

# Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo.<sup>1</sup>

**Raúl Núñez Ojeda**

Doctor en Derecho

Profesor

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ESPAÑA)

UNIVERSITÄT JOHANN WOLFGANG GOETHE

—FRANKFURT AM MAIN— (ALEMANIA)

## 1. Fundamentos

El sistema procesal civil chileno vive una de sus más profundas crisis en los últimos cien años. Efectivamente, nuestro proceso civil, instaurado por el Código de Procedimiento Civil del año 1903, no significó un cambio sustancial en cuanto a la forma de impartir justicia en el ámbito civil, al modelo que de facto funcionaba en Chile desde los tiempos de la Colonia.<sup>2</sup> Es más, nuestro legislador histórico no encontró mejor forma de solucionar el problema que recurrir, al momento de buscar fuentes de inspiración para la actividad de codificación, al modelo de la “añeja” y “técnicamente ineficiente” Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.<sup>3</sup>

La citada Ley de Enjuiciamiento Civil no pasó de ser una simple sistematización y leve actualización de las normas procesales civiles contenidas en las Partidas de Alfonso X “el sabio”. Nuestro legislador histórico perdió la oportunidad de realizar un cambio profundo en esta materia. En definitiva, no se dejó seducir por los códigos más modernos de la época, a saber, la Ordenanza Procesal Civil

<sup>1</sup> La presente versión fue preparada y cerrada durante el primer semestre del año académico 2007.

<sup>2</sup> De una manera clara una parte de la dogmática chilena muestra el preocupante estado de la justicia civil nacional y solicita su inmediata reforma (TAVOLARI OLVEROS, RAÚL, “El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la Jurisdicción, de cara a la reforma”, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 44 y ss.).

<sup>3</sup> Para la doctrina española la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 representaba un sistema arcaico que tan solo constituye la codificación de las antiguas reglas contenidas en las Partida (1265) de Alfonso X “el sabio”, en especial la tercera. Sobre el tema consultar, entre otros: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, “Evolución de la doctrina procesal”, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo I, UNAM, Ciudad de México, 1974, págs. 293 y ss.; MONTERO AROCA, JUAN, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 25 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Civitas, Madrid, 1995, *passim*, y, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADO, FAUSTINO, *El proceso civil. Antiguos y nuevos modelos de enjuiciar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 16 y ss.

alemana de 1877 (ZPO) y la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895 (ÖZPO). El legislador optó por una salida conservadora, la de mantener el *statu quo*.<sup>4</sup>

Por tanto, nuestro sistema procesal civil responde principalmente al modelo fijado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Es decir, al viejo procedimiento medieval se agregó, por influencia del liberalismo del siglo XIX, el principio de la absoluta pasividad del juez en la conducción del proceso y en la producción de la prueba. Por otra parte, se trataba de procesos de lato conocimiento, desconcentrados, donde cada trámite permitía pasar al siguiente siempre que se realizara dentro del plazo establecido por la ley, o en caso contrario, cuando se acusara la rebeldía por la contraria. Por otro lado, la única posibilidad del juez de la causa de producir prueba de propia iniciativa era, una vez ya concluida su tramitación y estando vigente el plazo para pronunciar la sentencia definitiva, a través de la institución de las “medidas para mejor resolver”.<sup>5</sup> En cuanto al proceso ejecutivo, tampoco nuestro sistema se aleja mucho de las prácticas de tiempos pretéritos. Efectivamente, la mayor crítica que se puede dirigir al sistema es que no es un procedimiento de naturaleza sólo ejecutiva, ya que en determinados supuestos generosamente desarrollados es posible transformar el proceso ejecutivo en declarativo al discutir en él sobre la validez o nulidad de la obligación.<sup>6</sup>

Por otro lado, nuestro proceso civil tampoco se ajusta actualmente a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena, que busca acercarse a las sociedades más desarrolladas de la Europa continental.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Sobre la evolución de la legislación alemana de finales del siglo XIX ver: DAHLMANN, GERHARD J., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozess im 19. Jahrhundert*, 1971, Scientia Verlag, Aalen, págs. 10 y ss., y DAHLMANN, GERHARD J., *Neudrucke Zivilprozessualer Kodifikationen des 19. Jahrhunderts*, Vol. 2: “Bundestaaten-Entwurf einer ZPO von 1866 und Preussischer Juristizministerial-Entwurf von 1871”, Scientia Verlag, Aalen, 1971, págs. 9 y ss. En forma más reducida consultar: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2004, págs. 25 y ss.

<sup>5</sup> Monográficamente sobre las medidas para mejor resolver en España ver, entre otros: MARTÍN OSTOS, JOSÉ DE LOS SANTOS, *Diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Montecorvo, Madrid, 1981. Sobre la historia de las medidas para mejor resolver en Chile confrontar por todos: TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “Diligencias para mejor proveer: Antiguos y nuevos problemas”, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, op. cit., págs. 13 y ss. También consultar los trabajos menos interesantes de: PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO, *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, *passim*, y BOTTO OAKLEY, HUGO, *La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Fallos del mes, Santiago, 2001, *passim*.

<sup>6</sup> Con todo, no son muchos los textos de estudio chilenos que critican el modelo vigente de justicia civil. Se podría decir que una parte importante de la doctrina chilena llega a un análisis positivo de nuestro procedimiento civil. Una excepción a la situación de conformidad antes descrita es: CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual de Derecho Procesal (Tomo II)*, LexisNexis, Santiago, 2003, págs. 51 y ss.

<sup>7</sup> La sola lectura del Código de Procedimiento Civil nos muestra el nivel de desfase que presenta en relación con las legislaciones de países como: Alemania, Estados Unidos de América y España. Para una visión de conjunto de los modelos consultar: HAZARD, GEOFFREY, y TARUFFO, MICHELE, *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press, New Haven, 1993, *passim*; GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Berlin, 2003, *passim*; y RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Guía para la transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000, *passim*.

Tan sólo basta medir la eficacia del proceso civil chileno para apreciar la magnitud del problema.<sup>8</sup> Todos los usuarios del sistema de justicia civil en Chile saben que nuestra justicia es lenta. Con todo, el que algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración superior a los diez años y que la gran mayoría de las que se tramitan en un juicio ordinario no terminen, si se interpone el recurso extraordinario de casación, antes de los cinco años en la Región Metropolitana, donde se concentra la mayoría de los asuntos, nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna. Esta situación choca frontalmente con el anhelo y el deber de contar con una justicia civil pronta y eficaz, y con el respeto de la noción de debido proceso<sup>9</sup> consagrada en nuestra Carta Magna en el artículo 19 N° 3. No es posible aceptar un juicio que vulnere una garantía básica como es la noción de un proceso sin dilaciones indebidas<sup>10</sup> (plazo razonable), sin perjuicio de entender que hoy es cada vez más común en la dogmática procesal entender que la idea de justicia tardía es equivalente a la de justicia denegada, lo que conlleva desconocer en definitiva los derechos de las personas, al no lograr impartir frente a su violación una justicia pronta y eficaz.<sup>11</sup>

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

Dentro de este marco el Ministerio de Justicia del gobierno del ex Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar estableció como una de sus prioridades el inicio de los estudios destinados a proveer al país de una legislación procesal civil moderna. Para lograr este objetivo se firmó el 1 de octubre del año 2004 un convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El convenio estableció que una Comisión integrada por profesores del Departamento de Derecho Procesal y abogados

<sup>8</sup> Un excelente trabajo de Derecho comparado fue el que se publicó a comienzos de los años ochenta, bajo la dirección del profesor FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ (RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, editor, *Para un proceso civil eficaz*, Ediciones Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982). El citado libro, contó con la participación de destacados maestros extranjeros como son: WOLFGANG GRUNSKY (Alemania), ROGER PERROT (Francia) y ANDREA PROTO PISAN (Italia).

<sup>9</sup> Para un análisis del principio del debido proceso consultar monográficamente, entre otros: ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, *El principio del proceso debido*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, VALLESPIN PÉREZ, DAVID, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, y COMOLGLIO, LUIGI PAOLO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Torino, 2004. Para una visión nacional sobre el mismo ver los trabajos de: BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, "El debido proceso civil", *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 251 y ss.; y TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "El proceso civil chileno. Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma", op. cit., págs. 44 y ss.

<sup>10</sup> Ver por todos, el excelente trabajo de la profesora: RIBA TREPAT, CRISTINA, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, *passim*.

<sup>11</sup> También pone de manifiesto la falta de coherencia de las garantías constitucionales y el proceso civil: CAROCCA PÉREZ, ALEX, "Bases constitucionales del sistema procesal chileno", *La constitucionalización de Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 209 y ss.

asesores del Ministerio de Justicia elaboraran unas “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”. Luego, las citadas bases se discutirían en un foro ampliado para su aprobación definitiva.

La Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile estuvo integrada por los profesores de Derecho Procesal de esa casa de estudio, **Cristián Maturana Miquel** (presidente), **Juan Agustín Figueroa Yávar**, **Raúl Tavolari Oliveros**, **Raúl Núñez Ojeda**, **Juan Carlos Marín González**, **Davor Harasic Yacsic**, y por los abogados asesores del Ministerio de Justicia señores **Rodrigo Zúñiga Carrasco** y **Rodrigo Romo Labich**; actuando como secretarios de la Comisión los señores **Matías Insunza Tagle** y **Cristóbal Jimeno Chadwick**.

Del trabajo de la Comisión resultó un texto denominado: “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”. Éste se presentó el día 10 de mayo de 2005 al Ministerio de Justicia para su discusión en el llamado “foro para reforma procesal civil” que formó el Ministerio el día 12 de mayo del mismo año.<sup>12</sup> Al mismo tiempo el Departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile preparó también un documento de bases para la reforma de la justicia civil, que presentó en una fecha cercana al Ministerio de Justicia. Así las cosas, el Ministerio encomendó al foro para la reforma procesal civil que discutiera ambos textos y llegara a unas bases comunes. El Foro en cuestión está compuesto por **Cristián Maturana** (U. de Chile), **Raúl Núñez** (U. de Chile), **Juan Agustín Figueroa** (U. de Chile), **Raúl Tavolari** (U. de Chile), **Orlando Poblete**, (U. de Los Andes), **Alejandro Romero** (U. de Los Andes), **Jorge Vial** (U. Católica), **José Pedro Silva** (U. Católica), **Claudio Díaz** (U. Diego Portales), **Eduardo Jara** (U. Diego Portales), **Nancy De La Fuente** (U. Diego Portales), **Miguel Otero** (Instituto Chileno Derecho Procesal y profesor U. de Chile), **Juan Colombo** (miembro del Tribunal Constitucional y profesor U. de Chile), un representante del Colegio de Abogados de Santiago y dos representantes del Instituto de Estudios Judiciales.

El foro sesionó desde fines de mayo de 2005, a razón de una reunión por semana, hasta noviembre del mismo año con el fin de discutir y aprobar unas bases para un nuevo sistema de justicia civil. Finalmente, las bases comunes vieron la luz durante el mes de diciembre de 2005.

Con las bases aprobadas, se encomendó la redacción de un borrador del articulado de un nuevo Código Procesal Civil a los profesores de la Universidad

<sup>12</sup> El texto puede ser consultado en: *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, Santiago, 1995.

de Chile **Cristián Maturana Miquel, Raúl Núñez Ojeda y Juan Carlos Marín González**. El trabajo se realizó durante el curso académico 2006. Así las cosas, el trabajo se presentó al Ministerio de Justicia de Chile durante el mes de diciembre del mismo año.

Durante el curso académico 2007 comenzó la tercera fase del proceso de reforma. Efectivamente, con el borrador del articulado del nuevo Código Procesal Civil, este será nuevamente sometido a la discusión del Foro sobre la reforma procesal civil para su definitiva aprobación a fines del año 2007. Con este último trámite cumplido, se entregará al gobierno para que éste dé inicio a su tramitación ante el Congreso de la República.

### **3. Principios del nuevo sistema procesal civil**

Una materia sensible es la fijación de unas bases que permitan estructurar un sistema procesal moderno en nuestro país. La ausencia de debate doctrinal en Chile sobre la crisis de nuestro enjuiciamiento civil sólo viene a complicar aun más una situación ya bastante compleja. Por ello, es necesario recurrir a la dogmática extranjera, en especial a la de la Europa continental, para poder estructurar nuestro discurso reformista.<sup>13</sup>

En este sentido la distinción entre principios y garantías es propia de la dogmática foránea. En nuestro campo, fue precisamente RAMOS MÉNDEZ<sup>14</sup> quien primero utilizó esta distinción. Para el citado autor, los principios no dejan de ser simples criterios de organización de la tutela procesal no susceptibles de ser contitucionalizados en atención a su propia naturaleza.<sup>15</sup>

Entre los principios o criterios de organización de la tutela procesal, debemos analizar primero el binomio principio dispositivo versus principio de oficialidad. Ciertamente que en los juicios civiles el criterio que rige normalmente es el dispositivo, en cambio, en ámbito penal el que rige es el de oficialidad. El principio dispositivo es entendido por la dogmática como el derecho de las partes de

<sup>13</sup> Sobre los principios del proceso civil en el sentido tradicional ver, entre otros ver: CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, "La Constitución española y los principios rectores del proceso civil", *Principios Constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 139 y ss., y VÁZQUEZ SOTELLO, JOSÉ LUIS, "Los principios del proceso civil". *Justicia*, 1993, págs. 599 y ss.

<sup>14</sup> RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 25.

<sup>15</sup> Si bien se encuentra fuera de la problemática central del artículo, no puedo dejar pasar la oportunidad de mostrar cómo se reafirma la concepción negativa del profesor WALDRON del fenómeno de la rematerialización del Derecho. Efectivamente, de acuerdo al autor neozelandés la constitucionalización de los antiguos principios lleva necesariamente a la pérdida de libertad del Parlamento en la deliberación sobre las distintas opciones políticas posibles, transformando la discusión en una falsa disputa técnica (WALDRON, JEREMY, *Law and Disagreement*, OUP, Oxford, 2001, págs. 23 y ss.).



disponer sobre la controversia jurídica, es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto.<sup>16</sup>

El nuevo Código Procesal Civil debe estar inspirado en este principio, al igual que lo están los Códigos más modernos en Derecho comparado.<sup>17</sup> Con todo, este principio o criterio de la organización procesal no es absoluto. El principio dispositivo primero se encuentra limitado a nivel del Derecho material. Por tanto, si se carece de la facultad de disposición jurídico-material, tampoco las partes procesalmente pueden disponer ilimitadamente sobre el objeto litigioso.

Una segunda morigeración del principio dispositivo viene dada por el deber que tiene el órgano jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos sometidos a su decisión.<sup>18</sup> Si bien es asunto de las partes la formulación de peticiones y el planteamiento de ellas, es deber del tribunal el esclarecimiento de los hechos y ello lo obliga a influir para que las partes planteen peticiones claras y conducentes.<sup>19</sup>

Finalmente, la última excepción al principio dispositivo debe venir dada por las reglas de dirección del proceso.<sup>20</sup> Ésta tiene lugar a través del impulso de oficio. Con esta terminología se denomina la puesta en marcha y mantenimiento del procedimiento. Efectivamente, el juez será el encargado de fijar la audiencia preliminar y la de prueba. En la dirección del proceso el tribunal debe posibilitar la sustanciación diligente del procedimiento, evitando las diligencias dilatorias e impertinentes y la prolongación indebida de las audiencias por la realización de diligencias reiterativas.

El segundo binomio es el principio de investigación de oficio y aportación de parte. También tradicionalmente se ha sostenido que el principio de aportación de parte es propio del proceso civil y el de investigación de oficio es propio del proceso penal. En el principio de aportación de parte la carga de la prueba y

<sup>16</sup> En el mismo sentido: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 479 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974, págs. 18 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, op. cit., págs. 24 y ss.; LÜKE, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2006, págs. 6 y ss, y MUSIELAK, HANS-JOACHIM, *Grundkurs ZPO*, CH. Beck, München, 2006, págs. 63 y ss.

<sup>17</sup> En este sentido confrontar: Código General del Proceso de Uruguay, Ley de Enjuiciamiento Civil española, Zivilprozessordnung alemana, etc.

<sup>18</sup> GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 29 y ss.

<sup>19</sup> ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 480 y ss. En Alemania el profesor STÜRNER (STÜRNER, ROLF, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Mohr, Tübingen, 1977, págs. 6 y ss.) ha llegado a sostener que existe un deber general de esclarecimiento procesal que obligaría incluso a la parte que no soporta la carga de la prueba.

<sup>20</sup> Sobre la dirección del proceso ver: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, op. cit., págs. 21 y ss.

la iniciativa de los actos de producción de prueba recaen sobre las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella.<sup>21</sup> El principio de aportación de parte descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular.<sup>22</sup>

En nuestra opinión, se debería seguir como regla general con el principio de aportación de parte en el proceso civil. El nuevo Código Procesal Civil debe apostar por este principio, ya que éste también garantiza una confiable averiguación de la verdad de las afirmaciones sobre hechos realizadas por las partes.<sup>23</sup> Efectivamente, como las partes persiguen intereses contrapuestos, van a controlar la relación de los hechos de la parte contraria e intentar rectificarla, en tanto contenga errores. Del principio de aportación de parte resultan algunas consecuencias esenciales, como que los hechos que no han sido presentados por las partes no pueden ser considerados por el tribunal en su decisión. Por otro lado, el tribunal debe fundar su decisión en todas las afirmaciones fácticas de una parte, admitidas por el contrario o no cuestionadas expresamente, sin examen ulterior.<sup>24</sup>

Este principio también reconoce algunas limitaciones. La primera limitación, atiende al deber de esclarecimiento de los hechos que tiene el tribunal.<sup>25</sup> Efectivamente, éste debe incidir sobre las partes, en el sentido que ellas se expresen íntegramente sobre los hechos relevantes y formulen peticiones

<sup>21</sup> ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 481 y ss.; GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 27 y ss.; LÜKE, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 12 y ss. y MUSIELAK, HANS-JOACHIM, *Grundkurs ZPO*, op. cit., págs. 64 y ss.

<sup>22</sup> Sobre la relación entre la voluntad y los actos procesales ver: FAZZALARI, ELIO, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1996, págs. 356 y ss.

<sup>23</sup> Sobre el tema de la prueba de los hechos en el proceso civil consultar por todos: GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, *passim*, y TARUFFO, MIQUELE, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, *passim*. Sobre prueba y verdad confrontar, entre otros: FERRER BELTRÁN, JORDI, *Prueba y verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2003, *passim*, y DALBIGNAT-DEHARO, GAËLLE, *Verita Scientifique et Verita Judiciaire en Droit Privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, *passim*.

<sup>24</sup> MANDRIOLI, CRISANTO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Torino, 2000, págs. 272 y ss.

<sup>25</sup> En cuanto a si la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad de lo acaecido fuera del mismo, es un problema dogmático interesante. Para nosotros, el punto de partida que permite resolver el problema entre *prueba* y *verdad* de una proposición es la distinción entre “*ser verdadera*” y “*ser tenida por verdadera*”. Una proposición *p* es verdadera si, y sólo si se da el caso que *p*. Ésta es la clásica noción de verdad como correspondencia defendida entre otros por TARSKI (TARSKI, ALFRED, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Hackett, Indianapolis, 1983, págs. 152 y ss.). Es decir, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. Por tanto, la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio (*está probado que p*) no depende en absoluto de lo que decida el juez que emite el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende única y exclusivamente de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que *p* describe se hayan producido efectivamente.

conducentes.<sup>26-27</sup> La segunda limitación es el deber de actuar con buena fe de las partes.<sup>28</sup> De acuerdo a este principio, las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente y de acuerdo a la realidad de los hechos. Finalmente, la última limitación viene dada por la posibilidad del tribunal de realizar exámenes de oficio de los presupuestos procesales de existencia y validez,<sup>29</sup> puesto que el juicio siempre debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin que sea dable esperar que se resuelvan en la sentencia definitiva la falta de presupuestos procesales o de vicios formales que impidan lograr aquel objetivo.<sup>30</sup>

El siguiente binomio es el principio de oralidad versus el de escrituración. En sentido estricto, el principio de oralidad permite basar la resolución judicial

---

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

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

Un panorama completo sobre las teorías de la verdad en la filosofía contemporánea se puede consultar, entre otros: NICOLÁS, JUAN ANTONIO, y FRAPOLLÍ, MARÍA JOSÉ (Editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997, y VALDÉS VILLANUEVA, LUIS M., *En búsqueda del significado. Lecturas sobre filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, 1995. Finalmente, para profundizar nuestra opinión sobre el tema ver: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "Los sistemas de valoración de la prueba en un proceso civil moderno", *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 8, Santiago (en prensa).

<sup>26</sup> En especial debe inducirlo a completar las referencias fragmentarias de los hechos investigados y designar los medios de prueba.

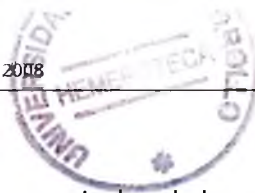
<sup>27</sup> Para el Profesor GOTTWALD (GOTTWALD, PETER, "Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Massnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?", *Verhandlung des 61. Deutschen Juristentage*, Vol. 1, págs. A1 y ss.) las reformas procesales deben tender a fortalecer el procedimiento de primera instancia como un elemento fundamental. Así las cosas, la primera instancia se vería altamente favorecida cuando el legislador incorporase un deber procesal general de esclarecimiento, incluso para la parte que no es titular de la carga de la prueba.

<sup>28</sup> Sobre el tema de la buena fe procesal consultar: PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de la buena fe procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 2003, *passim*.

<sup>29</sup> Sobre los presupuestos procesales consultar: GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, op. cit., págs. 205 y ss.

<sup>30</sup> Sobre la teoría de los presupuestos procesales desde una perspectiva contemporánea, ver por todos: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 618 y ss.





sólo en el material procesal y, en particular, de la prueba, aportados en forma oral. Como contrapartida, el principio de escrituración es aquel que permite al tribunal tomar en consideración para fundar su sentencia en un proceso, los datos deducidos o alegados por escrito.<sup>31</sup> El principio de oralidad fue el que primero apareció en la historia de la humanidad. Efectivamente, la oralidad fue dominante en el Derecho romano clásico y en el Derecho germánico. Sólo a partir del siglo XII comenzó a imponerse en toda Europa la escrituración. Con todo, volvió a renacer el principio de oralidad a finales del siglo XIX al alero de la dogmática procesal centroeuropea.<sup>32</sup> Fueron precisamente los profesores WACH<sup>33</sup> y KLEIN<sup>34</sup> quienes la plasmaron en dos cuerpos legislativos señeros, nos referimos a la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877 y a la austriaca de 1885.

En palabras del Profesor TAVOLARI OLIVEROS<sup>35</sup> "(...) cuando se detiene la marcha a la búsqueda de un mejor régimen de comunicación procesal, y se repara en la finalidad del esfuerzo, surge un amplio espectro de submetas valiosas, dignas de consideración, todas las cuales se orientan al fin último de una mejor justicia: así, la celeridad; la inmediatez, en cuanto facilidad de formar la convicción del juzgador; la concentración; la dirección cabal del proceso por el juez, etc., constituyen todos valores menores que, no obstante, deben preservarse en la ordenación procedimental. Así las cosas, las posibilidades concretas de opción, en el establecimiento de los sistemas comunicacionales al interior del proceso no terminan siendo numerosas: o nos comunicamos oralmente, o lo hacemos por escrito, o buscamos una fórmula intermedia que importe la expresión oral y un registro posterior escrito".<sup>36</sup>

En nuestro país es necesario hacer una opción decidida por la oralidad en el procedimiento civil. Efectivamente, la doctrina como la praxis de los sistemas procesales en Derecho comparado ha demostrado que los procedimientos orales son la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso civil. Con todo, la opción sería la estructuración de los procesos en base a audiencias

<sup>31</sup> Desde finales del siglo XIX en Alemania se apostó por la oralidad en el ámbito del proceso civil. Prueba de ello son los manuales de la época que apuestan decididamente por la oralidad (Vg. SCHÖNKE, ADOLF, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 42 y ss.).

<sup>32</sup> FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 395 y s.

<sup>33</sup> WACH, ADOLF, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, Ejea, Buenos Aires, 1959, págs. 1 y ss.

<sup>34</sup> KLEIN, FRANZ, "Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung)", *Materialien zu den neuer Civilprozessgesetzen*, Ministerium für Justiz, Wien, 1897, págs. 13 y ss.

<sup>35</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "La oralidad en el proceso civil de América Latina", *El proceso en acción*, Libromar, 2000, pág. 313.

<sup>36</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "La oralidad en el proceso civil de América Latina", op. cit., pág. 313.

orales, aunque se mantenga la escrituración en la fase de discusión.<sup>37</sup> Se revaloriza la oralidad, de modo que el proceso se constituye básicamente a través de audiencias, con asistencia del juez, ante el que se produce la prueba.<sup>38</sup>

La opción por la oralidad necesariamente conlleva la asunción de sus consecuencias, a saber: la inmediación, la continuidad y la concentración. Por tanto, en la medida que el proceso es oral, necesariamente existirá una inmediación entre las partes y el tribunal.<sup>39</sup> Por otro lado, la oralidad necesariamente lleva a la continuidad y la concentración de actuaciones, ya que todas ellas deben desarrollarse sin interrupciones en el juicio oral.<sup>40</sup>

El principio de publicidad es otro criterio de organización de la tutela procesal. Este principio también está estrechamente vinculado con el principio de oralidad. Un procedimiento oral puede hacerse públicamente accesible con mayor facilidad que un procedimiento escrito, en el que la publicidad es muy difícil de lograr. Esta forma de disponer de la actividad procesal persigue diversos objetivos:<sup>41</sup> al ciudadano le permite que su causa sea vista a la luz pública. Respecto de la Administración de Justicia, se traduce en la oportunidad de que los justiciables vean por sí mismos cómo se gestiona el servicio de justicia en un Estado de Derecho.<sup>42</sup>

El derecho a ser oído legalmente es otro de los principios que deben inspirar nuestra nueva legislación procesal civil. Este principio no es más que una manifestación de la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República.<sup>43</sup> Efectivamente, es propio de un procedimiento justo el otorgar oportunidades a las partes para expresarse. Así las cosas, se puede ver que el núcleo esencial del principio apunta a la obligación que recae sobre el tribunal de posibilitar a las

<sup>37</sup> Sobre las bondades de la oralidad en el proceso de reforma del Derecho Procesal Civil italiano ver: CONSOLLO, CLAUDIO, *Le tutele*, Cedam, Padova, 2003, págs. 3 y ss.

<sup>38</sup> Ver DENTI, VITTORIO, "La oralidad en la reforma de proceso civil", *Estudios de Derecho probatorio*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, págs. 341 y ss.

<sup>39</sup> Sobre la inmediación consultar el trabajo clásico de la doctrina germana, aun cuando se refiere al proceso penal, de: GEPPERT, KLAUS, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, De Gruyter, Berlin, 1979.

<sup>40</sup> Sobre el tema consultar: GRUNSKY, WOLFGANG, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, op. cit., págs. 213 y ss.

<sup>41</sup> RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Sistema procesal español*, op. cit., págs. 75 y ss.

<sup>42</sup> Con todo, en la doctrina anglosajona se han realizado algunos estudios sobre los problemas de la publicidad de los juicios y la manera como evitarlos (JACONELLI, JOSEPH, *Open Justice. A Critique of the public Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2002, *passim*).

<sup>43</sup> ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, *El principio del proceso debido*, op. cit., *passim*, VALLESPIN PÉREZ, DAVID, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, op. cit., *passim*, y COMOLGLIO, LUIGI PAOLO, *Etica e tecnica del "giusto proceso"*, op. cit., *passim*.

partes la exposición de sus puntos de vista asumidos por ella en forma objetiva y en la extensión suficiente. Por tanto, las partes deben ser informadas sobre el procedimiento y expresiones de otros partícipes del mismo, tienen también derecho a vista de las actuaciones. Pero, por sobre todo, tienen derecho a expresar lo que estimen conveniente.<sup>44</sup>

Fundamentalmente, en un nuevo sistema procesal civil debe darse siempre la oportunidad a las partes de manifestarse antes de que se dicte una resolución judicial.<sup>45</sup> Con todo, existen algunas excepciones al principio, sobre todo en el procedimiento monitorio, en las medidas provisionales y en la ejecución forzada, donde pueden disponerse medidas sin oír previamente al deudor. A pesar de esto, el derecho a ser oído legalmente no se ve afectado, ya que el fin de dichas medidas podría ser burlado por una audiencia previa al deudor. Además, el deudor tiene a su disposición todos los medios de impugnación para el control de las medidas tomadas en su contra, sede en que será escuchado por el tribunal.<sup>46</sup>

Las anteriores características del modelo del nuevo sistema proyectado ponen de manifiesto la necesidad de que el juez adopte una posición activa dentro del proceso. Por tanto, lo que se persigue es que deje de ser un mero árbitro en la discusión entre los litigantes.<sup>47</sup> En este sentido, entendemos que el juez debería estar facultado para buscar las fuentes de prueba que no presenten las partes, pero con la limitación que ellos aparezcan de manifiesto de los antecedentes existentes en el proceso y debiendo ejercer esa actividad hasta el momento anterior a aquel en que la causa quede en estado de sentencia.<sup>48</sup>

En cuanto a los medios de prueba y a los sistemas de apreciación de la misma, consideramos como apropiado la plena libertad de medios de prueba y su apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica o de libre valoración de la prueba. Ciertamente que, en un mundo como en el que vivimos, en permanente evolución tecnológica, el limitar los medios de prueba a una

<sup>44</sup> CAROCCA PÉREZ, ALEX, *La garantía constitucional de la defensa procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, *passim*.

<sup>45</sup> Es el llamado principio de contradicción. Consultar sobre el tema: GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 181 y ss.

<sup>46</sup> GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.* págs. 32 y ss.

<sup>47</sup> En un dictamen realizado por encargo del Ministerio de Justicia alemán, por los profesores PRÜTTING y HOMMERICH, publicado el 17 de mayo del 2006, se reconoce el avance que significó para el sistema procesal civil alemán la reforma del año 2002, que aumentó los poderes del juez en materia probatoria ([www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)).

<sup>48</sup> CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutele*, *op. cit.*, págs. 91 y ss.

enumeración cerrada es un sinsentido.<sup>49</sup> Las partes deben tener plena libertad para utilizar todos los medios que estimen convenientes (siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico). Así las cosas, el Código debería regular sólo los clásicos medios de prueba y para los no previstos le corresponderá al tribunal determinar la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba con el cual presente una mayor analogía.<sup>50</sup>

Respecto al sistema de apreciación de la prueba, consideramos que debe abandonarse la primacía que se contempla respecto del sistema de la prueba legal tasada. Efectivamente, es propio de todos los Códigos modernos el no utilizar el sistema de la prueba legal tasada y sustituirlo por el de valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica.<sup>51</sup> El tribunal apreciará de manera libre la prueba, pero sin poder contradecir los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por otro lado, se debe mantener el deber de motivación de las sentencias, con el objeto de que éstas puedan ser objeto de revisión por los tribunales superiores y así los tribunales cumplan con su deber de fundamentar adecuadamente el establecimiento de los hechos para demostrar que han alcanzado su convicción certeramente conforme al sistema de la sana crítica, sin perjuicio del efecto socializador que la sentencia bien fundada logra alcanzar dentro de la sociedad.<sup>52</sup>

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

<sup>49</sup> Sobre la permanente evolución tecnológica y sus consecuencias negativas para la sociedad ver: BECK, ULRICH, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, *passim*, y PERROW, CHARLES, *Normale Katastrophen. Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik*, Campus Verlag, Frankfurt, 1987, *passim*.

<sup>50</sup> Técnica similar a la empleada en el Código Procesal Penal de 2000.

<sup>51</sup> Para un análisis de la evolución de los sistemas de valoración de la prueba desde una perspectiva histórica ver: WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, Mohr, Tübingen, 1978, págs. 9 a 95.

<sup>52</sup> Sobre la importancia del deber de motivación de las sentencias consultar, a modo indicativo: COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; IACOVIELLO, FRANCESCO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997; IGARTUA SALAVERRIA, JUAN, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, e ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Otro punto de mucho interés es el relativo a los recursos procesales.<sup>53</sup> En nuestra opinión, se debería avanzar hacia una supresión del sistema de la doble instancia.

Efectivamente, la existencia de la doble instancia es incompatible con la vigencia del principio de oralidad, intermediación, concentración y con el sistema de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. En este sentido, no compartimos el criterio seguido por otras reformas de la justicia civil que, a pesar de haber establecido una tramitación de los juicios en base a audiencias, han mantenido la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia definitiva (vg. España y su Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000).

En nuestra opinión, el recurso de nulidad (casación ampliada) es el único compatible con los principio de la oralidad, intermediación y concentración de actuaciones. La revisión de las cuestiones de hecho se obtendría a través del control del tribunal de nulidad (Cortes de Apelaciones o Corte Suprema) de la valoración de los hechos fijados por el tribunal de instancia.

Efectivamente, en un Estado moderno, democrático y deliberativo,<sup>54</sup> el sistema de valoración de la prueba debe ser el de libre valoración (*Freie Beweiswürdigung*). En la dogmática alemana contemporánea, se entiende que el sistema de libre valoración de la prueba (o sana crítica) actúa sobre la base de la convicción del juzgador que se forma a través del contenido global de los debates (fase de discusión) y del resultado de la eventual recepción de la prueba (fase de prueba).<sup>55</sup> Así, se entiende que esta fórmula tiene un doble contenido. Por un lado, ella expresa que todo lo que haya sido objeto del debate y de prueba es aprovechable en la sentencia (salvo que nos encontremos ante una *prohibición de producción de prueba que devengue en una prohibición de valoración de la misma*<sup>56</sup>).<sup>57</sup> Por tanto, el aspecto positivo de la fórmula no acarrea problemas de comprensión.

<sup>53</sup> Sobre el sistema de recursos en un procedimiento civil moderno consultar, entre otros: GILLES, PETER, *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Athenäum, Frankfurt, 1972, págs. 200 y ss. También consultar: ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ, y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 929 y ss; y GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs. 186 y ss. Por España ver: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, op. cit., págs. 477 y ss.; y GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 2004, págs. 551 y ss.

<sup>54</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998, págs. 349 y ss.

<sup>55</sup> También se puede ver en Italia, aun cuando se refiere al proceso penal: NOBILI, MASSIMO, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 384.

<sup>56</sup> Sobre el tema de prohibición de producción de prueba y prohibición de valoración en el campo penal, consultar: DALLMEYER, JEANS, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, BOD, Frankfurt, 2002, págs. 33 y ss, y JÄGER, CHRISTIAN, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote um Strafprozess*, CH. Beck, München, 2002, *passim*.

<sup>57</sup> WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, op. cit., págs. 262 y ss.



No ocurre lo mismo con el llamado aspecto negativo de la fórmula, que sugiere que el juez, al formarse su convicción, solo debería utilizar aquello que fue objeto del debate. Por tanto, no podría aprovechar su "saber privado" (*Private Wissen*).

Esta limitación atiende, según la doctrina contemporánea,<sup>58</sup> a la imposibilidad psicológica de juzgar imparcialmente (objetiva) cuando uno mismo es testigo. Con todo, como sabemos, existe una excepción a la regla anteriormente señalada. Es decir, existen algunos casos en los cuales el saber privado del juez puede ser aprovechado, a saber: el *notorium factum*.<sup>59</sup> Para definir un hecho notorio debemos recurrir a la doctrina europea central. Para TOURNIER,<sup>60</sup> el fundamento de la excepción se encuentra en la economía procesal y se puede definir como notorio lo que el juez sabe o puede comprobar sin la menor dificultad, sea cual fuere su fuente, al menos fuera del proceso concreto.

Finalmente, uno de los límites más importantes que tiene el juez al fijar su convicción de acuerdo al debate y prueba rendida (mas allá de del tema antes mencionado de los hechos notorios) es el deber que pesa sobre el mismo de fundamentar su decisión. 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 (forma y fondo), se puede revisar la determinación de los hechos que realizó el juez de instancia.

En el sistema de prueba legal tasada del Código de Procedimiento Civil chileno es muy fácil establecer cuándo el Tribunal de Casación puede entrar a valorar los hechos fijados por el juez de instancia, ya que sólo es necesario que éste no respete las normas reguladoras de la prueba, las que no son otras que aquellas que el legislador ha establecido al regular el valor probatorio de cada uno de los medios de prueba.

Pero en un sistema de libre valoración de la prueba (o sana crítica) al parecer podría ser mas difícil que en el supuesto anterior. En realidad, se trata de una mayor complejidad aparente. Efectivamente, el control en este caso se ejerce a través del razonamiento del juez. En la doctrina se distinguen tres

<sup>58</sup> WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, op. cit., págs. 270 y ss.

<sup>59</sup> En la doctrina comparada la excepción es aceptada por todos, ver entre otros: STEIN, FRIEDRICH, *El conocimiento privado del juez*, CEURA, Madrid, 1990, págs. 133 y ss, y WALTER, GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, op. cit., págs. 271 y ss.

<sup>60</sup> TOURNIER, CLARA, *L'intime conviction du Juge*, PUF, Paris, 2003, págs. 247 y ss.

caminos para obtener el control sobre la convicción del juzgador, a saber: el llamado *argumento de consecuencia*, que se basa en el principio lógico de la no-contradicción y persigue que la decisión judicial no sea contradictoria, es decir que el tribunal sea consecuente en su razonamiento práctico; el llamado *argumento de totalidad*, en virtud del cual las pruebas deben explicar la totalidad de circunstancias sobre hechos que tienen importancia para la decisión; y el *argumento de coherencia*,<sup>61</sup> que consiste en un test de probabilidad cuando no se dispone de una prueba directa mediante la observación inmediata. En este sentido, casi todas las disputas jurídicas se refieren a hechos ya acontecidos, y como ningún hecho del pasado es susceptible de prueba directa, la coherencia narrativa es un test de importancia en la justificación de las decisiones.<sup>62</sup> En definitiva, la vulneración de las normas de las máximas de experiencia y de las reglas de la lógica importan la vulneración de una ley.

La observancia de las leyes del razonamiento no constituye un límite de la apreciación de la prueba, sino que es inmanente a ésta. En otras palabras, cuando se trata de la observancia de las leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación, como tampoco lo hay en la observancia de las leyes de la naturaleza. Existe sólo una apreciación correcta, que es la que la ley natural o la del razonamiento ha establecido.<sup>63</sup> Sólo hay libertad de apreciación allí donde hay algo que puede ser de un modo diverso, o sea, cuando hay una alternativa. Si las leyes de la herencia genética nos dicen que es imposible que la persona X sea el padre de la criatura Y, no cabe apreciación de la prueba.

Finalmente, siempre será posible interponer un recurso de nulidad por infracción de garantías constitucionales de carácter procesal, alegando la violación del deber de fundamentación de la sentencias. En términos de la actual reglamentación procesal civil, se trataría de la vulneración del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil cuando se omiten 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. 768 número 5 CPC).

La existencia de una fase de ejecución en el juicio está subordinada esencialmente a la necesidad de una tutela judicial efectiva.<sup>64</sup> Poco importa obtener

<sup>61</sup> MACCORMICK, NILS, "Coherente in The Legal Justification", *Theory of legal Science* (Ed. Roermund), Dordrech, 1984, págs. 48 a 55.

<sup>62</sup> Por todos ver: GOTTWALD, PETER, *Die Revisioninstanz als Tatsacheninstanz*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975, *passim*. Sobre la noción de sentencia defectuosa y de impugnación recursiva en Alemania ver: JAUERNIG, OTHMAR, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Klostermann, Frankfurt, 1958, págs. 3 y ss.

<sup>63</sup> DWORKING, RONALD, *Law's Empire*, Hart, London, 1986, págs. 225 y ss.

<sup>64</sup> Sobre los procesos de ejecución en la doctrina alemana consultar: ROSENBERG, LEO; GAUL, HANS y SCHILKEN, EBERHARD, *Zwangsvollstreckungsrecht*, CH. Beck, München, 1997, y PRÜTTING, HANNES, y STICKELBROCK, BARBARA, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Boorberg, München, 2002.

una resolución jurisdiccional favorable, si no se puede obtener una realización, o si no puede conseguirse el bien de la vida que el juicio ha reconocido. Sin ejecución el Derecho es algo que se esfuma en etéreas declaraciones o formulaciones más o menos afortunadas.

La principal crítica que presenta nuestro modelo de juicio ejecutivo es que en determinados supuestos se transforma en un juicio declarativo. Efectivamente, permite que en definitiva se pueda discutir sobre la validez o nulidad de la obligación.<sup>65</sup> Nuestro juicio ejecutivo debe tener una naturaleza exclusivamente ejecutiva para ser plenamente eficaz. Así las cosas, deben también limitarse de una manera decidida las posibles excepciones que pueden oponerse al título. Sólo de esa manera podremos tener un verdadero juicio ejecutivo.

La segunda modificación consiste en reducir los procedimientos ejecutivos que actualmente existen, a saber: procedimientos ejecutivos de obligaciones de dar, hacer y no hacer.<sup>66</sup> Reduciendo la ejecución a sólo dos tipos de procedimientos de ejecución, a saber: los que provienen de obligaciones dinerarias o no dinerarias. Esta reforma busca eliminar una peculiaridad de nuestro Derecho positivo, ya que es uno de los pocos países que reconoce la existencia de un juicio ejecutivo para obligaciones de no hacer que normalmente se resuelve en una obligación de hacer.

Sin embargo, creemos que una de las principales modificaciones que debería introducirse al juicio ejecutivo consistiría en radicar en el tribunal sólo las funciones de carácter jurisdiccional, entregándose a terceros todas las diligencias que no revisten semejante carácter, como son las relativas a la liquidación de bienes.<sup>67</sup>

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

<sup>65</sup> Nos referimos a la hipótesis del artículo 464 número 14 del Código de Procedimiento Civil, que señala que una de las excepciones que se puede oponer al ejecutado es "la nulidad de la obligación".

<sup>66</sup> Esta es una de las notas características de nuestro sistema procesal civil. Efectivamente, no existe otro ordenamiento en que se divida el juicio ejecutivo en atención a su naturaleza.

<sup>67</sup> En este sentido se seguiría la tendencia de legislaciones como la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

Una novedad que consideramos importante es introducir en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, la institución de la ejecución provisional.<sup>68</sup> La nueva regulación de la justicia civil debe representar una decidida opción por la confianza en la Administración de la Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considerar provisionalmente ejecutable, con razonables temperamento y limitaciones, la sentencia de condena dictada en ese grado jurisdiccional.

Así las cosas, hemos seguido, en términos generales, la estructura de la ejecución provisional alemana.<sup>69</sup> En primer término se enumerarán en la propia ley los supuestos o casos en que la ejecución se concede sin caución (ej. sentencias de allanamiento, sentencias dictadas en rebeldía, etc.). En segundo término, se establecerá una disposición general que señale que para que las demás sentencias se puedan ejecutar provisionalmente se requiere el otorgamiento de caución fijada por el juez que conoce de la causa. Con todo, si el acreedor no puede otorgar caución, o sólo lo puede hacer con un gran sacrificio de su parte, la sentencia será ejecutable provisionalmente a petición de parte, aun sin contar con la caución, cuando la suspensión de la ejecución pueda ocasionar al acreedor un daño difícil de reparar, evitar o que, en virtud de algún motivo especial, sea inequitativo para el acreedor, especialmente por ser la prestación de urgente necesidad para su nivel de vida o actividad laboral.

Es necesario regular la posible oposición del deudor a la ejecución. En estos casos el deudor o ejecutado podrá evitar la ejecución mediante una consignación o depósito de caución, siempre que el acreedor no hubiere otorgado caución antes de la ejecución. También el deudor podrá solicitar la tutela judicial en dos casos: 1) En los casos que la ejecución le ocasione al deudor un perjuicio irreparable, podrá solicitar al tribunal que se evite la ejecución mediante otorgamiento de caución o consignación sin atender a si sobre él pesa o no la obligación legal de prestarla; y 2) A petición del deudor la ejecución no debe ser concedida cuando se oponga a un interés prioritario del acreedor. En este caso el tribunal puede ordenar que la sentencia sea provisionalmente ejecutable con al otorgamiento de caución.

<sup>68</sup> En Alemania ver: VOGG, STEFAN, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit. Gemeinsamkeiten und Wertungswidersprüche*, Dunker, 1991, y SCHNEIDER, EGON, y HÖVEL, MARKUS, *Die Kostenentscheidung im Zivilurteil und Beschluss einschliesslich über die vorläufige Vollstreckbarkeit*, Vahalen, München, 1997. Monográficamente en España consultar, entre otros: PÉREZ GORDO, ALFONSO, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1973; CABALLOL ANGELATS, LLUIS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, JM. Bosch, Barcelona, 1993; ARMENTA DEU, TERESA, *La ejecución provisional*, La ley, Madrid, 2000; y VELÁSQUEZ MARTÍN, MARÍA DE LOS ANGELES, *La ejecución provisional en el proceso civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dikynson, Madrid, 2003.

<sup>69</sup> Sobre el resultado de las últimas reforma en materia de ejecución provisional tener presente el trabajo de: KÖNIG, GERHARD, "Die vorläufige Vollstreckbarkeit nach der ZPO-Reform", NJW, 2003, págs. 1372 y ss.

Otra novedad que debe ser abordada por el nuevo sistema procesal civil es la introducción del llamado procedimiento monitorio. En el Derecho comparado el procedimiento monitorio (*Mahnverfahren*) tiene una importancia fundamental.<sup>70</sup> Efectivamente, en Alemania, Austria, Francia e Italia es posible constatar que más de tres cuartas partes de los procesos seguidos se solucionan a través de un proceso monitorio (un millón de procesos anuales en Austria, Francia e Italia, y con más de seis millones en Alemania). También es digno de destacar la importancia del procedimiento monitorio en un país de nuestro entorno cultural cercano. Efectivamente, nos estamos refiriendo al Uruguay, que emplea el procedimiento monitorio, con gran éxito, por más un siglo.

La gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que ni exista un real conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación. Así las cosas, el proceso monitorio, más que un juicio propiamente tal, constituye un instrumento procesal para formar un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio, en aquellos supuestos en que el deudor carezca de motivos para oponerse al cumplimiento de la obligación que le es reclamada. Resulta poco rentable obligar en dichos supuestos al demandante a formular un proceso y a proponer pruebas, y al órgano jurisdiccional a tramitar todo un proceso y dictar sentencia, siendo así que de antemano es previsible la real existencia de la deuda y la ausencia de motivos de oposición.<sup>71</sup>

Por tanto, el juicio ejecutivo responde a una lógica distinta de la del juicio monitorio. En efecto, mientras el proceso monitorio tiende a crear un título ejecutivo, el juicio ejecutivo pretende hacer efectivo un título ejecutivo ya existente; mientras el proceso monitorio produce plena cosa juzgada, el juicio ejecutivo sólo produce cosa juzgada respecto de las cuestiones realmente juzgadas o que pudieran juzgarse; mientras el proceso monitorio se resuelve en la inversión del contradictorio, el juicio ejecutivo con oposición produce la inversión de la carga de la prueba.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Para consultar el estado de la discusión en la doctrina alemana ver: SELBMANN, RALF, *Das Mahnverfahren*, Haufe, Berlin, 2004, y SALTEN, UWE / GRÄVE, KARSTEN, *Gerichtliche Mahnverfahren und Zwangsvollstreckung*, Schmidt, Köln, 2005. Monográficamente, en España consultar, entre otros: GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADO, FAUSTINO, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972; LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *El procedimiento monitorio civil*, Dikynson, Madrid, 1988; CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio*, JM. Bosch, Barcelona, 1998, y CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>71</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 58.

<sup>72</sup> GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 225 y ss.; ROSENBERG, LEO; SCHWAB, KARL HEINZ; y GOTTWALD, PETER, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 1141 y ss, y ADOLPHSEN, JENS, *Zivilprozessrecht*, Nomos, 2006, págs. 271 y ss.



En cuanto a las condiciones que debe tener el procedimiento monitorio coincidimos con el profesor SERRA DOMÍNGUEZ:<sup>73</sup>

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

Finalmente, tratándose de los procedimientos no contenciosos (voluntarios) estimamos que deberían ser entregados al conocimiento de órganos administrativos o auxiliares de la administración de justicia, contemplándose la intervención del órgano jurisdiccional sólo en caso que fuere ello absolutamente indispensable, como acontecería si surge una oposición durante la tramitación.<sup>74</sup> Esta tendencia es la que se ha seguido por el legislador en temas tan trascendentes como la posesión efectiva intestada, y no vemos la razón por la cual no podría seguirse el mismo criterio en asuntos aun de menor trascendencia.

<sup>73</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, op. cit., págs. 58 y ss.

<sup>74</sup> Esta solución tiene su punto de partida en un razonamiento desde el prisma del análisis económico del Derecho. Efectivamente, el problema de la sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia sólo genera un malestar en el usuario del sistema y un aumento de los costos del sistema judicial. Frente a ello, no basta sólo con aumentar la inversión estatal en el sistema procesal. La solución es desviar una parte de las tareas que no le son propias (gestiones voluntarias tiene una naturaleza administrativa) a otros entes públicos o privados (POSNER, RICHARD A., *Análisis económico del Derecho*, FCE, México, 1998, págs. 543 y ss.).