

CRONICA SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA PROCESAL CIVIL CHILENO (FUNDAMENTOS, HISTORIA Y PRINCIPIOS)

Raúl Núñez Ojeda*

1. Fundamentos; 2. Historia del trabajo de reforma del modelo de justicia civil; 3. Principios del nuevo sistema procesal civil.

1. Fundamentos

El sistema procesal civil chileno vive una de sus más profundas crisis en los últimos cien años. Efectivamente, nuestro proceso civil, instaurado por el Código de Procedimiento Civil del año 1906, no significó un cambio sustancial en cuanto a la forma de impartir justicia en el ámbito civil, al modelo que de *facto* funcionaba en Chile desde los tiempos de la colonia¹. Es más, nuestro Legislador histórico no encontró mejor forma de solucionar el problema que recurrir, al momento de buscar fuentes de inspiración para la actividad de codificación, al modelo de la “añeja” y “técnicamente ineficiente” Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855².

Así las cosas, la citada Ley de Enjuiciamiento Civil no pasó de ser una simple sistematización y leve actualización de las normas procesales civiles contenidas en Las Partidas de Alfonso X “El Sabio”. Nuestro legislador histórico perdió la oportunidad de realizar un cambio profundo en esta materia³. En

* Profesor Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Universidad Pompeu Fabra. Dr. en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra.

¹ De una manera clara una parte de la dogmática chilena muestra el preocupante estado de la justicia civil nacional y solicita su inmediata reforma (TAVOLARI OLVEROS, RAUL, “El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción, de cara a la reforma”, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 44 y ss.).

² Para la doctrina española la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 representaba un sistema arcaico que tan solo constituye la codificación de las antiguas reglas contenidas en Las Partidas (1265) de Alfonso X “El Sabio”, en especial la tercera. Sobre el tema consultar, entre otros: ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, “Evolución de la doctrina procesal”, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo I, UNAM, Ciudad de México, 1974, págs. 293 y ss.; MONTERO AROCA, JUAN, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 25 y ss.; FAIREN GUILLEN, VICTOR, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. *passim*, y, GUTIERREZ-ALVIZ CONRADO, FAUSTINO, *El proceso civil. Antiguos y nuevos modelos de enjuiciar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 16 y ss.

³ Con todo, no son muchos los textos de estudio chilenos que critican el modelo vigente de justicia civil. Se podría decir, que una parte importante de la doctrina chilena llega a un análisis positivo de nuestro procedimiento civil. Una excepción a la situación de conformidad antes descrita es:

definitiva, no se dejó seducir por los Códigos más modernos de la época, a saber, la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877 (ZPO), la Ordenanza Procesal Civil austriaca 1895 (ÖStPO), la Ley de Enjuiciamiento Civil de española de 1888 (LEC), y, por supuesto, el Código de Procedimiento Civil francés de 1806 (CPCF). El Legislador optó por una salida conservadora, la de mantener el *status quo*⁴.

Por tanto, nuestro sistema procesal civil responde principalmente al modelo fijado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Es decir, al viejo procedimiento medieval se agregó, por influencia del liberalismo del siglo XIX, el principio de la absoluta pasividad del juez en la conducción del proceso y en la producción de la prueba. Por otra parte se trataba de procesos de lato conocimiento, desconcentrados, donde cada trámite permitía pasar al siguiente si no se realizaba dentro del plazo establecido por la ley, siempre y cuando se acusara la rebeldía por la contraria, y la única posibilidad del juez de la causa de producir prueba de propia iniciativa, era una vez ya concluida su tramitación y estando vigente el plazo para pronunciar la sentencia definitiva, a través de la institución de las “medidas para mejor resolver”⁵. En cuanto al proceso ejecutivo, tampoco nuestro sistema se aleja mucho de las prácticas de tiempos pretéritos. Efectivamente, la mayor crítica que se puede dirigir al sistema es que no es un procedimiento de naturaleza sólo ejecutiva, ya que en determinados supuestos generosamente desarrollados es posible transformar el proceso ejecutivo en declarativo al discutir en él sobre la validez o nulidad de la obligación.

Por otro lado, nuestro proceso civil tampoco se ajusta actualmente a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena que busca acercarse a las sociedades más desarrolladas de la Europa continental⁶.

Tan sólo basta medir la eficacia del proceso civil chileno para apreciar la magnitud del problema⁷. Todos los usuarios del sistema de justicia civil en Chile

CAROLLA PEREZ, ALEX, *Manual de Derecho Procesal (Tomo II)*, LexisNexis, Santiago, 2003, págs. 51 y ss.

⁴ Sobre la evolución de la legislación alemana de finales del siglo XIX ver, a modo indicativo: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2004, págs. 25 y ss.

⁵ Sobre la historia de las medidas para mejor resolver confrontar por todos: TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, “Diligencias para mejor proveer: Antiguos y nuevos problemas”, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, op. cit., págs. 13 y ss.

⁶ La sola lectura del Código de Procedimiento Civil, nos muestra el nivel de desfase que presenta en relación con las legislaciones de países como: Alemania, Estados Unidos de América y España. Para una visión de conjunto de los modelos consultar: HAZARD, GEOFFREY y TARUFFO, MICHELE, *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press, New Haven, 1993, *passim*; GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Berlin, 2003, *passim*; y, RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, *Guía para la transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000, *passim*.

⁷ Un excelente trabajo de Derecho comparado fue el que se publicó a comienzos de los años ochenta, bajo la dirección del Profesor FRANCISCO RAMOS MENDEZ (RAMOS MENDEZ, FRANCISCO (Editor), *Para un proceso civil eficaz*, Ediciones Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982). El citado libro, contó con la participación de destacados maestros extranjeros

saben que nuestra justicia es lenta. Con todo, el que algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración superior a los diez años y que la gran mayoría de las que se que se tramitan en un juicio ordinario no terminen, si se interpone el recurso extraordinario de casación, antes de los cinco años en la Región Metropolitana, donde se concentra la mayoría de los asuntos, nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna. Esta situación choca frontalmente con el anhelo y el deber de contar con una justicia civil pronta y eficaz, y con el respeto de la noción de debido proceso, consagrada en nuestra Carta Magna en el artículo 19 N° 3. No es posible aceptar un juicio que vulnere una garantía básica como es la noción de un proceso sin dilaciones indebidas (plazo razonable), sin perjuicio de entender que hoy es cada vez más común en la dogmática procesal entender que la idea de justicia tardía es equivalente a la de justicia denegada, lo que conlleva a desconocer en definitiva los derechos de las personas, al no lograr impartir frente a su violación, una justicia pronta y eficaz⁸.

2. Historia del trabajo de reforma del modelo de justicia civil

Dentro de este marco el Ministerio de Justicia de Chile estableció como una de sus prioridades el inicio de los estudios destinados a proveer al país de una legislación procesal civil moderna. Para lograr este objetivo se firmó el 1 de octubre del año 2004 un Convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El convenio estableció que una Comisión integrada por Profesores del Departamento de Derecho Procesal y abogados asesores del Ministerio de Justicia elaboraran las “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”. Luego, las citadas bases se discutirían en un foro ampliado para su aprobación definitiva.

La Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile estuvo integrada por los Profesores de Derecho Procesal de esa casa de estudio, CRISTIAN MATURANA MIQUEL (Presidente), JUAN AGUSTIN FIGUEROA YAVAR; RAUL TAVOLARI OLIVEROS, RAUL NUÑEZ OJEDA, JUAN CARLOS MARIN GONZALEZ, DAVOR HARASIC YACSIC y de los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores RODRIGO ZUÑIGA CARRASCO y RODRIGO ROMO LABICH; actuando como Secretarios de la Comisión los señores MATIAS INSUNZA TAGLE y CRISTOBAL JIMENO CHADWICK.

Del trabajo de la Comisión resultó un texto denominado: “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código procesal civil para la República de Chile”.

como son: WOLFGANG GRUNSKY (Alemania), ROGER PERROT (Francia) y ANDREA PROTO PISAN (Italia).

⁸ También pone de manifiesto la falta de coherencia de las garantías constitucionales y el proceso civil: CAROCCA PEREZ, ALEX, “Bases constitucionales del sistema procesal chileno”, *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 209 y ss.

Éste se presentó el día 10 de mayo del 2005 al Ministerio de Justicia para su discusión en el llamado “foro para reforma procesal civil” que formó el Ministerio el día 12 de mayo del mismo año. Al mismo tiempo el Departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, preparó también un documento de bases para la reforma de la Justicia Civil que presentó en una fecha cercana al Ministerio de Justicia. Así las cosas, el Ministerio formó un foro para la reforma procesal civil que discutiera ambos textos y llegara a unas bases comunes. El Foro en cuestión está compuesto por CRISTIAN MATURANA (U. de Chile); RAUL NUÑEZ (U. de Chile), JUAN AGUSTIN FIGUEROA (U. de Chile), RAUL TAVOLARI (U. de Chile), ORLANDO POBLETE, (U. de Los Andes), ALEJANDRO ROMERO (U. de Los Andes), JORGE VIAL (U. Católica), JOSE PEDRO SILVA (U. Católica), CLAUDIO DIAZ (U. Diego Portales), EDUARDO JARA (U. Diego Portales), NANCY DE LA FUENTE (U. Diego Portales), MIGUEL OTERO (Instituto Chileno Derecho Procesal y profesor U. de Chile), JUAN COLOMBO (Presidente Tribunal Constitucional y profesor U. de Chile); un representante del Colegio de Abogados de Santiago y dos representantes del Instituto de Estudios Judiciales.

El foro ha sesionado desde finales de mayo, a razón de una reunión por semana, con el fin de discutir y aprobar unas bases para un nuevo sistema de justicia civil.

Con posterioridad se dará comienzo a la tercera fase del proceso de reforma. Efectivamente, con las bases aprobadas se procederá a redactar el proyecto de nuevo Código Procesal Civil. Este será nuevamente sometido a la discusión del Foro sobre la reforma procesal civil para su definitiva aprobación. Con este último trámite cumplido, se entregará al gobierno para que éste de inicio a su tramitación ante el Congreso de la República.

3. Principios del nuevo sistema procesal civil

Una materia sensible es la fijación de unas bases que permitan estructurar un sistema procesal moderno en nuestro país. La ausencia de debate doctrinal en Chile sobre la crisis de nuestro enjuiciamiento civil, solo viene a complicar aun más una situación, ya bastante compleja. Por ello, es necesario recurrir a la dogmática extranjera, en especial a la de la Europa continental, para poder estructurar nuestro discurso reformista.

En este sentido la distinción entre principios y garantías es propia de la dogmática foránea. En nuestro campo, fue precisamente RAMOS MENDEZ quien primero utilizó esta distinción. Para el citado autor, los principios no dejan de ser simples criterios de organización de la tutela procesal no susceptibles de ser contitucionalizados en atención a su propia naturaleza⁹.

⁹ RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 25.

Entre los principios o criterios de organización de la tutela procesal, debemos analizar primero el binomio principio dispositivo versus principio de oficialidad. Ciertamente que en los juicios civiles el criterio que rige normalmente es el dispositivo, en cambio en ámbito penal el que rige es el de oficialidad. El principio dispositivo es entendido por la dogmática como el Derecho de las partes de disponer sobre la controversia jurídica, es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto¹⁰.

El nuevo Código Procesal Civil debe estar inspirado en este principio, al igual que lo están los Códigos más modernos en Derecho comparado¹¹. Con todo este principio o criterio de la organización procesal no es absoluto. El principio dispositivo primero se encuentra limitado a nivel del derecho material. Por tanto, si se carece de la facultad de disposición jurídico-material, tampoco las partes procesalmente pueden disponer ilimitadamente sobre el objeto litigioso.

Una segunda morigeración del principio dispositivo viene dada por el deber que tiene el órgano jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos sometidos a su decisión¹². Si bien es asunto de las partes, la formulación de peticiones y el planteamiento de ellas, es deber del Tribunal el esclarecimiento de los hechos y ello lo obliga a influir para que las partes planteen peticiones claras y conducentes¹³.

Finalmente, la última excepción al principio dispositivo debe venir dada por las reglas de dirección del proceso¹⁴. Esta tiene lugar a través del impulso de oficio. Con esta terminología se denomina la puesta en marcha y mantenimiento del procedimiento. Efectivamente, el juez será el encargado de fijar la audiencia preliminar y la de prueba. En la dirección del proceso el tribunal debe posibilitar la sustanciación diligente del procedimiento, evitando las diligencias dilatorias e impertinentes y la prolongación indebida de las audiencias por la realización de diligencias reiterativas.

El segundo binomio es el principio de investigación de oficio y aportación de parte. También tradicionalmente se ha sostenido que el principio de aportación de parte es propio del proceso civil y el de investigación de oficio es propio del proceso penal. En el principio de aportación de parte la carga de la prueba y la iniciativa de los actos de producción de prueba recaen sobre las partes, sin que se

¹⁰ En el mismo sentido: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 479 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974, págs. 18 y ss.; y, GRUNSKY, WOLFGANG, op. cit., págs. 24 y ss.

¹¹ En este sentido confrontar: Código General del Proceso de Uruguay, Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Zivilprozeßordnung alemana, etc.

¹² GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 29 y ss

¹³ ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y, GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 480 y ss

¹⁴ Sobre la dirección del proceso ver: RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, op. cit., págs. 21 y ss.

reconozca al Tribunal facultades para intervenir en ella¹⁵. El principio de aportación de parte descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular¹⁶.

En nuestra opinión, se debería seguir como regla general con el principio de aportación de parte en el proceso civil. El nuevo Código Procesal Civil debe apostar por este principio, ya que éste también garantiza una confiable averiguación de la verdad de las afirmaciones sobre hechos realizadas por las partes¹⁷. Efectivamente, como las partes persiguen intereses contrapuestos, van a controlar la relación de los hechos de la parte contraria e intentar rectificarla, en tanto contenga errores. Del principio de aportación de parte resultan algunas consecuencias esenciales, como que los hechos que no han sido presentados por las partes no pueden ser considerados por el tribunal en su decisión. Por otro lado, el Tribunal debe fundar su decisión en todas las afirmaciones fácticas de una parte, admitida por el contrario o no cuestionadas expresamente, sin examen ulterior¹⁸.

Este principio también reconoce algunas limitaciones. La primera limitación, atiende al deber de esclarecimiento de los hechos que tiene el Tribunal¹⁹. Efectivamente, éste debe incidir sobre las partes, en el sentido que ellas

¹⁵ ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 481 y ss., y GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 27 y ss.

¹⁶ Sobre la relación entre la voluntad y los actos procesales ver: FAZZALARI, ELIO, *Instituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1996, págs. 356 y ss.

¹⁷ Sobre el tema de la prueba de los hechos en el proceso civil consultar por todos: GASCON ABELLAN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999; *passim*, y, TARUFFO, MIQUELE, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, *passim*.

¹⁸ MANDRIOLI, CRISANTO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Torino, 2000, págs. 272 y ss.

¹⁹ En cuanto, a si la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad de lo acaecido fuera del mismo es un problema interesante. Para nosotros, el punto de partida que permite resolver el problema entre *prueba* y *verdad* de una proposición es la distinción entre “*ser verdadera*” y “*ser tenida por verdadera*”. Una proposición *p* es verdadera si, y sólo si se da el caso que *p*. Ésta es la clásica noción de verdad como correspondencia defendida entre otros por TARSKI. Es decir, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. Por tanto, la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio, está probado que *p* no depende en absoluto de lo que decida el juez, emite el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que *p* describe se hayan producido efectivamente.

Lo que sí depende del juez que decide el caso es considerar a *p* como verdadera. Esto es, el juez puede tener a *p* por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera. Vale la pena señalar que la decisión de no tener verdadera la proposición *p* no se debe confundir con la decisión de tenerla por falsa. Ésta es otra diferencia entre el valor de la verdad de *p* y el hecho de que sea tenida por verdadera por alguien. En el primer caso, sólo dos opciones son posibles: la proposición es verdadera o falsa. En el segundo, en cambio, existe una tercera posibilidad intermedia: puede considerarse a *p* como verdadera, como

se expresen íntegramente sobre los hechos relevantes y formulen peticiones conducentes²⁰. La segunda limitación es el deber de actuar con buena fe de las partes²¹. De acuerdo a este principio, las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente y de acuerdo a la realidad de los hechos. Finalmente, la última limitación viene dada por la posibilidad del Tribunal de realizar exámenes de oficio de los presupuestos procesales de existencia y validez²², puesto que el juicio siempre debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin que sea dable esperar que se resuelvan en la sentencia definitiva la falta de presupuestos procesales o de vicios formales que impidan lograr aquél objetivo²³.

El siguiente binomio es el principio de oralidad versus el de escrituración. En sentido estricto, el principio de oralidad permite basar la resolución judicial sólo en el material procesal y, en particular, de la prueba, aportados en forma oral. Como contrapartida, el principio de escrituración es aquel que permite al tribunal tomar en consideración para fundar su sentencia en un proceso, los datos deducidos o alegados por escrito²⁴. El principio de oralidad fue el que primero apareció en la historia de la humanidad. Efectivamente, la oralidad fue dominante en el Derecho romano clásico y en el Derecho germánico. Sólo a partir del siglo XII comenzó a imponerse en toda Europa la escrituración. Con todo, volvió a renacer el principio de oralidad a finales del siglo XIX al alero de la dogmática

falsa (no-*p*) o no atribuirle valor de verdad. En este último caso es cuando no se dispone de elementos de juicio suficientes a favor ni en contra de la proposición *p*.

¿Cuál es la relación de lo antes señalado con la prueba jurídica? El problema puede verse de la siguiente manera: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la que permite alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición, entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

Un panorama completo sobre las teorías de la verdad en la filosofía contemporánea se puede consultar, entre otros: NICOLAS, JUAN ANTONIO y FRAPOLLI, MARIA JOSE (Editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX* Tecnos, Madrid, 1997, y, VALDES VILLANUEVA, LUIS M., *En búsqueda del significado. Lecturas sobre filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, 1995.

²⁰ En especial debe inducirlo a completar las referencias fragmentarias de los hechos investigados y designar los medios de prueba.

²¹ Sobre el tema de la buena fe procesal consultar: PICO I JUNOY, JOAN, *El principio de la buena fe procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 2003, *passim*.

²² Sobre los presupuestos procesales consultar: GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, op. cit., págs. 205 y ss.

²³ Sobre la teoría de los presupuestos procesales desde una perspectiva contemporánea, ver por todos: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 618 y ss.

²⁴ Desde finales del siglo XIX en Alemania se apostó por la oralidad en el ámbito del proceso civil. Prueba de ello son los manuales de la época que apuestan decididamente por la oralidad (Vg. SCHÖNKE, ADOLF, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 42 y ss.).

procesal centroeuropea²⁵. Fueron precisamente los Profesores ADOLF WACH²⁶ y FRANZ KLEIN²⁷ quienes la plasmaron en dos cuerpos legislativos señeros, nos referimos a la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877 y a la austriaca de 1885.

En palabras del Profesor TAVOLARI OLIVEROS²⁸ “(...) cuando se detiene la marcha a la búsqueda de un mejor régimen de comunicación procesal, y se repara en la finalidad del esfuerzo, surge un amplio espectro de submetas, valiosas, dignas de consideración, todas las cuales se orientan al fin último de una mejor justicia: así, la celeridad; la inmediación, en cuanto facilidad de formar la convicción del juzgador; la concentración; la dirección cabal del proceso por el juez, etc., constituyen todos valores menores que, no obstante, deben preservarse en la ordenación procedimental. Así las cosas, las posibilidades concretas de opción, en el establecimiento de los sistemas comunicacionales al interior del proceso no terminan siendo numerosas: o nos comunicamos oralmente, o lo hacemos por escrito, o buscamos una fórmula intermedia que importe la expresión oral y un registro posterior escrito”²⁹.

En nuestro país es necesario hacer una opción decidida por la oralidad en el procedimiento civil. Efectivamente, la doctrina como la praxis de los sistemas procesales en Derecho comparado, han demostrado que los procedimientos orales son la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso civil. Con todo, la opción sería la estructuración de los procesos en base a audiencias orales, aunque se mantenga la escrituración en la fase de discusión³⁰. Se revaloriza la oralidad, de modo que el proceso se constituye básicamente a través de audiencias, con asistencia del juez, ante el que se produce la prueba³¹.

La opción por la oralidad necesariamente conlleva la asunción de sus consecuencias, a saber: la inmediación, la continuidad y la concentración. Por tanto, en la medida que el proceso es oral, necesariamente existirá una inmediación entre las partes y el Tribunal. Por otro lado, la oralidad necesariamente lleva a la

²⁵ FAIREN GUILLEN, VICTOR, *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 395 y s.

²⁶ WACH, ADOLF, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, Ejea, Buenos Aires, 1959, págs. 1 y ss.

²⁷ KLEIN, FRANZ, "Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung)", *Materialien zu den neuer Zivilprozessgesetzen*, Ministerium für Justiz, Wien, 1897, págs. 13 y ss.

²⁸ TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, "La oralidad en el proceso civil de América Latina", *El proceso en acción*, Libromar, 2000, pág. 313

²⁹ TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, "La oralidad en el proceso civil de América Latina", op. cit., pág. 313.

³⁰ Sobre las bondades de la oralidad en el proceso de reforma del Derecho Procesal Civil italiano ver: CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutele*, Cedam, Padova, 2003, págs. 3 y ss.

³¹ Ver DENTI, VITTORIO, "La oralidad en la reforma de proceso civil", *Estudios de Derecho probatorio*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, págs 341 y ss.

continuidad y la concentración de actuaciones, ya que todas ellas deben desarrollarse sin interrupciones en el juicio oral³².

El principio de publicidad es otro criterio de organización de la tutela procesal. Este principio también está estrechamente vinculado con el principio de oralidad. Un procedimiento oral puede hacerse públicamente accesible con mayor facilidad que un procedimiento escrito, en el que la publicidad es muy difícil de lograr. Esta forma de disponer de la actividad procesal persigue diversos objetivos³³: al ciudadano le permite que su causa sea vista a la luz pública. Respecto de la Administración de Justicia, se traduce en la oportunidad de que los justiciables vean por sí mismos cómo se gestiona el servicio de justicia en un Estado de Derecho³⁴.

El derecho a ser oído legalmente es otro de los principios que debe inspirar nuestra nueva legislación procesal civil. Este principio no es más que una manifestación de la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en el artículo 19 Nº 3 de nuestra Constitución Política de la República³⁵. Efectivamente, es propio de un procedimiento justo el otorgar oportunidades a las partes para expresarse. Así las cosas, se puede ver que el núcleo esencial del principio apunta a la obligación que recae sobre el tribunal de posibilitar a las partes la exposición de sus puntos de vista asumidos por ella en forma objetiva y en la extensión suficiente. Por tanto, las partes deben ser informadas sobre el procedimiento y expresiones de otros partícipes del mismo, tiene también derecho a vista de las actuaciones. Pero por sobre todo tiene derecho a expresar lo que estime conveniente³⁶.

Fundamentalmente en un nuevo sistema procesal civil debe darse siempre la oportunidad a las partes a manifestarse antes de que se dicte una resolución judicial³⁷. Con todo, existen algunas excepciones al principio sobre todo en el procedimiento monitorio, en las medidas provisionales y en la ejecución forzada, donde pueden disponerse medidas, sin oír previamente al deudor. A pesar de esto, el derecho a ser oído legalmente no se ve afectado, ya que el fin de dichas medidas podría ser burlado por una audiencia previa al deudor. Además, el deudor tiene a

³² Sobre el tema consultar: GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, op. cit., págs. 213 y ss.

³³ RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, op. cit., págs. 75 y ss.

³⁴ Con todo, en la doctrina anglosajona se han realizado algunos estudios sobre los problemas de la publicidad de los juicios y la manera como evitarlos (JACONELLI, JOSEPH, *Open Justice. A Critique of the public Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2002, *passim*).

³⁵ Sobre el debido proceso consulta el excelente trabajo de: ESPARZAR LEIBAR. IÑAKI, *El principio del proceso debido*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, *passim*.

³⁶ CAROCCA PEREZ, ALEX, *La garantía constitucional de la defensa procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, *passim*.

³⁷ Es el llamado principio de contradicción. Consultar sobre el tema: GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 181 y ss.

su disposición todos los medios de impugnación para el control de las medidas tomadas en su contra, sede en que será escuchado por el Tribunal³⁸.

Las anteriores características del modelo de nuevo sistema proyectado ponen de manifiesto la necesidad de que el juez adopte una posición activa dentro del proceso. Por tanto, lo que se persigue es que deje de ser un mero árbitro en la discusión entre los litigantes. En este sentido, entendemos que el juez debería estar facultado a buscar las fuentes de prueba que no presenten las partes, pero con la limitación que ellas aparezcan de manifiesto de los antecedentes existentes en el proceso y debiendo ejercer esa actividad hasta el momento anterior a aquel en que la causa quede en estado de sentencia³⁹.

En cuanto a los medios de prueba y a los sistemas de apreciación de la misma, consideramos como apropiada la plena libertad de medios de prueba y su apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica (o de libre valoración). Ciertamente, que en un mundo como en el que vivimos, en permanente evolución tecnológica, el limitar los medios de prueba a una enumeración cerrada es un sin sentido⁴⁰. Las partes deben tener plena libertad para utilizar todos los medios que estimen convenientes (siempre que no sean contrario al ordenamiento jurídico). Así las cosas, el Código debería regular sólo los clásicos medios de prueba y para los no previstos le corresponderá al Tribunal determinar la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba con el cual presente una mayor analogía⁴¹.

Respecto al sistema de apreciación de la prueba, consideramos que debe abandonarse la primacía que se contempla respecto del sistema de la prueba legal tasada. Efectivamente, es propio de todos los Códigos modernos el no utilizar el sistema de la prueba legal tasada y sustituirlo por el de valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica⁴². El Tribunal apreciará de manera libre la prueba, pero sin poder contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por otro lado, se debe mantener el deber de motivación de las sentencias, con el objeto de que éstas puedan ser objeto de revisión por los Tribunales superiores y así los tribunales cumplan con su deber de fundamentar adecuadamente el establecimiento de los hechos para demostrar que han alcanzado su convicción certeramente conforme al sistema de

³⁸ GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 32 y ss.

³⁹ CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutel*, op. cit., págs. 91 y ss.

⁴⁰ Sobre la permanente evolución tecnológica y sus consecuencias negativas para la sociedad ver: BECK, ULRICH, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, *passim*, y, PERROW, CHARLES, *Normale Katastrophen. Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik*, Campus Verlag, Frankfurt, 1987, *passim*.

⁴¹ Técnica similar a la empleada en el Código Procesal Penal del 2000.

⁴² Para un análisis de la evolución de los sistemas de valoración de la prueba desde una perspectiva histórica ver: WALTER, GERHARD, *La libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985, págs. 9 a 95.

la sana crítica, sin perjuicio del efecto socializador que la sentencia bien fundada logra alcanzar dentro de la sociedad⁴³.

Un tema importante es el relativo a la valoración de instrumentos públicos en el nuevo sistema. Esta clase de instrumentos representan una excepción al sistema de libre valoración de la prueba en el caso de los contratos solemnes, puesto que debe validarse la regla consistente en que el contrato solemne se prueba por su solemnidad. Por otra parte, también deberá considerarse la exclusión de medios de prueba que contempla la legislación para acreditar determinados hechos, con el fin de precaver la comisión de fraudes con su rendición.

Otro punto de mucho interés es el relativo a los recursos procesales⁴⁴. En nuestra opinión, se debería avanzar hacia una supresión del sistema de la doble instancia.

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

En nuestra opinión, el recurso de nulidad (casación ampliada) es el único compatible con los principios de la oralidad, inmediación y concentración de actuaciones. Efectivamente, el citado recurso permite un control de las cuestiones de hecho e incluso de las cuestiones de derecho, a través de dos vías:

- a) Los *conceptos jurídicos indeterminados*. En estos supuestos, el tribunal que conoce del recurso puede verificar el alcance que se fijó para los mismos por el juez de la instancia. De esta manera se puede entrar a los hechos.
- b) Con el *examen o "test" de coherencia interna del razonamiento jurídico de la sentencia* (MACCORMICK)⁴⁵. La coherencia es un *test* de probabilidad cuando no se

⁴³ Sobre la importancia del deber de motivación de las sentencias consultar, a modo indicativo: COLOMER HERNANDEZ, IGNACIO, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; IACOVIELLO, FRANCESCO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997; IGARTUA SALAVERRIA, JUAN, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; y, ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁴⁴ Sobre el sistema de recursos en un procedimiento civil moderno consultar, entre otros: Por Alemania (ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 929 y ss; y, GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 186 y ss.) y por España (RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, op. cit., págs. 477 y ss.; y GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 2004, págs. 551 y ss.).

dispone de una prueba directa mediante observación inmediata. Casi todas las disputas jurídicas se refieren a hechos ya acontecidos y, como ningún acontecimiento del pasado es susceptible de prueba directa, la coherencia narrativa es un *test* de importancia central en la justificación de las decisiones.

La existencia de una fase de ejecución en el juicio está subordinada esencialmente a la necesidad de una tutela judicial efectiva. Poco importa obtener una resolución jurisdiccional favorable, si no se puede obtener una realización, o si no puede conseguirse el bien de la vida que el juicio ha reconocido. Sin ejecución el Derecho es algo que se esfuma en etéreas declaraciones o formulaciones más o menos afortunadas.

La principal crítica que presenta nuestro modelo de juicio ejecutivo, es que en determinados supuestos se transforma en un juicio declarativo. Efectivamente, permite que en definitiva se pueda discutir sobre la validez o nulidad de la obligación⁴⁶. En definitiva nuestro juicio ejecutivo debe tener una naturaleza exclusivamente ejecutiva para ser plenamente eficaz. Así las cosas, debe también limitarse de una manera decidida las posibles excepciones que pueden oponerse al título. Sólo de esa manera podremos tener un verdadero juicio ejecutivo.

La segunda modificación consiste en reducir los procedimientos ejecutivos que actualmente existen, a saber: procedimientos ejecutivos de obligaciones de dar, hacer y no hacer⁴⁷. Reduciendo la ejecución a sólo dos tipos de procedimiento de procedimientos de ejecución, a saber: los que provienen de obligaciones dinerarias o no dinerarias. Esta reforma busca eliminar una peculiaridad de nuestro Derecho positivo, ya que es uno de los pocos países que reconoce la existencia de un juicio ejecutivo para obligaciones de no hacer que normalmente se resuelve en una obligación de hacer.

Sin embargo, creemos que una de las principales modificaciones que debería introducirse al juicio ejecutivo consistirían en radicar en el tribunal sólo las funciones de carácter jurisdiccional, entregándose a terceros todas las diligencias que no revisten semejante carácter, como son las relativas a la liquidación de bienes⁴⁸.

⁴⁵ MACCORMICK, NILS, "Coherente in The Legal Justification", *Theory of legal Science* (Ed. Roermund), Dordrech, 1984, págs. 48 a 55.

⁴⁶ Nos referimos a la hipótesis del artículo 464 número 14 del Código de Procedimiento Civil, que señala que una de la excepciones que se puede oponer el ejecutado es "la nulidad de la obligación".

⁴⁷ Esta es una de las notas características de nuestro sistema procesal civil. Efectivamente, no existe otro ordenamiento en que se divida el juicio ejecutivo en atención a su naturaleza.

⁴⁸ En este sentido se seguiría la tendencia de legislaciones como la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000.

En consecuencia, todo el proceso de liquidación de bienes debe ser entregado a terceros y realizarse fuera del tribunal, no siendo posible concebir por ejemplo que los remates de cualquier especie se realicen o verifiquen por y ante el tribunal. Asimismo, la liquidación de los créditos debería ser realizado por personal que cuente con los conocimientos y programas computacionales que faciliten la realización de esa diligencia en forma centralizada incluso y a nivel nacional, y los pagos deberían verificarse en forma centralizada conforme a la orden que se imparta por parte del tribunal, concentrándose todo lo que dice relación con el manejo de fondos en unidades administrativas, comunes a todos los tribunales de la ciudad y no en cada tribunal.

Una novedad que consideramos importante introducir en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, es la institución de la ejecución provisional⁴⁹. La nueva regulación de la justicia civil debe representar una decidida opción por la confianza en la Administración de la Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considerar provisionalmente ejecutable, con razonables temperamento y limitaciones, la sentencia de condena dictada en ese grado jurisdiccional.

La ejecución provisional será viable sin necesidad de prestar fianza o caución alguna, aunque se regule, de una parte, un régimen de oposición a la ejecución, de otra, reglas claras para los distintos casos de revocación de resoluciones provisionalmente ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, remitiendo a un proceso ordinario, sino que permite su exacción por la vía de apremio.

Así las cosas, solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará, a menos que se trate de una sentencia inejecutable o que no contenga pronunciamiento de condena. Por tanto, despachada la ejecución provisional, el condenado puede oponerse a ella, en todo caso, si entiende que no concurren los presupuestos legales. La oposición se estructurará de manera diversa según si se trate de una ejecución dineraria o de una no dineraria. En la última hipótesis, la oposición puede fundarse en que resulta imposible o de extrema dificultad, según la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar o restituir la situación a su estado anterior o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que le causaren, en el supuesto que la sentencia fuere revocada.

Por otro lado, si la condena es dineraria, no se permite la oposición a la ejecución provisional en su conjunto, sino únicamente a aquellas actuaciones

⁴⁹ Monográficamente en España consultar, entre otros: PEREZ GORDO, ALFONSO, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1973; CABALLOL ANGELATS, LLUIS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1993; ARMENTA DEU, TERESA, *La ejecución provisional*, La ley, Madrid, 2000; y, VELASQUEZ MARTIN, MARIA DE LOS ANGELES, *La ejecución provisional en el proceso civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dikynson, Madrid, 2003.

ejecutivas concretas del procedimiento de apremio que puedan causar una situación absolutamente imposible de restaurar o compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

En caso de ejecución provisional por condenas dinerarias, la ley deberá exigir a quien se oponga a actuaciones ejecutivas concretas que señale alternativas viables, así como ofrecer caución suficiente para responder por las demoras en la ejecución, si las medidas alternativas no fueren aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado. Así las cosas, si no se ofrece alternativa o caución la oposición no procederá.

Otra novedad que debe ser abordada por el nuevo sistema procesal civil es la introducción del llamado procedimiento monitorio. En el Derecho comparado el procedimiento monitorio (*Mahnverfahren*) tiene una importancia fundamental⁵⁰. Efectivamente, en Alemania, Austria, Francia y Italia es posible constatar que más de tres cuartas partes de los procesos seguidos se solucionan a través de un proceso monitorio (un millón de procesos anuales en Austria, Francia y Italia, y con más de seis millones en Alemania). También es digno de destacar la importancia del procedimiento monitorio en un país de nuestro entorno cultural cercano. Efectivamente, nos estamos refiriendo al Uruguay, quien emplea el procedimiento monitorio, con gran éxito, por más de un siglo.

La gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que no exista un real conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación. Así las cosas, el proceso monitorio, más que un juicio propiamente tal, constituye un instrumento procesal para formar un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio, en aquellos supuestos en que el deudor carezca de motivos para oponerse al cumplimiento de la obligación que le es reclamada. Resulta poco rentable obligar en dichos supuestos al demandante a formular un proceso y a proponer pruebas, y al órgano jurisdiccional a tramitar todo un proceso y dictar sentencia, siendo que de antemano es previsible la real existencia de la deuda y la ausencia de motivos de oposición⁵¹.

Por tanto, el juicio ejecutivo responde a una lógica distinta de la del juicio monitorio. En efecto, mientras el proceso monitorio tiende a crear un título ejecutivo, el juicio ejecutivo pretende hacer efectivo un título ejecutivo ya

⁵⁰ Monográficamente, en España consultar, entre otros: GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADO, FAUSTINO, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972; LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *El procedimiento monitorio civil*, Dikynson, Madrid, 1988; CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio*, JM. Bosch, Barcelona, 1998; y, CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁵¹ SERRA DOMINGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 58.

existente; mientras el proceso monitorio produce plena cosa juzgada, el juicio ejecutivo sólo produce cosa juzgada respecto de las cuestiones realmente juzgadas o que pudieran juzgarse; mientras el proceso monitorio se resuelve en la inversión del contradictorio, el juicio ejecutivo con oposición produce la inversión de la carga de la prueba.

En cuanto a las condiciones que, de acuerdo a la doctrina⁵², debe tener el procedimiento monitorio son:

- a) Se debe partir de la base que el procedimiento monitorio tiende a eliminar el proceso jurisdiccional. Es por ello que el escrito que inicia el procedimiento monitorio debe ser extremadamente sencillo, siendo aconsejable incluso prescindir de la intervención de abogados, ya que únicamente se pretende requerir al deudor para que efectúe el pago de la deuda. Con todo, la presencia de abogados será necesaria tanto en los supuestos de formularse la oposición al juicio monitorio, cuanto en el momento de ejecutarse el mandamiento de pago librado por el tribunal.
- b) Para el éxito del monitorio es indispensable que el deudor tenga pleno conocimiento de la existencia de la reclamación y que le sea imputable el no haberse defendido frente a la misma. Así las cosas, esto entronca con otra reforma que ya se había hecho mención. Nos referimos a la necesidad de reformar los obsoletos medios de comunicación que nuestro actual proceso civil presenta. Todo ello con el objetivo principal de garantizar que efectivamente el requerimiento de pago se efectúe en la persona del deudor.

Finalmente, tratándose de los procedimientos no contenciosos (voluntarios) estimamos que deberían ser ellos entregados al conocimiento de órganos administrativos o auxiliares de la administración de justicia, contemplándose la intervención del órgano jurisdiccional sólo en caso que fuere ello absolutamente indispensable, como acontecería si surge una oposición durante la tramitación⁵³. Esta tendencia es la que se ha seguido por el legislador en temas tan trascendentes como la posesión efectiva intestada, y no vemos la razón por la cual no podría seguirse el mismo criterio en asuntos aún de menor trascendencia.

⁵² GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. Págs. 225 y ss.; ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 1141 y ss.; y, SERRA DOMINGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, op. cit., págs. 58 y ss.

⁵³ Esta solución tiene su punto de partida en un razonamiento desde el prisma del análisis económico del Derecho. Efectivamente, el problema de la sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia sólo genera un malestar en el usuario del sistema y un aumento de los costos del sistema judicial. Frente a ello, no basta sólo con aumentar la inversión estatal en el sistema procesal. La solución es desviar una parte de las tareas que no le son propias (gestiones voluntarias tiene una naturaleza administrativa) a otros entes públicos o privados (POSNER, RICHARD A., *Análisis económico del Derecho*, FCE, México, 1998, págs. 543 y ss.).