



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO



DERECHO PUCV
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

El rostro de la justicia: el quiebre de la intermediación en la segunda instancia en materia de familia. Una revisión pendiente.

Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Estudiantes

Sebastián Andrade Trujillo

José Luis Caamaño Gutiérrez

Natalia Cabrera Morales

Agustín Figari Wilson

Dominique Landshut Arancibia

Heather Martin Navarro

Valentina Sanzana Olivares

Joaquín Schafer Rodríguez

Profesor guía:

Prof. Dr. Jorge Larroucau Torres

Universidad:

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN: La reforma procesal de familia recogió en nuestro país un aspecto fundamental de los nuevos procedimientos orales como es el principio de inmediación, el cual requiere que el juez se encuentre presente durante las actuaciones y perciba la prueba personalmente, sin embargo, mantuvo el recurso de apelación como medio de impugnación, permitiendo que los ministros de Corte de Apelaciones puedan apreciar la prueba que no ha sido rendida personalmente ante ellos. En tal sentido, el presente trabajo busca delimitar la quiebra de la inmediación en segunda instancia, poniendo de relieve la necesidad de modificar el sistema recursivo existente en materia de familia, así como el perfeccionamiento de la formación de los jueces y el establecimiento de tribunales colegiados que den mayor garantía de corrección de la sentencia de fondo. Para ello se desarrollará un análisis crítico de la regulación procesal en Chile en materia de familia, examinando las principales tendencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a la aceptación de la inmediación en Chile.

Palabras claves: Reforma procesal de familia – principio de inmediación – segunda instancia – recurso de apelación – valoración de la prueba

ABSTRACT: The procedural reform of the family included in our country a fundamental aspect of the new oral proceedings, such as the principle of immediacy, which requires that the judge be present during the proceedings and receive the evidence personally, however, he maintained the appeal As a means of challenge, allowing the Court of Appeal Ministers to appreciate the evidence that has not been personally submitted to them. In this sense, the present work seeks to delimit the bankruptcy of the immediacy in second instance, highlighting the need to modify the existing recursive system in matters of family, as well as the improvement of the training of judges and the establishment of collegiate courts That give greater guarantee of correction of the sentence of substance. To this end, a critical analysis of the procedural regulation in Chile regarding family matters will be developed, examining the main doctrinal and jurisprudential tendencies regarding the acceptance of the immediacy in Chile.

Key words: Family procedural reform - principle of immediacy - second instance - appeal - assessment of the test

I.- Introducción.

Una justicia con rostro, una justicia más humana, una justicia cercana con las personas cuyos derechos están en disputa, una justicia que presta su servicio a los verdaderos protagonistas del proceso, son éstas las nuevas aspiraciones sociales que los procesos judiciales han recepcionado en las últimas décadas; es la búsqueda por garantizar de mejor manera las garantías de un debido proceso y la tutela judicial efectiva que han transformado los antiguos procedimientos escritos por procedimientos regidos por el estandarte de la oralidad, por la necesidad de una tutela rápida y efectiva, por la exigencia de tener un juez presente en el proceso, que abandoné los viejos hábitos de juez lector para transformarse en un director del proceso. Los nuevos principios que orientan los procesos en materia penal, laboral y familia intentan responder al desafío e interrogante acerca de cómo tutelar de mejor forma los derechos de los justiciables. En este contexto, uno de los desafíos que debe enfrentar todo proceso es que las bases en las cuales éste se funda tengan coherencia suficiente con las reglas particulares del procedimiento para así satisfacer óptimamente la necesidad de tutela de las personas.

El presente trabajo de investigación es el resultado de la revisión y análisis sistemático de las normas que regulan la incorporación del principio de inmediación en una de las materias señaladas anteriormente, esto es, en el procedimiento ordinario establecido en la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, y su eventual incompatibilidad con la doble instancia, recurriendo para su estudio a las principales obras doctrinales sobre la materia y la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia.

El interés que sustenta esta pretensión se fundamenta en la convicción de que las modernas reformas procesales en nuestro país han de buscar materializar una justicia más eficiente, transparente, justa y accesible, en orden a solucionar y evitar los problemas que aquejan actualmente a nuestra justicia civil; por tanto, consideramos que estas modernas reformas procesales deben establecer procedimientos que sean coherentes con los mismos principios que los informan, como son la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad por ejemplo.

Según nuestro punto de vista, si bien la reforma procesal de familia significó un gran avance en la protección de los derechos vinculados con la familia, con la finalidad adicional de obtener sentencias de mayor calidad y más justas en primera instancia, no es menos cierto que la regulación de su procedimiento ordinario presenta incongruencias con ciertos principios de la ley, entregándole un rol de control a los tribunales superiores de justicia sobre las decisiones de los inferiores que merece por lo menos ser revisada, en la medida que se busque garantizar estándares de calidad similares en la resolución de los conflictos tanto en primera como en segunda instancia.

La metodología empleada consiste en un análisis crítico de la conservación de la segunda instancia a cargo de una clase de tribunales superiores de justicia en materia de

familia, a partir del desarrollo dogmático que ha tenido el principio de inmediación en nuestro derecho y de su recepción en la fundamentación de algunas sentencias de las Cortes de Apelaciones.

Los principales problemas y temáticas que se pretenden desarrollar suponen la exploración de una dimensión teórica de la inmediación, oralidad y concentración y su consagración en nuestro derecho positivo de familia; la eventual falta de racionalidad en las decisiones judiciales basadas en meras impresiones y la carencia de herramientas adecuadas para apreciar correctamente los medios de prueba, y la dificultad de valorar la prueba en las mismas condiciones que tuvo juez de primera instancia, por parte de los tribunales superiores.

A partir de estas consideraciones, es posible establecer a modo de hipótesis que *la consagración de una segunda instancia en el procedimiento ordinario de familia, al cual se accede mediante recurso de apelación, resulta incompatible con la primacía del principio de inmediación en la recepción de la prueba, siendo necesaria una revisión de aspectos orgánico-procedimentales que aproxime el régimen recursivo a las restantes reformas procesales en Chile.*

La estructura que se ha desarrollado para el logro de estas pretensiones consiste: (i) en un análisis dogmático acerca de tres principios íntimamente relacionados, como son la oralidad, la inmediación y la concentración, en cuanto pilares fundamentales de la estructura del nuevo proceso de familia; (ii) para luego, centrándonos en el principio de inmediación, analizar la concreción que le ha otorgado el Legislador en la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia; (iii) continuando con una revisión general del sistema de impugnaciones establecida en la ley y, particularmente, con el establecimiento de una segunda instancia y el quiebre que causa con la inmediación; (iv) procediendo a examinar las críticas de que ha sido objeto el principio de inmediación por parte de autores, que además destacan la importancia de mantener una segunda instancia como garantía de corrección en la decisión final; (v) se consultará brevemente algunos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen la importancia de la inmediación como un límite a la valoración de la prueba en segunda instancia; (vi) para en último término destacar, *grosso modo*, modificaciones que creemos debieran efectuarse en el sistema procesal para guardar la coherencia entre el principio de inmediación y el sistema de control de las resoluciones judiciales; (vii) para luego finalizar con unas conclusiones.

II.- Oralidad, concentración e inmediación: tres facetas de una sola realidad

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, la regulación del contencioso familiar era sumamente disperso e incompleto, las materias de familia no eran conocidas por un único tribunal, sino que era posible que se encontraran cubiertas por la competencia de los juzgados civiles o juzgados de menores, y se regían bajo diferentes procedimientos¹, todo lo cual dificultaba sobremanera el acceso a la justicia y el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva en un ámbito tan relevante para el resguardo de las

¹ NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO (2012), p. 8.

relaciones de familia y para la sociedad. Con el fortalecimiento de los derechos humanos, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las modificaciones que sufrió la legislación de familia en materia sustancial² devino en la necesidad de fortalecer la judicatura de familia, estableciendo en el año 2004 una sola especie tribunal, que conocerá de los asuntos de familia bajo procedimientos claramente establecidos en la Ley N° 19.968, con el objeto de resguardar y proteger de mejor manera la familia, y particularmente resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Conocidas son las iniciativas para reformar y modernizar la administración de justicia en hispanoamérica: España, Brasil, Uruguay y Colombia son algunos países que han decidido abandonar procedimientos tradicionalmente escritos para la resolución de los asuntos y adoptaron procedimientos regidos por la oralidad, la inmediación y concentración³. En Chile no se ha estado ajeno a dicho fenómeno y se han realizado significativas modificaciones en materia penal el año 2000, en materia laboral el año 2006, en materia aduanera y tributaria el año 2009 y actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que busca reformar el Código de Procedimiento Civil, todo ello incardinado bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración. Bajo ese contexto, en nuestro país se decidió establecer en materia de familia un procedimiento regido por el principio de oralidad, concentración e inmediación, lo que permitió a fin de cuentas la concreción del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y de tutela judicial efectiva. A continuación procederemos, por tanto, a delimitar los alcances cada uno de estos principios.

1. *El principio de oralidad.*

La oralidad, como contrapartida de la escrituración⁴, ha sido ampliamente tratada y ha despertado gran interés en la doctrina⁵, considerándose en general que ella permite reducir los costos y los tiempos de tramitación, como también facilita la concreción de otros principios del derecho procesal, entre ellos, el principio de inmediación y de concentración⁶. Por lo demás, permite superar las desventajas que trae aparejado un procedimiento fundamentalmente escrito, como son el excesivo formalismo y lentitud en la tramitación de los procedimientos, la preferencia por una obsoleta lista cerrada de medios de prueba cuyo valor probatorio es determinado imperativamente por el Legislador, y el desarrollo de un procedimiento disgregado, sin un juez activo, todo lo cual contribuye a percibir a los procesos

² OBREQUE MELÉNDEZ y TOBAR RAMÍREZ (2012) pp. 37-49

³ BENAVIDES BANEGAS (2016) pp. 104 y ss.

⁴ Se considera que la escrituración en los procesos nace en la *apellatio* romana como una forma de protocolizar las actuaciones para ser revisadas por un superior jerárquico y que se reforzó durante la Baja Edad Media cuando los asuntos civiles pasaron a ser conocidos por la jurisdicción canónica, que desarrollaba un procedimiento fundamentalmente escrito, marcado por la importancia que se le otorgaba al control que podía ejercer el superior sobre las actuaciones del funcionario que se encuentra subordinado en la resolución de los conflictos, el cual se mantuvo como principio fundante de los procesos civiles en los países de la tradición del civil law hasta los siglos XIX-XX. Cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ (2006) y DAMASKA (2000).

⁵ Puede consultarse para tal efecto PALOMO VÉLEZ (2007)

⁶ CHIOVENDA (2001) pp. 475-480.

civiles donde predomina la escrituración como ineficaces y lejanos a los intereses de las partes.

En general, se reconoce que un procedimiento es oral cuando la actividad procesal desarrollada se manifiesta, predominantemente, mediante la palabra hablada⁷. Para la doctrina la oralidad es “una metodología de producción de información entre las partes, por un lado, y entre las partes y el tribunal, por otro”⁸, es decir, se constituye en una herramienta para depurar la información que ingresa al proceso, asegurando que la sentencia que se dicte se funde en materiales que pudieron ser controlados por las partes y el juez, es decir, se busca mejorar la calidad de las resoluciones.

Cabe precisar que aunque un procedimiento se catalogue como oral no significa que todos los medios de expresión y comunicación entre los sujetos procesales serán de este modo. En ese sentido, importantes actos procesales suelen ser escritos, tales como la demanda y la contestación. Lo que sí es relevante es que dichos procedimientos suelen estar estructurados sobre la base de una o más audiencias, a las cuales acuden las partes y el juez, permitiendo de esta manera la concreción de los principios de inmediación y concentración.

2. El principio de concentración.

La concentración se entiende como aquel principio en virtud del cual se procura abreviar en el tiempo el desarrollo del proceso, haciendo que los actos se verifiquen en actuaciones próximas las unas de las otras. La concentración persigue importantes finalidades, como son lograr que los juicios se tramiten con la mayor celeridad posible, disminuyendo la incertidumbre sobre el derecho discutido y permitiendo que se mantenga la unidad del debate, a fin de que en cualquier momento procesal se pueda tener una idea clara y precisa del conjunto de sus materiales.

3. El principio de inmediación.

El vocablo inmediación convencionalmente alude a la idea de cercanía, de proximidad o contigüidad temporal o espacial con un objeto, el cual es susceptible de transformarse en un método de conocimiento e interacción por parte del sujeto cognoscente. Desde el punto de vista jurídico, la relevancia de la inmediación ha sido puesta de manifiesto por su inclusión en las diversas reformas procesales en hispanoamérica en las últimas décadas, destacándose como un principio orientador de los nuevos procedimientos, gobernados por la oralidad, publicidad y concentración⁹.

⁷ PALOMO VÉLEZ (2008) pp. 65 y ss.

⁸ DUCE, et. Al (2008) p. 34

⁹ Por esta razón se ha denominado a la inmediación y concentración como “principios-consecuencia”, ya que no se podría concebir un auténtico procedimiento oral sin que conlleve la idea de inmediación y concentración. Oralidad, inmediación y concentración son, en este sentido, tres facetas de un solo principio, ya que no es concebible adoptar la oralidad sin que acarree el establecimiento de la concentración e inmediación. NIEVA FENOLL (2007)

a. *Concepto de inmediación.*

Así, se ha definido a la inmediación como el “principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa”¹⁰. Se resalta que el juez o el tribunal debe hallarse en íntima vinculación personal con los sujetos y demás elementos que intervienen en el proceso; tal como señalamos anteriormente, lo que se busca expresar es que la relación entre el juzgador con los sujetos y objetos del proceso ha de ser “inmediata”, lo más próxima posible y sin intermediarios. El juez ha de percibir la información vertida en el proceso directamente mediante su presencia durante las alegaciones y las aportaciones probatorias de las partes, de manera que pueda formar su convicción sobre la base de datos que se encuentran más próximos a los hechos cuya realidad se pretende comprobar, lo cual dotaría a la decisión judicial de una fiabilidad comparativamente mayor en relación a otras vías de adquisición de información¹¹.

Se ha sostenido, para apoyar dicha tesis, que “si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta, entonces simplemente no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. La información que esa acta contiene -la información del testigo recogida en el acta- es información de bajísima calidad: quizás esas no fueron exactamente las palabras que usó el testigo, quizás así es como lo transcribió el funcionario; quizás el testigo estaba nervioso y hablaba entrecortadamente - de lo que cualquiera habría podido sospechar que estaba mintiendo- o quizás lo dijo con una seguridad más allá de toda duda, que nos invita a creer que dice la verdad; el hecho es que no lo sabemos porque no lo vimos declarar y sin ello el juez lo único que tiene - en el mejor de los casos- son las meras palabras del testigo; lo mismo si parecían claramente mentirosas que sí parecían ciertas a toda prueba, el juez no tiene más que el papel consignado exactamente la misma declaración en uno y otro caso. Sin percibir directamente la prueba - sin inmediación - la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo”. Como se tratará más adelante en este trabajo, las críticas hacia este planteamiento que busca “desentrañar la mente del testigo” a partir de sus gestos no verbales no han sido pocas.

En procesos articulados bajo el principio de la escrituración el juez se encuentra desvinculado del conflicto que debe resolver, conoce y resuelve las controversias situándose frente a montañas de papel, no frente a personas; como señala Cavani Brain, se sostenía bajo este modelo que el menor contacto posible del juez con las partes y con el material probatorio permitiría que aquel “decida sin ningún tipo de influencias ni que medien sentimientos

¹⁰ EISNER (1963). El profesor argentino Alvarado Velloso distingue los principios procesales de las reglas técnicas, señalando que la inmediación no es una directriz imperativa que orienta la labor del operador jurídico y sin la cual no podríamos hablar siquiera de un proceso, sino que es una regla técnica procesal que está a disposición del Legislador para ajustarlo a ciertos fines y que se presenta en antinomias (oralidad-escritura; mediación-inmediación; desconcentración-concentración) ALVARADO VELLOSO (2011) pp. 190 - 208

¹¹ Cabezudo Nicolás (2008) p. 320

personales en su labor”¹², con lo cual se garantizaría que el juez resuelva con mayor justicia e imparcialidad.

b) Clasificaciones de la inmediación.

La doctrina suele distinguir entre una inmediación en sentido amplio o general y una inmediación en sentido estricto, las cuales responden a finalidades diversas. La inmediación en sentido amplio consiste en la exigencia de presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso y responde al propósito de asegurar el correcto desarrollo de las actuaciones, aportando al proceso la confianza de que se desarrolla con las garantías procesales necesarias para que no se vea vulnerado el derecho fundamental a un juicio justo y la tutela judicial efectiva de las partes. Fundamentalmente, se relaciona con la necesaria presencia judicial durante la práctica de las pruebas, de modo que el juez que asiste a dicha práctica entre en relación directa con las partes, testigos, peritos y con los objetos del juicio. La inmediación en sentido amplio corresponde a la definición expresada en el párrafo anterior.

La inmediación en sentido estricto exige que sea precisamente el juez que haya estado presente en las actuaciones judiciales el que dicte finalmente la sentencia; su propósito es situar al órgano judicial en las mejores condiciones para conocer el objeto del proceso. En palabras de Monroy Gálves: “la cercanía con el drama humano encerrado en el proceso, le va a proporcionar al juez mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió”¹³ y de esta manera, el juez podrá dictar sentencias mejor fundamentadas y más justas.

Por otra parte, también se suele distinguir dentro de la inmediación dos dimensiones: una dimensión subjetiva o formal y otra dimensión objetiva o material. La primera dice relación con la forma en que el tribunal debe utilizar los medios de prueba y consiste en la exigencia de que éste vea y oiga la prueba por sí mismo, lo cual coincide con la dimensión de la inmediación en sentido amplio expuesto anteriormente, ya que el juez llamado a dictar sentencia presenciara directamente las pruebas y alegaciones de las partes.

Sin embargo, la inmediación objetiva o material concierne a los medios de prueba de los que el tribunal debe valerse y se traduce en que las pruebas a ser practicadas en el juicio han de ser las más cercanas a los hechos que se intentan acreditar.

Con todo, la inmediación además de ser una consecuencia relacionada de la oralidad es también una consecuencia del reemplazo de la prueba tasada por un sistema de libre convicción, ya que en un sistema donde las pruebas tienen asignada una determinada prueba probatoria de antemano por la ley, la percepción directa por el juez carece de relevancia, toda vez que el juez “no *pondera* la prueba, sino que *cuantifica* los elementos según criterios que

¹² BAYTELMAN (2000)

¹³ MONROY GÁLVES (1996)

le están dados por la ley”¹⁴, así, la percepción directa de la prueba es un presupuesto de su ponderación, labor que no define en abstracto el Legislador, sino que lo delega en el juez.

Por otra parte, hay quien ha señalado - resaltando su gran vinculación con la concentración - que la inmediación está dotada de un aspecto temporal, en el cual se exige que transcurra el menor tiempo posible entre los distintos momentos de producción de la prueba y entre ésta y la dictación de la sentencia, de manera que se pueda garantizar que el lapso de tiempo transcurrido incida lo menos posible en el olvido de las impresiones que le causaron al juez la producción de la prueba.

En resumen, podemos señalar que el principio de inmediación exige el contacto directo de la percepción sensorial del juez con el conjunto pleno de actuaciones, escritos o diligencias que se produzcan durante el juicio, de manera que el juez forme su convicción personal sin alteraciones de intermediarios durante la percepción de la información. Además, en la medida que el juez se encuentre presente durante las actuaciones, observando y escuchando todo lo que ocurre durante la audiencia, se termina con la práctica de delegación de la función de verificación de dichas actuaciones en funcionarios de rango menor.

III.- La inmediación en el Derecho procesal de familia tras la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

La Ley N° 19.968, como hemos señalado, siguiendo las tendencias comparadas y los avances en materia penal y laboral en nuestro país, establece procedimientos gobernados por la oralidad, inmediación y la concentración. En este trabajo nos interesa analizar el procedimiento ordinario en materia de familia, el cual es aplicable a los asuntos que no tienen señalado otro procedimiento distinto. Se trata, por tanto, de un procedimiento supletorio y general que está estructurado en base a audiencias, donde la audiencia de juicio se transforma en el centro de gravedad del procedimiento, ya que es la oportunidad en que se ha de rendir toda la prueba ante el juez y éste deberá pronunciar su veredicto al término de la misma, otorgándole una gran importancia a la labor que realice el juez que presenció la rendición de la prueba en la resolución del conflicto.

El Mensaje¹⁵ con que se inicia el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, del año 1997, dispone que mediante dicho proyecto 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 las modificaciones en derecho comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escritura. De esta manera, dentro de los objetivos específicos del proyecto el numeral cuatro dispone que, con el objeto de que el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos, se ha diseñado un procedimiento oral, flexible, concentrado y basado en el principio de la inmediación.

¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER (2005)

¹⁵ Boletín 2118-18, Mensaje del Presidente de la República, Historia de la Ley, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

En el texto vigente de la Ley N°19.968, dentro del Título tercero titulado “Del procedimiento”, se regula en el primer párrafo los principios formativos del procedimiento de familia, señalando el artículo 9° que *“el procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes”*. Por tanto se reconoce expresamente en la legislación de familia la aplicación del principio de inmediación, lo cual es coherente con la adopción de un procedimiento predominantemente oral y fundado en principio de concentración.

Sin embargo el Legislador no se queda solo con la enunciación del principio, sino que establece reglas que concretizan su contenido, el artículo 12 consagra la dimensión amplia o formal de la inmediación, al señalar que *“las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido y con las que se reciban conforme a lo dispuesto en el numeral 9) del artículo 61”* El juez debe encontrarse presente y dirigir las audiencias permitiendo una comunicación directa con las personas que participan en el proceso, es decir, las partes, los niños, niñas y adolescentes cuando no sean partes y otros terceros, como testigos y peritos; el juez de familia debe estar presente en las actuaciones donde las partes expresen sus alegaciones y presenten su material probatorio, sin que aparezcan intermediarios en el conocimiento que adquiera de los hechos, de lo contrario su contravención se sanciona con la nulidad las actuaciones. Solo en base a la información que sea incorporada al proceso en dichas audiencias podrá el juez de familia formarse su convicción, sin perjuicio de la posibilidad de rendir prueba anticipada.

De forma correlativa, dentro de la regulación del procedimiento ordinario en el párrafo cuarto del título tercero, se contempla la dimensión restringida de la inmediación, que nos asegura que el juez que recibió la prueba sea el mismo que dicte sentencia, al disponer que *“una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla”*.

Varias manifestaciones de la inmediación son posibles hallar a lo largo de la ley (arts 26, 61, 66 bis, 72 y 73). Una de ellas se encuentra en el inciso tercero del artículo 64 el cual faculta al juez para efectuar preguntas tanto a los testigos y peritos como a las partes que declaren, con la finalidad de pedir aclaraciones o adiciones a sus dichos, lo cual constituye una manifestación que el juez no es solo un mero espectador en el proceso, sino que también le corresponde un papel activo durante la rendición de pruebas personales y ello sólo es posible en la medida que se siga un procedimiento basado en la oralidad y la inmediación.

Ante la importancia que tiene el juicio oral en esta clase de procedimientos, donde el juez deja de ser un “juez-lector” para ser un actor presente, visible y activo en la dirección del proceso, observando y escuchando a las partes, a los testigos y peritos, a los niños, niñas y adolescentes que no son parte, encontrándose facultado para interrogar a las partes, testigos y peritos, y adquiriendo un papel fundamental la percepción directa e inmediata, surge la

interrogante sobre si la valoración de la prueba y la fijación de los hechos realizada por el juez de familia, particularmente sobre la prueba personal, es compatible con un régimen de doble instancia, donde la resolución estará a cargo de un tribunal que no recibió directamente la prueba personal.

IV.- La doble instancia en la Ley de Tribunales de Familia. El quiebre de la inmediación.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, la Ley N° 16.618, de Menores, consagraba un sistema restringido de impugnación, reconociendo la procedencia del recurso de reposición, apelación y queja; sin embargo este escenario cambió el año 2004 al recogerse un sistema amplio de impugnación, señalando en el actual artículo 67 que *“las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley”*. Como se puede evidenciar, salvo las excepciones que señala a continuación el artículo 67, la Ley N° 19.968 sigue los lineamientos generales del sistema de impugnación del Código de Procedimiento Civil, comprendiendo por tanto la aclaración, rectificación y enmienda, el recurso de reposición, de apelación, de casación en la forma y en el fondo, la acción de revisión y la queja disciplinaria

El recurso de apelación y la conservación de una segunda instancia son dos aspectos que más han despertado el interés de la doctrina comparada tras las reformas procesales que buscaron implementar procedimientos orales, particularmente por la dificultad de conciliar la procedencia de un recurso conocido y resuelto por un tribunal que no estuvo en contacto con las partes ni con el material del proceso. Como veremos a continuación, para la doctrina mayoritaria la inmediación representa un límite para el conocimiento de la causa en segunda instancia, lo que amerita su modificación y la necesidad de pensar en mecanismos de impugnación compatibles con los nuevos principios del procedimiento.

El recurso de apelación se puede definir en general como el “medio de impugnación procesal, tendiente a que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial de un juzgado o tribunal que le está subordinado, por estimar que se ha incurrido en una errónea apreciación de la materia litigiosa, del hecho o de la prueba, o de la interpretación o aplicación del derecho”

Esta clase de recursos se caracterizan por no exigir causales específicas que hayan sido establecidas de manera taxativa por el Legislador, por lo que para su procedencia basta que exista una resolución que cause agravio y que la parte agraviada lo entable. El recurso de apelación da lugar a la segunda instancia y por ende, a una segunda revisión del proceso, por lo que se pueden debatir tanto cuestiones de hecho como de derecho que las partes hayan promovido en primera instancia en la medida que constituyan objeto del recurso entablado por las partes. Para que se puedan debatir dichas cuestiones de hecho y de derecho uno de los requisitos de la procedencia del recurso de apelación es que el escrito en que se interpone debe contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, lo cual supone indicar

expresamente los errores, omisiones y demás deficiencias atribuidas a la sentencia y la explicación de los motivos para considerarla errónea, para lo cual deberá analizarse la ponderación de la prueba y la aplicación del derecho efectuados en ella.

En tal sentido, la Corte de Apelaciones al conocer un recurso de apelación tendrá que analizar la ponderación de la prueba y la fijación de los hechos efectuada por el tribunal *a quo*, lo cual es posible en un procedimiento escrito, donde todas las actuaciones del procedimiento y los medios de prueba se encuentran contenidos en el expediente, de manera que el tribunal *ad quem* puede examinar los escritos donde constan las diligencias probatorias y efectuar un examen de la misma manera que lo realizó el tribunal inferior.

Sin embargo, la situación es completamente distinta cuando la Corte conoce apelaciones respecto de resoluciones pronunciadas en el marco de un procedimiento gobernado por los principios de oralidad, intermediación y concentración, toda vez que al momento de ponderar el valor de la prueba, y particularmente determinar la fiabilidad de la prueba personal, no estará en la misma posición que el tribunal *a quo*, ignorando parte de la información vertida en el proceso que sólo el juez inferior pudo conocer. La actual configuración legal del recurso de apelación como revisión plena del material fáctico y jurídico de la primera instancia conduce a un escenario confuso entre la oralidad y segunda instancia, donde se contempla un control amplio del material probatorio practicado en primera instancia que ha de conjugarse con la necesidad de respetar la valoración probatoria realizada por el juez *a quo*

El quiebre se produce fundamentalmente porque la causa será resuelta por un tribunal que no ha tenido percepción directa e inmediata sobre los hechos del juicio, las emociones de las partes, los gestos de los testigos, etc. El tribunal que resuelve la apelación lo hace sin intermediación, ha de basarse en la misma actividad probatoria desarrollada en primera instancia pero con información de peor calidad. Si bien es cierto, se señala, que el tribunal de alzada podrá conocer de lo ocurrido en las audiencias a través de los registros de audio existentes, no es menos cierto que dicho conocimiento no será en ningún caso completo e inmediato, ya que tiene vedada la posibilidad de estudiar los comportamientos de los sujetos en el proceso y de interrogar a las partes declarantes, testigos y peritos en caso que conserve dudas sobre los hechos declarados.

En tal sentido, si el objetivo de los medios de impugnación - según la doctrina tradicional- es corregir la falibilidad de los jueces, y el objetivo de la intermediación es poner al juez en una mejor posición para aportar razones de peso y efectuar una valoración racional, difícilmente podrá el tribunal de alzada, que no recibió la prueba, corregir los errores, vicios, agravios o faltas si los materiales con los que cuenta son de menor calidad en comparación a los que disponía el juez de primera instancia.

Con todo, hay que precisar que el quiebre de la intermediación no se produce en todas las hipótesis en que se deduce un recurso de apelación, así por ejemplo no se produce:

- a. Cuando existen otros medios de prueba no personales, tales como medios de prueba documental y material;
- b. Cuando el resultado de la prueba de instancia se desvirtúe por nuevos elementos probatorios practicados en la apelación; o
- c. Cuando se debatan cuestiones estrictamente jurídicas.

Frente a los cuestionamientos sobre la imposibilidad de controlar la credibilidad de un testigo por depender de la sola percepción del juez inferior, Maturana Baeza sostiene que no es controlable porque es “el juez de instancia el mejor posicionado para determinar la aplicación de las máximas de la experiencia que sirven para fundar la fiabilidad de su testimonio”, por lo que es ese juez el que está en mejor posición para determinar la aplicabilidad de dichas máximas y evitar así su infracción.

Con todo, la adopción de un recurso que permitiese controlar aspectos de hecho como de derecho en un procedimiento dominado por la oralidad e inmediación tenía mayor sentido en el proyecto de ley. El Mensaje expresa que se contemplan ciertas enmiendas en la regulación del recurso de apelación, de tal manera que el tribunal de alzada pueda también tener un conocimiento inmediato y directo de los hechos más relevantes de la causa, en efecto, se establecía que una vez efectuada la relación, la Corte estuviera facultada para interrogar a las partes sobre los puntos que estime de interés para la resolución del asunto, como también pueda interrogar a los testigos y peritos que hubieren declarado en la causa o hubieren informado en ella, disponiéndose la realización de una nueva audiencia para tal efecto.

De esta manera se entregaba una facultad discrecional -mas no arbitraria- para que el tribunal ad quem pudiese entrar en contacto con los medios de prueba cuyo valor habrá de ponderar. Sin embargo, durante el debate parlamentario se decidió eliminar dicha facultad por considerarse que sería impracticable la posibilidad de que la Corte pudiese interrogar nuevamente a los testigos, ya que sería iniciar un juicio nuevo, por lo que se retornó a la regla general de inadmisibilidad de la prueba en segunda instancia establecida en el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, lo cual ha agravado la incompatibilidad entre la inmediación y la segunda instancia.

V.- Del Olimpo a la tierra: sobre los límites y desventajas que presentaría el principio de inmediación en los procedimientos modernos.

En este punto es justo aludir a ciertas opiniones doctrinales que sostienen la necesidad de “desmitificar” a la inmediación de la especie de panacea que solucionaría todos los males de los procedimientos escritos. Afirman que en esta materia existe una errónea concepción de la inmediación, criticando la actitud de la doctrina, que prácticamente lo ha elevado a nivel de dogma presente en todo procedimiento e intentan determinar los límites que la propia inmediación presenta a la hora de ofrecer una mejor administración de justicia.

En efecto, se ha señalado que si se entiende a la inmediación como una íntima conexión entre el juzgador y los sujetos procesales, como una forma de conocer los sentimientos del corazón y el estado del alma - como diría Bentham- o como una suerte de contacto con lo inefable, la percepción y valoración de las manifestaciones de las partes, testigos y peritos sólo podría producirse durante el juicio oral, de manera que se torna imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, así como la justificación de los resultados. En ese sentido, todo aquello que haya sido objeto de percepción durante la producción de la prueba personal ante el juez de primera instancia pareciera estar revestido de un blindaje no controlable por los jueces superiores y la decisión estaría basada en una intuición difícilmente verbalizable. Afirmar lo contrario, señalan estos autores, significa sostener en definitiva que los resultados obtenidos mediante a través del juicio oral -incluso que los mismos jueces, serían infalibles.

Así, la primera crítica que se formula contra la inmediación implica que por medio de ella se intentaría encubrir valoraciones irracionales de los medios de prueba. La ausencia de una motivación adecuada de las resoluciones, las cuales pueden basarse en meras impresiones (captadas y procesadas en la mente del juez muchas veces sin que exista un acto autoconsciente) personales del juez, vulnera el derecho de las partes a obtener una sentencia justa que resuelva sus conflictos.

Relacionado con el punto anterior, una segunda crítica que se suele formular la doctrina a la restricción del control en segunda instancia, es que la apreciación que obtenga el juez de la totalidad de la información percibida durante la declaración no da garantías de corrección, toda vez que los jueces no son especialistas o expertos en psicología, particularmente, en psicología del testimonio. Dentro de la declaración de cada parte, testigo o perito no solo se genera comunicación a través de un lenguaje verbal, sino que también es posible apreciar durante los interrogatorios la expresión de un lenguaje no verbal (gestual o corporal), un lenguaje paraverbal (metalingüístico o prosódico) como también respuestas neurofisiológicas frente a los interrogatorios (tales como palidez, sonrojo, alteración del rostro, “tics”, etc), cuya lectura no siempre es fácil, por el contrario, dicha información suele encontrarse abierta a variadas interpretaciones susceptibles de errores, por lo que no parece razonable prescindir de una segunda oportunidad en la cual se puedan corregir los yerros en que incurrió el tribunal a quo durante la apreciación de la prueba.

Al respecto, en relación al primer punto, consideramos que la configuración de un procedimiento oral con un fuerte acento en la inmediación no puede eximir al juez del deber de fundamentar debidamente sus sentencias, particularmente en lo referente al valor que asigna a la prueba personal rendida ante su presencia. Con todo, no se debe sostener que cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba es transportado a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones interiores e individuales. Si bien el juez, al escuchar a las partes, testigos, peritos o a los niños, niñas y adolescentes que no son partes, está expuesto a impresiones inmediatas provocadas por el comportamiento del deponente que pueden influir en su valoración de la prueba, debe extraer de su contacto directo con la prueba los factores epistémicamente aceptables para construir a partir de ellos, inferencias racionales fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser

claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa, la inmediación no exime al juez de su deber de motivar su decisión, especialmente si nos encontramos ante un juez unipersonal, ya que la motivación constituye una garantía proveniente del debido proceso. El juez se encuentra en la necesidad de exponer en su sentencia las causas o justificaciones que lo han impulsado a adoptarla, dando cuenta de todo el material probatorio con que ha trabajado en la consecución de su decisión así como de las razones que lo han movido a valorarlos de una forma determinada, sea para utilizarlo como soporte de la resolución emitida, sea para descartarlo como herramienta de convicción de los hechos. La fundamentación permite tanto a las partes como al ente revisor analizar los motivos expresados en la sentencia para determinar si tienen corrección lógica, jurídica y fáctica suficiente para respaldar la solución que pretende resolver el conflicto, constituyendo una garantía de que la valoración efectuada por el tribunal, dentro del sistema de sana crítica, no encubra una realidad procesal donde sea el mero capricho del juez el que conduzca la toma de cada una de sus decisiones.

Si bien, no puede desconocerse que los jueces de alzada no se encuentran en la misma posición que el juez de familia al momento de apreciar la prueba al contar con información de menor calidad - lo que dificulta la concreción del rol que tradicionalmente se les asigna a los tribunales superiores para controlar y corregir los errores de los jueces de primera instancia- no es menos cierto que la motivación de las sentencias constituye una exigencia fundamental para el ejercicio legítimo del poder jurisdiccional, donde la fundamentación no puede quedar completamente excluido de control por parte de un tribunal de alzada. Como se verá más adelante, es necesario un diseño institucional y recursivo que permita compatibilizar los nuevos principios formativos del procedimiento como la inmediación con la debida fundamentación de las resoluciones y su control por parte de un tribunal superior.

Por otra parte, respecto del segundo punto, consideramos que la falta de conocimientos o experiencia sobre las herramientas que pone a disposición la psicología del testimonio no constituye un defecto propio de la inmediación, es más, el mismo defecto es observable en los grados jurisdiccionales superiores, toda vez que la formación académica y la experiencia profesional de los jueces rara vez ahonda en conocimientos técnicos acerca de ese campo de estudio. Piénsese solamente, que bajo este contexto, a los jueces de alzada les corresponde corregir los yerros en que habrán incurrido los jueces de familia al valorar incorrectamente la prueba personal, pero sin que se garantice que los jueces de grado superior disponen de los conocimientos y herramientas que carecen los jueces inferiores, y por tanto, puedan adoptar una decisión de mejor calidad. Así, los jueces de alzada deben conocer sobre la base de información de menor calidad, un conflicto sobre el cual no disponen de todas las herramientas idóneas para resolverlo.

En este sentido, la inmediación pone a disposición del juez mayor información y de mejor calidad, lo cual a todas luces es deseable, sin embargo no basta solo con percibir las diversas expresiones del deponente, sino que es necesario que el juez sepa interpretarlas correctamente, para lo cual una adecuada formación de los jueces de familia, con acento en la enseñanza de disciplinas asociadas con la formación jurídica, permitirá alcanzar una mejor

valoración y fijación de los hechos en base a la prueba personal que se rindió ante su presencia, y en definitiva, se permite alcanzar una mejor fundamentación de la sentencia.

VI.- El principio de inmediación en la jurisprudencia nacional y comparada.

El debate sobre la compatibilidad de la inmediación con la segunda instancia ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales mayoritariamente en materia penal, donde las garantías de un juicio inspirado en la oralidad e inmediación suelen estar consagradas en tratados internacionales sobre derechos humanos, incluidas dentro de las garantías del debido proceso. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una postura que ha sostenido por varios años, ha señalado que el tribunal superior no puede fundar su condena en nuevas interpretaciones de declaraciones que no ha oído, el cual solo puede revocar la resolución recurrida si previamente ha escuchado a las partes, testigos o peritos, por lo que la negativa a citarlos y escucharlos reduce el derecho de defensa y genera la violación del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De manera similar en España, el Tribunal Constitucional ha declarado que si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, lo cual constituye una vulneración del debido proceso.

En Chile si bien el tratamiento de la inmediación en materia doctrinal es escaso, lo es aún más la jurisprudencia existente al respecto. La tendencia mayoritaria de nuestros tribunales superiores de justicia ha consistido en no cuestionar la vulneración del principio de inmediación en segunda instancia cuando el tribunal de alzada debe valorar la prueba rendida en primera instancia, en ocasiones, estableciendo una ponderación diferente que la realizada por el juez ante quien se rindió presencialmente la prueba. Sin embargo, en los últimos años se han levantado voces disidentes en los tribunales superiores de justicia sobre la importancia que asignan al principio de inmediación en los procedimientos regidos por la Ley N° 19.968, reconociéndolo como un principio que afecta la regulación general de la doble instancia.

En causa N° 5-2015, la sala primera de la Corte de Apelaciones de Antofagasta conoció de un recurso de apelación interpuesto por la demandante que interpuso demanda de divorcio por culpa, caso en el cual la Corte declaró en su considerando segundo: *“Que de conformidad a la Ley 19.968 las decisiones jurisdiccionales deben estar imbuidas de los principios de concentración, oralidad e inmediación a propósito de la cual la actividad jurisdiccional se realiza a través de audiencias que permiten a los jueces informarse de la pretensión de las partes, las pruebas, impugnaciones e intervenciones directas de los testigos e incluso la declaración de cada una de las partes en forma individual, lo que permite a los jueces tener una apreciación dentro de la subjetividad individual general sin intermediario, para poder emitir su opinión razonada sobre los hechos establecidos y el derecho que resuelve la cuestión controvertida. Ello significa que la apelación entendida como la revisión de hecho y de derecho, hoy está intrínsecamente limitada porque a pesar de que el legislador no lo ha previsto, aparece incoherente y contradictorio un pronunciamiento en segunda instancia que se aleje de estos principios, de manera que los tribunales de apelación deben*

respetar las decisiones de los jueces que conforme a los antecedentes ya señalados establecen hechos que teóricamente corresponde a una función exclusiva de quienes se encuentran en posición de resolver por la inmediación, oralidad y concentración. Por lo mismo, la revisión debe estar encaminada a aspectos de derecho o respeto de garantías fundamentales.” (el subrayado es nuestro).

En este caso la Corte reconoce expresamente que el principio de inmediación representa un límite a la actividad revisora de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal *a quo*, ya que no puede alterar la apreciación y fijación de los hechos realizada por el juez de familia, sino cuando la decisión carezca de razones suficientes para entender satisfecho el deber de motivar la sentencia, el cual corresponde, como hemos señalado, a una de las garantías del debido proceso.

En causa 518-2015, la sala segunda de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia definitiva que acogió la demanda de cuidado personal respecto de la hija en común que tiene con el demandante, y que además reguló el régimen de relación directa y regular, señaló en su considerando segundo que: *“si bien la competencia en segunda instancia comprende facultades para avocarse tanto a los hechos como al derecho, no puede desconocerse que los principios de inmediación, oralidad y concentración limitan al tribunal en el estudio de la sentencia en lo referente a la fijación de los hechos y especialmente a la ponderación de la prueba.”* Sin embargo la propia Corte, en los considerandos siguientes, procede de todas maneras a valorar la prueba rendida ante el tribunal de familia, con lo cual rechazará el recurso interpuesto.

En causa N° 53-2013, la segunda sala de la Corte de Apelaciones de La Serena conoció de un recurso de apelación interpuesto por la demandante sobre la resolución de primera instancia que rechazó su demanda de alimentos en contra de su cónyuge, reconoce la importancia de la rendición de la prueba personal ante el juez de primera instancia, expresando como razón para confirmar la valoración de la prueba efectuada por la sentenciadora que: *“debiéndose en todo caso dejar consignado que es la juez quien por haberse desarrollado las probanzas ante ella, a virtud del principio de inmediación estatuido en los artículos 9 y 12 de la Ley N° 19.968, se encuentra de una posición privilegiada para ponderar la prueba bajo el sistema de la sana crítica que el cuerpo adjetivo legal la faculta”*.

En causa N° 107-2010, la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el demandado de divorcio unilateral, en contra de la resolución que acoge la demanda, reconoce que en segunda instancia se quiebra el principio de inmediación, al expresar en el considerando tercero que *“frente a la prueba rendida, sin perjuicio de que en segunda instancia se transgrede el principio de la inmediación, desde que no se ha estado presente cuando se rindió la prueba testimonial, no cabe sino lógica y jurídicamente mantener la decisión de la juez de mérito”*, ya que a juicio del tribunal de alzada la única forma de desconocer las convicciones de los jueces que han trabajado en el desarrollo y sustanciación del juicio en forma directa con la rendición de pruebas y las impugnaciones de las partes es que la resolución adolezca de falta de un

razonamiento lógico, desconocimiento de los principios científicamente afianzados y prescindencia de las máximas de la experiencia (considerando cuarto), todo lo cual no se presenta en la especie, por lo que no le corresponde a la Corte establecer una valoración de la prueba diferente a la estimada por el juez de familia.

Un alcance aún más estricto del principio de inmediación, extendiendo la incompatibilidad no solo a la prueba personal sino que también a la valoración de la prueba documental, es el sostenido por voto disidente de la Corte de Apelaciones de Talca en causa N° 195-2014, donde se expresa que la apreciación de la prueba documental presentada en segunda instancia en materia de familia resulta incompatible con el principio que inspira el procedimiento de familia en lo relativo a la inmediación. De igual manera, la misma sala segunda de la Corte de Apelaciones de Talca en causa N° 197-2014, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la resolución del juez de familia que rechaza la petición para salir del país junto a su hijo menor de edad, expresó que no se podrá ponderar la prueba documental presentada en segunda instancia, toda vez que ello vulnera el principio de inmediación (considerando octavo), destacando a fin de cuentas que la prueba debe ser rendida ante el juez que recibió las pruebas y las alegaciones de las partes en forma directa

Finalmente, aun cuando no se trate de un recurso de apelación resuelto por el tribunal de alzada, nos parece interesante destacar el razonamiento empleado por la sala tercera de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa N° 55-2011, donde le correspondió conocer de un recurso de casación en la forma fundado en el artículo 768 n° 7 del Código de Procedimiento Civil, por haberse acogido en el veredicto la demanda reconventional de divorcio culpable pero siendo rechazada en el texto de la sentencia por falta de pruebas. La Corte declaró en el considerando séptimo que: *“En la especie se omitió aplicar dicha norma atendida la especial tramitación de los juicios regidos por la Ley que crea los Tribunales de Familia. En efecto, los recursos deberán interponerse y resolverse en la forma contemplada en el Código ya mencionado, pero siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece esta Ley, ya que en esta clase de proceso no es posible dictar sentencia por quienes no han presenciado el juicio, no han recibido las pruebas y las alegaciones de las partes en forma directa, porque ello vulneraría los principios de oralidad y de inmediación antes mencionados.”*, procediendo a acoger el recurso de casación, sin dictar sentencia de reemplazo ya que ello vulneraría el principio de inmediación, por lo que además de anular la sentencia también declaró la nulidad de la audiencia de juicio. Interesante es el razonamiento seguido en esa causa debido a que consideramos que le da sentido a una expresión del encabezado del artículo 67 de la Ley N° 19.968, en cuanto señala que las resoluciones son impugnables a través de los recursos y en la forma que establece el Código de Procedimiento Civil *“siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley”*, dentro de las cuales se inserta el principio de inmediación, lo cual constituye motivo para que el tribunal de alzada no proceda a dictar sentencia en una causa donde no presenció físicamente la rendición de pruebas.

VII.- La configuración de un sistema de control orgánico-procedimental compatible con el principio de inmediación y la oralidad en primera instancia.

Todo sistema procesal en algún punto ha de decidir la forma y el momento en que se deba poner fin a la discusión del asunto litigioso, deberá contemplar los mecanismos adecuados para que la parte que se considere afectada por una resolución judicial pueda impugnarla ante otro tribunal y establecer asimismo el momento en que dicha parte ya no podrá seguir impetrandone nuevas revisiones de la sentencia. En otras palabras, el sistema procesal debe determinar de qué modo la parte podrá hacer ejercicio de su derecho al recurso y cuándo se cerrará definitivamente la discusión del asunto, con el fin de hacer realidad la certeza y seguridad jurídica, y asegurar la paz social.

En tal sentido, el sistema recursivo contemplado dentro de un sistema procesal debe considerar la estructura orgánica de los tribunales, su función y los principios formativos del procedimiento en el cual se inserta el sistema de impugnación. De tal manera que, en un procedimiento predominantemente escrito seguido ante un tribunal unipersonal, probablemente se consagre un sistema recursivo que se destaque por el control de todos los aspectos de la decisión del tribunal inferior por parte de un tribunal jerárquicamente superior. En cambio, si el procedimiento es desarrollado fundamentalmente a través de audiencias orales en presencia de un tribunal colegiado, probablemente se limite la posibilidad de revisión por parte de un órgano superior a las *quaestio iuris* y solo excepcionalmente a las *quaestio facti*, ya que uno de los objetivos de tal procedimiento es privilegiar lo actuado en la primera instancia, ya que fue el momento en que se rindió prueba y dictó sentencia sobre lo debatido por las partes.

Por ejemplo, el procedimiento regulado por el Código de Procedimiento Civil actual permite que las partes puedan efectuar un cuestionamiento de carácter amplio (comprendiendo tanto las cuestiones de hecho como de derecho) de lo resuelto en primera instancia para ante el tribunal de alzada, el cual la podrá modificar o revocar. En cambio, en materia penal, tras la reforma procesal se estableció que el juzgamiento de instancia se dejará a cargo de un tribunal colegiado, el cual conoce y decide en una audiencia oral en única instancia, y limitándose el régimen recursivo, previendo la posibilidad de reclamar ante el mismo tribunal, o bien, impugnar para ante un tribunal de alzada mediante el recurso de nulidad, el cual está destinado primordialmente a controlar el correcto desarrollo del procedimiento, la racionalidad del juicio fáctico y la legalidad de la decisión jurídica

a. La configuración de un recurso de nulidad en materia de familia.

Como ya se señaló anteriormente, la Ley N° 19.968 pretendió seguir los criterios de la reforma procesal penal, estableciendo que el procedimiento seguido ante los tribunales de familia es oral y concentrado, y en el cual primará el principio de inmediación. Sin embargo, a diferencia del modelo que pretende emular, el Legislador no consideró necesario que el juzgamiento de los asuntos de familia quedará entregado a un tribunal colegiado, sino que quedó en manos de un tribunal unipersonal y cuya decisión podrá ser revisada en todos sus puntos por un tribunal de alzada que no ha apreciado en forma directa las probanzas. De esta

manera, como hemos venido diciendo, el sistema recursivo en materia de familia no es coherente con el sistema procesal en el cual se inserta.

En este escenario, ya transcurridos más de 10 años desde la instauración de la judicatura de familia en nuestro país y considerando lo señalado en los párrafos anteriores, creemos que el sistema recursivo en materia de familia debe ser modificado para ser compatible con las atribuciones que se le entregan al juez de familia en la fijación de los hechos y con la centralidad que adquiere el juicio oral en el procedimiento.

El establecimiento de un recurso de nulidad con causales que permitan la revisión completa de la *quaestio iuris* y limitada respecto de las *quaestio facti* permite compatibilizar un sistema recursivo que garantiza los derechos de los justiciables. En tal sentido, la inmediación del juez con la prueba personal constituye un aspecto relevante para una adecuada apreciación de la prueba rendida en los nuevos procedimientos orales, pero ella no debe ser entendida como un factor de valoración que impide que la fundamentación de la decisión y el cumplimiento de los parámetros previstos en la ley para la valoración de la prueba, (tales como la presencia o falta de un razonamiento lógico, desconocimiento de los principios científicamente afianzados y correspondencia o prescindencia de las máximas de la experiencia) sea revisada por otro órgano.

En tal sentido, consideramos que en la configuración de este nuevo sistema de impugnación debe contemplarse que si el tribunal *ad quem* considera que es necesario alterar la valoración de los hechos determinados en la decisión del tribunal de instancia, en la misma sentencia revocatoria habrá de resolverse la necesidad de repetir el juicio, atendiendo la exigencia de presenciar físicamente la rendición de los medios de prueba.

b) La necesidad de perfeccionar la formación de los jueces de instancia.

Independientemente que se decida modificar o no el sistema recursivo, en un procedimiento predominantemente oral gobernado por la inmediación, donde lo debatido y probado en la audiencia oral cobra gran relevancia y la producción de la prueba es percibida directamente por el juzgador, es necesario mejorar los programas de formación y perfeccionamiento de los jueces con miras a entregarles conocimientos adecuados en materia de psicología del testimonio, lo cual les permita utilizar las herramientas necesarias para interpretar las expresiones no verbales que fueron objeto de percepción durante la declaración. Ciertamente, si se modifica el sistema recursivo en materia de familia, eliminando la revisión de lo resuelto en una segunda instancia, la necesidad de formar a los jueces en los avances de la ciencia especializada en la materia posibilitará efectuar una mejor valoración de la prueba, y por consiguiente, dictar sentencias de mejor calidad, disminuyendo las posibilidades de incurrir en errores.

c) La adopción de un control interno horizontal: tribunal colegiado.

Considerando las dificultades que supone para los juzgadores de segunda instancia controlar la apreciación de la prueba personal rendida en primera instancia, se vuelve

necesario adoptar una estructura orgánica del tribunal de instancia que en principio otorgue mayores garantías de corrección de la decisión, en que, de manera similar a lo establecido en materia penal, el conocimiento y resolución de los asuntos esté entregado a la deliberación de un tribunal colegiado. De esta manera, se busca potenciar un control de carácter horizontal, interno, entre jueces ubicados en una misma posición, lo cual permite satisfacer de mejor manera los estándares de racionalidad que debe contener la motivación de las resoluciones judiciales, cumpliendo con las exigencias del debido y justo proceso.

d) El dilema de la posible vulneración del derecho al recurso.

Finalmente cabe hacerse cargo de los cuestionamientos que se realizan frente a la eliminación de la segunda instancia, ya que el control integral de lo resuelto en primera instancia, comprendiendo tanto las cuestiones de hecho como de derecho formaría parte esencial del derecho al recurso de todo litigante, por lo que no es posible concebir un procedimiento sin un recurso amplio de control. Sin embargo, consideramos que el derecho al recurso no se identifica con el establecimiento de un medio de impugnación específico como es la apelación, sino que los Estados tienen márgenes de discrecionalidad para configurar el medio de impugnación que consideren idóneo en atención a las características del procedimiento tramitado en primera instancia.

Si bien, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla en su artículo 8.2 letra h) un derecho al recurso, circunscrito al ámbito penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de una Opinión Consultiva que el derecho al recurso es extensible al proceso civil, pero nunca determina cuál es el alcance específico que tiene dicho derecho

En el mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia rol N° 1432-09, conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos del Código Procesal Penal que regulan parte del régimen recursivo (arts. 364, 372 y 387), que establecen la procedencia del recurso de nulidad penal, por vulnerar las garantías de un debido proceso, incluyendo entre ellas, el derecho al recurso, entendiéndolo como una garantía que permite la revisión integral y total de lo discutido en la instancia, declara 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” (considerando décimo cuarto), razón por la cual le corresponde al Poder Legislativo determinar el sistema recursivo concreto e idóneo al procedimiento de que se trate, en la medida que atiendan a fines legítimos y no vulneren los derechos de los litigantes..

En definitiva, el derecho al recurso se satisface con la existencia de una institución procesal que permita al tribunal superior revisar el contenido de la decisión del tribunal inferior, tanto en las cuestiones de hecho como de derecho; por lo que la pretensión de instaurar un recurso de nulidad en materia de familia, similar al recurso que se previó en algún momento en el proyecto de Código de Procedimiento Civil, donde puedan revisarse de

manera limitada las *quaestio facti* en consideración al respeto del principio de inmediación, cumple con los estándares considerados deseables para satisfacer el derecho al recurso

VIII.- Conclusiones.

Del análisis llevado a cabo a lo largo de este trabajo podemos afirmar que:

(i) Los principios de oralidad, concentración e inmediación constituyen las bases orientadoras de las modernas reformas procesales, caracterizadas por regular procedimientos predominantemente orales, en las cuales el juicio oral constituye un eje central de la estructura del procedimiento, y por tener un juez presente durante cada una de las actuaciones llevadas a cabo durante su tramitación, especialmente durante la rendición de prueba, para que pueda escuchar y observar cada testimonio, lo cual es relevante como señalamos reiteradamente, ya que de su percepción directa de los medios de prueba podrá el juez formarse una convicción que le permita dictar sentencia inmediatamente.

(ii) La Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia y establece un procedimiento ordinario, de general aplicación, consagra explícitamente como principio formativo del procedimiento a la inmediación, estableciendo reglas que garantizan su tanto su dimensión amplia como restringida.

(iii) La Ley N° 19.968 asimismo contempla un sistema de impugnación conducente a una segunda instancia que habilita al tribunal de alzada para controlar todas las cuestiones debatidas ante el juez de familia, sean éstas de hecho o de derecho, lo que claramente representa un quiebre con la inmediación, al permitirse que pueda valorar la fiabilidad y el mérito de los medios de prueba un tribunal ante quien no se rindieron personalmente dicha información. Dicho estado de incongruencia amerita la revisión del sistema recursivo en nuestro derecho procesal de familia.

(iv) Por otra parte y previo al análisis de la forma en que el sistema recursivo habrá de ser revisado, la inmediación no puede significar en ningún caso el amparo de la irracionalidad ni un escape hacia la falta de fundamentación de las resoluciones, debiendo en todo caso el juez de familia motivar debidamente sus decisiones, expresando todas las razones, motivos y causas que le lleven a otorgar valor probatorio o desestimar determinada prueba, de modo que dicho razonamiento pueda ser revisable por un tribunal superior en consideración a las exigencias propias de la sana crítica.

(v) La inmediación tampoco es sinónimo de que los jueces que apreciarán la prueba (sean de primer o segundo grado) se encuentren suficientemente capacitados para interpretar correctamente la información que es vertida en el proceso a través de la observación y la audición. Dicho conocimiento técnico en el campo de la psicología del testimonio, no es adquirible a través de la práctica y la gran mayoría de los jueces

carece de un adecuado manejo de dichas herramientas, por lo que no se garantiza en primera instancia y menos en segunda instancia (ya que los jueces de instancia cuentan con información de menor calidad que los jueces de familia) una correcta apreciación y fijación de los hechos.

(vi) Existe jurisprudencia reciente que ha reconocido los límites a la valoración de la prueba en segunda instancia provocada por la vigencia del principio de inmediación, ya sea reconociendo nominalmente que la existencia de una segunda instancia vulnera el principio de inmediación; sea no ingresando a valorar la credibilidad de la prueba personal rendida en primera instancia, ya que dicha prueba no fue rendida en presencia de los ministros de la Corte de Apelaciones, afectando el principio de inmediación; sea incluso negándose a valorar la prueba documental presentada en segunda instancia o; sea en materia de recurso de casación en la forma, procediendo a anular la sentencia que no cumple con los estándares mínimos de motivación de la sentencia y a anular la propia audiencia de juicio para que se realice una nueva ante tribunal competente, ya que la Corte no puede pronunciar una sentencia de reemplazo al no haberse rendido la prueba ante su presencia.

(vii) La incongruencia de mantener en un mismo sistema procesal, un procedimiento fundado en el principio de inmediación con un sistema recursivo basado en el control jerárquico y la posibilidad de revisar todos los asuntos discutidos en primera instancia, conmina a revisar el sistema de impugnaciones, de manera que permita aprovechar la mejor calidad de información de que dispone el juez de familia para pronunciar decisiones más justas conjuntamente con mecanismos que garanticen la corrección y adecuada motivación de las sentencias. En tal sentido, se propone la configuración de un recurso de nulidad que permita una amplia posibilidad de controlar las *quaestio iuris* y una restringida respecto de las *quaestio facti*, de manera que si se requiere modificar la valoración de la prueba determinada por el juez *a quo* sea necesario anular la sentencia y la audiencia de juicio en que se rindió la prueba, para que sea un juez de primera instancia y ante quien se rinda la prueba personalmente quien dicte la sentencia definitiva. En el mismo orden de ideas, se vuelve necesario entregar a los jueces mejores herramientas para valorar técnicamente la información que los medios de prueba ingresan al proceso, la formación y perfeccionamiento de los jueces en disciplinas afines al derecho permitirá la posibilidad de dictar sentencias mejor fundamentadas. Y finalmente, la configuración de un procedimiento oral, donde prima la inmediación y en el cual se propone limitar la segunda instancia y reemplazar el recurso de apelación por un recurso de nulidad, recomienda la necesidad de establecer tribunales colegiados que favorezca un tipo de control horizontal entre los mismos jueces que asistieron a las audiencias y percibieron las pruebas, lo que otorgará mayor corrección a las sentencias dictadas.

Bibliografía citada

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011). Lecciones de Derecho Procesal Civil. Santiago: Thomson Reuters.
- BAYTELMAN, Andrés (2000). El juicio oral. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2005). Derecho penal y el Estado de Derecho. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BENAVIDES BANEGAS, Farid Samir (2016). “Las reformas a la justicia en América Latina”, en NIÑO GUARNIZO, Catalina, La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung. Disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>. [Fecha de consulta: 26 de julio de 2017].
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás (2008). “Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores) “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Volumen II: Comunicaciones.
- CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Instituciones de derecho procesal civil. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- DAMASKA, Mirjan (2000). Las caras de la justicia y el poder del Estado. (trad.) Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (2006). “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano. El estilo de Chile”. Revista de Estudios Histórico – Jurídicos, XXVIII.
- DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián (2008). “Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”. En CEJA. ”Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina”. Santiago.
- EISNER, Isidoro (1963). La intermediación en el proceso. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- MONROY GÁLVES, Juan (1996). Introducción al proceso civil. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.
- Nieva Fenoll, Jordi (2007). “Los problemas de la oralidad” en RIVERA MORALES, Rodrigo (compilador) “Pruebas y oralidad en el proceso”. Barquisimeto: Librería J. Rincón.

NÚÑEZ ÁVILA, René Luis y CORTÉS ROSSO, Mauricio (2012). Derecho Procesal de Familia. Santiago: Abeledo Perrot.

OBREQUE MELÉNDEZ, Cristóbal y TOBAR RAMÍREZ, Jaime (2012). La judicatura de familia. Santiago: Abeledo Perrot.

PALOMO VÉLEZ, Diego Iván (2007). “Modelo procesal civil chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje formal facilitado”. En DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (coordinadores). Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

PALOMO VÉLEZ, Diego Iván (2008). La oralidad en el proceso civil. El nuevo proceso español. Santiago: Librotecnia.

Normas citadas:

Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004.

Código de Procedimiento Civil.

Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Jurisprudencia citada

Causa N° 5-2015 de 25 de mayo de 2015, de Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Causa N° 518- 2015 de 28 de septiembre de 2015, de Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Causa N° 51-2013 de 17 de junio del 2013, de Corte de Apelaciones de la Serena

Causa 107-2010, de 25 de junio del 2010, de Corte de Apelaciones de Antofagasta

Causa N° 195-2014 de 24 de noviembre de 2014, de Corte de Apelaciones de Talca

Causa N° 197-2014 de 5 de diciembre de 2014, de Corte de Apelaciones de Talca

Causa N° 55-2011 de 30 de mayo de 2010, de Corte de Apelaciones de San Miguel