoración irracional, en arbitrariedad, en sacrificio de la verdadera motivación.

Finalmente, tampoco se deben olvidar las barreras de acceso que impone un sistema recursivo, cuyo protagonista sea un recurso extraordinario. Basta con ver, respecto del recurso de nulidad criollo, la irrupción y consolidación en la jurisprudencia de las cortes de una serie de criterios restrictivos y rigorismos formalistas amparados justamente en el carácter extraordinario (de derecho estricto y excepcional), que tiene el recurso de nulidad.

Entre las razones que están detrás de esta realidad jurisprudencial, se encuentran que las restricciones y el mayor rigor formal estarían justificados precisamente por tratarse de un recurso extraordinario, de derecho estricto, en donde las elevaciones de los requisitos formales se encuentran a favor de garantizar la *excepcionalidad* del recurso. Todo ello, por cierto, se ubica en el marco de una jurisprudencia que sistemáticamente advierte que a través de este recurso de nulidad no es posible inmiscuirse en las cuestiones de hecho establecidas por el tribunal de la instancia. Este impedimento encuentra su argumento (según se lee de las propias sentencias) en que se frustraría la finalidad para la que fue instaurada la intermediación judicial. De este modo, se permite la posición privilegiada del tribunal del juicio oral respecto del tribunal de alzada y se transforma el recurso en torno a una nueva instancia.

Una verdadera paradoja: mientras el sistema recursivo que se ofrece está plagado de formalismo, se olvida que una de

las principales características asociadas a un modelo oral es (debe ser) justamente el antiformalismo.

La reforma debe saber encontrar un punto de equilibrio entre los intereses de la dogmática y los intereses de los justiciables. Debe partir de la base de asegurar el acceso a un adecuado mecanismo de control sobre el mérito de la decisión del juez, en un escenario procesal, a pesar de que seguramente se dará total certeza respecto a la depuración de los datos propios del proceso y que servirá de base a las sentencias, imponiéndose la necesidad de contemplar un recurso que permita revisar la sentencia del tribunal superior, tanto en sus aspectos jurídicos como fácticos.

El proyecto chileno, de momento, ha logrado soportar parcialmente la gran presión de la dogmática y opta por mantener un recurso de apelación. Este adopta el propósito de obtener de la Corte de Apelaciones la enmienda o revocación conforme a derecho de la resolución del tribunal inferior, desde luego, con base precisa en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas ante el tribunal a quo. Ante esto, cabe, aunque agregando la posibilidad de alegar causales específicas que buscan la invalidación del juicio o solo de la sentencia, según sea el caso; esto puede llevar a equívocos en la operatividad práctica, al mezclarse la apelación como recurso ordinario clásico con causales que son propias, entre nuestro actual sistema procesal civil, de un recurso clásico extraordinario, o sea, el recurso de casación en la forma.

Debe ir quedando claro, para evitar sorpresas, que no se trata de un tema de nombres. El recurso que nos concierne podría llamarse recurso de nulidad y dar amplias posibilidades de revisión y viceversa, el recurso podría llamarse apelación y resultar muy restrictivo. No resulta suficiente revisar la cuestión basándose en los nombres, sino que se debe revisar también el contenido que el legislador ha previsto para el recurso. Si el legislador termina restringiendo demasiado la ampli-

tud propia del recurso de apelación, este pasa a adquirir otra naturaleza, en perjuicio del respeto a la garantía del derecho al recurso. En otras palabras, bajo pretexto de proteger la inmediación se termina desnaturalizando el recurso de apelación, el cual, por su carácter y naturaleza, no posee estos límites de este modo se relega la posibilidad de una apelación verdaderamente revisora de lo efectuado por el juez a quo, que cumpla los estándares del derecho al recurso. Se plantea una limitación de lo controlable, a nuestro juicio, no razonable y que se opone a la naturaleza ordinaria, plena y amplia del recurso de apelación y, el cual lo terminara transformando en un recurso extraordinario.

Respecto a este tema, y con esto terminamos nuestras observaciones, se debe entender que los tribunales superiores no deben limitarse a corregir errores manifiestos o groseros de los tribunales inferiores, sino, que, en la búsqueda de la alternativa más acertada y justa para el justiciable, debe valorar de nuevo la prueba, sin estar vinculado a lo razonado y valorado por el juez inferior, ya que el análisis abarca todo el material fáctico y jurídico. Un aporte para lograr conciliar la oralidad y el doble grado referente a la función revisora deben ser las grabaciones audiovisuales a las cuales ya nos referimos antes. De este modo, con menos cuotas de maniqueísmo, se debe lograr un adecuado equilibrio de los intereses en juego en tanto se privilegie, como no podía ser de otro modo, la garantía.

Cierre y algunas consideraciones sobre las alternativas al proceso oral, que toman fuerza en los procesos de reformas

Si bien existen algunas propuestas dignas de discutirse mucho más para arribar a mejores resultados, al parecer, la apología hacia una oralidad desbordada como alternativa a una escrituración exagerada pierde terreno entre nosotros. Esto se ha venido entendiendo, por lo tanto, a partir de la opción prudente hacia un fortalecimiento de la oralidad, la concentración y la inmediación judicial se debiera avanzar

hacia un nuevo y mejor modelo. El nuevo modelo procesal debe aprovecharse de las marcas que se derivan de esta apuesta formal (especialmente en lo relacionado con la mayor posibilidad de obtener una respuesta jurisdiccional de mejor calidad y en un tiempo más razonable, por lo ende, una respuesta jurisdiccional más eficiente), y debe evitar caer en excesos (puramente doctrinarios, poco conscientes de la realidad). Resulta esencial que en las etapas siguientes a los procesos de reforma se tenga perfectamente claro que no basta con el diseño de modelos procesales abstractos, perfectos a la luz de las exigencias de la dogmática, sino que, con bastante más pragmatismo y realismo, se deben dirigir los esfuerzos a la consecución de un *mejor* modelo que sea practicable.

Otro aspecto aparte acontece con la moda de los mecanismos alternativos, los cuales generalmente acompañan a los procesos de reforma procesal hacia la oralidad, en principio, como complemento. Junto a ello, y recogiendo aquello reforzado en el proceso de modernización de la justicia, cabe consignar también el rol que se ha buscado reconocer y fortalecer a la incorporación de mecanismos alternativos de solución de los conflictos. En este sentido, se recoge una tendencia que forma parte también de la realidad de otros países y que muestra a la *desjudicialización* como otra de las vías a través de las cuales se pretende superar las consecuencias de una justicia pública que no estuvo, a pesar de las reformas introducidas, en condiciones de hacerse cargo de toda la demanda de tutela judicial efectiva. Se pueden apreciar en todos nuestros procesos de reforma expresiones de esta tendencia favorecedora de la configuración de un *sistema de justicia* que excede al poder judicial, y al paradigma de la adjudicación, y apuesta por la introducción de los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos. Así, por ejemplo, en sede penal, deben anotarse el principio de oportunidad, de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento; en los asuntos de familia debe registrarse junto a la con-

• ciliación, el mecanismo de la mediación;
• lo mismo en materia laboral, donde además de la conciliación y la mediación, debe sumarse la negociación.

• La reforma a la justicia civil, una reforma cuya importancia no se puede ocultar si se considera el carácter general y supletorio de esta regulación, no ha quedado al margen de esta tendencia. Con respecto a lo anterior, se desprende del Mensaje del Proyecto de nuevo Código Procesal Civil:

• Sin perjuicio de la importancia de la heterotutela como instrumento del Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional, la Justicia civil debe ser entendida como un sistema que engloba todos los mecanismos de resolución de conflictos de intereses de relevancia jurídica que el Estado pone a disposición de los particulares, los cuales deben actuar de forma armónica. Sin duda alguna, es relevante que el legislador regule y se haga cargo no solo de la vía jurisdiccional o adjudicativa sino también de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de manera tal que los ciudadanos tengan a su disposición otras vías para precaver o poner término a sus problemas de común acuerdo, tanto dentro como fuera del proceso, con o sin la asistencia de un tercero, en la medida que se trate de derechos disponibles y que, incluso, puedan convenir en acudir a un árbitro designado especialmente al efecto" (Ministerio de Justicia, 2012, pp. 18-19) .

• En conclusión, se debe tener a la vista las siguientes ideas para no confundir el rol que corresponde tener a las alternativas en el marco de la modernización de la justicia. Las resumimos así:

- 1. Los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en general y la mediación en particular no pueden ser considerados una panacea ni una *industria* ni un sustituto del deber del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un sistema judicial

debidamente dotado de recursos humanos y materiales y, sobre todo, eficiente. Quizás lo primero que deba hacerse reside en dejar atrás los excesos de la visión idílica de una justicia que emana de la *conversación-negociación* entre los interesados. Así pues, no se obtiene nada (salvo, seguramente, muchas frustraciones y críticas), si junto con ello no se apuesta en serio, por ejemplo, en la formación y capacitación de los mediadores y abogados en estas materias (en el ámbito conceptual, procedimental y comunicacional), y no se analizan las estadísticas efectivas del funcionamiento de estos instrumentos en realidades concretas, único modo de no caer fácilmente en los eslóganes y propagandas tan propias y abundantes en los textos que abordan estas materias.

2. Nos parece que, a la luz de las evidencias, persiste la necesidad de definir con mayor claridad y transparencia cuáles son los verdaderos propósitos detrás del fomento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La búsqueda de la descongestión o liberación de la carga de los tribunales no solo constituye una mala explicación, sino que genera consecuencias negativas en la concreta recepción de estos mecanismos. Lo anterior parece esencial a la hora de definir y zanjar adecuadamente el vínculo que debe existir entre la justicia estatal y la que hemos denominado justicia privada. En concordancia con autores como M. Taruffo (2009), es poco defendible que se pretenda dejar como una opción residual a la justicia estatal, casi con una tendencia a sustituirla. Las alternativas son y deben ser una opción complementaria, y nunca sustitutiva del papel que le corresponde a la justicia estatal y a los jueces. Parece razonable recordar y reivindicar que, cuando hablamos de justicia,

hablamos de un bien público, el cual genera externalidades positivas que justifican la inversión estatal.

3. En la opción entre voluntariedad, o bien, la imposición de la obligatoriedad (por las razones que sean, incluidas las de instalación cultural que se han esgrimido), creemos que el desarrollo de los mecanismos alternativos, también de la mediación, no pueden levantarse, sobre la base de la imposición o la obligatoriedad, aquello que va a contracorriente de la propia esencia de estos. No se puede seguir obviando que la vía hacia estos mecanismos se asienta en el principio de la autonomía privada de los particulares, que se concreta justamente en la voluntariedad y en la necesidad de consentimiento de las partes para que el conflicto se resuelva por alguna de estas vías. No se puede seguir perdiendo de vista el carácter central del deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, el cual debe entenderse como un presupuesto esencial del estado de derecho; la razón anterior resulta suficiente para concluir que los ADR no pueden ocupar el lugar del proceso judicial como *resguardo final de los derechos*. Los elementos mencionados poseen capacidad para completar la respuesta del estado por constituir una opción legítima, ya que en determinadas situaciones otorga mayores beneficios a los sujetos del conflicto. Es un error presentar el problema en términos de una supuesta elección entre el proceso judicial y los ADR. Estos mecanismos, por mucho que se busque fomentarlos, muestran un límite a la tutela y, además, en múltiples circunstancias, ellos son inadecuados a la resolución de una variedad de casos. En consecuencia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos solo deben representar

un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, de forma que se beneficie de sus ventajas (menos costosos, más rápidos, más informales, etc.), pero no deben imponerse a los ciudadanos. En otras palabras, los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) son simplemente una *alternativa al derecho humano esencial de acceder a la justicia y contar con el debido proceso legal*.

4. La justicia pública y los MARC definen dimensiones complementarias, y cada una apunta a servir a determinadas controversias. No es factible pretender hacer aplicable la fórmula de los mecanismos alternativos a toda clase de controversias, más bien, la justicia pública y las alternativas deben actuar en niveles distintos. Dicho en otras palabras, se puede avanzar de la alternatividad a la complementariedad, sobre la base de entender que este complemento resulta más adecuado ante determinadas controversias (entre otros, conflictos entre vecinos, de familia o de consumidores), por la economía, flexibilidad (esta permite que las especificidades del caso sean mejor atendidas), confidencialidad o informalidad que ofrecen a sus protagonistas.
5. Con todo, es impostergable considerar en la reforma, entorno al sistema de justicia civil, un diseño único institucional que allane los canales de diálogo y retroalimentación entre sí. Nos parece que avanzar hacia la generación de una oferta institucional que provenga del Estado (cuando corresponda), de manera que se reste protagonismo a un modelo fallido de licitación, daría un giro positivo en la valoración y funcionamiento de estos mecanismos. De acuerdo con efectos, parece muy importante considerar, por un lado, la experiencia de los sistemas

multipuertas, en varios países de la región, entre ellos, Argentina; y por otro, de las Casas de Justicia, sistema que integra en un mismo espacio a varios mecanismos o métodos de solución de conflictos. Lo anterior, por cierto, no debe desdeñar el rol que debe cumplir, especialmente en sede civil y comercial, el arbitraje, que en nuestro país también está siendo objeto de un proceso de estudio y actualización a través de proyectos de ley aún pendientes.

6. Si de verdad se quiere que estos mecanismos, en especial la mediación, avancen en una consolidación sin imposiciones que no encajan con su naturaleza, la clave está en la profesionalización y especialización. Tampoco se debe olvidar la importancia de la asesoría letrada. Dependiendo del área, debiera contemplarse establecer la regla de la asistencia letrada obligatoria para, por un lado, fortalecer la regularidad del procedimiento, y por otro, asegurar el asesoramiento jurídico y el consentimiento informado. El camino a recorrer debería partir por apostar y fomentar una mayor presencia por parte de abogados y jueces en el proceso selectivo del mecanismo adecuado a cada caso.
7. Finalmente, debe evitarse por parte de la doctrina y, sobre todo, por parte del legislador, el peligro del reduccionismo de los mecanismos alternativos a una pura visión economicista, ligada a la descongestión de los tribunales y el ahorro de recursos para el Estado. Además del otro, debe entenderse que estos mecanismos alternativos constituyen una pieza clave en los sistemas de justicia que se han instalado, pero nunca pueden ser considerados una excusa para reducir el rol que debe cumplir la justicia pública, cuyo abandono termine forzando a los ciudadanos

a conformarse con las alternativas que se tornan en inevitables. La clave, como siempre, estará en lograr un vínculo complementario armónico, el cual no subestime los valores detrás del proceso judicial y la justicia pública; pero que no desprecie el aporte, de las fórmulas de cooperación presentes en los MASC. Los mecanismos a los que hemos destinado estas líneas deben cumplir ese rol complementario, a propósito de la reforma a la justicia civil chilena. De esta manera, no se trata de opciones contradictorias, antagónicas o enfrentadas, sino que simplemente hay vías distintas, cada cual, con sus ventajas o inconvenientes, pero que pueden perfectamente entrar en juego de forma complementarias.

Nota

Los interesados en nuestro tema pueden consultar las siguientes referencias:

- Allorio, E. (1979). Sul doppio grado del processo civile. En *Studi in onore di Enrico Tulio L.*, Tomo III. (pp.1083-1812). Milán, Italia: Giuffré Editore.
- Alvarado-Velloso, A. (2003). *El debido proceso de la garantía constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Zeus.
- Andres- Ibañez, P. (2003). Sobre el valor de la inmediatez: una aproximación crítica. *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 46, 57-66.
- Andres-Ibañez, P. (2007). Sobre prueba y motivación. *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 59, 80-94.
- Armenta, T. (2000): *La ejecución provisional*. Madrid, España: Ed. La Ley.
- Banacloche, J. (2000). Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal*, 1, 3-14.
- Baur, F. (1973). Liberalización y socialización del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2-3, 303-333.
- Berizonce, R. (1999). *Derecho Procesal Civil actual*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot.
- Caballol, L. (1993). *La ejecución provisional en el proceso civil*. Barcelona: España: Ed. Bosch.
- Calderón, M. P. (1996). Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción. *Revista de Derecho Procesal*, 3, 559-583.
- Calderón, M.P. (2004). El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea. En: *Libro homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Tomo. I. Madrid, España: Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos.
- Cappelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, Argentina: EJEA.
- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías y sociedad*. Buenos Aires, Argentina: EJEA.
- Carnelutti, F. (1992). *La prova civile. Parte generale: Il concetto giuridico della prova*. Milán, Italia: Giuffré Editore.
- Carnelutti, F. (2004). *Cómo se hace un proceso* (4ª reimpresión de la 2ª ed.). Bogotá, Colombia, Ed. Temis.
- Carpi, F. (1979). *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milán, Italia: Giuffré Editore)
- Carpi, F. y Ortells, M. (2008). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado desde: <http://www.corteidh.or.cr/>

- docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Cortéz, G. (2006). *El recurso de nulidad: doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Ed. Lexis Nexis.
- De la Oliva, A. (1997). El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia. *Tribunales de Justicia. Revista española de derecho procesal*, 10, 973-982.
- De la Oliva, A. (2003). Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en sus primeros meses de vigencia. En: Gómez, J. (Eds.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch.
- De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; y J. Vegas-Torres (1999): *Derecho procesal. Introducción*. Madrid, España: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- De la Oliva- Santos, A, y I. Díez-Picazo Giménez (2003). *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (2ª ed.). Madrid, España: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- De la Oliva- Santos, A. y D. Palomo Vélez (coordinadores) (2007). *Proceso civil: hacia una nueva justicia civil*. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- De las Heras- García, M. (2002). Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/200. *Revista del Poder Judicial*, 65, 169-204.
- Duce, M.; Marín, F.; y C. Riego (2008). Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En Cabezón, A. (Ed.), *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina*. Santiago, Chile: CEJA.
- Etxeberría- Guridi, J. (2003). *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Madrid, España: Ed. Tirant Monografías.
- Ferrajoli, L. (1996). Los valores de la doble instancia y de la nomoflaquia. *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1996-B, 445-456.
- Gómez Colomer, J. (2000): Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). *Revista General de Derecho*, LVI ,675), 14.455-14.482.
- Gómez Colomer. (2003). La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles: del juez lector al juez espectador. *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 48, 81-87.
- González, M. (2004). *El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica*. Bogotá, Colombia: Editora Lerner.
- Gozaíni, O. (2002). *Problemas actuales del Derecho procesal: garantismo vs activismo judicial*. México, Fundap.
- Lorca, A. (2007). La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil. *Revista vasca de Derecho procesal y Arbitraje*, 19, 3, 355-358.
- Martín, C. (2007). La oralidad y la segunda instancia civil. En Carpi, F. Y M. Ortells (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente (Tomo I)* Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Meneses, C. (2009). La reforma procesal civil en Chile: Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional. En Carrasco Poblete, J. (Ed.), *La reforma procesal civil en Chile: Análisis crítico del Anteproyecto de CPC*. Chile, Universidad de los Andes: Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 16.
- Ministerio de Justicia (2012). *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil* (N° 432-359, 12 de marzo de 2012). Recuperado desde: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>
- Montero- Aroca, J. (1982): *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su*

- centenario. (Madrid, España: Ed. Civitas.
- Montero- Aroca, J. (2001). *Los principios políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad*. Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch.
- Montero-Aroca, J. (2002). *La prueba en el Proceso Civil*, (3ª ed.). Madrid, España: Ed. Civitas.
- Montero-Aroca, J. (2006). *Proceso civil e ideología*. Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch.
- Nieva- Fenoll, J. (2008). The Disadvantages of Orality". En Carpi, Y M. Ortells, (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Tomo II*. Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Núñez, R. (2008). El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. *Revista Ius et Praxis*, 14,1), 199-223.
- Palomo- Vélez, D. (2008). *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*. Santiago, Chile: Ed. Librotecnia.
- Palomo-Vélez (2010). *Reforma procesal civil: oralidad y poderes del juez*. Santiago, Chile: Ed. Abeledo Perrot.
- Parra- Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Pereira, S. (coordinador). (2011). *Modernización de la Justicia civil*. Montevideo, Uruguay: Universidad de Montevideo.
- Picó i Junoy, J. (2007). *El juez y la prueba*. Barcelona, España: Ed. Bosch.
- Picó i Junoy J. y X. Abel i Lluch (2003). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona, España: Ed. Bosch.
- Picó i Junoy J. y X. Abel i Lluch (2005): *Problemas actuales de la prueba civil*. Barcelona, España: Ed. Bosch.
- Taruffo, M. y D. Ramírez Carvajal (2009). *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima, Perú: Ara editores.

Referencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

Ministerio de Justicia (2012): *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil* (Nº 432-359, 12 de marzo de 2012). Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>

Ordenanza Procesal Civil Austriaca (1895).

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre Justicia civil*. Barcelona, España: Ed. Marcial Pons.

Recibido: 3 de febrero del 2017.
Reenviado: 10 de febrero del 2017.
Aceptado: 30 de marzo del 2017.