

EL PROCESO CIVIL CHILENO: UNA LECTURA DESDE EL DEBIDO PROCESO Y LA EFICACIA DE LA JURISDICCION DE CARA A LA REFORMA

Raúl Tavolari

La tradición conservadora caracteriza la historia de nuestra legislación procesal, manteniéndose así, con pocas modificaciones un sistema de juicios establecido en el siglo pasado. El autor plantea una revisión de los principios procesales de los cuales se ha hecho fe ciega en el pasado, de manera que las reformas que se introduzcan en el futuro al sistema procesal chileno, contribuyan a implantar un sistema procesal acorde con el principio del Debido Proceso. Para Tavolari es necesario vencer las vallas que dificultan el acceso real a la jurisdicción. En este sentido, el autor detalla los puntos que a su juicio son los que reclaman de urgente modificación, sirviéndose en su análisis de cinco principios básicos que deben fundar todo proceso: I) la igualdad de las partes; II) la imparcialidad del juzgado; III) la transitoriedad de la serie consecucional; IV) la eficacia de esa misma serie; V) la moralidad del debate. Al tratar el tema de la limitación del proceso en el tiempo, el autor se hace cargo de la tendencia hacia la oralidad de los procesos que, con éxito, puede observarse en el derecho comparado, destacando las bondades de un sistema oral en contraposición con las desventajas de un proceso desesperadamente escrito como el chileno.

Es manifiesto que en Chile, cual aconteció a lo largo de todo el continente americano, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) de 1855, se constituyó en el obligado modelo de los Proyectos de Códigos nacionales de Procedimiento Civil ⁽¹⁾, como resulta de considerar la enorme cantidad de artículos iguales, parecidos o semejantes que todavía subsisten en el Código y de las numerosas referencias que los miembros de la Comisión que analizó el Primer Proyecto, en sus 130 sesiones, desde Mayo de 1874 a Octubre de 1884, efectuaron a la Ley de Enjuiciamiento Civil nombrada, en contraste con otra legislación ⁽²⁾.

Alcalá-Zamora atribuye el éxito conseguido por la que llama "más que mediocre Ley de 1855" ⁽³⁾ a la parquedad extrema de sus innovaciones y a la fidelidad con

¹ Antes de 1855, solo tenían ley o Código propios, Bolivia, con el famoso "Código de Procederes Santa Cruz" de 14 de Noviembre de 1832 y Venezuela, con el "Código Arandino" de 19 de Mayo de 1836.

² Se anotan 35 citas o referencias expresas a la LEC, 7 a las Partidas; 13 al Código Francés; 2 al belga y 1 al Sardo. En materia de autores, encontramos 5 menciones a Manresa, 4 a Reus, 2 a Miquel, 1 a Tapia, 1 a Escriche, 3 a Pothier y 2 a Merlin.

³ Cfr: "A propósito de una planeada Ley Procesal Civil Hispanoamericana" en "Estudios Procesales". Edit. Tecnos. Madrid. 1975. pág. 200.

que se empeñó en restablecer las reglas de las antiguas leyes, a grado que —en sus términos— se la podría presentar como una versión articulada y actualizada de la Partida III con reemplazo del arcaico castellano del siglo XIII por el moderno del siglo XIX.

La conclusión a que se arriba, en orden a que nuestro legislador siguió los dictados de la LEC de 1855, es más que inquietante, como resulta de las consecuencias que, severamente, se han dejado sentir en la justicia civil chilena, a lo largo de su historia. Es que el proceso que la citada LEC de 1855 realizó —proveniente del Derecho Común— significó que en pleno siglo XIX se reafirmarán las ideas del maestro Jacobo de las Leyes.

El *solemnis ordo iudiciarius* —escribe Montero Aroca— se mantenía vivo: la Partida III, formalmente era derogada pero, convertidas sus leyes en artículos renacía de sus cenizas... (4).

No viene a cuento el análisis, en esta ocasión, mas resulta conveniente, apenas consignar, que la Ley de 1855, aparecerá tras el rechazo destemplado, de las clases jurídicas, a la famosa Instrucción del Marqués de Gerona —José de Castro y Orozco— promulgada el 30 de Septiembre de 1853 y derogada, por audaz e innovadora, ignominiosamente, el 18 de Mayo de 1854 (5).

Fenómeno curioso éste, del éxito de la LEC, en la América hispánica (Brasil seguirá las aguas de Portugal y regirán allí, las Ordenanzas Filipinas) puede atribuirse, empero, en opinión de Ortells, (6) a la unidad idiomática, a la comunidad de cultura jurídica entre España y las ex-colonias, comunidad que, en cuanto a la ciencia del proceso, Alcalá Zamora personifica a veces, en Vicente Caravantes y su obra y la continuidad respecto del viejo sistema de enjuiciamiento que suponía aquella ley y que la hacía fácilmente aceptable para las conservadoras clases forenses.

Encomendada, en Chile, con escasa originalidad, la redacción del Código de Procedimiento Civil, a don Andrés Bello, quien rehusará, agobiado por otras funciones, se confiará, en 1856, a don Antonio Varas la tarea, mas éste también rehusará. Es

4 Cfr: "Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Centenario". Cuad. Civitas. Madrid 1982. pág. 53.

5 Cuenta Fairén Guillén, que la Instrucción iba precedida de una exposición a la Reina, de durísima crítica contra el estado presente del proceso civil en España. Esa crítica, agrega, valiente y justa en muchas de sus partes, iba redactada en un lenguaje no menos duro, lo que acarreó a la obra la antipatía de la judicatura y la abogacía en general. Cfr.: Víctor Fairén Guillén; "La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855" en "Temas del Ordenamiento Procesal" Tomo I. Edic. Tecnos. Madrid, 1969 Pág. 92.

6 Cfr: Manuel Ortells "Tradición y Cambio en el Proceso Civil Iberoamericano" en Revista General de Derecho. Nº 541-542. Valencia, Oct. Nov. 1989. pág. 6329.

solo en la década siguiente cuando don Florentino González, sin encargo oficial, procede a redactar un Proyecto⁽⁷⁾ cuya revisión se confía a don Francisco Vargas Fontecilla, a quien sucederá don Joaquín Blest Gana. Dos Comisiones se ocuparán de las revisiones hasta que, ya en sede parlamentaria, otra Comisión, esta vez, una Mixta de Diputados y Senadores, sesionando de Noviembre de 1900 a Enero de 1902, dará su aprobación final, para que, transformado en ley, durante ese año, comience el Código a regir, a partir del 1 de Marzo de 1903.

PRINCIPALES REFORMAS

Al Código —en su casi centenaria existencia— se han introducido numerosas reformas, siendo las de mayor envergadura y trascendencia, las que se deben a las leyes 3390, de 1918, 7760, de 1943 y 18.705 de 1988.

Se ocupó la primera, primordialmente, de la Corte Suprema⁽⁸⁾ y del recurso de casación y levemente, del juicio ejecutivo; la segunda, buscó acelerar la tramitación de los juicios, tiene el mérito de introducir el título de la ejecución de las sentencias; de incorporar la conciliación al sistema nacional de agregar un artículo que, dispensando al juez del deber de dictar sentencia en el juicio ejecutivo, cuando no se opusieren excepciones, confiere, a este juicio, lo que he denominado un inadvertido y marcado tinte monitorio⁽⁹⁾ etc.

La tercera, por último, buscando —también— agilizar las tramitaciones, confirmó a todos los términos el carácter de perentorio (lo que nuestras leyes llaman "fatal") limitó algunas facultades de las partes y buscó realzarlos poderes del juez.

CARACTERISTICAS GENERALES

El Código de Procedimiento Civil chileno, como no podía menos de acontecer, se ajusta a los cánones tradicionales de su época, que siguiendo, en parte, a Cappelletti,⁽¹⁰⁾ brevemente, sintetizamos:

⁷ Cfr: Santiago Lazo: "Los Códigos Chilenos Anotados" Código de Procedimiento Civil, Poblete Cruzat Hnos. Edit. 1918. pág. XII.

⁸ Es curioso comprobar, como en ese entonces, se vertían en el debate parlamentario, similares términos a los que hoy, escuchamos, se profieren en el Congreso, en torno al atraso de las causas en esa Corte, a la edad de los magistrados, etc. según constancias en el Boletín de las Cámaras, en que está publicada la historia de esta ley.

⁹ Cfr: mi "El Título Ejecutivo en contra del Tercer Poseedor de la Finca Hipotecada" (Informe en Derecho) Gaceta Jurídica N° 141. Marzo 1992. pág. 7 a 23.

¹⁰ Cit. por Enrique Vescovi en "La Reforma de la Justicia en Uruguay", Edit Idea. Montevideo. 1990. pág. 7.

- a) Predominio del elemento escrito a través del principio "*quod non est in actis non est in mundo*";
- b) Falta total de intermediación entre las partes y el juez;
- c) Falta de publicidad
- d) Como los escritos provocan escritos, los términos se hacen interminables; (hoy restringido por el carácter perentorio de los términos);
- e) Falta de control del juzgador sobre los actos del proceso, sobre las partes y sus defensores, que son dueños del mismo (*Sache der Parteien*);
- f) Impugnabilidad casi inmediata de toda resolución;
- g) Valoración legal de la prueba;
- h) Ninguna iniciativa probatoria durante el proceso y restringida, para la producción de la prueba retardada;
- i) Inadmisibilidad, salvo excepción irrelevante del hecho notorio en el ámbito de la prueba.
- j) Actitud enteramente pasiva del sentenciador a lo largo del proceso;
- k) Acentuado sistema de legalidad de formas.

La codificación procesal americana, se lee en un Ensayo clásico, responde totalmente a esta orientación de sello individualista y liberal que, aplicado al Derecho procesal, podría reducirse a la fórmula, el juicio es una relación de Derecho privado, en la cual la voluntad de los particulares se sirve del Estado, como instrumento de discernimiento de la justicia y de coacción para cumplir el fallo si es necesario⁽¹¹⁾.

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

De la *Verhandlungsmaxime*⁽¹²⁾, resulta la idea que corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial o, invirtiendo los términos, que el Tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. Con prescindencia de la polémica doctrina, entre el sentido de la *Verhandlungsmaxime* y el principio dispositivo, escribe Millar⁽¹³⁾ en su obra clásica, bajo este último, ha de entenderse que el proceso civil solo se inicia por decisión de partes (*nemo iudex sine actore*); que son ellas las dueñas del *thema decidendum*, esto es, que el objeto de la controversia, planteado con la pretensión y la contradicción, les

¹¹ Cfr: Eduardo J. Couture "El Derecho Procesal Civil Hispanoamericano" en "Estudios de Derecho procesal Civil" Tomo I 3ª edic. Depalma. Bs Aires. 1979. pág 308.

¹² Sobre el tema y su actualidad, véase "Wiederkehr der Eventualmaxime?" De Fritz Baur en "Estudios en Homenaje al Dr. Héctor fix Zamudio" pág. 1.661. México 1988 1ª Edic. Instit. de Investigac. Jurídicas, UNAM y la referencia al Modelo de Stuttgart, una experiencia que en Chile no debiéramos desatender.

¹³ Cfr: "Los Principios Formativos del Procedimiento Civil" trad. C. Grossmann. Ediar SA Bs Aires. 1945 pág. 59

pertenece y que, por ende, le pueden poner término en cualquier momento.

Si aquí aparece el entero señorío de las partes sobre la discusión, —diríamos— sobre los *HECHOS CONTROVERTIDOS*, en algún momento de la historia, tal dominio se extendió al propio Derecho. Couture recuerda que conforme al Código de Procederes de Santa Cruz, el juez solo podía aplicar el derecho que le suministraban las partes⁽¹⁴⁾, idea hoy superada con los brocardos *IURA NOVIT CURIA* o *DA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS*.

No obstante, es preciso reconocer que el Código nacional, que había hecho del principio dispositivo un verdadero culto, viene hoy plegándose en retirada, como resulta del carácter perentorio atribuido a los términos; de la limitación establecida a la facultad de las partes para suspender el procedimiento; de la implantación del trámite de citación para sentencia, con su notable efecto preclusivo, en todos los procedimientos; con el agotamiento del derecho a suspender, en segunda instancia, la vista de las causas, por el solo ejercicio del mismo, etc.

Con todo, de los más remotos tiempos, permanece la prohibición al juez para rechazar, liminarmente, la demanda "manifiestamente improponible",⁽¹⁵⁾ en los términos del Código Modelo, del brasilero de 1973 o del venezolano, de 1985, con su secuela de juicios notoriamente infundados que han de ventilarse, íntegramente.

Tampoco se conceden al juez, adecuados instrumentos para reprimir o sancionar el fraude procesal, como no sea la antigua norma que autoriza al Tribunal para declarar, en resumidas circunstancias, la nulidad procesal, reglamentada ésta, además, en una sola disposición del Código, a todas luces, insuficiente.

Recapitulando, creo necesario reconocer que, salvo modificaciones aisladas, parciales y menores, cuya intensidad, es cierto, aumentó a partir de la ley 18.705, el "juicio ordinario" nacional, es igual al que implantó la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 que, a su turno, volviendo a las tradiciones —tras el rechazo a la nombrada Instrucción del Marqués de Gerona— restableció, como con cierta exageración hispánica, proclama Montero, el *solemnis ordo iudiciarius*...

EL DEBIDO PROCESO EN LA REGULACION PROCESAL CIVIL CHILENA

Si la noción del *debido proceso* parece encontrar en el Derecho patrio, primera expresión normativa formal, con la Constitución Política de 1980, existe consenso en

¹⁴ Cfr: E.J. COUTURE. ob. cit. pág. 315

¹⁵ "Si el Tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará del plano, expresando los fundamentos de su decisión" dispone el art. 112.2 del Proyecto de Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica.

estimar que, como noción fundamental y orientadora de la actividad jurisdiccional, estaba incorporada al Código de antes de su misma vigencia, aunque parezca paradójal. En efecto, ya el "Decreto-Lei" sobre nulidades procesales, de 1837, consagrada causales de invalidez que el art. 768 del Código recoge hoy, como motivos de casación en la forma, amparando lo que, en esencia, constituye el contenido de la locución "debido proceso".

Arrancada del constitucionalismo norteamericano, la idea ha recibido acogida en todos los Ordenamientos y fue motivo de intensa preocupación de los redactores de la actual Carta quienes, recelaron, empero, de utilizar los mismos términos⁽¹⁶⁾ que la doctrina emplea pacíficamente, traduciendo la expresión "due process of law"⁽¹⁷⁾.

En efecto, en el seno de esa Comisión, "... el señor Evans expresa que si se emplea escuetamente la expresión "debido proceso", tiene el temor —aunque es partidario de un texto escueto— de obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente, como lo ha señalado el profesor Bernal, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona..."

Será pues, precisamente, por sendas proposiciones de los señores Bernal y Evans, que se introducen al debate las ideas de "justo proceso" (Bernal) y "racional" (Evans)⁽¹⁸⁾.

Con todo, también los Comisionados repararon en la dificultad de definir el debido proceso y, en sus debates, se limitaron a apuntar elementos que lo conforman, aún cuando uno de ellos, dirá que, "... la esencia del debido proceso, está en una frase que expresase" previo oportuno conocimiento y adecuada defensa "... porque ahí está todo el asunto"⁽¹⁹⁾

Es de deplorar, sin embargo, que en esa Sesión, al menos, no hubiere referencias al Pacto de San José de Costa Rica ni al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las

¹⁶ Alvarado Velloso, destaca que si todas las Constituciones que rigen desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego, contienen el derecho aludido, utilizando al efecto casi las mismas palabras... ningún texto consagra la misma y exacta fórmula de la norma norteamericana. Cfr: Adolfo Alvarado Velloso "El Debido Proceso", en Gaceta Jurídica 110 (año 1989) pág. 8.

¹⁷ Particularmente ilustrativo, es el debate que, en la Sesión 101 de 9 de Enero de 1975, celebrara la Comisión y a la que asiste, especialmente invitado, el Profesor de Derecho Procesal, señor José Bernal Pereira. Cfr: "Actas Oficiales de la Comisión Constituyente".

¹⁸ Cfr: Págs. 14 y 15 de las Actas de la Sesión 101 mencionada en la nota anterior.

¹⁹ La cita corresponde al constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán. Cfr. "Actas Cit. notas anteriores".

Naciones Unidas, cuyos artículos 8 y 14, respectivamente, contienen los elementos usualmente empleados en la conceptualización del debido proceso (derecho a ser oído, publicidad; juez independiente; imparcial, etc).

Recuerda Alvarado Velloso, que sobre la noción, (debido proceso) se han dado siempre definiciones negativas que a lo sumo, pueden llegar a mostrar parcialmente el fenómeno, pero nunca, en su totalidad, e invita a definir, positivamente, el concepto de debido proceso, pasando por la presentación inconfundible de la idea que lleva insita el sustantivo (proceso) y no el adjetivo (debido)⁽²⁰⁾.

Con todo el estudio del destacado profesor rosarino, en sintonía con las modernas concepciones procesales, destaca que "proceso" es un concepto lógico; constituye —enseña— la única figura jurídica que requiere para su existencia, la contemporánea presencia de tres sujetos determinados: Se trata de un concepto incomparable. El proceso es simplemente el proceso. Y punto.⁽²¹⁾

De cara a explicar el contenido, Alvarado dirá que el debido proceso supone cinco principios básicos, que son los *PRINCIPIOS PROCESALES*:

- 1) Igualdad de las partes litigantes
- 2) Imparcialidad del Juzgador
- 3) Transitoriedad de la serie consecucional
- 4) Eficacia de esa misma serie
- 5) Moralidad del debate

En consecuencia, un proceso solo es tal, cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados, sin que obstene a la existencia misma del proceso, las llamadas reglas técnicas procesales —en rigor, debió decir, procedimentales— que se presentan siempre en forma binaria o como pares antinómicos, a punto tal, que la elección por el legislador de una de las reglas, automáticamente desplaza a la contraria (v. gr. oralidad-escrituración; libertad de formas- legalidad de formas; publicidad-secreto, etc).

El debido proceso, concluye preclaramente Alvarado, —con quien, en este tema, como en tantos otros de la especialidad, coincido a plenitud —no es más ni menos que el proceso que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido

²⁰ Cfr. ob. cita. pág. 10.

²¹ Estas ideas guardan notable armonía con la explicación que, lúcidamente, entrega Andrés de la Oliva, en relación a la naturaleza del proceso, invitando a terminar con la dependencia de conceptos extraños a la ciencia procesal, para explicar tal naturaleza. ("ya no resulta necesario tratar de "encajar" el proceso en un concepto jurídico de los clásicos"). Dirá que entendidos los conceptos como instrumentos de comunicación... el proceso es ahora y desde hace décadas, un concepto jurídico autónomo, Cfr: Andrés de la Oliva S. "Derecho Procesal Civil". Tomo I, Barcelona. 1988 PPU. pág. 218.

desde el propio texto constitucional.

Esta invitación a privilegiar la terminología procesal, utilizándola con rigor y precisión científicas, evita las tautologías: ora el proceso se ajusta a los principios reseñados y corresponde al concepto acuñado por la ciencia, ora los abandona y, en tal evento, pasa a ser una ficción o simulacro de proceso.

Me parece, entonces, que ya se puede predicar que, a estas alturas del desarrollo de la ciencia procesal, no existen "debidos" procesos: hay, en cambio, meramente, "procesos" y la palabra encierra un cúmulo de presupuestos que la explican sin que sea necesario adjetivarla.

En afán de promoción de la justicia y de la calidad del servicio que brinda, para exhortar a los operadores jurídicos, a no olvidar sus tareas y responsabilidades, empero, creo adecuado adherir al planteamiento del maestro argentino Morello, —uno de los más lúcidos y profundos pensadores del Derecho Procesal de nuestros días— que proclama que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio, exigen hoy conformar el *PROCESO JUSTO*. Para lo cual, agrega, de una manera cada vez más enérgica deberán vencerse las vallas que dificultan el *ACCESO REAL* a la jurisdicción. Sin ello, la efectividad, certeza, rapidez y resultado trascendente del procedimiento y el proceso en sí, continuarán siendo de verdad ilusorios, si no para todos, para una gran mayoría.⁽²²⁾

1. LA IGUALDAD DE LAS PARTES

Con el prisma de lo expuesto, puede enfocarse el Código chileno, para estimar que la primera de las nociones, la de igualdad de las partes, resulta cabal pero formalmente amparada, lo que, en esencia y en esta época del devenir político, social y jurídico de los pueblos, no puede constituir novedad alguna ¿o es que puede sorprender el que conceda, en la letra de la ley, las mismas posibilidades a ambas partes del proceso? Quizás la norma legal que confiere al Consejo de Defensa del Estado un aumento del plazo para contestar la demanda igual al previsto en el término de emplazamiento, entre el lugar en que el juicio se sigue y Santiago, constituya la ⁽²³⁾ vulneración formal, a la idea de la igualdad de las partes en el ordenamiento procesal civil nacional.

Con todo, el problema de la igualdad de las partes no puede analizarse desde la cómoda postura de la estricta norma de procedimiento: ya no se discute, en nuestros días, que los económicamente carenciados experimentan una desigualdad que la me-

²² Cfr. Augusto Mario Morello: "La Reforma de la Justicia" Lib. Edit. Platense SRL. 1991. pág. 51

²³ El art. 15 del Decreto Ley, 2.573, otorga este plazo adicional, cuando el Fisco figure como demandado.

por norma procedimental es incapaz de paliar. El maestro florentino Cappelletti, infatigable precursor de lo que se ha dado en llamar, el "acceso a la Justicia",⁽²⁴⁾ escribe, con pasión:

"E' noto che il suaccennato movimento di studi si é rivolto, in particolare, al tema della povertá: quale giustizia per le persone e le classi piú povere? quali gli ostacoli che i meno abbienti incontrano nella loro domanda di giustizia, di tutela cioè dei loro diritti? quali deficienze d'informazione, di espressione, di defesa, di ejecución sono causate dalla loro condizione económica y social? quali sono i doveri che uno "Stato social de diritto - il "social Welfare state". il "Etat providence", il "sozialer Rechtsstaat" —deve assolvere al fine di rendere efectiva y non meramente aparente y formal, l'eguaglianza dei propri cittadini davanti alla legge, questo grandioso ideale equalitario che é stato propio della Rivoluzione liberal e iniziata nel mondo occidentale alla fin del settecento?⁽²⁵⁾

Tampoco se controvierte que el arcaico (y paradójal) "beneficio" de pobreza, que reconoce nuestra ley, como tantas otras originarias del modelo español, es insuficiente y de escasísima utilización y resultado.⁽²⁶⁾ Aunque, como suele acontecer, carecemos de estadísticas propias, vale bien considerar que en España, en 1976, solo el 1,18% de los incidentes de pobreza fueron admitidos, en asuntos contenciosos⁽²⁷⁾.

De otra mano, en Chile, tampoco la Corporación estatal de Asistencia tiene los medios, materiales y humanos para asegurar la asistencia jurídica eficaz, al tiempo que iniciativas privadas, diversas, ofrecen innumerables reparos. Así, las clínicas jurídicas, para estudiantes de Derecho, producen, en mi concepto un adverso resultado, tanto porque el estudiante carece de la solidez psicológica para el enfrentamiento de la realidad, en dimensiones, normalmente insolubles, como porque las destrezas que

²⁴ En su libro "Efectivo acceso a la Justicia", que se detalla en la nota siguiente, el profesor Berizonce, explica que el desarrollo de este generalizado movimiento ha sido estudiado en la monumental investigación dirigida por Cappelletti, el llamado "Proyecto florentino sobre el acceso a la Justicia", conjunción de una extraordinaria labor colectiva e interdisciplinaria, realizada con método histórico comparativo y sociológico, en la década del 70 y que rematará en 1979 con la publicación de cuatro volúmenes, en seis tomos "... Access to Justice".

²⁵ Cfr: Mauro Cappelletti. Prólogo al libro "Efectivo Acceso a la Justicia" (Propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho) de Roberto O. Berizonce. Lib. Edit. Platense SRL. La Plata 1987.

²⁶ "... El problema es que el costo del privilegio de pobreza recae sobre abogados y funcionarios judiciales sobre los que no existe un control claro. Por eso no es aventurado decir que en verdad el costo del privilegio de pobreza recae fundamentalmente sobre el propio patrocinado que lo obtiene porque su caso "privilegiado" tiene una mayor demora y una deficiente atención ". ("Reformas al Sistema Judicial Chileno" Comisión de Estudios del Sistema Judicial Chileno, en "Proposiciones para la Reforma Judicial". Centro de Estudios Públicos. Stgo., 1991. pág. 63).

²⁷ Cfr: Juan Montero Aroca "Introducción al Derecho Procesal", pág 168. cit. por Berizonce Roberto. "Efectivo. cit. pág. 39.

adquiere, las obtiene con detrimento o menoscabo de su preparación jurídica; Otras, iniciativas de este tipo, persiguen finalidades políticas o ideológicas, que las descalifican.

De cara a una aprobación de este componente de la noción del debido proceso, habrá que convenir, que al sistema nacional aguarda, aún, una larga recorrida que, afortunadamente, parece haber comenzado, con el proyecto que, sobre la materia, pende en el Congreso Nacional.

2. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Tengo para mí que la imparcialidad del juzgador, el desinterés "objetivo" en feliz expresión de Andrés de la Oliva, aunque matizada por él mismo⁽²⁸⁾ no solo integra la noción del debido proceso: es, preponderantemente, un elemento definitorio, identificador de la Jurisdicción. En una moderna concepción procesal, la cosa juzgada, usualmente empleada con este fin, y que muchos sistemas procesales de la antigüedad ignoraron, pierde importancia, frente a la idea de la imparcialidad; en punto a establecer el elemento de la esencia de la jurisdicción, entonces, me inclino, sin vacilaciones por la imparcialidad.

En palabras de la Oliva, en tanto la imparcialidad arguye que, a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas, corresponde la Jurisdicción en una postura de neutralidad, la independencia consiste en la absoluta soberanía de cada órgano jurisdiccional en el ejercicio de su oficio, en términos que, en dicho ejercicio, los tribunales están únicamente sujetos a la ley y al derecho, sin otra dependencia.⁽²⁹⁾

Etimológicamente, enseña Couture, independencia deriva del verbo "dependere", éste del latín *pendo* —ere "colgar, estar suspendido" y agrega que el significado de "estar bajo la potestad" del verbo *dependere* es de origen romance y no parece ser más antiguo que el siglo XVI⁽³⁰⁾ de tal manera que, a la hora de definir la independencia judicial, hará referencia a la condición inherente a los agentes del Poder Judicial, que consiste en poder dictar sus resoluciones como sus convicciones se lo dicten sin obedecer a instrucciones de ninguna otra autoridad y ateniéndose tan solo a lo que establece la ley.

²⁸ "La imparcialidad, estrechamente relacionada con el desinterés objetivo —pero no igual a éste— (he aquí la matización), significa la posición trascendente de quienes ejercen la Jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio. "Cfr: Andrés de la Oliva. "Derecho Procesal". cit. pág. 8

²⁹ Cfr: A. de Oliva. ob y pág. cit.

³⁰ Cfr: E. J. Couture "Vocabulario Jurídico" Edic Depalma. 2ª reimpresión 1983. Bs Aires.

Repárese en que no incluyendo Couture, en su *Vocabulario*, la expresión "imparcialidad" con maravillosa intuición, buscó extender la noción de independencia a ámbitos a que, naturalmente, no alcanza.

Es que, mientras "independencia" no constituye sino "falta de dependencia", según lacónicamente proclama el Diccionario de la Real Academia, la imparcialidad es la "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud", según la misma fuente. Se produce acá, el curioso fenómeno, consistente en que lo que ha de tenerse por el sentido natural y obvio de la palabra, tiene una precisión conceptual muchísimo más ajustada, a la ciencia que el empleado desaprensivamente por quienes la profesan.

El Derecho supranacional, contemporáneo, diferencia claramente ambos atributos y así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, demanda un juez independiente e imparcial, fórmula que el Pacto de San José de Costa Rica reproducirá, años más tarde. Es que, con esfuerzo y singulares condiciones propias, se puede llegar a ser dependiente e imparcial y se podrá ejercer jurisdicción. Quien, en cambio, sea independiente (no dependa de nadie: ni se subordine a potestad alguna) pero sea parcial, jamás ejercerá la jurisdicción.

En el vetusto derecho chileno, la situación es deficitaria: tradicionalmente, se ha creído ver que, al consagrar la ley la necesidad de la independencia judicial, se está cubriendo el tema de la imparcialidad,⁽³¹⁾ error que no por repetido y reiterado, pierde su condición equívoca, aunque pueda explicarse por la época de establecimiento de sus normas.

La necesidad de la imparcialidad del juez, aparece en el debate suscitado por una de las Comisiones revisoras de los Proyectos de Código de Procedimiento Civil, a la hora de analizar la posibilidad de decretar el juez "medidas para mejorar resolver". Así, en la sesión 9ª de 8 de Julio de 1874, en que se aprobó lo que hoy constituye el art. 159, se lee que "... el señor Gandarillas impugnó la disposición del número 1, que faculta a los tribunales para agregar de oficio, documentos al proceso, como ocasionada a graves males, cuales serían la parcialidad o apariencia de parcialidad en los magistrados, etc.

Los señores Santa María, Lira y el señor Presidente, sostuvieron sucesivamente dicha disposición, diciendo que la ley debía mirar en el magistrado una persona IMPARCIAL y recta, empeñada en buscar la verdad..."⁽³²⁾

³¹ Es sintomático, que en los enjundiosos Comentarios de Balleteros a la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875, en análisis al tema de la Independencia, no se formule referencia alguna a la imparcialidad.

³² Cfr: mi "Diligencias Para mejor Proveer; Antiguos y Nuevos Problemas" (Relación al VI Congreso Provincial de Derecho Procesal. San Lorenzo Santa Fe. Argentina. Noviembre 1991) pág. 21.

NO EXISTE DISPOSICION LEGAL que proclame la imparcialidad del juez como atributo de la jurisdicción⁽³³⁾ y, curiosamente, un año atrás, la proposición de incluir tal declaración en el Ordenamiento, provocó una airada y enérgica negativa de la Corte Suprema, que estimó se trataba de una expresión "desdolorosa".⁽³⁴⁾ Seguramente, hoy, bajo la actual Presidencia de la Corte, en una perspectiva de común entendimiento y disipados los temores por los que el Tribunal estimó, eran ataques a su integración e independencia, su opinión frente a este tema, será diferente. Podemos, entonces, aspirar a que, con la mayor jerarquía normativa, se proclame expresamente por el derecho interno nacional, la condición de imparcialidad como elemento primario del ejercicio de la jurisdicción.

En afán conclusivo y, en reconocimiento a la realidad de la situación, es menester consignar que el proceso civil nacional, no enfrente problemas de parcialidad de los jueces, cautelada como queda, la innominada imparcialidad, a través de un eficaz inventario de motivos de inhabilidad en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con los arts. 113 y sgts. del Código de Procedimiento Civil, para concluir con la instauración de la presencia de circunstancias que obstan a la imparcialidad, como causales de casación e la forma.

3) TRANSITORIEDAD DE LA SERIE CONSECUCIONAL (El tiempo en el proceso)

Bajo este epígrafe, se alude a la duración de los procesos, entendiéndose que, su prolongación, en el tiempo, sin resolver el conflicto sometido es, por sí sola, motivo de nuevo conflicto.

La cuestión ni es nueva, ni nos resulta exclusiva. "La angustia del gobernante en Colombia —escribe Jairo Parra en Ponencia a Coloquio sobre Administración de Justicia— por el exceso y demora en la tramitación de los procesos, ha llegado a tal extremo que ha dictado la ley 23 de 21 de Marzo de 1991, por medio de la cual se crean

³³ Esta afirmación debe entenderse referida al Derecho producido en el país, desde que, ratificados por Chile, los Pactos internacionales mencionados, la exigencia del juez "imparcial" es ineludible, al amparo de lo prevenido en el art 5 de la Constitución Política.

³⁴ Emitiendo el informe que se le había requerido, sobre el Proyecto de Reforma a la Constitución del Ejecutivo, la Corte Suprema, por Oficio 5383, de Agosto de 1991, expresa: "El Mensaje del proyecto de reforma constitucional lleva a la conclusión que se persigue introducir normas que garanticen la auténtica independencia del Poder Judicial, dotándole de poderes amplios y suficientes que lo constituyan en verdadero garante de los derechos humanos y de las libertades públicas, pero en su fundamentación se consignan algunas expresiones que *RESULTAN DESDOROSAS* para los Tribunales de Justicia, como ser". Se establece en el art. 73 (de la Constitución) que *LOS JUECES SON IMPARCIALES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y RESOLVERAN LAS CAUSAS DE QUE CONOCEN CON SOLO SUJECION A LOS HECHOS Y SIN INFLUENCIA, PRESIONES NI INTROMISIONES...*

mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones: en el mismo año, se expide el Decreto Número 2651, por medio del cual "se expiden normas transitorias" para descongestionar los despachos judiciales...⁽³⁵⁾

Si nos ha de consolar el que, de siempre y en todas las latitudes,⁽³⁶⁾ se duela el justiciable de la demora de los procesos, habremos de tener en cuenta las experiencias ajenas, para la mejor solución de nuestro propio problema. Con todo, ya se anticipó en la breve reseña de las principales reformas introducidas al Código, que la constante de todas ellas, ha sido, precisamente, el afán de obtener la agilización de la respuesta jurisdiccional.⁽³⁷⁾

Gracias a una notable investigación, que se viene repitiendo, provechosamente, podemos saber que, en Santiago, la duración media de un proceso ordinario, incluyendo ambas instancias, es de 500 días y que, con anterioridad a la vigencia de la reforma de la ley 18.705, era de 973 días.⁽³⁸⁾

No hay quien, enfrentado al tema, no haya echado su propio cuarto a espadas, apuntando las causas del retraso judicial. No seremos menos, pero seremos breves, para detallar principales motivos del retardo judicial:

a) Los jueces sitiados

Esta elocuente expresión de Morello⁽³⁹⁾ le sirve para graficar la situación en que se encuentra la Administración de Justicia, agobiada por una presión en canti-

³⁵ Cfr. Jairo Parra Quijano. Ponencia al "Coloquio Sobre Administración de Justicia en Iberoamérica", Agosto de 1992, Ciudad de México, pág. 16.

³⁶ En la Exposición de Motivos de la Instrucción del Marqués de Gerona, se afirmaba "los litigios y reclamaciones jurídicas son hoy el espanto y la ruina de muchas familias, son la muerte de la justicia misma". cfr. Montero Aroca "Análisis Crítico". cit. pág. 44.

³⁷ Son, al efecto, particularmente elocuentes las palabras que el notable jurista que es don Oscar Gajardo Villarroel —mi profesor— pronunciara en la Cámara de Diputados en sesión Ordinaria de 15 de Julio de 1943 cuando, como Ministro de Justicia de la época, hubo de presentar el Proyecto de reforma ante el Congreso. Dijo, en parte de su exposición, el Ministro, refiriéndose a la normativa nueva que proponía: "Un cuerpo de disposiciones ágiles que imperará de Arica a Magallanes, que irá barriendo con la modorra colonial, en materia de justicia que irá haciendo que la magistratura sea más y más respetada porque se le reconocerá un rol activo en la marcha social... para barrer lo que hasta hoy está corroyendo nuestra nacionalidad; la demora, el papeleo, la instancia inútil, el formulismo sistemático, en síntesis toda esa conjunción de negativismos burocráticos, que se expresa con una palabra: el trámite". Cfr. Boletín de la Cámara de Diputados. "Historia de la ley 7.7.60".

³⁸ Cfr. Carlos Cerda Fernández. "Duración del Procedimiento Civil Ordinario en los Juzgados de Santiago" (Investigac. patrocinada por FONDECYT) Marzo de 1992.

³⁹ Cfr. Augusto Mario Morello. "La reforma de la Justicia" cit. pág. 9.

dad y calidad de conflictos, muchos de los cuales, no revisten el carácter de verdaderas controversias y que, al amontonarse en los diversos órganos, impiden a los jueces la adecuada prestación. De otro lado, es imprescindible reparar como, en épocas de crisis, la lentitud del legislador, le impide llegar a tiempo con las soluciones que el sistema puede proponer, permitiendo que, en el ínterin, los Tribunales se abrumen de trabajo, asumiendo, al tiempo, la crítica del grupo social, que atribuye la falta de resultado, a la ineficacia del jurisdicente y no repara en la actitud omisiva del citado legislador. En nuestro país, son adecuados ejemplos, la crisis económica de comienzos de los 80', que copó las secretarías judiciales de procesos ejecutivos y el actual movimiento de reliquidación de pensiones previsionales que, en Santiago, cuando menos, atiborra los ingresos tribunalicios.

En la Exposición de Motivos de la Ley 10-92 de 30 de Abril de este año, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de España, publicada en el BOE de 5 de Mayo pasado, leemos que "el orden civil tiene atribuido el conocimiento de asuntos no jurisdiccionales, cuya residencia en sede jurisdiccional dista de ser obligada. Esa atribución tenía sentido en épocas en las que el tráfico jurídico era mucho menor, la judicialización de la vida social, menos intensa y las garantías ofrecidas por otras instancias, nulas".

Cabe, con todo, agregar un nuevo elemento que la Exposición de Motivos aludida, brevemente enuncia y no analiza pero que, a las claras, tiene gravitante influencia en el resultado que nos ocupa, se trata de la democratización de las sociedades que, en la medida en que hace consciente al justiciable de sus derechos y de la posibilidad concreta de reclamarlos, aumenta, considerablemente, la litigiosidad ambiente.⁽⁴⁰⁾

En este capítulo habrá que tener en consideración el número de jueces y su relación con la población a servir, para propiciar el aumento de los jueces, teniendo empero en consideración, que la solución del problema judicial *NO PASA - SIMPLEMENTE* - por la creación de nuevos tribunales, como queda de manifiesto, con la conclusión que se sienta en la investigación de Carlos Cerda F., en orden a que "... la más cuadruplicación del número de tribunales, *NO CONTRIBUYO EN NADA* a la reducción del tiempo medio de duración.. (de los juicios)..."⁽⁴¹⁾

⁴⁰ En el año 1991, ingresaron a la Corte Suprema, 5430 asuntos (de los cuales 2880, esto es, el 53,03%, son recursos de queja, con lo que ésta se ha tornado —lejos— en la principal actividad de ese Tribunal) vale decir, más de 14 asuntos diarios, incluyendo Domingos, feriado judicial y festivos. La Corte resolvió 3.970 asuntos, pero como tenía un arrastre de 2.630, inició el año 1992, con una existencia pendiente de 4.090 asuntos, en términos tales que, si solo se repite el ingreso del año 1991, la Corte deberá ocuparse, en 1992, de 9.520 asuntos, para resolver los cuales, debería dictar 26(!) sentencias diarias, trabajando, igualmente, Domingos, festivos y feriado judicial. (Fuente: Discurso de Inauguración del año Judicial del señor Presidente de la Corte Suprema. D. Oficial 17 de Marzo de 1992).

⁴¹ Cfr. "Duración del Procedimiento..." cit. pág. 5.

En otras palabras, el creciente aumento de los ingresos sin de la adecuada correspondencia de nuevos tribunales, contribuye grandemente, al retardo de los procesos, conclusión que en nada se disminuye si se la relativiza, en orden a que, ni es la única ni es la principal.

Lo anterior no obsta, empero, a sumarnos decididamente, al clamor por la instalación de nuevos tribunales, en especial si se considera que, incluyendo los que sirven tribunales colegiados, el país **NÓ ALCANZA A CONTAR CON QUINIENTOS JUECES**, número enteramente insuficiente para satisfacer los requerimientos de justicia de la población.

b) La inadecuación de los procedimientos

Elocuente ha resultado la comprobación estadística, en orden a que, tras la vigencia de la ley 18.705, conjunto de aisladas y asistemáticas reformas procedimentales, el tiempo medio de duración de los procesos, se ha reducido considerablemente. Otorga una esperanza, en orden a que adecuadas normas del procedimiento contribuyen a la celeridad de los juicios.

Comenzamos haciendo referencia al *solemnis ordo judiciarius* con su organización garantística, en el sentido que toda alegación y contraalegación, y toda prueba y contra-prueba, habían de tener su ocasión y consideración. Algo de aquello perdura, a no dudarlo en la ordenación procedimental nacional, como se comprueba con la extensa posibilidad de discusión escrita; con la de producir pruebas desde los inicios del pleito, con opciones de repetición, en la segunda instancia, para las más importantes (documental y confesional) con la amplia gama de resoluciones apelables, etc.

Quizás vale bien, traer a cuento, la experiencia española, con la Reforma Urgente de 1984, por la que, entre otras medidas, posiblemente, sin gran rigor científico, pero con incuestionable sentido práctico, se aumentó la cuantía de los asuntos que han de someterse a los trámites del juicio de menor cuantía, la que se fijó entre 500.000 a 100.000.000... de pesetas, (arts. 483 y 484 de la LEC) esto es, aproximadamente, hasta US\$ 1.000.000 (un millón de dólares americanos), con lo que, ciertamente, pasó a constituirse en el juicio común, por excelencia, relegando al de "mayor cuantía" a una situación de extravagancia procesal, como es de imaginar.

No se regulan o no se mencionan, en el procedimiento nacional, las acciones de mera certeza; tampoco, la casación per saltum, el régimen notificador de "las partes están a Derecho" ni el efecto diferido de la apelación, (salvo una curiosa modalidad del juicio de mínima cuantía, en el art. 723 del Código de Procedimiento Civil) todas instituciones o modalidades que contribuyen, a mejorar la calidad intrínseca del servicio judicial, en el primer caso o agilizar los trámites en los dos últimos.



En el tema del procedimiento inadecuado, resurge el llamado de la convocatoria que hoy nos reúne; el contrapunto de escrituración y oralidad, ésta última con su provechosa secuela de la intermediación. A la presentación entonces, será menester repetir con Couture, que el proceso civil, ordinario chileno, es *DESESPERADAMENTE ESCRITO* y no reconoce licencias a la oralidad, como no sean los alegatos de la segunda instancia.

Siguiendo al maestro mexicano, Cipriano Gómez Lara,⁽⁴²⁾ recuerdo que un proceso con tendencia a la oralidad, observará las siguientes características, que sucintamente detallo;

- a) Concentración de actuaciones;
- b) Identidad entre juez de instrucción y juez de decisión;
- c) Inmediatez física del Juez con las partes;
- d) Inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y desechamiento de todos los trámites o recursos entorpecedores;
- e) Sistema de apreciación probatoria del prudente arbitrio o de la sana crítica.

Un ardoroso defensor de la oralidad, el maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, ponía, empero en guardia de creer que la oralidad, por sí sola, extirpa de raíz los males del enjuiciamiento. Es más —dirá— si no se la encuadra en debida forma, lejos de corregir yerros e inconvenientes, será ella misma causa de graves daños...⁽⁴³⁾

Con admiración, leemos el balance del Uruguay, que nos exhibe, comprensiblemente orgulloso, sus resultados "...la experiencia de la audiencia preliminar se ha considerado sumamente favorable. Logramos, cumplir con los principios de intermediación, de concentración de abreviación y de publicidad. En la gran mayoría de los juicios regidos por el nuevo sistema se ha obtenido un importante promedio *ALREDEDOR DE UN 50%* de conciliaciones en su mayoría totales..."⁽⁴⁴⁾

⁴² Cfr. Cipriano Gómez Lara; "La Oralidad en el proceso Civil Mexicano" Ponencia al XII Congreso de Derecho Procesal Mexicano. Memoria del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal. UNAM México 1990. pág. 311 y sgts.

⁴³ Cfr. "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)" Tomo II México. UNAM. 1972, pgs. 10-11. cit. por Gómez Lara. "La oralidad". cit. pág. 314.

⁴⁴ Cfr. Enrique Vesconi y María del Carmen Rueco "Los primeros resultados de la reforma de la Justicia en Uruguay" (Un balance a los 18 meses de la entrada en vigencia del Código General del Proceso) Edit. Idea. Montevideo 1991. Prólogo.

c) **La audiencia preliminar: un paso a la conciliación.**
(Una ausencia importante en el proceso nacional)

Principalmente obra del genial Franz Klein, que la implantó para su Ordenanza Procesal Civil de Austria, ha sido adoptada por el Código del Brasil, cuyo "despacho saneador" tiene por objeto que el juez decida sobre la legitimación de las partes y la representación; cite, en su caso, a los litisconsortes necesarios y al ministerio público, oiga al actor y le permita aportar pruebas (—que se aportan con la demanda y la contestación—) en caso que en la contestación se aleguen hechos extintivos; verifique sobre la existencia del interés legítimo (económico y moral) declare las nulidades insanables etc. También existe en México, a virtud de las reformas del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito federal y, propuesto en el Código Modelo Para Iberoamérica, (art. 300) encontró concreción última en el Código General del Proceso del Uruguay (art. 340).

De las numerosas finalidades que se asignan a la audiencia preliminar —entre las que se destacan, purgar de vicios al proceso; concentrar el tema del debate— me parece que debe realizarse aquella referida a la conciliación.

Este encuentro, previo y directo de justiciables, abogados y juez, la justicia "mirándose a los ojos", es la que nos hace falta; es la que debemos implantar, para evitar los engaños, las tardanzas injustificadas; los golpes alevés y, fundamentalmente, *PARA QUE EL JUEZ PROVOQUE LA CONCILIACION*.

Las carencias anotadas, se destacan, entre las de mayor importancia en el procedimiento civil chileno.

d) **El elemento humano**
(Los operadores jurídicos principales)

Es conocida la cita de Carnelutti, referidas a la forma de abordar las reformas: "... Primero *LOS HOMBRES*, segundo, la organización global de la estructura judicial y, tercero, las leyes procedimentales..."

1) **Los abogados.**

En el tema de la reforma procesal, habrá que tener en particular consideración la actitud de los abogados, las más de las veces, deseosos de "ganar" los pleitos y, por ende, sin entusiasmo para depurar al procedimiento de sus ripios y malformaciones, fuentes inagotables de sorpresas procedimentales. Al propio tiempo, somos los abogados fieles exponentes de una clase intelectual y laboralmente, conservadora,⁽⁴⁵⁾ siempre proclives a mantener las normas que se nos enseñaron en la formación

⁴⁵ Sobre dicho conservadurismo, véase. Antonio Pedrals "La Innovación Jurídica". Prensas de la Escuela de Derecho de la U. de Chile, Valparaíso.

universitaria, a la que atribuimos bondades insuperables.

No existe, en el foro ni en el ambiente, en general, la sensación de reproche generalizado a los abogados que, a vista y paciencia, recurren a la chingana; a los que solo buscan entorpecer; a los que faltan a la verdad y se transforman en serviles instrumentos de clientes inescrupulosos.

Una reforma severa de los procedimientos, con agilización de trámites, abrevamiento de plazos, concentración de actuaciones y semejantes, demanda abogados responsables, dedicados y, especialmente, dispuestos a un trabajo exigente. La oposición, ya tantas veces citada, de los operadores jurídicos de la época, a la Instrucción del Marqués de Gerona, en la España anterior a la LEC. es decididamente ilustrativa.

Como tantos otros, este tema enraíza en la formación de los abogados, esto es, en el trabajo universitario: será solamente en ese estadio, en el que podrá prepararse al abogado capaz de alegar por el procedimiento ágil y expedito. Cuando el futuro abogado escuche ensalzar este tipo de procedimiento; cuando las bondades y ventajas de una normativa que impida las dilaciones, triquiñuelas y trampas, le sean expuestas como el norte al que aspirar; cuando a ese estudiante se le enseñen los principios, que no las normas individuales y se le prepare para desempeñarse con las vigentes al día de su titulación, como con aquellas que sobrevengan, de manera que no tema al cambio procedimental ni jurídico, en general, se creará un operador jurídico adecuado y colaborador con un proceso de reformas.

2) Los jueces

Me parece advertir, en nuestros días, lo que podríamos llamar un creciente movimiento a la judicialización de las soluciones, nacido del convencimiento, lógico, en orden a que ni es posible ni conveniente que el legislador resuelva todo lo que en un proceso se pueda plantear, tanto en su sustanciación como en su decisión final.

Se trata de una tendencia que comparto e impulso. Con todo, requiere de adecuada determinación de condiciones para operar: en otras palabras, a mayores atribuciones, poderes y facultades, mayores responsabilidades.

Tengo para mí, empero, que los jueces *NO TIENEN FACULTADES* y, en cambio, solo deberes, compartiendo lo que afirma Clemente Díaz, en orden a que la distinción entre deberes y facultades —lo que el juez debe hacer y lo que él puede hacer— arranca de una superada concepción privado-civilística del proceso⁽⁴⁶⁾. En la actual concepción procesal, publicista y marcada por lo que se ha dado en llamar,

⁴⁶ Cfr. A. Alvarado: "Deberes y Facultades de los Jueces en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" en "Un Codice Tipo Di Procedura Civile Per L'America Latina". Cedam-Padova. 1990. pág. 111.

desde la "penalización del proceso civil"⁽⁴⁷⁾ hasta su "constitucionalización"⁽⁴⁸⁾ dadas las condiciones para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el "hombre" juez, no puede abstenerse de desempeñar, en plenitud, sus funciones.

El tema, largamente debatido en función del ejercicio de las actividades probatorias, viene resolviéndose —creo— de manera uniforme hacia el sentido que postulo, como se comprueba con la cita que, de la siguiente declaración de la Corte Suprema argentina, efectúa Pedro J. Bertolino: "...que la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán en cualquier estado del juicio, la "facultad" de disponer las medidas necesarias para establecer los hechos debatidos y *TAL FACULTAD NO PUEDE SER RENUNCIADA*, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable..."⁽⁴⁹⁾

A mi turno, tengo expuesto, primero, que el criterio diferenciador entre facultad y deber, primordialmente, radica en las consecuencias de la inactividad, en términos que a la falta de ejercicio de una facultad no sigue más que el propio reproche o el arrepentimiento, en cambio, a la falta de ejercicio del deber, va aparejada una sanción, y, segundo, que en el ámbito del Derecho Público, las indicaciones en orden a que el funcionario "puede" o "podrá" realizar una actuación, son inexcusables mandatos a proceder, cuando concurra el supuesto fáctico previsto, por lo que concluyo afirmando que, —concurriendo— el decretar medidas para mejor resolver no es discrecional para los jueces.⁽⁵⁰⁾

El tema es relevante, desde que si los jueces tiene meros deberes y no facultades, el ordenamiento debería establecer sanciones para la inejecución.⁽⁵¹⁾

Calamandrei explica, comentando la suerte del nuevo Código italiano, en su momento, que el problema no fueron las normas que otorgaban los poderes a los jueces, sino la reticencia de éstos en ejercer los tales poderes.⁽⁵²⁾

⁴⁷ Cfr. Couture: "Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano" en "Estudios. cit. pág. 311.

⁴⁸ Cfr. mi "Las Acciones Constitucionales en Chile" en "Estudios de Derecho Procesal". Edeval. Valparaíso. 1990. pág. 43.

⁴⁹ Cfr. Pedro J. Bertolino: "El exceso ritual manifiesto" Lib. Edit., Platense. La Plata. 1979, pág. 21.

⁵⁰ Cfr. mi "Medidas Para mejor Resolver: Viejos..." cit. pág. 44.

⁵¹ Así como me parece necesario que el incumplimiento sujete a sanciones, también me parece que, para cumplir con sus funciones, los jueces requieren sueldos adecuados; medios materiales acordes a sus tareas y colaboradores preparados y en número suficiente.

⁵² Cfr. Piero Calamandrei.

Es decisivo, para la suerte de los litigios, un juez ejerciendo, en plenitud sus poderes, llamando a conciliación; precaviendo las nulidades; decretando, cuando correspondan, las medidas probatorias; rechazando, liminarmente, las incidencias dilatorias, sin hacerse involuntario partícipe, del afán dilatador de algún litigante.

Parte importante de la demora en la sustanciación de los juicios, se debe —a más de las razones ya consignadas— a la actitud de algunos jueces que se sienten funcionarios públicos, en el peor sentido de la expresión y están siempre proclives a terminar sus labores cuanto antes; a sentirse los indiferentes espectadores de lo que antes ellos ocurre sin compromiso, efectivo, con la suerte del proceso.

Estos juicios críticos, deben siempre entenderse efectuados a esa minoría que, por destacada, llama la atención y en caso alguno, han de entenderse formulados a todos los jueces chilenos muchos de los cuales, en especial los que ejercen jurisdicción en materia penal, según he expresado en otras ocasiones, son verdaderos apóstoles al tiempo que las grandes víctimas del sistema. Es más, recorriendo el país, he podido comprobar como los problemas del Poder Judicial difieren considerablemente, entre los grandes centros poblacionales y los lugares de menor densidad y, todavía, entre los primeros existen severas diferencias. En otras palabras, son distintos los temas judiciales de Valdivia y Santiago, pero también lo son, entre Valparaíso y Santiago y por ende, las soluciones que se propugnan han de reconocer estas diferencias.

Así por ejemplo, ante el proyecto, más tarde ley, de creación de Ministros sustitutos, para sumir la tarea de aquellos Ministros ocupados con procesos especiales, como Tribunales de primera instancia, una breve encuesta, que efectué entre las Cortes nacionales, demostró que, en los últimos cinco años, en la Corte de Punta Arenas, solo se habían sustanciado 5 causas por la ley 12.927 y se había nombrado un Ministro en Visita, según el art. 560 Nº 2 del Código Orgánico de Tribunales; en Puerto Montt, 9 y 14; en Valdivia, 3 y 7; en Chillán, no hubo delitos por la ley 12.927 y solo se designaron 3 Ministros en visita por el C.O.T; en Antofagasta, 2 y 1; en Iquique, 12 y 3 y en San Miguel, 23 y 13.

No obstante que el problema era exclusivamente metropolitano, se dictó una ley general sobre la materia...

Gran parte de las demoras procesales, derivan de la tramitación en segunda instancia, y ante la Corte Suprema, lo que ha motivado que prestigiosos abogados postulen el trabajo en doble jornada, provocando rechazo inmediato de los jueces,⁵³ en especial de la Corte Suprema que, informando el Proyecto que, en tal sentido enviara el Ejecutivo al Congreso, expresó su total disconformidad, afirmando que los

⁵³ Recuérdese la proposición, efectuada en el diario El Mercurio de Santiago, en este sentido, del Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Pablo Rodríguez Grez y la réplica del entonces Presidente, de la Corte Suprema, don Rafael Retamal.

jueces que llegan a Ministros, tienen un rango, capacidad y jerarquía que obliga a confiar sin reserva en su responsabilidad: que sería el único Poder del Estado que tendría horario de trabajo establecido por la ley y que el sistema de doble jornada dificultaría la práctica de la docencia a los Ministros que es bastante útil para el Poder Judicial y para las Escuelas de Derecho.⁽⁵⁴⁾

A pesar de lo anterior, es un secreto a voces, que algunas Cortes de Apelaciones fallan los recursos de queja (una de las actividades que mayor tiempo les demanda) dentro y no fuera de las horas de audiencia, como exige la ley; que las apelaciones sin alegatos, esto es un cuenta, *NO SE VEN* en horas extraordinarias de audiencia, como ordenó la reforma última y que las calificaciones también se hacen dentro de tales horas ordinarias.

Al propio tiempo, tampoco se cumple con la disposición que obliga a la inmediata integración de las Salas de las Cortes, en eventos de recusaciones de integrantes. En general, se percibe una falta de estricto acatamiento a disposiciones que imponen deberes funcionarios sin que exista la posibilidad, práctica, de hacerlas cumplir; se prevean sanciones para el incumplimiento o se exprese disconformidad por tal situación.⁽⁵⁵⁾

Desde la óptima de los abogados,⁽⁵⁶⁾ en cambio, la situación parece ser diferente, según demuestra la encuesta que, como parte de sus actividades, realizó la Comisión sobre Reforma del Poder Judicial, del CEP, antes aludida.

⁵⁴ Cfr. Oficio 5383. cit. pág. 48

⁵⁵ El Presidente subrogante de la Corte Suprema, en entrevista concedida a la periodista Raquel Correa, en el diario El Mercurio, reconoció que los jueces no cumplen con los plazos legales, atribuyéndolo, claro está, al exceso de trabajo.

⁵⁶ Sin comentarios, reproduzo parte de una publicación efectuada en el diario El Mercurio de Valparaíso, por uno de los más prestigiosos abogados de la zona, el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y ex funcionario judicial quien analizando el tema expresa; "Al efecto, el actual Presidente de la Corte Suprema, don Enrique Correa Labra, debe recordar el período de su presidencia en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al término del cual faltaban expedientes para que los relatores hicieran las tablas para la semana siguiente, siendo que, a comienzos del año, los expedientes "para tabla" se amontonaban hasta en el suelo, por falta de estanterías para ordenarlos. Creemos que es posible revivir esta experiencia por un par de años en los Tribunales Colegiados de todo Chile con un sacrificio que toda la ciudadanía agradecería. En la Corte de Apelaciones de Valparaíso se trabajaba de lunes a sábado (lo que parece indispensable en períodos de gran atraso); las audiencias ordinarias del Tribunal se cumplían puntualmente desde las 14 a las 18 horas, es decir las salas estaban constituidas y trabajando a esa hora. El presidente llegaba al tribunal una hora antes. Terminaba la audiencia ordinaria y después de un corto receso de media hora se reiniciaba la audiencia de 18.30 a 19.30 ó 20 horas y en ese lapso se realizaban los Plenos del Tribunal, se conocía de los recursos de queja; se acordaban los fallos y en la época correspondiente del año, se hacía, en esa jornada extraordinaria, la calificación de los funcionarios judiciales... (Cfr. Mario Alegría A. "Causas del recrudescimiento de la delincuencia: ¿Galgos o Podencos? El Mercurio de Valparaíso. 16 Diciembre 1991).

En efecto, aparece allí que, mientras un 72,98% de los abogados entrevistados, estima que la Administración de Justicia, por los Tribunales inferiores es poco satisfactoria o muy poco satisfactoria; el porcentaje es de 70,28% referida a los Tribunales Superiores, al tiempo que, en comparación con la Administración Pública, en general, un 67,56% de los abogados estimó que ésta es más eficiente que el Poder Judicial...⁽⁵⁷⁾

4) Eficacia del proceso

En punto a establecer el grado de eficacia del proceso civil, ha de volverse al ámbito de las duraciones, quizás como cuestión previa, desde que la mejor de las sentencias, pronunciada cuando las circunstancias fácticas la hicieron inactual, no solo no resuelve la controversia, sino genera en los justiciables una explicable sensación de irritación, de impotencia y de desconfianza en las respuestas jurisdiccionales al tiempo que el comprensible deseo de buscar otras vías compositivas.

Esta eficacia corre a parejas con la actitud del sentenciador durante la tramitación y con las atribuciones y poderes que se le confieran: el moderno derecho procesal tiene superada la imagen del juez paciente espectador de la actividad que ante él se realiza. Así, el más moderno Código Procesal Civil del Continente, el del Perú, promulgado el 4 de Marzo pasado, para entrar en vigencia, el 1 de Enero de 1993, dispone que "...cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes"⁽⁵⁸⁾, al tiempo que el Código General del Proceso uruguayo, faculta, en el art. 24.4, tal tribunal para "ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes", ello, sin perjuicio de reconocerle la posibilidad de la prueba retardada o para mejor resolver.

En íntima relación con la materia en debate, aparece el de la ponderación de la prueba. Al efecto hay que recordar que ha sido un lugar común, proclamar que el sistema chileno es el de prueba legal tasada. La conclusión es solo parcialmente efectiva; numerosas disposiciones del Código, de entre las cuales, son paradigmáticas el art. 426 inc. 2° ("Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento") y el 428 ("Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales *PREFERIRAN LA QUE CREAN MAS CONFORME A LA VERDAD*), sin olvidar, por cierto, lo dispuesto en los arts. 389 N° 2, 384 N° 3, etc.⁽⁵⁹⁾

⁵⁷ Cfr. "Proposiciones para la reforma..." cit. pág. 377-378

⁵⁸ Art. 194. "Pruebas de Oficio" Cfr.: El Peruano, N° 4245. (4 de Marzo de 1991). pág. 104.781.

Con insistencia, se repite que los jueces nacionales carecen de atribuciones para ponderar la prueba, afirmación que la mera lectura de las disposiciones legales, desmiente.

Con todo, es imprescindible consignar, definitivamente, una regla general que entregue la valoración de la prueba a la sana crítica del juez o, meramente a su prudencia. La falta de una norma semejante, deja al sistema procesal civil nacional en una situación de verdadera arqueología judicial, al tiempo que ampara al que opta por el fácil camino de abstenerse del esfuerzo valorativo personal.

Sin embargo, es claro que no basta entregar poderes a los jueces, para asegurar la eficacia de sus decisiones y del proceso en general; es menester la personal decisión de éstos de ejercerlos, sin atender al clamor —inicial de los abogados— siempre dispuestos a estimar que la actitud del juez es parcial y contraria a su defendido.

También tienen los jueces posibilidades de actuación en la sustanciación misma de los procesos, de entre las cuales destaca, el llamado a conciliación, proponiendo bases de arreglo, como autoriza el art. 262, actividad que no se verifica con el entusiasmo, la dedicación y la atención adecuadas, tornándose, muchas veces, en una rutina de previsible fracaso. Es que si el juez no ha estudiado, previamente el negocio, y reparado en las posturas de las partes, ni puede proponer bases, ni puede hacer que ellas se convenzan de la conveniencia de la solución transaccional.

El tema anterior, guarda estrecha relación con la posibilidad y la necesidad de la intermediación; al juez que conoce a las partes y a los testigos, es difícil engañarlo; a aquel que asistió —personalmente— a la producción de la prueba, la convicción le llegará plena y total.

En el ámbito de la ejecución de las resoluciones, el sistema chileno, ha elevado al ámbito constitucional, (art. 73 de la C. Política)⁽⁶⁰⁾ el poder de los tribunales de hacer cumplir sus decisiones, de lo que cabe desprender que toda norma que disminuya, altere o impida tal poder será atacable de inconstitucionalidad.

En síntesis, no hay reparos que formular a la posibilidad de ejecución de las

⁵⁹ Sobre el tema, de la latitud del juez chileno para ponderar la prueba, he escrito en "El Proceso Civil chileno y el Código Modelo" en "Estudios. cit. pág. 110.

⁶⁰ Dispone esa norma que "Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine, el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento ni oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar".

resoluciones, en cuanto necesario complemento o condicionante de la eficacia de la jurisdicción; los reproches se formulan al contenido mismo de las decisiones, por las limitaciones o falta de poderes que, para pronunciarlas, concede el ordenamiento al juez.

5) LA MORTALIDAD EN LA SUSTANCIACION DE LOS PROCESOS.

Si toda actividad humana debe sujetarse a patrones éticos, son riesgos de terminar con la convivencia civilizada, el quehacer de los operadores jurídicos, vinculado al espíritu, pero también a las pasiones, deseos, iras, caprichos, ambiciones y envidias humanas, tiene necesidad extrema, de sujeción a los imperativos éticos.

El juez que actúe por motivaciones subalternas o el abogado que se preste para el amparo de los ilícitos pueden inferir un daño inconmensurable, no solo a las personas directamente afectadas, sino a la credibilidad del sistema mismo, de allí que el Ordenamiento tiene que fomentar, alentar o estimular, tales comportamientos, reprimiéndolos o sancionándolos cuando resulte posible. Existe, entonces, una política premial que observar, para el estímulo y el desestímulo de las conductas de que se trata.

El tema del proceder inmoral no afecta a los jueces chilenos: no es un cargo que se les pueda formular. No hay jueces que sentencien bajo el estímulo del dinero ni de las dádivas y, en esa dimensión, constituyen un motivo de satisfacción para las clases jurídicas.

En perspectiva distinta, cabe considerar el art. 724 del Código, inmerso en la regulación del juicio de mínima cuantía, dispone que la prueba se apreciará en la forma ordinaria, pero el tribunal podrá, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia y según *LA IMPRESION QUE LE HAYA MERECIDO LA CONDUCTA DE LAS PARTES DURANTE EL JUICIO Y LA BUENA O MALA FE CON QUE HAYAN LITIGADO ANTE EL ...* al tiempo que el art. 88, determinando el monto de la consignación que ha de efectuar quien haya perdido en el juicio, dos o más incidentes, declara que el tribunal lo hará "considerando la actuación procesal de la parte y si observare mala fe en la interposición de los incidentes, podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo..."

Disposiciones como las reseñadas, demandan una aplicación generalizada, en cuanto ellas introducen, precisamente, la actividad premial, en función del comportamiento de litigantes y abogados.

CONCLUSIONES

1) Construído, a partir de un modelo, ya antiguo en 1855, el ordenamiento procesal civil chileno, necesita una regulación enteramente nueva, para ajustarse al desarrollo de la ciencia y a las necesidades de los justiciables;

En esa regulación, se incluirán las instituciones que la ciencia procesal actual ha acuñado, como la casación per saltum, el efecto diferido de la apelación; las acciones de mera certeza; deberá incluirse la potestad del juez, para desestimar, liminarmente la demanda notoriamente infundada; deberá conferírsele la autoridad e imponérsele el deber de velar por la marcha efectiva del proceso, estableciéndose sanciones para el incumplimiento. Se le autorizará para decretar las actuaciones probatorias que estime adecuadas y se le impondrá el deber de verificar por sí las actuaciones, prohibiéndosele la delegación de funciones;

2) El concepto de proceso, autónomo en la ciencia respectiva, excusa, a estas alturas, la adjetivación, tornando innecesaria la referencia a que sea debido, aún cuando pueda, por afán de mayor claridad y persuasión, hablarse de "proceso justo";

3) Todo proceso supone la concurrencia de un conjunto de circunstancias, cuya omisión lo excluye;

4) Se atenta contra dicha noción, cuando se rompe el equilibrio entre las partes, considerado éste no sólo como la igualdad de oportunidades reconocidas en la ley procesal, sino también como posibilidad de acceso efectivo a la Justicia;

5) La imparcialidad del juzgador, elemento básico en la actividad jurisdiccional, no se agota en la independencia externa o formal requiere de la actitud espiritual del juez que asegure neutralidad en el análisis.

6) No se atenta contra dicha imparcialidad, cuando el juez usa y ejerce los poderes y las posibilidades de actuación que el Ordenamiento le otorga, para la decisión de la controversia. Tampoco, cuando se le dota de la necesaria libertad, para apreciar y ponderar los elementos de convicción, en términos que no sea vea nunca, en la disyuntiva de resolver contra su conciencia, resultado a que puede conducir, un sistema de ponderación legal.

7) Es deber del sentenciador ofrecer a las partes, alternativas conciliadoras, poniendo de relieve las fortalezas y debilidades de sus posturas, lo que no le impedirá pronunciarse sobre el fondo, en caso necesario.

8) Ninguna adecuación de procedimientos cumplirá su finalidad, si no se cuenta con adecuado número de jueces, remunerados honorablemente y dotados de los medios materiales y humanos para cumplir sus funciones.

La síntesis de las conclusiones, ha de tornarse en un encendido alegato en pro de la oralidad y la adopción de un proceso por audiencias, que incluya una preliminar, con todas las finalidades que a ésta se puedan asignar⁽⁶¹⁾ y en un llamado a no detenerse por las admoniciones agoreras de quienes, cobijados en las cantinelas habituales, —la idiosincracia especial de nuestro pueblo, sus tradiciones republicanas y otros stándares comunes— están siempre atentos, para evitar las modernizaciones imprescindibles de nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, convenir en que todo comentario sobre procesos orales, ha de tener en cuenta, como apunta Blasco Ibáñez, en "La Barraca", y como no se cansa de predicar Fairén Guillén,⁽⁶²⁾ la lección de simple eficiencia que, por más de mil años, los días Jueves, en el atrio de un templo valenciano, nos vienen dando campesinos iletrados, para renovarnos la fe en la Justicia...

⁶¹ Cfr: Víctor Fairén Guillén "Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar" Ponencia al Congreso "Un Codice Tipo Di Procedura Civile Per L' America Latina" Roma 26 al 28 de Septiembre de 1988.

⁶² Cfr. Víctor Fairén Guillén: "El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso" (oralidad, concentración, intermediación, publicidad) 2. edic. Valencia. 1988.