

JUICIOS ORALES EN CHILE

Andrés BORDALÍ SALAMANCA*
Iván HUNTER AMPUERO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Juicio oral y debido proceso constitucional*. III. *El modelo de proceso oral chileno: proceso de familia, del trabajo y penal. Reforma al proceso civil*. IV. *La oralidad y sus mitos*. V. *La oralidad y los recursos procesales*.

I. INTRODUCCIÓN

Chile, al igual que muchos países latinoamericanos, se unió al camino por la oralidad de sus juicios recién terminado el siglo XX. En efecto, entre nosotros el cambio hacia la oralidad recién comienza en los años noventa del siglo pasado, con el mensaje que envía el presidente de la República al Congreso Nacional, en 1995, del proyecto de Código Procesal Penal. El Código (en adelante CPP) comenzó a regir paulatinamente en el país desde el año 2000.

Luego vinieron las reformas procesales que hicieron orales los juicios de familia y los laborales. Sólo falta hacer oral el juicio civil, lo que recién está comenzando, pues en 2009 se envió al Congreso Nacional el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil (en adelante PCPC) que consagra la oralidad como criterio procesal general de los juicios civiles. El Proyecto de nuevo Código aún no comienza su discusión en el Poder Legislativo.

Por el contrario, en muchos países de Europa continental, el movimiento por la oralidad data del siglo XIX, tanto en materias civiles como penales. Y, como se sabe, en el mundo anglosajón la oralidad procesal es parte de todo el recorrido de su historia judicial.

* Profesor de Derecho procesal en la Universidad Austral de Chile, Valdivia (abordali@uach.cl).

** Profesor de Derecho procesal en la Universidad Austral de Chile, Valdivia (Ivanhunter@uach.cl).

No se puede negar que el movimiento por la oralidad en Latinoamérica obedece a los procesos de profunda democratización política que desde hace algunos años se están llevando a cabo en la región. Y cuando se habla de democratización no sólo se pone atención en la idea de gobiernos elegidos por el voto popular, sino también en una opción por una mejor y mayor tutela de los derechos de las personas y por hacer más transparentes los procedimientos por los cuales los poderes públicos toman sus decisiones.

En el caso de Chile, la decisión política por hacer los procesos judiciales orales es más o menos coincidente con la reforma constitucional de 2005 que consagra los principios de probidad y publicidad de todos los actos y funciones públicas. En virtud de tal reforma constitucional se aprobó en 2008 la Ley sobre Acceso a la Información Pública, que, entre otras cosas, consagra un órgano administrativo para velar que los órganos públicos entreguen la información pública requerida por los ciudadanos; ese órgano es el Consejo para la Transparencia. Se trata de este modo de asegurar transparencia no sólo ante la justicia, sino ante todo órgano o poder del Estado.

La principal virtud de la oralidad es hacer más transparente la justicia y, de este modo, acercarla a los ciudadanos. Si se cuenta con suficientes jueces en el país y con una buena organización de la oficina judicial, así como un buen diseño del juicio oral, puede permitir además una tutela judicial más expedita y ágil. Otros sostienen que el proceso oral permite también una mejor justicia, pues el juez puede ver directamente a las partes y a los testigos del juicio, todo lo cual ayudaría de mejor modo a formar su convicción.

Esta última bondad se ha repetido incansablemente en Chile como una de las justificaciones más importantes de la oralidad de los juicios. Pero ella parece ser más un mito que una realidad. Se asume que los jueces son capaces de establecer la credibilidad del testigo simplemente observando directamente su comportamiento en estrados, su lenguaje corporal, cómo habla, si se sonroja, si titubea al hablar, etcétera. Pero la verdad es que ningún juez tiene los conocimientos psicológicos, si es que existen éstos en psicología, para concluir algo más o menos cierto del comportamiento de las partes y testigos. Por otra parte, será bastante poco probable que ese tipo de “impresiones psicológicas” de los jueces pueda expresarse en la sentencia al momento de su fundamentación.

Dicho lo anterior, señalaremos que la reforma procesal penal chilena de 2000 es considerada hoy en día una de las reformas institucionales más importantes en la historia republicana del país. Además, distintos sectores políticos y sociales del país la consideran un éxito.

El nuevo CPP significó poner fin a un proceso penal que había sido creado a fines del siglo XIX, que en lo esencial era un proceso muy inquisi-

tivo, pues a un mismo juez correspondía investigar, acusar y luego conocer del juicio penal. Sin perjuicio de que se admitiera la denuncia y la querrela de particulares, el juez también estaba facultado para iniciar de oficio la etapa de investigación. Todo el procedimiento era escrito. Las declaraciones de testigos y partes se realizaban ante un funcionario judicial (actuuario), el que extendía un acta que luego se agregaba al expediente. Testigos y partes rara vez veían al juez del crimen. La vinculación entre escritura y proceso inquisitivo tuvo una de sus máximas expresiones en el derogado procedimiento penal chileno.

Evidentemente, el antiguo proceso penal chileno, todavía vigente a fines del siglo XX, carecía de una legitimidad compatible con los nuevos tiempos de democratización que estaba viviendo el país. Por ello, la reforma no podía esperar más. Sin embargo, la reforma al proceso penal ya se venía discutiendo desde la década de los años sesenta en el gobierno conservador de Jorge Alessandri y con el demócrata-cristiano de Eduardo Frei Montalva. Los agitados tiempos del gobierno socialista y luego de la dictadura militar en los años setenta y ochenta impidieron todo intento de reforma. Sólo la vuelta a la democracia en el país en 1990 generó las condiciones para llevar a cabo un cambio radical del sistema de enjuiciamiento criminal chileno.

El modelo de juicio oral chileno es el sistema, bastante difundido por el mundo, de dos audiencias: una audiencia preliminar o de preparación del juicio, y luego una audiencia de juicio propiamente tal, destinada a la presentación de las pruebas y a la adopción de la decisión final.

No cabe duda que el juicio oral, si se quiere que dé respuestas judiciales oportunas, puede ser una opción mucho más cara que el procedimiento escrito. Por eso es que en Chile, junto con consagrar la oralidad de los juicios, se ha buscado una serie de alternativas a él. He aquí quizá la clave del éxito del sistema oral de enjuiciamiento que existe en el país. Pretender que todo asunto de relevancia jurídica penal, de familia o del trabajo termine en un proceso oral y con una decisión del o los jueces sobre el fondo, es casi impensable para un país como Chile, que todavía tiene mucho camino que recorrer para llegar al desarrollo, y donde hay muchas necesidades sociales alternativas que satisfacer con los recursos públicos.

Hay que tener en consideración que la reforma procesal penal proyectó que el juicio oral ante el tribunal oral en lo penal, compuesto por tres jueces de derecho, sería aplicable a un universo muy reducido de causas. Se previó en su diseño que sólo un diez por ciento de las causas de significación criminal llegarían a la etapa de juicio oral. El noventa por ciento restante debería buscar otras salidas: archivo provisional, la no investigación por el Ministerio Público (en adelante MP) por aplicación del principio de oportunidad, la

suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios entre víctima e imputado, el sobreseimiento, la facultad del MP de no perseverar en la investigación y el procedimiento abreviado, son algunas de las vías alternativas que reconoce el Código Procesal Penal.

Algo similar ocurre en materia de familia, donde existe una instancia de mediación, tanto obligatoria para algunas materias como voluntaria para otras, así como una etapa de conciliación dentro del procedimiento. En materia de proceso del trabajo existe una instancia de conciliación ante el organismo administrativo laboral, así como ante el tribunal del trabajo.

Se tiene de este modo en los procesos orales chilenos una conjunción de herramientas que intentan armonizar una tutela judicial efectiva con un uso racional de los recursos públicos.

La posibilidad de buscar alternativas al proceso no puede ser comprendida como una expropiación al ciudadano de su derecho al proceso judicial. En materias de familia y del trabajo, las personas son soberanas en su decisión de acudir o no al proceso y de pedir que éste se desarrolle hasta obtener una sentencia según derecho. En materia penal, ese derecho lo tiene el imputado, y en algunos casos también la víctima.

La única obligatoriedad en estas materias se da con algunos conflictos de familia, donde se debe intentar obligatoriamente una mediación previa antes de acudir al órgano jurisdiccional, pero si no hay resultado positivo de ella, se tiene asegurado el acceso al proceso oral de familia.

Teniendo como base el derecho a que se incoe un proceso oral, las partes buscarán alternativas a él con base en un cálculo racional sobre las expectativas de resultado que se espera obtener de ese proceso. Si el MP, por ejemplo, tiene un caso relativamente sólido, entonces el imputado estará dispuesto a aceptar los términos ofrecidos por el fiscal en orden a ir a juicio abreviado o a obtener una suspensión condicional del procedimiento, en el entendido de que obtendrá una situación de condena más satisfactoria que la que podría obtener en el juicio oral. Si, por el contrario, la posición del MP es más débil, el imputado posiblemente exigirá que se respete su derecho al proceso y pedirá que se llegue al juicio oral para buscar su absolución. Lo mismo realizarán las partes en un proceso de familia o del trabajo en orden a determinar si arreglan la situación en una instancia de mediación o de conciliación, o bien se mantienen firmes esperando el juicio oral. El juicio oral, de este modo, es el centro del sistema de justicia penal, de familia y laboral chileno.

En las páginas que siguen queremos examinar (II) las exigencias constitucionales en el derecho chileno en orden a consagrar la oralidad en los

juicios, para pasar a revisar (III) el modelo de proceso oral chileno: proceso de familia, del trabajo, penal y la reforma al proceso civil. A continuación (IV) abordaremos la oralidad y sus mitos, para terminar (V) con un análisis de los recursos procesales compatibles con la oralidad de los juicios.

II. JUICIO ORAL Y DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

En Chile, todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido un derecho fundamental a un proceso debido, pese a que no existe ninguna disposición constitucional que lo exprese en esos mismos términos. La Constitución Política de la República (en adelante CPR) no utiliza la expresión debido proceso, pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino para no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*), lo que podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia de origen anglosajón han construido al respecto.¹ Por este motivo, el Constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de “racional y justo procedimiento” (artículo 19, núm. 3, inciso 5, CPR). En esta garantía de nuestro texto constitucional hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos.

¿Qué ha de entenderse por racional y justo procedimiento o debido proceso? Dicho de otro modo, ¿qué garantiza el debido proceso a los habitantes del territorio nacional? Evidentemente, nos encontramos con una cláusula de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia. La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (en adelante CENC), en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula “racional y justo procedimiento” era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor. Como se puede observar, en el estudio de la referida cláusula no se hace ninguna referencia a la oralidad y publicidad de los procesos.

¹ Véase Evans, E., *Los derechos constitucionales. Tomo II*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 148.

Ahora bien, el texto constitucional chileno, aparte de la criolla cláusula general del debido proceso, reconoció algunas específicas garantías que tradicionalmente han formado parte de un debido proceso, como el derecho de defensa jurídica en juicio (artículo 19, núm. 3, inciso 2, CPR) y el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 19, núm. 3, inciso 4, CPR). A esas garantías deben agregarse todas las otras que reconocen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes (por aplicación del artículo 5o. CPR).² Entre esos derechos se encuentra el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial; el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas; el derecho a ser presumido inocente, entre muchos otros que reconocen la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 8o. y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) en su artículo 14, entre los textos internacionales que vinculan al Estado chileno.

Si se analizan las garantías procesales reconocidas en los tratados internacionales antes referidos, veremos que las del orden penal están mucho más precisadas que las del orden civil.

Si ponemos atención en la CADH, la verdad es que en materias procesales no penales (civiles, laborales, fiscales, etcétera) el núcleo de las garantías procesales está en el artículo 8o., núm. 1, que dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Se trata, como es de observar, de una cláusula muy general con conceptos abiertos e indeterminados que dan origen a dudas interpretativas. En concreto, aquí tenemos tres tipos de conceptos que dan lugar a tres problemas diferentes de interpretación.

Comencemos por lo más obvio. Todo precepto jurídico da lugar a interpretaciones diversas. Así, por mucho que se garantice el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, habrá de determinarse qué se entiende concretamente por un juez o tribunal con esas características. Pero luego hay garantías menos precisas, como ocurre

² Precepto que dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

con el derecho a ser oído. ¿Significa literalmente el derecho a plantear una pretensión o una defensa directa y, por lo tanto, oralmente ante el juez?, ¿significa solamente el derecho de toda persona a decir lo que se estime conveniente a su interés ante un juez o tribunal?, ¿o significa el derecho a un juicio contradictorio? Pero además hay una referencia a conceptos jurídicos indeterminados cuando este artículo 8o. de la CADH se refiere a ser oído “con las debidas garantías”. Parece ser que este derecho así concebido abre de nuevo la válvula de derechos, lo que obliga a colmar por un agente autorizado el contenido de esa garantía.

Lo mismo sucede con el artículo 14.1 del PIDCP cuando asegura que

...toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...

Por el contrario, en materia procesal penal los derechos procesales están mucho más detallados por los textos internacionales, como sucede con los artículos 8o., núms. 2, letras *a a h*, 3, 4 y 5 de la CADH y 14, núms. 2, 3, letras *a a g*, 4, 5, 6 y 7 del PIDCP. Uno de esos derechos es el de tener un juicio oral y público.

El derecho a un juicio oral y público

El artículo 14.1 del PIDCP es bastante claro en exigir que los juicios penales y aquellos donde se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil sean públicos. “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Luego agrega que “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral... pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública...”.

La publicidad que exige el PIDCP es una de carácter externa o en sentido estricto, es decir, considerando a la sociedad o terceros ajenos al pleito. Esa publicidad debe permitirse, admitiendo la presencia de terceros en la sala de audiencia de los juicios y a través de los medios de comunicación,

que pueden informar, filmar y fotografiar la audiencia de juicio. Y esa publicidad que considera a terceros y a la prensa como testigos del enjuiciamiento sólo se satisface con audiencias orales, no con procedimientos escritos. O, dicho de manera menos tajante, la publicidad se ve favorecida por la oralidad, la que debe predominar en el procedimiento.³

Cuando se dice que se tiene derecho a un juicio oral, debe entenderse que se tiene un derecho a un proceso judicial donde está presente el o los jueces (no otros funcionarios judiciales) y donde ese juez o los jueces que conforman el tribunal fundarán su convicción de acuerdo con lo que ven y perciben directamente a través de sus propios sentidos.⁴ Esencial a la oralidad es que se escuche a los testigos y eventualmente a las partes.⁵

Entonces, se puede concluir que en el PIDCP, al parecer, el derecho que tienen las personas en materia procesal, penal o civil, es a un juicio oral y público.

La expresión referida a la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil no es irrelevante, pues lleva a excluir de este deber de publicidad, y por ende oralidad, a los juicios no declarativos de derechos, como los ejecutivos, cautelares y otros. Sólo los juicios donde hay que determinar derechos y obligaciones, lo que implica una etapa de prueba para acreditar las alegaciones fácticas de las partes, reclamarían publicidad y oralidad en los términos antes apuntados.

Respecto de otros juicios civiles, como los ejecutivos, no sólo no es exigible constitucionalmente la oralidad y publicidad, sino que además es poco recomendable esta forma procedimental por razones de seguridad jurídica y efectividad de la tutela jurisdiccional. Esencial al juicio ejecutivo es controlar la existencia de un título ejecutivo, el que será escrito. Ahora bien, nada impide que algunas facetas del juicio ejecutivo, si es necesario, puedan ser orales.

En la CADH la publicidad, y luego se podría deducir la oralidad, sólo es exigida para los procesos penales. Para los juicios civiles no existe tal prescripción normativa. La CADH sólo garantiza el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial.

En una interpretación muy literal, en el derecho a ser oído por el tribunal podría entenderse la exigencia de establecer procedimientos orales, pero

³ Véase Vallespín, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, p. 73.

⁴ Véase Wach, A., *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 17.

⁵ Véase Cappelletti, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 64.

la verdad es que en la mayoría de las Constituciones y documentos internacionales, ésta sólo se exige por imperativo de la publicidad. Exigiéndose publicidad del procedimiento se exige, consecuentemente y no para todas las etapas sino sólo para las alegaciones de las partes y la rendición de las pruebas ante el tribunal, la forma oral del procedimiento. No exigiéndose publicidad, como ocurre para los procesos civiles en la CADH, no hay exigencia de oralidad.

Tenemos de este modo que en el derecho chileno el juicio penal debe ser oral y público. La publicidad y oralidad en materias no penales sólo es exigida por el PIDPC, no así por la CADH. La mayor exigencia de publicidad y oralidad en el orden penal que en el civil corresponde por lo demás a un cierto consenso en la doctrina y en el derecho comparado. Las exigencias del debido proceso, y en este caso la publicidad y oralidad del proceso, son mucho más incisivas en materia penal que en la civil. De este modo, un juicio penal escrito —donde la publicidad se ve dificultada— es contrario a las exigencias constitucionales y a los tratados de derechos fundamentales vigentes en Chile.

En materia civil la situación no es tan clara. No se puede afirmar tajantemente que el procedimiento civil escrito sea contrario a la Constitución o a las exigencias del debido proceso. Así, el legislador tendría más libertad para configurar el procedimiento, ya sea consagrando su oralidad, o bien su escrituración.

III. EL MODELO DE PROCESO ORAL CHILENO: PROCESO DE FAMILIA, DEL TRABAJO Y PENAL. REFORMA AL PROCESO CIVIL

A partir de un examen de los diferentes procesos nacionales es posible advertir un patrón común, caracterizado por la existencia de una o más audiencias orales con finalidades diversas. Estas audiencias vienen precedidas, por lo general, de una etapa esencialmente escrita donde queda definido el objeto del proceso a través de los actos de alegación. Hay una sucesión de actuaciones procesales que dan origen a distintas etapas, recíprocamente informadas por la oralidad y la escritura, sin yuxtaposición entre una y otra, que buscan la mayor eficiencia posible para los fines del proceso.

Con carácter general puede decirse que la fase introductoria exige la escrituración de los actos alegatorios, admitiendo mínimas incrustaciones de oralidad en tratándose de la modificación de la demanda (básicamente, rectificación o aclaración de puntos oscuros o dudosos), que tienen una incidencia marginal en la determinación del objeto. Luego hay una etapa

que la sucede, de carácter oral, reflejada en la “audiencia preliminar” o “audiencia preparatoria” donde las partes junto al tribunal determinan y preparan el proceso para la etapa final, también oral, denominada “audiencia de juicio”,⁶ que tiene por finalidad exclusiva recibir la prueba previamente ofrecida por las partes.

El modelo procesal que sigue nuestro legislador se pone en la línea emprendida por Franz Klein con la Ordenanza Procesal Austriaca de 1895, patrón que tuvo en el siglo XX una fuerte expansión en los sistemas procesales del *civil law*. La gran mayoría de las legislaciones europeas adoptó, con algunos matices, los grandes lineamientos de este proceso, especialmente su forma oral y concentrada. Además robustecieron la presencia del juez en la dinámica procesal, otorgándole una serie de poderes tanto formales como materiales, reconocidos para ser actuados en la denominada “audiencia preliminar”.⁷

En el ámbito del proceso civil latinoamericano la influencia del modelo austriaco ha sido notable, puesto que el Código Procesal Modelo para Iberoamérica ha concentrado en la audiencia preliminar una serie de actividades ligadas a la fijación del objeto del proceso y de la prueba, así como el ofrecimiento de los medios probatorios de que pretenden valerse las partes. En esta audiencia, además, le viene reconocida al juez una potestad amplia para decretar toda clase de medios de prueba, junto con declarar la admisibilidad de la propuesta por las partes.⁸

1. *La escrituración como medio eficiente para la determinación del objeto del proceso*

Como se había indicado, el modelo trifásico se caracteriza por hacer una división lógica y funcional del procedimiento de cognición en tres grandes momentos. En el primero se busca definir con precisión y claridad los contornos del objeto del proceso; por ende, hay un desarrollo esencialmente escrito de los principales actos alegatorios, como la demanda, contestación

⁶ Hace excepción a este modelo el proceso penal chileno, que si bien se estructura sobre fases funcionales bien definidas (etapa de investigación formalizada y desformalizada, etapa intermedia o de preparación del juicio oral, y por último el juicio oral propiamente tal), hay una yuxtaposición entre la escritura y la oralidad en cada etapa del proceso.

⁷ Véase Sprung, R., “Le basi del diritto processuale civile austriaco”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXIV, 1979, p. 24.

⁸ Véase Berizonce, R., “L’udienza preliminare nel codice processuale civile modello per l’Iberoamerica”, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 1992, pp. 833 y 834, y también Gelsi, A., “Código-tipo y reforma del proceso en América Latina. Entre derecho común e uniforme”, *Un ‘Codice Tipo’ di procedura civile per l’America Latina*, Padua, Cedam, 1989, pp. 41-60.

y eventual reconvencción. En esta etapa deberían quedar definidos la naturaleza, contenido y alcance de la tutela jurisdiccional, esto es, los límites dentro de los cuales el tribunal debe otorgar la tutela.

A esta dinámica pertenece el proceso establecido en Chile para la resolución de los conflictos de familia con la Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968 y su posterior modificación por la Ley N° 20.286, en adelante LTF). En éste, tanto la demanda (artículo 56, inciso 1, LTF) como la contestación y reconvencción deben ser escritas (artículo 58, inciso 1, LTF). Hay tres excepciones a esta regla: la primera es la demanda oral, siempre y cuando el juez lo autorice, en cuyo caso se levanta un acta donde quede registro de la demanda (artículo 56, inciso 2, LTF). La segunda es la contestación de la reconvencción, que puede formularse tanto por escrito como en forma oral en la audiencia preparatoria (artículo 58, inciso 1, LTF), y la tercera, la posibilidad de que el juez autorice, excepcionalmente, a reconvenir oralmente (artículo 58, inciso 2, LTF). Cabe precisar que la oralidad de la demanda y la reconvencción procede en casos calificados que tienen que ser determinados por el juez. No así la contestación a la reconvencción donde la elección entre oralidad y escritura queda entregada al libre arbitrio del litigante.

Este modelo se replica en los procesos del trabajo; aquí el legislador ha determinado la preferencia de la escrituración por sobre la oralidad para la etapa de conformación del objeto del proceso. Así lo dispone el artículo 446 del Código del Trabajo (en adelante CT) cuando obliga a presentar la demanda en forma escrita. Misma exigencia se establece para la contestación de la demanda y reconvencción, que también deben constar por escrito (artículo 452, CT).

Por último, en el PCPC también se contempla una etapa previa esencialmente escrita (artículo 7o., inciso 2, PCPC). Sin embargo, a diferencia de los procesos de familia y del trabajo, la escrituración se extiende además al ofrecimiento de la prueba testimonial, pericial y otros medios probatorios que sea necesario constituir en audiencia (artículo 233, PCPC). Esta última modalidad ayuda a lograr un equilibrio en las fuerzas probatorias al permitir una reacción eficaz de las partes frente a la actividad probatoria de su contraparte.

El prototipo nacional está acorde con un ideal de eficiencia del proceso, en la medida que la escrituración de los actos introductorios permite que los letrados desarrollen de mejor forma su defensa, al disponer de más tiempo para la reflexión sobre todos los aspectos relacionados con el debate.⁹ Este

⁹ Véase Nieva, J., *Jurisdicción y proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 100.

tiempo es especialmente importante cuando el asunto versa sobre controversias de cierta complejidad (fáctica o jurídica), que exigen un análisis más detallado que un caso normal.¹⁰

A lo expuesto se pueden agregar dos razones adicionales: en primer lugar, la escrituración del debate ayuda a reafirmar la estructura dialéctica del proceso, tanto para la adecuada defensa de los litigantes como para la decisión fundamentada que debe dar el juez a las proposiciones contrapuestas de las partes. La escritura facilita la tarea del tribunal al momento de dialogar con los argumentos planteados por los litigantes. En segundo lugar, otorga seguridad jurídica a la determinación del objeto. La voluntad de los ciudadanos queda plasmada en los escritos alegatorios que contienen la pretensión (causa y objeto pedido), otorgando esa mediación escrita un fuerte grado de seguridad en los extremos de la *litis*. Como lo explica Cappelletti, “no parece dudoso que, en la normalidad de los casos, la forma escrita no pueda dejar de contribuir a la precisión, a la seriedad, a la ‘puntualización’ de la demanda misma”.¹¹

2. *La oralidad y la audiencia preliminar del juicio oral*

La segunda etapa del modelo trifásico tiene lugar con la llamada “audiencia preliminar”, también conocida en el proceso penal como “audiencia de preparación del juicio oral”. Esta audiencia tiene una forma esencialmente oral y en ella se materializa una serie de actividades ligadas a los aspectos formales del procedimiento y a la prueba. Excepcionalmente, también pueden desarrollarse tareas relativas a la aclaración y rectificación del material fáctico introducido por medio de los actos alegatorios, pero tienen un impacto marginal en la determinación del objeto.¹²

¹⁰ Véase Taruffo, M., *Páginas sobre la justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 253. Nieva señala que no sólo para las partes la escrituración presenta claras ventajas sobre la oralidad, sino también para el juez, ya que es común observar que los magistrados no repasan en absoluto la grabación de una vista. Con la escrituración, en cambio, le es posible efectuar un repaso acerca de los principales argumentos de las partes. Nieva, J., *op. cit.*, p. 101. Cappelletti señalaba al respecto que la escrituración es mucho más útil y seria para la elaboración de las defensas jurídicas, puesto que permite recurrir a una serie de herramientas adicionales como la doctrina y la jurisprudencia, además de evitar las repeticiones perniciosas y las desigualdades que pueden generar las respuestas y contrarrespuestas de los abogados en las audiencias orales. *Cf.*: Cappelletti, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 88.

¹¹ Cappelletti, M., *La oralidad...*, *cit.*, p. 87.

¹² En nuestro ordenamiento, los procedimientos en vigor, como el de familia y el del trabajo, consagran un sistema rígido de modificación de la demanda. Mismo trazado sigue

Entre algunos de los objetivos de esta audiencia está la resolución y, en su caso, la subsanación de las cuestiones formales o procedimentales, ya sea que se hayan hecho valer por las partes o que puedan ser revisadas de oficio por el juez; se tienta a las partes a lograr una conciliación que permita eludir el dictado de la sentencia; se fija en forma definitiva e inmutable el objeto del pleito, especialmente la causa de pedir y el objeto pedido; se define el *thema probandi*, mediante la indicación de los hechos sustanciales y pertinentes que sea necesario probar con base en las alegaciones formuladas por los litigantes y, en fin, se proponen por el juez o las partes las convenciones probatorias.¹³

Sin lugar a dudas, la audiencia preliminar constituye el momento clave para la preparación del juicio oral, fundamentalmente por la relevancia que posee en la conformación del material probatorio. A excepción del PCPC —donde la iniciativa de la prueba por constituir debe emanar de los actos escritos—, la audiencia preparatoria constituye el instante en el cual los justiciables ofrecen al tribunal el abanico de pruebas de los que pretenden valerse en la tarea de acreditar sus proposiciones fácticas. Al mismo tiempo, es el momento para dialogar con el juez acerca de la admisibilidad de los medios de prueba propuestos, debiendo excluirse aquellos que resulten impertinentes, sobreabundantes, tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios, o hayan sido obtenidas con infracción a derechos fundamentales. De manera excepcional se permite recibir anticipadamente ciertos medios de prueba (artículos 61, núm. 9, LTF y 254, núm. 9, PCPC), e incluso en algunos procesos, la prueba documental debe presentarse en esta audiencia (artículo 446, inciso final, CT).

Por último, en los procesos nacionales la audiencia preliminar viene definida como la única oportunidad dentro del procedimiento para que el juez pueda decretar prueba de oficio. La opción por otorgar al juez poderes

el PCPC. Por consiguiente, las modificaciones que pueden introducirse a la demanda en la audiencia preliminar tienen un efecto residual en el objeto del proceso, y no pueden alterar ni la causa de pedir ni el objeto pedido. Sobre el alcance y fundamento de los sistemas rígidos de modificación de la demanda véase Picó I Junoy, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 43-64.

¹³ Véase Barbosa, J., “Sancamiento del proceso y audiencia preliminar”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1986, pp. 11 y 12. También sobre el modelo concentrado: Fairén, V., “Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 160, 161 y 162, 1988, p. 28. Sobre el contenido ideal de un modelo teórico de audiencia preliminar véase Palomo, D., “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 396-398, y Abel, X., “La audiencia previa: entre deseo y realidad”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003, pp. 335-372.

de prueba en esta audiencia tiene importantes implicancias. La primera es desterrar la idea sustentada por algunos autores en orden a que la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional es una herramienta que puede ponerse en pugna con la carga de la prueba,¹⁴ dado que no impediría (en realidad jamás se puede impedir) que el juzgador pueda arribar a hechos cuya existencia considera dudosa o incierta. La actividad probatoria desarrollada por el juzgador en la audiencia preliminar no supone relevar a las partes de las cargas probatorias. En esta etapa no hay hechos dudosos e inciertos que se originan previa valoración y ponderación de la prueba ya practicada. Por ende, si el resultado de la prueba practicada no permite desechar las hipótesis que confirman o excluyen la existencia de un hecho, el juez —a menos que se quiera auspiciar una renovación de la actividad probatoria— deberá aplicar las reglas de la carga de la prueba y decidir en contra de aquella parte que debió acreditar un hecho y no lo hizo. Por el contrario, la actividad probatoria del juez en la audiencia preliminar apunta a impedir que el resultado de la prueba rendida pueda arribar a la existencia de dudas epistemológicas, pero no a salir de la incertidumbre ya producida. Para esta última situación los ordenamientos suelen establecer diligencias finales o medidas para mejor resolver, cuestión que nuestros procesos orales, por motivos de concentración procesal, han abandonado completamente,¹⁵ adoptando otras herramientas para contar en la audiencia de juicio con todos los elementos probatorios previamente ofrecidos.¹⁶

Todo este conjunto de actividades se hace en forma oral, es decir, mediante un debate y discusión entre las partes, en presencia y con una activa participación del juez, quien además de presidir la audiencia tiene la misión

¹⁴ Cfr. Alvarado, A., “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 242 y 243, y en Chile: Botto, H., *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Santiago, Editorial Fallos del Mes, 2001, p. 90.

¹⁵ A nuestro juicio, lo que corresponde no es abandonar la vieja institución de las medidas para mejor resolver, sino que debe ser reformulada. Hoy en día, con el reconocimiento de una potestad probatoria amplia en manos de los jueces, no resulta justificable reconocer esa misma posibilidad en el estado final del proceso. Esto no quita que sea necesario posibilitar la práctica final de las pruebas que hayan arrojado un resultado inverosímil o que simplemente no se han podido rendir por motivos ajenos a las partes. Así, el objetivo de las diligencias finales de prueba sería mejorar el resultado probatorio de determinadas diligencias (las de resultado inverosímil), como también asegurar el derecho de defensa de los litigantes (las pruebas frustradas).

¹⁶ Estos mecanismos miran esencialmente a la posibilidad de suspender la audiencia de juicio cuando falta prueba por diligenciar o no están presentes todos los elementos probatorios previamente decretados.

de tomar importantes decisiones que influyen directamente sobre la suerte de la *litis*. Por consiguiente, asume un rol preponderante y activo que lo lleva incluso a fomentar el diálogo entre los contradictores para lograr una mejor decisión.

Bajo esta perspectiva, no cabe duda que la oralidad es un factor esencial y necesario para desarrollar esta audiencia de forma eficiente. Si la discusión que se genera entre las partes y el juez, y las decisiones acerca de la admisibilidad de cada medio de prueba fuesen desarrolladas a través de un intercambio de escritos, el tiempo que se demandaría sería mucho mayor al desarrollo mismo de la audiencia oral. La oralidad permite efectuar un diálogo que de manera escrita sería mucho más engorroso y difícil, y por tal motivo menos eficiente.

Quizá el principal inconveniente de nuestro sistema procesal en relación con la audiencia preliminar es su carácter insustituible, independiente de la naturaleza, clase o complejidad del conflicto de que se trate. La oralidad que impregna la audiencia preliminar es buena en términos de eficiencia cuando el proceso no tiene un desarrollo complejo, y cuando las partes y el juez pueden desplegar sus argumentos sin mayores dificultades. Pero en casos complejos, donde se requiere un grado más acabado de meditación y estudio de las circunstancias, la oralidad no resulta del todo eficiente, puesto que impide la necesaria reflexión de la parte.

En este aspecto sería bueno avanzar hacia los extremos donde la escritura sí brinda una solución más eficiente desde el punto de vista de la calidad de las decisiones, especialmente cuando se trata de asegurar una respuesta adecuada desde una pretendida equivalencia en la propuesta probatoria. Si la parte demandada sabe cuál serán las pruebas en que se basa una pretensión entonces podrá reaccionar efectivamente en términos de lograr una equivalencia en la actividad probatoria. Por ende, nos parece acertado el modelo que sigue el PCPC de exigir a los litigantes la indicación en la demanda de los medios de prueba de que pretenden valerse, junto al acompañamiento de la prueba documental. También resulta destacable, en esta perspectiva, el proceso penal chileno, que exige al MP indicar en su acusación los medios de prueba que pretende hacer valer (artículo 259, letra *f*, CPP). En estos casos, la discusión oral que se realiza en la audiencia preliminar tiene por objeto únicamente determinar si la prueba ofrecida en forma escrita reúne las condiciones de pertinencia y relevancia para ser admitida. El ofrecimiento escrito de la prueba en forma previa a la audiencia otorga un mayor tiempo y espacio para el discernimiento acerca de su pertinencia y utilidad, asegurando —al menos en teoría— un posterior desarrollo oral de los argumentos de las partes.

3. *La oralidad y la audiencia de juicio*

La última etapa está constituida por la “audiencia de juicio”, que representa el momento *pick* de la oralidad como forma del procedimiento. En esta audiencia se recibe la prueba, siendo esencial para su validez la presencia inmediata del juez, de manera que la decisión del tribunal debe fundarse en el material informativo que ahí se produce. La audiencia de juicio sirve como garantía del justiciable en un doble sentido: en primer lugar, asegura que la decisión jurisdiccional se fundará en las pruebas que se han practicado en esta audiencia y que, por lo tanto, han sido objeto de un control por quienes el contenido de esa prueba puede perjudicar. En segundo lugar, asegura que la decisión va a ser adoptada por el mismo juez o tribunal que presenció la práctica de la prueba, sin que pueda haber delegación de funciones.

Estas ventajas aparecen legalmente previstas como verdaderos deberes para el juzgador, y son comunes para todos los procedimientos orales: así se dispone para el proceso penal (artículo 296, CPP), el proceso de familia (artículos 65 y 66 bis, LTF), y del trabajo (artículos 427, 457 y 460, CT). Además está prevista especialmente en el artículo 260, inciso final, del PCPC.

Si puede existir en la doctrina del derecho procesal una lucha acerca de la necesidad de introducir la oralidad en los juicios, ésta cobra sentido cuando se trata de la práctica de las pruebas por constituir, esto es, la declaración de parte, los testigos y la pericial. Cuando el asunto puede ser resuelto únicamente recurriendo a la prueba documental, entonces el desarrollo de una audiencia oral carece de todo sentido, siendo más racional permitir que las partes desarrollen en forma escrita el control sobre el contenido de la prueba documental.

Ahora bien, la audiencia de juicio como momento clave para la introducción de la prueba por constituir, se encuentra empapada de ciertos principios, como la bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad, inmediación, concentración, continuidad, y dirección de oficio por el tribunal. Acerca de estos principios vale la pena hacer dos comentarios.

En primer lugar, es común observar la exigencia de que el juez pronuncie de inmediato su decisión una vez finalizada la audiencia de juicio. Esta exigencia encontraría su fundamento en la indispensable continuidad, concentración y celeridad del procedimiento que supone llevar un proceso oral. En otras palabras, un proceso, para que pueda ser oral, debería desarrollarse de manera concentrada, ojalá en una sola o en dos audiencias lo más próximas entre sí, sin interrupción, y seguida de una decisión del juez de la causa.

Resulta palmario que para hacer frente a la tardanza que implica el desarrollo de un proceso con todas las garantías, la concentración de los actos de prueba permite la celeridad del procedimiento. Si los actos de prueba fuesen dispersos en el tiempo, además de hacer más dificultosa la tarea de decisión sobre los hechos, se generaría un retardo injustificado, o al menos evitable, en la dictación de la sentencia definitiva. Pero esta celeridad no puede ser a costa de sacrificar la calidad y justicia de la decisión final. O sea, la concentración de los actos probatorios y la cercanía entre su percepción por el juez y la decisión no son valores intrínsecamente justos. En algunos casos, obligar al juez a decidir con dudas fácticas o sin un análisis riguroso de todas las implicancias fácticas y jurídicas de la controversia puede significar una merma considerable en la posibilidad de arribar a una sentencia justa. Tal posibilidad es propia de un juicio sencillo y no especialmente complejo.

Por ende, parece más razonable que el legislador entregue una herramienta al juez para que en cada caso concreto pondere tanto si va a decidir de inmediato la contienda, una vez rendida la prueba en la audiencia de juicio, o si, por el contrario, va a reflexionar en un mayor grado sobre las distintas cuestiones fácticas de la controversia.¹⁷ Incluso debería contemplarse la posibilidad de que el juez ordene, bajo ciertos límites fijados por la ley, la producción de prueba cuando tiene dudas acerca de la existencia de un hecho.¹⁸

En segundo lugar, y como última reflexión, la audiencia de juicio está pensada para un determinado modelo de juez: el juez activo. Para esta finalidad, el ordenamiento le reconoce, incluso en el proceso penal, una serie de poderes para intervenir en la práctica de la prueba. Se trata de poderes

¹⁷ Esta posibilidad se encuentra contemplada en el artículo 457 CT, donde el juez puede dar su decisión una vez finalizada la audiencia o postergarla para el décimo quinto día después de verificada la audiencia de juicio. Desde la perspectiva que estamos analizando, esta decisión legislativa puede ser considerada correcta y eficiente. Si se trata de un proceso fácil, la resolución del juez será inmediata, una vez finalizado el juicio oral. Por el contrario, si la cuestión sobre los hechos (o el derecho) es particularmente compleja, entonces la postergación de la decisión es la única opción para asegurar la calidad de la sentencia. Esto demuestra, además, que la concentración y celeridad son valores deseados por el legislador, pero que requieren una modulación cuando es necesario emplear un tiempo más o menos extenso para brindar una tutela efectiva de los derechos de los justiciables.

¹⁸ Es tarea del legislador crear un sistema de equilibrios para luchar contra el factor tiempo, en especial un sistema cautelar capaz de abarcar los diferentes peligros que tiene que enfrentar el sujeto activo de la relación procesal (peligro de infructuosidad de la sentencia y peligro en la demora o tardanza). Si esto es así, no vemos inconveniente de ningún tipo para permitir, excepcionalmente y con ciertas modulaciones, que la decisión final pueda postergarse en pos de mejorar su calidad.

materiales que buscan perfeccionar el material de conocimiento a través de la posibilidad de formular preguntas a los testigos, peritos o partes que figuran en el proceso. Estas preguntas están destinadas a completar el grado de fiabilidad de la información que proporcionan estos medios de prueba, solicitando las aclaraciones, explicaciones y rectificaciones correspondientes.

IV. LA ORALIDAD Y SUS MITOS

Si se hace una revisión histórica y doctrinaria acerca del significado y valor de la oralidad como concepto técnico del proceso (una mera forma del procedimiento), no tendremos mayor dificultad en identificar sus derivados: la inmediación, concentración y publicidad. Estas formas tendrían una valoración, de suyo, positivas, y permitirían aparentemente arribar a una solución más justa. A idéntica conclusión llegaremos si nos preguntamos por el valor político de la oralidad en el Estado moderno, y en la legitimidad de las decisiones judiciales que vienen precedidas de un procedimiento oral y público. Si el ciudadano tiene constitucionalmente consagrado un derecho a un proceso seguido ante un juez imparcial, esa garantía sólo sería alcanzable cuando el procedimiento goza de un umbral de oralidad e inmediación suficiente para asegurar la presencia del juzgador y el control público de las decisiones judiciales. Estos aspectos no son, sin embargo, parte de la mitología que desde siempre se ha tejido al alero de la oralidad. Más bien parecen ser parte de las razones que la doctrina ha asumido para construir un discurso político en torno a justificar la necesidad de implantar reformas basadas en la oralidad y en los valores que históricamente ha representado.

Por el contrario, hay tres mitos que frecuentemente suelen acompañar a la oralidad: en primer lugar, el antiguo binomio oralidad-poderes del juez. Otro, actual y vigente, y quizá aún más peligroso y perverso, como el de oralidad-juez psicólogo, y, por último, la idea de que la oralidad se consagre como un principio del procedimiento. Pretendemos enfrentar estos mitos a la luz de la normativa nacional.

1. *Oralidad y poderes del juez*

A partir de los postulados chiovendianos de la oralidad se mantuvo la idea de que el proceso oral necesitaba siempre la articulación de un juez que asumiera un papel activo tanto en el quehacer netamente procesal (control de los tiempos y de la legalidad de los actos del proceso) como en la búsqueda

da del material probatorio necesario para conformar la decisión.¹⁹ Se dijo que así como la escritura se identificó con un juez eminentemente espectador y pasivo, desprovisto de todo poder formal o material, la oralidad requiere un modelo diferente en que el juez desarrolle una actividad procesal dinámica en la recopilación del material probatorio necesario para formar su convicción sobre los hechos. Obviamente, si la consigna era abandonar la forma escrita por lenta, formalista y engorrosa, entonces también había que huir del juez pasivo, despreocupado e indiferente al resultado del proceso.

Chile, por cierto, no es una excepción a la consagración del binomio poderes del juez-oralidad, con la exclusiva excepción del proceso penal, que se centra más bien en una comprensión a ultranza de la idea adversarial como método necesario y suficiente para descubrir la verdad de las proposiciones fácticas.²⁰

En efecto, el artículo 29 de la LTF permite al tribunal ordenar que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención del conflicto familiar de que se trate. Por su parte, el artículo 429, inciso 2, del CT dispone que el juez decretará las pruebas que estime necesarias aun cuando no hayan sido ofrecidas por las partes, añadiendo además en el artículo 453, núm. 9, la oportunidad en que estas pruebas pueden ser decretadas. Por último, el PCPC contempla en el artículo 18, núm. 4, una potestad amplia para que el juez ordene la práctica de todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, debiendo respetar el derecho de defensa. La tónica de estas disposiciones es que se insertan en procedimientos esencialmente orales y públicos, donde el juez debe dictar sentencia con base en las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, percibidas directa e inmediatamente.

Sin embargo, creemos que el aumento en la actividad del juez en la formación del material de conocimiento, al menos en Chile, ha estado lejos de justificarse mirando a la oralidad, como lo suponen algunos autores.²¹

¹⁹ Véase Chioyenda, G., “Relación entre las formas del procedimiento y la función de la prueba (la oralidad y la prueba)”, *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, vol. II, pp. 467-502.

²⁰ En el proceso penal chileno los jueces no tienen ningún tipo de iniciativa probatoria, pero ello se debe a la existencia de un órgano autónomo que se compromete con la búsqueda de la verdad como el MP. Véase Bordalí, A., “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, 2009, semestre II, pp. 289 y 290.

²¹ Véase Palomo, D., “Proceso civil oral. ¿Qué modelo de juez requiere?”, en De la Oliva y Palomo (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 238 y ss.

Nos parece, por el contrario, que se trata de una clara opción política-procesal ligada a la función de la jurisdicción en el Estado moderno y a un decidido interés del aparato estatal en asegurar a los ciudadanos una correcta y eficaz tutela de sus derechos. La tutela jurisdiccional no puede ser considerada justa si no se afirma que los hechos que se declaran probados en una sentencia y que son el presupuesto fáctico de la norma jurídica que adjudica el caso, deben aproximarse en términos de correspondencia con la verdad.²² En este sentido, sólo entendiendo que la estructura del proceso se encamina hacia una decisión fundada en la verdad²³ y, por ende, a una decisión justa, es posible justificar la iniciativa probatoria del juez. Si el órgano jurisdiccional asume un papel activo en la recopilación del material de conocimiento, incorporando al proceso aquellas fuentes de prueba que los litigantes han decidido —legítimamente— omitir, por no ofrecerles una expectativa razonable de resultado favorable, entonces no cabe duda que la posibilidad de acercar el resultado de la prueba a la verdad será más factible. Se trata, por cierto, de un rol complementario y residual, destinado a completar el haz probatorio con todo aquello que pueda ser útil desde el punto de vista epistemológico, y que las partes no han querido incorporar por no ser favorable a sus parciales intereses. Obviamente que la decisión de dar iniciativa probatoria al juez debe enmarcarse dentro de un contexto de pleno respeto a los derechos fundamentales, especialmente a los de corte procesal, como la imparcialidad y el derecho de defensa. Esta es la razón de por qué hoy se avanza hacia un fortalecimiento integral del rol de la judicatura en la solución de los conflictos jurídicos, dejando atrás la imagen de la neutralidad judicial como presupuesto de la imparcialidad judicial.

Con todo, tratándose de los procesos de familia y del trabajo, la justificación del poder probatorio del juez asume un papel esencial para la decisión justa, ya que la obtención de la verdad de los hechos es preponderante para la protección de la parte más débil. Esto no implica que el juez deba acercarse a la parte más desvalida (generalmente desde el punto de vista económico) y completar su actividad probatoria cuando no lo hace o lo hace mal.²⁴ Es la genuina reconstrucción de los hechos lo que garantiza, en este escenario, una adecuada tutela de los derechos de los sujetos débiles.

²² Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 29 y ss.

²³ *Idem*. Y además: Taruffo, M., *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 28 y 29.

²⁴ En contra: Taruffo, M., “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XV, 2003, p. 210, y también: Barbosa, J., “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *Revista de Processo*, Río de Janeiro, año X, núm. 37, 1985, pp. 141 y ss.

De ahí que en estos procesos el Estado asume que la obtención de la verdad tiene el doble propósito de alcanzar un correcto ejercicio jurisdiccional y una garantía para la protección del ciudadano débil.²⁵

La falta de conexión lógica del binomio oralidad-poderes del juez puede demostrarse fácilmente si se revisa la realidad chilena e hispana. En nuestro país, el procedimiento civil patrimonial se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) que data de 1903. Este procedimiento tiene un marcado carácter escrito, puesto que tanto la fase donde queda fijado el objeto del proceso como la prueba son mediadas por la escritura, sin que existan espacios para la oralidad en sentido estricto.²⁶ Sin embargo, el juez civil chileno viene dotado de amplias potestades, tanto formales como probatorias. Así, está autorizado para decretar de oficio la prueba pericial en cualquier estado del juicio (artículo 412, CPC). Luego, si tiene dudas acerca de la eficacia de la prueba para determinar la existencia de un hecho puede decretar las medidas para mejor resolver con la finalidad de disipar esa duda, pudiendo valerse —prácticamente— de toda clase de medios de prueba (artículo 159). En el ámbito formal está autorizado para decretar de oficio la nulidad de las actuaciones procesales cuando así expresamente lo señale la ley o cuando se irroque a las partes un perjuicio (artículo 84, inciso 1). Puede, asimismo, corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del procedimiento y adoptar las medidas necesarias para evitar su nulidad (artículo 84, inciso 3). En cuanto al impulso procesal, si bien no hay una norma general que entregue al juez el deber de llevar el juicio a término, sí existen disposiciones que conceden al órgano judicial el impulso en algunas actuaciones concretas; es el caso de las rebeldías (artículo 78), de la conciliación (artículo 262), la recepción de la causa a prueba (artículo 318, inciso 1), etcétera.²⁷ Bajo esta perspectiva, es claro que los poderes del juez jamás se han identificado con la oralidad.

²⁵ Hunter, I., *Las potestades probatorias del juez de familia*, Santiago, Legal Publishing, 2009, pp. 57 y 58.

²⁶ Si bien el Código contempla la realización de ciertas pruebas bajo la oralidad, ésta no es la que actualmente se predica como forma del procedimiento, principalmente porque el juez no presencia ni participa en la práctica de la prueba, por ende, no mantiene un contacto inmediato y directo con la prueba incorporada. Además, aun cuando el juez pueda presenciar la prueba, debe basar su decisión en las actas que levanta el ministro de fe.

²⁷ Incluso, si se observa el mensaje con que el presidente Jorge Montt despacha el proyecto de ley de CPC en 1893 puede observarse que hay una clara opción de “dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos”. Igual sentido tiene el mensaje con que el presidente Juan Antonio Ríos despacha el proyecto de reforma al CPC en 1942, donde “a los jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores de la

Otra cosa muy diferente es que los jueces civiles hayan sido (y aún lo sean) particularmente reacios a practicar prueba de oficio o a manejar el andar procesal, esto es, no han empleado sus poderes para lograr una rápida y eficaz justicia. Pero esta falta de utilización es una cuestión que obedece más bien a una errónea recepción del principio dispositivo en el ordenamiento nacional que a una configuración esencialmente escrita o mediada del procedimiento.²⁸

A modo de conclusión, es posible afirmar que los poderes del juez no guardan ni han guardado relación con el carácter oral del procedimiento, sino con opciones acerca de la función jurisdiccional en un Estado moderno. De ahí que los ordenamientos que ven a sus tribunales como servicios públicos que resuelven conflictos jurídicamente relevantes, han restringido considerablemente la actividad probatoria del juez en claro detrimento de la decisión final.²⁹ En estos sistemas la jurisdicción tiene por finalidad primordial —y quizá única— lograr la paz social mediante la extirpación del conflicto, no adjudicando a la decisión final ningún valor adicional a su carácter de acto de autoridad. En este modelo, la justicia de la decisión tiene un carácter formal y no sustancial, en la medida en que se considera justa aquella decisión que viene precedida del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos. No es, por tanto, la verdad de los hechos lo que se debe perseguir por medio del proceso, sino una cualquiera decisión, independiente de su contenido.³⁰

contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es suyo”.

²⁸ Esta afirmación puede ser fácilmente comprobada con un examen del estado de nuestra jurisprudencia nacional, que sigue aferrada a la concepción liberal del principio dispositivo, donde la disponibilidad de los derechos subjetivos se proyecta al ámbito de los actos del proceso, en especial al probatorio. Por lo demás, nos inclinamos a pensar que el carácter disperso del procedimiento escrito que impone un largo tránsito a la sentencia, debería ser un acicate para que el juez asuma el andar procesal e impulse de oficio el proceso a su término. Sin embargo, esto no es y nunca ha sido así. Véanse sentencias: Corte Suprema, del 25 de marzo de 2009, Rol No. 7491-2008; Corte Suprema, del 6 de junio de 2007, Rol No. 5702-2005, y Corte Suprema, del 21 de septiembre de 2000, Rol No. 3789-2000. Para un análisis crítico del estado de la cuestión en Chile: Hunter, I., “¿Tiene el tribunal algún deber en orden al impulso procesal en el actual proceso civil chileno?”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XXI, julio de 2009, pp. 265-274.

²⁹ Un caso paradigmático es el ordenamiento español con la LEC 1/2000 que, siendo un proceso eminentemente oral, restringe la actividad del juez a la simple indicación de insuficiencia de los medios de prueba ofrecidos, permitiendo al juez sugerir otros medios relevantes (artículo 429.1.II).

³⁰ Véase Moreno, V., *Introducción al derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 46.

2. *Oralidad e intermediación: el mito del juez psicólogo*

Parece razonable hacerse cargo de otro mito que rodea a la oralidad: que el contacto e intervención directa del juez con la prueba es una medida procesal básica e indispensable para garantizar la justicia y acierto de la decisión judicial.³¹ Este mito ha calado hondo en parte de la doctrina comparada y nacional, que ve en la oralidad una suerte de eje facilitador en la percepción del lenguaje corporal de los testigos o de la parte que permite evaluar la fiabilidad de las pruebas. En otras palabras, sólo en un contexto donde el juez se ponga en directo contacto con los testigos y peritos es posible desarrollar una evaluación íntegra y certera de la credibilidad de la prueba.

Esta sabiduría es fruto de las generalizaciones toscas de la experiencia cotidiana³² y tienen su origen en las primeras ideas desarrolladas por Cappelletti acerca de la oralidad. Explicaba Cappelletti que no era posible ignorar los actos de comportamiento que acompañaban a toda declaración testimonial. Estos actos, si bien no son estrictamente representativos del hecho a probar, son susceptibles de ser valorados como pruebas indirectas o indicios de la veracidad del testigo y de la verdad del hecho por él narrado. En tal esquema, estos indicios tienen una tal eficacia de convicción que descuidarlos significaría cerrar los ojos frente a la verdad.³³

Esta creencia o sabiduría descansa en algo que Taruffo ha llamado críticamente “psicología de sillón”, por la cual el juez es capaz de verificar la credibilidad de los testigos observando directamente su comportamiento, analizando cómo habla, cómo responde, su actitud temerosa o respetuosa con la autoridad.³⁴

En Chile, a partir de la instauración del proceso penal, la oralidad ha gozado de un prestigio y una valía indiscutible, no sólo para asegurar la presencia física del juzgador en todos los actos del proceso, sino además para

³¹ Palomo, D., *op. cit.*, p. 236.

³² Hablamos de generalizaciones toscas por la sencilla razón de que las conclusiones que tradicionalmente se han extraído del lenguaje corporal son bastante elementales y sencillas, carentes de todo tipo de saber racional. Así, por ejemplo, es común advertir que si el testigo responde en forma segura es porque está siendo veraz, por ende, su testimonio tiene un grado de credibilidad mayor a aquel testigo que muestra grados de un nerviosismo en su declaración, en cuyo caso su testimonio es menos fiable. El pleno descubrimiento de esta relación sólo es oportuno cuando el juez posee conocimientos previos de psicología, lo que no es exigible ni posible en nuestra judicatura.

³³ Cappelletti, M., *La oralidad...*, *cit.*, p. 92.

³⁴ Taruffo, M., *Páginas...*, *cit.*, p. 258.

obtener una “mejor calidad de la decisión” con base en una serie de ventajas que generaría la percepción directa de la prueba por parte del juez.³⁵

A esta visión de la oralidad se une una concepción subjetivista de la valoración de la prueba que apela a la convicción moral del juez acerca de la existencia del hecho como único criterio relevante para declararlo probado en la sentencia. Por ende, no es de extrañar que aquellos signos externos que adornan una declaración sean considerados factores tan relevantes como el acto informativo mismo, y como tales, son elementos que permiten determinar el grado de credibilidad del testimonio para convencer al juez de la verdad de un hecho.

Ahora bien, esta concepción de la oralidad es bastante criticable en la medida en que asume que la producción de las pruebas permite alcanzar “algo más” que el acto meramente informativo, un “valor agregado” distinto a la declaración de la parte o del testigo que puede ser valorado por el juez como elemento de juicio. Por el contrario, nos parece que la oralidad no significa que el juez esté autorizado para valorar el carácter informativo de una declaración de hechos más allá del grado de confirmación epistémica que presta a una hipótesis fáctica. Como explica Taruffo, los jueces en general no están preparados para la denominada “psicología del testimonio”; a lo más, pueden utilizar alguna experiencia que hayan tenido desde su posición de jueces, cuestión que no los habilita para “irracional excusiones inescrutables en la mente de los testigos”,³⁶ que están basadas en valoraciones apriorísticas, en prejuicios y predisposiciones. Un juez no está en condiciones de dar un valor epistémico a los signos o circunstancias externas que acompañan a la declaración.

En síntesis, sólo entendiendo que el contacto directo e inmediato del juez con la prueba no genera un *plus* al valor epistémico de los elementos de juicio, es posible dar un correcto sentido a la oralidad en nuestro ordenamiento.

3. La oralidad como principio del procedimiento

Otro de los mitos que han acompañado a la oralidad es entenderla como un principio del procedimiento. Esta crítica es especialmente realiza-

³⁵ Horvitz, M. y López, J., *Derecho procesal penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, t. I, p. 244. Palomo, D., *op. cit.*, p. 245, explica que la combinación de oralidad e intermediación debe llevar a un mejor descubrimiento de la relación jurídico-material envuelta en el proceso, permitiendo al juez la apreciación directa de “los signos externos de las partes, testigos y peritos”.

³⁶ Taruffo, M., *Páginas...*, *cit.*, p. 259.

ble a nuestros procedimientos. La oralidad se encuentra consagrada a nivel de principios, siendo la norma de clausura respecto a las formas del procedimiento. El artículo 9o. de la LTF consagra a la oralidad y la concentración dentro de los “Principios del procedimiento”, agregando en su artículo 10, denominado “Oralidad”, que todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente consagradas en la ley. Lo mismo puede decirse respecto de sus acompañantes: la intermediación y concentración de los actos procesales (artículos 11 y 12, LTF). Respecto al procedimiento del trabajo la cuestión no cambia en demasía. Así, el artículo 425 del CT, denominado “De los principios formativos del proceso”, ubica a la oralidad en el centro de la forma del procedimiento (“...todas las actuaciones serán orales...”), elevándola a principio básico del proceso. Misma solución se llega en cuanto a la intermediación, concentración y publicidad (artículos 425, 427 y 428 del CT). El PCPC no escapa de esta dinámica, al consagrar dentro de los “Principios básicos” a la oralidad (artículo 7o.), la intermediación (artículo 8o.) y la concentración (artículo 9o.).

Ahora bien, si se asume que la oralidad tiene un carácter instrumental, es decir, que es una herramienta destinada a alcanzar valores del proceso como la eficiencia, no puede ser considerada por sí sola ni buena ni mala; por ende, para saber su utilidad en términos de eficiencia habrá que determinar el fin para el cual pretende ser utilizada.³⁷ La oralidad puede ser muy eficiente para alcanzar algunos objetivos del proceso, pero muy deficiente para otros; al contrario, la escritura puede ser eficiente para lograr, por ejemplo, la claridad y precisión en las posiciones fácticas y jurídicas de las partes que conforman el objeto del proceso, pero muy ineficiente para obtener una información completa y depurada de la declaración de los testigos, peritos o de los litigantes.

Esto, que parece obvio, no lo es, sin embargo, para el diseño legislativo nacional, ya que la oralidad en cuanto principio del proceso viene a colmar los vacíos legales en la regulación de la forma de los actos del procedimiento (este es, al menos, uno de los fines que tradicionalmente la teoría general del derecho asigna a los principios). Esto significa que frente a un trámite procesal cuya forma no venga expresamente dispuesta por la ley, debe dársele la forma oral, con independencia de si ésta permite alcanzar más eficientemente el fin propuesto con el acto. Esta solución —que tiene el mérito de asegurar la presencia física del juzgador en todo el *iter* procesal— no es la más óptima desde la eficiencia del proceso, por lo cual no parece aconse-

³⁷ *Ibidem*, p. 246.

jable adoptarla como regla absoluta.³⁸ Por el contrario, parece mucho más razonable entregar un poder general al juez para la determinación de la forma del acto procesal en aquellos casos en que la ley no prevea una forma precisa. Esta fórmula permitiría lograr un justo equilibrio entre los valores que se quieren garantizar por medio de la oralidad y los criterios de eficiencia que debe satisfacer un proceso orientado a la decisión justa y racional. Además, pone al binomio oralidad-escritura en la posición que realmente merece, esto es, como un simple elemento técnico del procedimiento destinado a servir de herramienta para lograr fines.

4. *El verdadero papel de la oralidad en el proceso moderno*

A nuestro entender, la disputa entre oralidad y escritura debería resolverse sobre criterios de eficiencia del proceso, donde se combine la rapidez y economía del procedimiento con la posibilidad de alcanzar decisiones íntegramente informadas, correctas y fiables en todos los extremos de la disputa.³⁹ Para este objetivo, la oralidad y la intermediación juegan un rol preponderante en la facilitación de un mejor resultado epistémico de las pruebas practicadas. Pero no se trata, como opinan algunos,⁴⁰ de que constituya el *único* medio para realizar la contradicción de las argumentaciones y las pruebas. Por el contrario, por sí sola no garantiza absolutamente nada, menos aún respecto a la calidad de la información que se genere. A lo sumo permite que dichos objetivos sean alcanzados con una mayor eficiencia que la que implicaría un intercambio de escritos.

Siguiendo lo dicho por la doctrina,⁴¹ la oralidad es una herramienta eficiente para depurar la información que arroja cada medio de prueba en particular, esto es, facilita el trabajo del juez o de los litigantes en el filtrado de la información y su posterior separación de los elementos que la puedan distorsionar. Permite que el dato fáctico que emana del medio de prueba pueda ser objeto de control por parte de quien ese dato perjudica, facilitando que la información que arroja cada medio de prueba pueda ser confron-

³⁸ A nuestro entender, el legislador nacional se ha quedado en una visión de la oralidad completamente desencajada de las reglas, técnicas de procedimiento, y de la necesidad de adaptarlas hacia cánones de eficiencia. El valor político de la oralidad ha sido adoptada en términos bastante irreflexivos.

³⁹ Taruffo, M., *Páginas...*, cit., p. 248.

⁴⁰ Horvitz, M., *op. cit.*, p. 237.

⁴¹ Véase Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 386.

tada, aumentando o disminuyendo su grado de fiabilidad. La percepción directa e inmediata de la prueba por parte del juez es un fuerte acicate en el juego dialéctico que puedan desarrollar las partes para aumentar el grado de confirmación de sus hipótesis, puesto que tienen la genuina posibilidad de demostrar racionalmente la mayor o menor fiabilidad de sus pruebas. Esta característica pone a la oralidad en un pilar de eficiencia no sólo de simplicidad, tiempo y costos en la práctica de la prueba, sino además para obtener un mejor resultado probatorio al depurar y completar el grado de fiabilidad del material de conocimiento.

En simples palabras, la oralidad es epistemológicamente más eficiente que la escrituración. No asegura, pero al menos facilita, la toma de decisiones judiciales justas, al enriquecer cualitativamente los elementos de juicio.

Además, tampoco cabe desconocer que la escrituración de las actuaciones de prueba como medio para lograr el conocimiento de los hechos puede generar importantes distorsiones en el material probatorio que pueden inducir a error en el grado de fiabilidad de las pruebas. Esto puede suceder especialmente cuando hay errores en la transcripción de las actas que son difíciles de solucionar.

V. LA ORALIDAD Y LOS RECURSOS PROCESALES

Cuando se discutió la reforma procesal penal chilena, especial interés tuvo el sistema de recursos que sería compatible con el juicio oral. Se estimó así que un juicio oral es por definición de única instancia, pues es único e irrepetible. De este modo, se ha dicho,⁴² la única manera de revisar los hechos asentados en el juicio oral es repitiendo íntegramente el juicio, debiendo repetirse íntegramente la prueba, por lo que un recurso de apelación daría lugar a un nuevo juicio ante el tribunal de apelación. Obviamente ello no es deseable desde el punto de vista de un uso racional de los recursos públicos.

Es así que en el juicio oral penal vigente en Chile no se consagra el recurso de apelación, sino exclusivamente un recurso de nulidad. La no existencia de la apelación encuentra apoyo adicional en la idea de que el juicio oral es conocido por un tribunal de tres jueces, por lo que una idea de control, en este caso de tipo horizontal, ya se ha dado ante el propio tribunal de única instancia.

⁴² Véase Carocca, A., “Recursos en el nuevo sistema procesal penal”, en Carocca, Alex *et al.*, *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Conosur, 2000, p. 306.

Lo mismo sucede en el procedimiento laboral, donde no hay recurso de apelación, sino de nulidad y de unificación de doctrina. Sin embargo, en los procedimientos de familia se optó por conservar el recurso de apelación, además de la casación en la forma, entre los principales recursos.

De este modo, las reformas procesales en materia penal y laboral asumen que los recursos procesales compatibles con la oralidad son aquellos en los que sólo se revisan cuestiones relativas al derecho. Así, en el caso de acogerse el recurso, por regla general no se da lugar a que el tribunal de nulidad dicte una sentencia de reemplazo, sino que se procede a anular tanto la sentencia como el juicio oral, debiendo repetirse éste ante el tribunal no inhabilitado que corresponda de conformidad a la ley.

Un sector de la doctrina chilena,⁴³ cuando se discutía la reforma al proceso penal, sostuvo que el recurso general que debía consagrarse en los juicios penales era la apelación. Las razones para establecer la apelación eran de dos tipos.

En primer lugar, se debe partir por comprender en qué consiste un recurso de apelación. Un recurso de apelación, para esta doctrina, consiste en el poder de un tribunal de alzada para controlar fáctica y jurídicamente la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, estándole vedado admitir nuevas pretensiones y excepciones, así como nuevas pruebas, salvo casos muy excepcionales.⁴⁴

El tribunal de apelación lo que hace es revisar críticamente el análisis lógico y jurídico de la sentencia de primera instancia. No hay, por tanto, nuevas pretensiones ni excepciones, ni nuevas pruebas. Con la revisión de la sentencia de primera instancia que se realiza vía apelación no se menoscaba en manera alguna la convicción adquirida por el juez de primera instancia al fijar los hechos, porque la convicción del tribunal de apelación es otra convicción, que apunta a determinar si la anterior convicción se ajustó a las reglas de la crítica racional o sana crítica.⁴⁵ Apelación, para esta doctrina, no significa que se deba repetir íntegramente el juicio.

En segundo lugar, se argumenta que una interpretación finalista y armónica de los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 18, inciso 2, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8o., núm. 2, letra h, de la Convención Americana sobre Derechos

⁴³ Véase Pereira, H., “Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal”, *Gaceta Jurídica*, núm. 233, noviembre de 1999, pp. 16 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

Humanos, permite deducir el derecho de toda persona de recurrir mediante el recurso de apelación en contra de la sentencia agravante dictada en un proceso penal.

De especial interés para el caso chileno será lo que prescribe la CADH, por tratarse de una convención de incidencia regional y porque el Estado de Chile ha reconocido plena jurisdicción a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que vela por el cumplimiento de los Estados de los derechos reconocidos en él.

Para Hugo Pereira,⁴⁶ al no haber en la Convención precisión de ningún tipo sobre el recurso que el agraviado tiene derecho a deducir en un proceso penal, debe entenderse como referido a un recurso ordinario universal como la apelación, y no un recurso extraordinario de derecho estricto como la casación. Este razonamiento es confirmado, por lo demás —sostiene este autor—, por la regla de interpretación del artículo 29, letra b, de la Convención.

Esta interpretación, a juicio de Pereira,⁴⁷ ha recibido el apoyo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, pues sostuvo dicha Comisión que el derecho a recurrir implica una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados de conformidad con los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8o. de la Convención. A juicio de este autor chileno, no cabe duda alguna de que tanto “una revisión de los hechos objeto de la causa” como, asimismo, “un estudio acabado del juicio”, como expresa la Comisión, sólo pueden ser asegurados o garantizados por el derecho al recurso de apelación y no por otros medios de impugnación, incluyendo el recurso de casación, ya sea en la forma o en el fondo.

El argumento sostenido por la Comisión en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú* no habría sido impugnado o desechado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que, a juicio de este autor, la Corte habría hecho suya la argumentación de la Comisión.

De este modo, a juicio de Hugo Pereira, la opción del legislador procesal penal chileno en orden a no considerar el recurso de apelación es contraria a este tratado internacional.

La posición de Hugo Pereira en Chile encuentra sustento además en el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, quien sostuvo en dictamen del 11 de agosto de 2000 que el sistema español de casación penal es contrario

⁴⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁷ *Idem*.

a la idea del derecho a un recurso amplio, lo que implicaría un derecho a una doble instancia. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en fallo de fecha 2 de junio de 2004, dio a entender que el derecho al recurso en materia penal consagrado en la Convención exige un recurso que permita al tribunal superior realizar un examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior, examen que no permitiría un recurso de casación.

Señalado lo anterior, creemos que el debate, como ha sido planteado hasta el momento, es incorrecto. Para señalar esto, comenzaremos por indicar cómo se regula el recurso de nulidad en sede penal, que es el que ha generado mayor discusión en el país y cuyo análisis puede iluminar también la discusión en sede de la justicia del trabajo.

Las causales por las cuales se puede anular el juicio oral y la sentencia definitiva penal están consagradas en los artículos 373, letras a y b, y 374 del CPP. El primer artículo consagra:

- a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Por su parte, el artículo 374 del CPP consagra los “Motivos absolutos de nulidad”:

El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

- a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de un tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;
- b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;
- c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

- d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;
- e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c, d o e;
- f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y
- g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Como se puede observar, el recurso de nulidad procesal penal chileno es una superación del recurso de casación. Desde luego incorpora causas mucho más amplias y flexibles que un tradicional recurso de casación. Piénsese en la idea de vulneración de derechos o garantías constitucionales o reconocidas en tratados internacionales. Hay ahí un margen bastante amplio para revisar la investigación a cargo del MP, el juicio oral o la sentencia definitiva. Por otra parte, se puede anular el juicio oral y la sentencia si hay infracción no legal, como solía establecerse en los recursos de casación, sino infracción de derecho, lo que puede entenderse como algo más amplio que un texto normativo de carácter legal.

De esta manera, el recurso de nulidad no es un recurso extraordinario de carácter formal como lo era la casación, sino un recurso que permite una amplia revisión.

Dicho esto, se debe indicar que no es enteramente cierto que el recurso de nulidad procesal penal chileno no permita conocer cuestiones de hecho del juicio ante el tribunal de juicio oral en lo penal.

En efecto, se puede decir que en los recursos que miran a la correcta aplicación de la legalidad formal o sustantiva, sean esos recursos de casación o nulidad, los hechos han ido poco a poco entrando en la revisión que realiza el tribunal superior. Como sostiene Daniela Accatino,⁴⁸ los hechos han ido encontrando rendijas para ser incorporados en la revisión que realiza un tribunal de casación o de nulidad por varias vías. Esas rendijas que permiten a los hechos entrar a participar del juicio de casación o de nulidad son: *a)* el control del cumplimiento de la exigencia de motivación con respecto a los enunciados probatorios; *b)* la tutela del derecho a la presunción de inocencia del acusado, e inclusive *c)* el control de la errónea aplicación del derecho, aun en un sistema de libre valoración de la prueba según la sana crítica, en la medida en que se considere a las máximas de la experien-

⁴⁸ Cfr. Accatino, D., “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009, semestre I, p. 348.

cia, los conocimientos científicos o los principios de la lógica como normas jurídicas.

En cuanto al control de los hechos que puede hacer el tribunal de nulidad, que en Chile corresponde por regla general⁴⁹ a una corte de apelaciones, si bien el tribunal de nulidad debe limitarse a declarar si es o no nulo el juicio oral y la sentencia, sin que pueda dictar sentencia de reemplazo,⁵⁰ ello no debe entenderse en el sentido de que se excluye que pueda fundar —en la parte considerativa de su sentencia— la declaración de nulidad que formula en la parte dispositiva, en la falta de justificación de la suficiencia de los elementos de juicio disponibles para tener por probado un cierto enunciado. Esa clase de argumento no resulta excluido ni aun entendiendo que el recurso presente un carácter extraordinario o de derecho estricto, pues precisamente uno de los motivos de impugnación expresamente previstos por la ley es la omisión de alguno de los requisitos relativos a la fundamentación de los enunciados probatorios.⁵¹

En este caso, el tribunal de nulidad no está adoptando una nueva decisión sobre los hechos, lo que es propio de una instancia procesal, sino que está revisando la justificación sobre los hechos de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal.

En definitiva, en materia de control de los hechos establecidos por el tribunal de juicio oral en su sentencia, el tribunal de nulidad podría acoger el recurso y anular el juicio oral y la sentencia cuando se carece de una fundamentación respecto al establecimiento de los hechos, o bien cuando ella es incompleta o defectuosa.⁵²

⁴⁹ Decimos por regla general, pues a la Corte Suprema le corresponde siempre conocer del recurso de nulidad cuando se funda en la infracción de derechos o garantías constitucionales o reconocidos en tratados internacionales (artículo 376, inciso 1, CPP). Pero además, para el caso de la causal de nulidad del artículo 373.b, que en principio otorga competencia a una corte de apelaciones, puede llegar a ser competencia de la Corte Suprema si respecto de la materia de derecho objeto del recurso de nulidad existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores (artículo 376, inciso 2, CPP). Lo mismo sucederá si se invocan distintas causales y una de ella es de competencia de la Corte Suprema, pues es esta Corte la que deberá pronunciarse sobre todas las causales (artículo 376, inciso final, CPP).

⁵⁰ Salvo que se trate de un tema de calificación jurídica, caso en el cual el tribunal de nulidad anula sólo la sentencia y dicta, acto seguido, la sentencia de reemplazo. Ello podrá suceder cuando, en la sentencia, el tribunal de juicio oral en lo penal hubiere calificado como delito un hecho que la ley no considere como tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere (artículo 385, CPP).

⁵¹ *Cfr.* Accatino, D., *op. cit.*, p. 354.

⁵² Véase Accatino, D., “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en

Este mismo razonamiento sería aplicable a un recurso de casación, en la medida en que se contemple una causal de este tipo. Por eso es que alguna doctrina chilena⁵³ es crítica de la posición sustentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica) en el sentido de que ella establece que el derecho al recurso en materia penal excluye la casación, pues esa declaración es muy abstracta y general. Todo dependerá en definitiva de cuál fue la situación concreta y, en particular, habrá de verse si la casación permite una revisión como la que estamos exponiendo aquí. En este sentido, no sería perentorio que los Estados americanos establezcan siempre un recurso de apelación en materia penal, pues un recurso de casación bien regulado puede ser compatible con la revisión de la sentencia por un tribunal superior, que es el derecho que tienen las personas que habitan en los Estados signatarios de la Convención.

En el caso del recurso de nulidad penal chileno, el tribunal de nulidad también puede revisar el establecimiento de los hechos vía aplicación de derechos constitucionales, como podría ser el derecho a la presunción de inocencia, o bien por aplicación de la cláusula constitucional chilena del debido proceso, esto es, una investigación y un proceso racional y justo.

Tutelando el derecho a la presunción de inocencia, el tribunal de nulidad puede analizar cómo valoró el tribunal de juicio oral la prueba aportada por el MP, que sería capaz de hacer cesar la presunción de inocencia que favorece a los acusados por un delito. El tribunal de nulidad podría considerar que la prueba aportada por el MP, y que ha considerado el tribunal de juicio oral, no es capaz de derrotar a la presunción de inocencia del acusado. No se trata de que el tribunal de nulidad valore de una manera distinta la prueba, recurriendo a los registros que se han generado a partir del juicio oral, sino que la revisión sólo permite al tribunal de nulidad evaluar el cumplimiento o no de los estándares de garantía exigidos por el sistema jurídico.⁵⁴

Además de incumplirse esas garantías, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que las infracciones a la garantía deben ser graves o sustanciales. Habla así la Corte Suprema del “principio de la trascendencia”, a lo que se debe unir la existencia de un perjuicio para el recurrente.

Todo parece indicar que el juicio oral es compatible tanto con el recurso de apelación como con el de casación y el de nulidad. Apelación, en la

las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, 2010, pp. 142 y ss.

⁵³ Véase Duce, M. y Riego, C., *op. cit.*, p. 513.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 518.

medida en que la entendamos como un recurso amplio, pero no al grado de repetir toda la prueba ante el tribunal de apelación, sino apelación como instancia que permite revisar el proceso de primera instancia tanto en cuestiones de derecho como fácticas, y que en casos excepcionales podrá admitir prueba de hechos nuevos, o bien se trate de prueba que no pudo ser rendida en su momento.

Casación y nulidad, en la medida en que se permita revisar que el juicio oral respetó los derechos o garantías de los justiciables, o bien que la sentencia dictada en el juicio oral consta de una justificación del establecimiento de los hechos por los medios de prueba rendidos ante el tribunal de juicio oral, o bien revisar si dicha justificación es completa o correcta.

Ambas hipótesis de recursos procesales en el juicio oral, sostenemos, son compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las exigencias constitucionales chilenas.