

Derecho Procesal de Familia
Aspectos Para Fortalecer el Debido Proceso:
Necesidad de establecer un sistema de control de las decisiones
judiciales compatible con la oralidad, intermediación y
concentración.

Integrantes:

Isamaria Castillo Miranda
Gabriela Colinas Justiniano
Claudio Cordero Muñoz
Javiera Fredes Ortiz
Elena Jaramillo Escobar
Daphne Klocker Riveros
Verónica Pinto Cisterna
Sebastián Valdivia Estay

Institución:

Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso

Director del Proyecto:

Claudio Meneses Pacheco

Resumen

La ley que creó los tribunales familia, implementó un proceso guiado por los principios/garantías de la oralidad, intermediación y concentración. Esta ley que creó los tribunales familia, implementó un proceso guiado por los principios/garantías de la oralidad, intermediación y concentración. Sin embargo, se mantuvo el recuso de apelación y la unipersonalidad del tribunal, siendo ambas opciones incompatibles e incoherentes con un debido proceso estructurado sobre dichos principios. El presente trabajo tiene por objeto hacer patente la necesidad de establecer un sistema de control de las decisiones judiciales compatibles con la oralidad, intermediación y concentración. Estos controles consisten en la implementación de la colegiatura de los tribunales y del recurso de nulidad, en reemplazo del actual recurso de apelación, para así poder arribar a decisiones más justas en un contexto de debido proceso fortalecido por dichas garantías.

Palabras claves: Conflicto de familia- Principios de oralidad, intermediación y concentración – Recurso de Nulidad –Tribunales Colegiados – Debido proceso

Abstract

The law that created the family courts, implemented a guided process by principles/warranty of orality, mediation and concentration. However, the appeal resource and unipersonal court was kept and, being them both incompatible options with a structured due process by them. The following elaboration has for object to make present the need of establish a system of control of the judiciary disition according to orality, mediation and consentation. These controls has for object the implementation of collegiate courts and a nullity resource, in replacement of the current appeal in order to arrive to a just desition in a context of right process strengthened by those warranties.

Key words: Family conflict - Principles of orality, mediation and concentration – Nullity resource- Collegiate courts- Due process.

I. Introducción

La reforma a los Tribunales de Familia efectuada el año 2004 tiene como ejes centrales los principios de oralidad, intermediación y concentración que informan el proceso. Sin embargo, se presenta una incoherencia entre la consagración de estos principios y el sistema de control de las decisiones judiciales que esta misma ley establece.

En este contexto, el año 2004 con la ley N° 19968 se crearon los tribunales de familia, que en su mensaje proponía cuatro grandes objetivos y fundamentos generales, que son los siguientes, en primer lugar, el tender hacia procedimientos que favorezcan la intermediación entre los justiciables y los jueces, instituyendo, en consonancia con el derecho comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escritura, lo que favorecerá la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional contribuyendo, así, a aumentar su legitimidad.

En segundo lugar, se trata de acrecentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos, pragmáticamente se ha evidenciado que los sectores de menos recursos son los que más acuden a la jurisdicción contenciosa familiar, por lo que este proyecto viene a dar respuesta a una necesidad de acceso empíricamente acreditada.

En tercer lugar, se trata de instituir un órgano jurisdiccional que, en el futuro inmediato, y como lo reclaman múltiples instrumentos internacionales, pueda hacerse cargo del conocimiento de las infracciones juveniles a la ley penal, en conformidad a un procedimiento que satisfaga las garantías del debido proceso.

En cuarto lugar, el proyecto tiene por objeto instaurar un procedimiento que confiera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar, por lo que la mediación tiene un papel primordial dentro de la nueva institucionalidad de justicia familiar. Al ser el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto, por lo que se deben fomentar las soluciones autocompositivas.

En cuanto a los objetivos específicos que se proponían con esta nueva legislación destacan en primer lugar, que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia. Para ello se crean tribunales dotados de competencia para conocer de todas las materias que puedan afectar a las familias, lográndose así la necesaria especialización de esta instancia jurisdiccional.

En segundo lugar, que se proporcione a las partes oportunidades adecuadas para llegar a soluciones cooperativas. Por lo que se privilegia fuertemente las vías no controversiales de resolución de conflictos -tanto la mediación como la conciliación- apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar.

En tercer lugar, que esa jurisdicción tenga un carácter interdisciplinario a fin de ofrecerles soluciones que sean además integrales.

En cuarto lugar, que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos. Por lo que se establece un procedimiento oral, flexible, concentrado, y basado en el principio de la inmediación.

Por ultimo, la incorporación en esta judicatura de elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción sea lo más eficaz y eficiente posible.

Sin embargo, a pesar de los objetivos que se plantean y del avance que ha significado esta reforma, hay aspectos que no nos permiten considerar que estamos frente a un debido proceso en su plenitud, ya sea por la falta de un correcto sistema de control que tenga concordancia con los principios que informan a los procesos modernos, como también por la falta de elementos orgánicos capaces de adecuarse a esta nueva realidad.

II. El conflicto de familia

Antes de abordar de lleno los temas netamente procesales, resulta necesario realizar una caracterización del elemento sustantivo de este trabajo para efectos de entender por qué es tan relevante una correcta regulación que importe una potencialización del debido proceso, toda vez que el conflicto de familia presenta características especiales, distintas del conflicto civil común o patrimonial.

Al observar los procesos que conocen los tribunales de familia, nos encontramos frente a un tipo de conflicto cuyas características se apartan en gran medida de aquel que se observa en la generalidad de las causas civiles patrimoniales, esto se produce en gran medida por el rol que ha tenido la familia en la sociedad desde sus comienzos. Así, si en un principio en una sociedad pre industrializada se puede identificar un prototipo de familia numerosa que se comporta más bien como una unidad económica, en donde se necesita de un administrador de todo el patrimonio y que además dirija todas las relaciones que involucran a la familia. Luego de la Revolución Industrial -lo que significó la migración de las familias del campo a la ciudad y trasladando la fuerza económica de la sociedad ya no en la familia que se sustentaba con trabajos de tipo agrario hacia la industria- la familia comienza a reducirse en número y, en definitiva, a perseguir otros fines distintos al netamente económico. En la actualidad, a pesar de los cambios que se han producido en torno al desenvolvimiento de familia y del lugar que ocupa en la sociedad, “la familia sigue siendo considerada una unidad social que compone el tejido y la estructura de la comunidad humana organizada; de hecho, la sociedad está conformada por familias y la autoridad pública parece confiar en que

cumplirán responsablemente funciones de generación, educación, socialización y asistencia de sus diferentes miembros, especialmente de aquellos más desvalidos, como los niños, adolescentes y ancianos”¹.

Conforme va evolucionando el concepto de familia, se produce a la vez un cambio en la forma cómo el derecho se relaciona con ésta, en efecto, desde antiguo el derecho ha tenido una fuerte intervención en materia de familia, regulando distintos ámbitos de ésta, desde su creación, composición, organización hasta el prescribir ciertos deberes ya sea entre cónyuges o respecto de los hijos, cambiando paulatinamente la perspectiva conforme los principios rectores que informan el Derecho de Familia en la actualidad y que van moldeando sus elementos, así Domínguez² indica que las transformaciones que ha sufrido el Derecho de Familia se han encaminado hacia el reconocimiento una mayor igualdad, libertad -progresiva extensión de la autonomía de la voluntad- y equidad”

Dentro de esta evolución histórica, también se ha producido un cambio en relación a cómo el derecho concibe a la familia. Así pasó de tratar a este fenómeno, ya no desde la perspectiva de la familia considerada como una unidad, sino que comienza a prever estatutos diferenciados en relación a sus integrantes, especialmente en consideración a los miembros más débiles de ésta.

Especial atención y protección ha merecido, dentro de los miembros de la familia, el niño o adolescente, principalmente por su condición de vulnerabilidad, lo que ha derivado en que se reconozcan principios como el del Interés Superior del Niño que informan nuestro ordenamiento. En efecto, el niño merece la mayor protección por parte de nuestras instituciones, puesto que los daños que se le pueden ocasionar pueden ser irremediables y que en definitiva, no solo lo afectará en el presente, sino que además, en las etapas de la vida que siguen.

La Corte Suprema ha señalado en relación a este principio que “...debe tenerse siempre en consideración el Interés Superior del Niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la ley N°19.968 y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se relaciona con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derecho, identificándose de esta manera Interés Superior con los derechos del niño y adolescente y si bien éste se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que

¹ Corral, Hernán (2002). “Claves para entender el Derecho de Familia Contemporáneo”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29, N°1, pág. 30.

² Domínguez, Carmen "Los principios que informan el Derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", pág. 210.

obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”³.

Así, la intervención estatal en relación a la familia se va aminorando, dejando de ser un dictador de pautas de cómo debería formar y comportarse la familia, sino que interviniendo cuando existe un conflicto. Así, explica Corral que el rol del Derecho de Familia no debiera ser orientativo pedagógico o docente, sino más bien terapéutico o compositivo: el establecimiento de procedimientos eficientes para la solución de conflictos y para la armonización hasta donde sea razonablemente posible de los intereses en juego en los casos de fractura o ruptura de la convivencia familiar, sería el fin más propio del Derecho de Familia contemporáneo⁴.

Por todos estos motivos no solo importa una mayor exigencia para nuestros tribunales en orden a que las sentencias sean justas, sino que además exige mayores esfuerzos institucionales que procuren un equilibrio entre la calidad del proceso y la duración de éste, puesto que la judicialización de los conflictos de familia puede, en definitiva, ocasionar mayores perjuicios que en los conflictos civiles-patrimoniales.

La Unicef ⁵ ha establecido en su informe cuáles son las principales falencias del sistema de protección especial de niños, niñas y adolescentes. Destacamos la desproporcionalidad de las medidas adoptadas (abuso en la utilización de las mismas. Tienden a proteger derechos de los menores como integridad física y psíquica, educación, salud. Sin embargo, se los priva de otro derecho muy importante como es el derecho a vivir en familia); excesiva judicialización del proceso para determinación de las medidas de protección (debiera ser parte integrante de la política global para el fortalecimiento del derecho a vivir en familia. El rol de los tribunales debe darse post aseguramiento de un soporte administrativo robusto y de alta calidad); insuficientes mecanismos de revisión y supervisión de las medidas adoptadas (corresponde a las mismas instituciones que intervienen en el sistema de protección especial –jueces/SENAME- establecer si los derechos de los niños, niñas y adolescentes han sido o no vulnerados en el contexto de esa intervención).

En consecuencia, el conflicto de familia tiene sus propias características, tanto por la importancia que su objeto ha tenido durante la historia, como por la posición que le ha reconocido el derecho, o bien por la especial situación de sus intervinientes, sobretudo

³ L.P.R.G con B.L.C.C (2010):Corte Suprema (Sala Cuarta), 24 Septiembre de 2010 (casación en el fondo)

⁴ Corral, Hernán (2002). “Claves para entender el Derecho de Familia Contemporáneo”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29, N°1, pág. 31.

⁵ UNICEF, "Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile", 2015.

aquellos más vulnerables. Por todas estas condiciones es que creemos necesario fortalecer el debido proceso en esta materia, acompañándolo también de una adecuada implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, que sirvan como válvula de escape al proceso jurisdiccional, en orden a que éste conozca de aquellos asuntos que no se ha podido llegar a una solución de forma previa a través de otros mecanismos, como es la mediación.

III. Principios del proceso: oralidad e inmediatez

Como adelantábamos anteriormente, el procedimiento de familia ha seguido un modelo de proceso predominantemente oral, con su consecuente característica de la concentración, e inmediatez. Así lo ha establecido el artículo 9 y desarrolla en los artículos siguientes de la ley que crea los Tribunales de Familia.

Artículo 9°.- Principios del procedimiento. El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la inmediatez, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes⁶

La oralidad está consagrada en el artículo 10 de la ley 19.968. Este principio, significa que la mayoría de las actuaciones procesales se desarrollan de manera oral, siendo de todas maneras necesario que ciertos actos consten por escrito, principalmente los actos de postulación de las partes -la demanda y la contestación de la demanda- y la sentencia.

La concentración, por otro lado, regulado en el artículo 11 del citado cuerpo legal, consiste en “un principio procesal en virtud del cual los actos del juicio deben realizarse con la máxima aproximación posible en el tiempo contribuyendo de esta forma a la más rápida solución del conflicto que motiva el proceso”⁷.

La inmediatez, por último, se encuentra regulada en el artículo 12 de la citada ley. Principio el cual “constituye una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes, en congruencia con lo que exige la libre valoración de la prueba (aunque no se deba excluir en casos de prueba tasada o legal). El tribunal puede, gracias a la inmediatez, extraer un convencimiento por impresiones directas y no por referencias escritas y orales de experiencias ajenas”⁸.

⁶ Ley N°19.968.

⁷ Couture, Eduardo "Vocabulario Jurídico con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo". Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960, pág. 54.

⁸ De la Oliva Santos, Andrés, Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general. Ed. Universitaria Ramón Areces. Año 2013 pág. 231.

Así, De la Oliva señala que la inmediación en sentido estricto se refiere a la exigencia de presencia personal de los juzgadores en las prácticas de las pruebas se añade la de que la formación del juicio sobre los hechos corra a cargo del mismo juez o de un colegio de los mismos jueces que han presenciado la prueba”⁹.

Estos principios, a su vez consisten en garantías para los justiciables, puesto que es a través de la implementación de éstas en los ordenamientos jurídicos, permiten un mejor establecimiento de las pruebas aportadas en juicio, lo que a su vez, favorece a la consecución de una decisión justa. Es por esto que la implementación de un proceso oral con estas características, las cuales han dotado al juez una mejor apreciación de la prueba aportada en juicio, tiene como consecuencia el fortalecimiento de la primera instancia, pues es en este momento en donde se tiene la mejor posición para poder alcanzar una decisión justa y correcta

Así se manifiesta en los objetivos y fundamentos generales del proyecto de ley que crea los tribunales de familia, al establecer que "En primer lugar, se trata de tender, al igual que en materia procesal penal, hacia procedimientos que favorezcan la inmediación entre los justiciables y los jueces, instituyendo, en consonancia con el derecho comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escritura. Ello favorecerá la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional contribuyendo, así, a aumentar su legitimidad".

IV. Formas de control: control horizontal y vertical

Para que podamos hablar óptimamente de un debido proceso, es necesario implementar formas de control eficientes que permitan asegurar que la decisión a la que llegue el órgano jurisdiccional cumpla con los estándares de racionalidad que fijan la Constitución y las leyes en un sentido amplio. En este trabajo abordaremos dos tipos de control: el control horizontal y el control vertical. El primero supone la implementación de un órgano colegiado que conozca y juzgue las causas de familia, significando que sean jueces de la misma jerarquía quienes se controlen recíprocamente para llegar a una decisión justa. El control vertical, por otro lado, implica la consolidación de un recurso que se adecue a un proceso oral que reconoce a la inmediación como uno de sus principios.

1. La creación de órganos jurisdiccionales colegiados:

⁹ De la Oliva Santos, Andrés, op., cit., pág. 232.

La implementación de la inmediación en los procesos reformados, coloca al juez en una posición muy diferente a la que éste tiene en los procesos predominantemente escritos. Esta diferencia radica, entre otros aspectos, en que el juez tiene contacto inmediato tanto con las alegaciones que realizan las partes, como con las pruebas aportadas por las mismas. Esta situación es radicalmente diferente si observamos al juez de un proceso escrito en que su actividad respecto de las pruebas se traduce en la lectura de actas que contienen incluso aquellas pruebas aportadas en juicio de forma verbal.

En este sentido, Núñez¹⁰ señala que si consideramos que la labor del juez al resolver un caso es un discurso de aplicación o de adecuación, la fijación de los hechos para determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto resulta extremadamente relevante. “Por tanto, frente a la falta de actas que dejen constancia de cada actuación desarrollada por las partes dentro del enjuiciamiento civil respectivo y *mor* del sistema de *libre apreciación de la prueba* como método de apreciación de la misma, queda claro que al único tribunal que le corresponde fijar como verdaderas o falsas las afirmaciones sobre los hechos formuladas por las partes es al juez de instancia”.

Por lo tanto, al ser el tribunal de instancia el que en mejor posición se encuentra en relación al conocimiento de la cuestión controvertida y en particular sobre la prueba que se aporta en juicio, es necesaria la implementación de reforzamientos institucionales para asegurar una decisión correcta y justa en este grado jurisdiccional. En efecto, es en este momento en que la actividad probatoria encuentra su mayor extensión y profundidad.

El Mensaje Presidencial de la Reforma Procesal Penal señala que “los cambios más importantes que el proyecto propone se refieren a la apelación y a la consulta. Estos mecanismos de control no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación con la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación.

Precisamente, con el fin de mantener el principio de la centralidad del juicio oral se propone que éste sea conocido por un tribunal colegiado de tres miembros. Con ello, se obtiene que como regla general la sentencia sea objeto de una decisión colectiva, minimizándose la posibilidad de errores”¹¹.

Respecto al extracto arriba citado, podemos observar que se describen elementos que el proceso penal comparte con el proceso de familia. El Poder Ejecutivo realiza un diagnóstico de lo erróneo que supone que un tribunal que no tuvo contacto con las pruebas

¹⁰ Núñez Ojeda, Raúl "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", Revista Ius et Praxis, año 14, N°1, pág. 8.

¹¹ Mensaje presidencial de la reforma procesal penal, pág 30.

sea el que falle, trasladando la centralidad del juicio en este tribunal; estima necesario el fortalecimiento de la instancia a través de la implementación de tribunales colegiados. Sin embargo, a pesar de que se pueden evidenciar los mismos elementos y los mismos problemas en los procesos de familia, ni el Ejecutivo ni el Legislativo optaron por este fortalecimiento del juicio oral, sino que por el contrario, mantienen el recurso de apelación y el sistema de tribunales unipersonales.

Es por esta condición que planteamos que no solo es necesaria la implementación de un recurso eficaz contra las sentencias del juez –tema que abordaremos en el próximo acápite-, sino que también se requiere la existencia de un control horizontal a través de la creación de tribunales colegiados. En efecto, en un proceso de familia, resulta especialmente importante reforzar el primer grado jurisdiccional en orden a que signifique una minimización del error, puesto que las consecuencias de una sentencia errónea pueden resultar especialmente perjudiciales si tenemos en cuenta lo delicado que es conflicto de familia y la posible posición de vulnerabilidad de los sujetos intervinientes. Pero no solo una sentencia errónea puede significar estas consecuencias nefastas, sino que también las puede originar la demora que significaría acudir al recurso como única forma de control judicial. En efecto, puede suceder que mientras se siga un proceso de familia en el cual resulte necesario impugnar una sentencia, el niño, niña o adolescente se vea vulnerado en sus derechos, algunos tan importantes como el de vivir en familia. Es por esta especial entidad del conflicto -que se distancia de los civiles patrimoniales-, que se requiere un mayor esfuerzo a la hora de implementar sistema de controles que, reiteramos, contemplen un equilibrio entre la calidad del proceso y la duración de éste.

2. Sistema recursal: la necesidad de un recurso de nulidad.

Previo a dilucidar cuál es el recurso adecuado para el procedimiento de familia, es necesario precisar que el derecho al recurso forma parte de la garantía más amplia del debido proceso. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto de forma positiva, señalando en varias de sus sentencias que “...cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles No 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986. De este modo, se ha dicho expresamente que *“el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la*

evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores..."¹².

En lo relativo al sistema recursal implementado por el legislador al reformar el proceso de familia, se concibe como forma de impugnar la resolución del tribunal al recurso de apelación. Recurso que permite que el tribunal ad quem conozca tanto de los hechos como del derecho, lo que se traduce en que la Corte de alzada pueda, en definitiva, fallar respecto de los hechos que fueron objeto de prueba en la primera instancia, produciéndose un quiebre con el principio de inmediación, ya que será un tribunal que no tuvo contacto directo con las probanzas –y todo lo que ello implica- el que falle la cuestión controvertida.

Núñez¹³ sintetiza en dos las principales críticas que se realiza a la existencia de una doble instancia. La primera de ellas se funda en que si suponemos que dota de una mayor garantía de seguridad y acierto que un asunto sea conocido por dos órganos diferentes, entonces se debe llegar a la conclusión que entre más instancias conozcan de un mismo asunto, aumentaría esta garantía. La segunda, dice relación con que parece razonable encomendar el proceso de forma inmediata a estos órganos colegiados más expertos y mejor preparados que suponen ser los tribunales que conocen en segunda instancia de la controversia.

Es por este motivo que respecto de las demás reformas procesales que se han implementado en nuestro país -las cuales tienen como principio la oralidad y consecuentemente a la inmediación, además de implementar como forma de valoración de la prueba a la sana crítica- el legislador ha eliminado el recurso de apelación por ser incompatible con un proceso oral con las características mencionadas y ha optado, en cambio, por un recurso extraordinario de nulidad. El ejemplo paradigmático de esto lo encontramos en materia penal –la que además resulta ser la primera de las reformas procesales que engloban un esfuerzo por modernizar nuestros procedimientos- donde efectivamente concibe un recurso de estas características.

Pero no solo el proceso penal, sino que también se ha eliminado en el proceso laboral y además se ha planteado en la reforma al proceso civil que aún no ve la luz en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, se señala Núñez que “con el establecimiento del recurso de nulidad civil se busca salvar el gran escollo dogmático que hubiera significado mantener un recurso de apelación incompatible con el nuevo diseño institucional de procedimientos orales y sujetos al sistema probatorio de *libre apreciación de la prueba*, como con la propia

¹² Francisco Choque Siguyro y Felipe Contador Tapia (2010): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 2010 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

¹³ Núñez Ojeda, Raúl "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", Revista Ius et Praxis, año 14, N°1. Pág 9.

actividad desarrollada por los juez al resolver un caso, que como señalamos al comienzo no es otro que un discurso de aplicación o adecuación.”¹⁴

Sin embargo, esta preferencia del recurso de nulidad por sobre el recurso de apelación no ha estado exento de críticas, en efecto, en el ámbito nacional, algunos autores han considerado que eliminar el recurso de apelación significaría una contravención al debido proceso, puesto que formaría parte de éste el derecho a la doble instancia. En esta línea, autores como Palomo en Chile y De la Oliva en España –entre otros- han criticado esta tendencia a preferir al recurso de nulidad por sobre el recurso de apelación. Específicamente Palomo¹⁵ plantea que el derecho al recurso tiene mayor importancia que la inmediación, la cual sería más bien una opción técnica del legislador y no un principio como consecuencia de la implementación de la oralidad. El derecho al recurso supone una revisión plena de los hechos y del derecho, condición que solo cumpliría, el recurso de apelación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se a pronunciado al respecto en el fallo sobre el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, señalando que los ordenamientos jurídicos que han optado por la oralidad e inmediación, deben asegurar que estos principios “no impliquen exclusiones o limitaciones en el alcance de la revisión que las autoridades judiciales están facultadas a realizar” y, al mismo tiempo, sostuvo que “la revisión del fallo por un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de [dichos] principios”.

La Corte sobre la Convención Americana señala que debe ser interpretada teniendo en cuenta su objeto y fin, que es la eficaz protección de los derechos humanos, la Corte ha determinado que debe ser un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas, que dentro de la enumeración que hace, para efectos de este trabajo el relevante es:

d) Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido: debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Por lo tanto, debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al

¹⁴Núñez Ojeda, Raúl "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", Revista Ius et Praxis, año 14, N°1. Pág 8

¹⁵ Palomo Vélez, Diego "Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite", Estudios Constitucionales, año 8, n°2, 2010.

paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

También nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de si el derecho al recurso es sinónimo de derecho a una segunda instancia, manifestando que, “sin embargo, aunque nuestra constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”¹⁶.

En consecuencia, la garantía del debido proceso se ve satisfecha con la implementación de un recurso que cumpla con la exigencia de que signifique una revisión íntegra de la decisión objeto de recurso, lo que no es sinónimo de que se requiera un recurso de apelación, puesto que no es el único que cumple con este estándar de revisión, sino que también lo hace el recurso de nulidad. En efecto, este recurso no circunscribe al tribunal solo a la revisión del derecho, sino que también puede conocer de los hechos, revisando el razonamiento que realizó el juez para dar por probado un hecho. Ahora bien, como señala Araya¹⁷, esta posibilidad de revisión de los hechos no hay que entenderla desde la perspectiva

Si bien estas exigencias relativas al recurso de nulidad se han discutido –en su gran mayoría- en relación al proceso penal, es posible utilizar este mismo estándar que los instrumentos internacionales han determinado, en relación a los procesos civiles, Núñez, en el contexto del anteproyecto del Código Procesal Civil, señala que “siempre será posible interponer un recurso de Nulidad alegando la vulneración del artículo 328 del anteproyecto de Código de Procesal Civil cuando se omita algunos de los requisitos que de acuerdo al legislador debe tener una sentencia judicial, en especial, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia (art. 366 *c*) ACPC).¹⁸. Por lo tanto, no corresponde interpretar que solamente el recurso de nulidad en materia penal tiene esta propiedad de conocer de los hechos y del derecho, puesto que también se ha concebido con estas características para el proceso civil por antonomasia.

De lo señalado anteriormente, se puede concluir que no es contradictorio el establecimiento de un recurso de nulidad con la exigencia de revisar tanto los hechos como el derecho. En efecto, el problema que se plantea respecto de este recurso, dice relación no tanto con su implementación legal, sino que más bien, con la manera en que nuestros tribunales han entendido y aplicado este recurso. Así, amparándose en el principio de la inmediación -o mejor dicho, de una errónea comprensión de éste-, se han limitado a

¹⁶ Mazuela Montenegro Leonardo del Tránsito (2010): Tribunal Constitucional, 15 de agosto 2010 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

¹⁷ Araya Novoa, Marcela Paz. "Los hechos en el Recurso de Nulidad en materia penal". Ed. Abeledo Perrot, año 2011, pág.175.

¹⁸ Núñez Ojeda, Raúl "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", Revista Ius et Praxis, año 14, N°1. Pág 12

pronunciarse solo respecto del derecho y no de los elementos fácticos del fallo revisado. Se concibe entonces a la inmediación como un método autónomo de valoración de la prueba, transformándola en un límite al control que puede realizar el tribunal superior, convirtiéndose en la “coartada que torna infiscalizable los hechos”¹⁹

En este sentido, Accatino²⁰, explica que solo se aplica el control formal de recurso de nulidad, y una de las razones que esgrime la autora, destaca la inmediación, pero sólo esta se transforma en un obstáculo si ella fuera entendida como un método de decisión. Aclara que, en definitiva, la inmediación solo designa una técnica de formación de la prueba y su contenido específico es requerir presencia ininterrumpida de los sujetos procesales a fin de excluir la delegación en la recepción de la prueba; siendo el único efecto de la inmediación desde el punto de vista de los enunciados probatorios consiste en hacer innecesaria la fundamentación de las constataciones.

Como ya adelantábamos en el párrafo anterior, esta incorrecta concepción de la inmediación tiene como trasfondo una concepción subjetivista del estándar de la prueba que ha penetrado en nuestros tribunales, respecto de los cuales no resulta extraño divisar en la parte considerativa de sus sentencias algunas afirmaciones que siguen esta línea, Araya²¹ destaca algunas donde resulta patente esta interpretación de nuestros órganos jurisdiccionales. En efecto, como señala Accatino²², la convicción del tribunal ha sido entendido como un asunto radicado en el fuero interno del juez, lo que es incorrecto.

Como consecuencia de esta errónea concepción de la inmediación basada en esta concepción subjetivista “importa retomar el modelo de la íntima convicción, pues en base a esta interpretación aparece autoevidente que el tribunal formaría su convicción en aquel momento en que toma contacto directo con otros medios de prueba, “sensorialmente” como indica uno de los autores citados, lo que representa perniciosamente la imposibilidad de controlar la corrección de la fundamentación, ya que se identifica la valoración efectuada para el establecimiento de un hecho o de una proposición de contenido fáctico, con la creencia que adquiere el adjudicador sobre ella, eximiéndolo de la obligación de justificar la forma en

¹⁹ Araya Novoa, Marcela Paz. "Los hechos en el Recurso de Nulidad en materia penal". Ed. Abeledo Perrot, año 2011, pág 179.

²⁰ Accatino, Daniela. "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 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 1º Semestre 2009.

Accatino, Daniela. 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 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 1º Semestre 2009, pág 351.

²¹ Araya Novoa, Marcela Paz. "Los hechos en el Recurso de Nulidad en materia penal". Ed. Abeledo Perrot, año 2011, pág175

²² Accatino, Daniela. "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 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 1º Semestre 2009.

Accatino, Daniela, op., cit. Pag. 357.

que los elementos de juicio aportados son razones suficientes para considerar que el hecho afirmado probablemente ha ocurrido”²³

Que en nuestro ordenamiento jurídico esté rigiendo un sistema de valoración de la prueba basado en la íntima convicción, significa abrir las puertas a la arbitrariedad, puesto que la sentencia se basaría en ciertas impresiones que el juez obtuvo de la examinación de los medios de prueba percibidos, -como la examinación de un testigo- siendo imposible controlarlas si no se aportan verdaderos fundamentos racionales en la determinación de un hecho como probado. Una sentencia que se basa en cimientos tan débiles, convierte al proceso jurisdiccional en un mero vehículo que solo sirve para resolver conflictos, pero inservible y hasta perjudicial si lo que se busca con el proceso es obtener decisiones justas. En efecto, “la justicia de la decisión judicial no puede no implicar, como condición necesaria (pero no –obviamente- suficiente), la determinación de la verdad de los hechos que constituyen el objeto de la controversia... ninguna decisión puede decirse justa si se funda en una reconstrucción errada de los hechos”²⁴.

En un sistema de libre valoración de la prueba, en cambio –el cual reconoce parámetros racionales, a diferencia del sistema de la íntima convicción- al juez le es exigible que fundamente su decisión conforme al debate y prueba rendida resultando controlable esta fundamentación. “Efectivamente, frente a la pregunta de si es posible controlar el razonamiento que sigue un juez en un sistema de libre valoración de la prueba (o sana crítica), la respuesta no puede ser sino positiva. He ahí la importancia del deber de fundamentar las sentencias, ya que vía recurso de nulidad, se puede revisar la determinación de los hechos que realizó el juez de instancia”²⁵.

Llevado al ámbito de familia, sus consecuencias pueden ser nefastas si consideramos lo que puede estar en juego en un proceso de familia. Si en los hechos, rige la concepción subjetivista, no sería difícil vislumbrar la utilización de maniobras, incluso a costa de la “utilización” de los sujetos que se encuentran en un grado de vulnerabilidad, tergiversando principios como el del Interés Superior del Niño. Así, por ejemplo, bastaría la utilización de un menor dentro de un proceso, para provocar en el juez esa íntima convicción y obtener una sentencia favorable, lo que significa en definitiva la instrumentalización de un ser humano.

Además, en relación al recurso de nulidad, debe ser implementado con un mecanismo de reenvío, puesto que -como se ha afirmado en reiteradas ocasiones- sigue siendo el tribunal de instancia el que mejor posición tiene para conocer de la cuestión controvertida por todos los elementos con los que cuenta para este cometido. Sin embargo hay que ser cautelosos en

²³ Araya Novoa, Marcela Paz. "Los hechos en el Recurso de Nulidad en materia penal". Ed. Abeledo Perrot, año 2011, pág 171.

²⁴ Taruffo, Michelle, “Paginas sobre justicia civil”, Ed. Marcial Pons año 2009, pag 24.

²⁵ Núñez Ojeda, Raúl "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", Revista Ius et Praxis, año 14, N°1, pag

el sentido de que este mecanismo puede significar esa demora que se busca evitar en un proceso de familia por ser especialmente perjudicial.

Teniendo presente lo anterior, si para poder obtener decisiones justas se requiere de una correcta aplicación del derecho, lo que solo se logra si se pueden establecer de manera adecuada los elementos fácticos a los que se refieren los enunciados normativos, solo se concibe que sea el tribunal que tuvo la mejor posición para determinarlos el que deba resolver la cuestión controvertida. Más aún, se debe fortalecer a este tribunal en orden a que las decisiones que adopte sean fruto de una verdadera actividad racional, ya sea mediante la instauración de la colegiatura en estos tribunales de instancia, como también la implementación de un recurso extraordinario de nulidad.

Conclusiones

1. El proceso de familia, por las características especiales de los conflictos de que conoce, requiere la implementación de mecanismos de control de las decisiones judiciales que sean compatibles con los principios/garantías de la oralidad, inmediación y concentración que fortalezcan el debido proceso.
2. En cuanto al control horizontal, se requiere la implementación de tribunales colegiados, donde los jueces se controlen recíprocamente, para así poder alcanzar una decisión justa.
3. Por otro lado, ya en lo relativo al control vertical, una de las garantías que componen al debido proceso consiste en el derecho al recurso, lo que no es sinónimo de que se exija la implementación de una doble instancia.
4. El derecho al recurso, entendido como una forma de revisión íntegra de la sentencia, se puede alcanzar mediante el establecimiento de un recurso de nulidad.
5. En efecto, si bien la reforma ha significado un gran avance en variados aspectos, no se hizo cargo suficientemente de elementos esenciales, en cuya ausencia no podemos considerar que estamos frente a un proceso racional y justo. Por el contrario, mantuvo viejas estructuras como el recurso de apelación, el cual no se condice con la implementación de un proceso oral con inmediación y concentración como características principales.

ANEXOS

Bibliografía Citada

- Accatino, Daniela (2009). Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol XXXII, Año 1º
- Araya Novoa, Marcela Paz (2011). Los hechos en el Recurso de Nulidad en materia penal. Santiago de Chile, Editorial: Abeledo Perrot
- Corral, Hernán (2002). "Claves para entender el Derecho de Familia Contemporáneo". Revista Chilena de Derecho. Vol. 29, Nº1.
- Couture, Eduardo (1960). "Vocabulario Jurídico con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo". Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.
- De la Oliva Santos, Andrés (2013). Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general. Editorial: Universitaria Ramón Areces.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2005). Los principios que informan el Derecho de Familia Chileno: Su Formulación Clásica Y Su Revisión Moderna. Revista Chilena de Derecho, vol. 32, Nº 2, pp. 205-218. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1770/177021336001.pdf>. [Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2016].
- Espejo Yaksic , Nicolás (2015). Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Los derechos de los niños, una orientación y un límite, Nº2, pp. 5-69. Disponible en: <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/proteccion-especial-22.pdf>. [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2016].
- Nuñez Ojeda, Raúl (2008) . El Sistema De Recursos Procesales en el Ámbito Civil En Un Estado Democrático Deliberativo. Revista Ius et Praxis, año 14, Nº1. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100008. [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2016].
- Palomo Velez , Diego (2010). I. Apelación, Doble Instancia Y Proceso Civil Oral: A Propósito de la Reforma en Tramite . Estudios constitucionales, Vol. 8, Nº 2, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200014. [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2016].
- Taruffo, Michelle (2009). Paginas sobre justicia civil, Editorial: Marcial Pons año 2009,
- Francisco Choque Siguayro con Felipe Contador Tapia (2010): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 2010 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad)
- L.P.R.G con B.L.C.C (2010):Corte Suprema (Sala Cuarta), 24 Septiembre de 2010 (casación en el fondo).

Normas Citadas

Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004

CERTIFICADO



Alberto Balbontin Retamales, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, certifica la participación de los siguientes alumnos de la Escuela de Derecho adscrita a esta Facultad, en el Primer Concurso Nacional de Estudiantes Nivel Pregrado Semilleros de Derecho Procesal, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, a realizarse los días 3 y 4 de octubre de 2016, en la ciudad de Santiago.

1. Isamaría Verónica Castillo Miranda
C.I: 18.783.577-1
Mail: Isamaria.castillo@alumnos.uv.cl
Cel: 982706044
Año académico: 3° año.
Dirección: Union n° 1073, Quilpué.
2. Gabriela Paz Colinas Justiniano
C.I: 18.036.958-9
Mail: Gabriela.molay@hotmail.com
Cel: 88634062
Año académico: 4° año.
Dirección: Las Magnolias n°111, Viña del Mar.
3. Claudio Andrés Cordero Muñoz
C.I: 18.648.411-8
Cel: 944446645
Año académico: 3° año.
Dirección: San Guillermo n°865 C. Placeres, Valparaíso.
4. Javiera Loreto Fredes Ortiz
C.I: 18.901.063-K
Mail: Javyfredes@gmail.com
Cel: 997074938
Año académico: 3° año.
Dirección: Vicente Huidobro n° 1354, La Ligua.
5. Elena Consuelo Jaramillo Escobar
C.I: 18.875.249-7
Mail: Elena.consuelo1994@gmail.com
Cel: 94822622
Año académico: 3° año.
Dirección: Psje. La Niña n° 2093, Villa Alemana.

6. Daphne Ivonne Klocker Riveros
C.I: 19.150.906-4
Mail: Daphne.klocker-13@hotmail.com
Cel: 983233327
Año académico: 4º año.
Dirección: Atalaya, 158 Playa Ancha, Valparaíso.
7. Verónica Alejandra Pinto Cisternas
C.I: 18.046.414-k
Mail: vpintocisternas@gmail.com
Año académico: 4º año
Dirección: José Tomas Ramos n° 357, C. Alegre, Valparaíso
8. Sebastián Andrés Valdivia Estay
C.I: 17.753.940-6
Mail: sebastian.valdivia@hotmail.cl
Cel: 975687234
Año académico: 4º año.
Dirección: Calle Patricio Lynch n° 447, depto. 6, Playa Ancha, Valparaíso.

Datos de la Institución:

Universidad de Valparaíso, Avenida Errázuriz 2120, Valparaíso
Teléfono: +3222507000

Rector de la Universidad de Valparaíso:

Nombre: Prof. Aldo Valle Acevedo
Mail: rector@uv.cl

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales:

Nombre: Prof. Alberto Balbontín Retamales
Mail: decanato.derecho@uv.cl

Director del Semillero:

Nombre: Prof. Claudio Meneses Pacheco
Mail: cmp@mackaycia.cl ; claudio.meneses@uv.cl

VALPARAÍSO, 5 de septiembre de 2016.