

Inmediación y recurso de apelación en el moderno derecho procesal de familia: el quiebre del principio en la Ley que crea los Tribunales de Familia

[Principle of immediacy and appeal in modern procedural
family law: the breaking of a principle in the Law that Creates
Family Courts]

SEBASTIÁN ANDRADE TRUJILLO*

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Reforma procesal de familia – principio de inmediatez – segunda instancia – recurso de apelación – valoración de la prueba.

ABSTRACT

The family procedural reform in our country picked up a fundamental aspect of new oral procedures such as the principle of immediacy, which requires that the judge is present during the proceedings and personally receives the evidence, however, maintained the appeal of appeal as a means of challenge, allowing the ministers of the Court of Appeals to appreciate the evidence that has not been personally rendered before them. In this sense, the present work seeks to delimit the breakdown of immediacy in the second instance, highlighting the need to modify the existing recursive system in terms of family, as well as the improvement of the training of judges and the establishment of collegiate courts that give greater guarantee of correction of the judgment on the merits. For this, a critical analysis of the procedural regulation in Chile regarding family matters will be developed, examining the main doctrinal tendencies around the acceptance of the immediate situation in Chile.

KEYWORDS

Family procedural reform - principle of immediacy - second instance - appeal - assessment of the test.

* Egresado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I. INTRODUCCIÓN

La judicatura de familia se encuentra sometida a principios formativos particulares, los que, atendido el carácter instrumental de esta rama del derecho, deben ser coherentes con los principios sustantivos y fines del Derecho de Familia, permitiendo la satisfacción de los derechos de los particulares. En tal sentido, la vigencia de estos principios formativos influye durante toda la tramitación del conflicto de familia, exigiendo que el rol que se asigna a los tribunales superiores de justicia sea congruente con las nuevas directrices que infunden los juzgamientos de base.

El presente trabajo de investigación es el resultado de la revisión y análisis sistemático de las normas que regulan la incorporación del principio de intermediación en uno de los procedimientos señalados anteriormente, esto es, en el procedimiento ordinario establecido en la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia. En él se verificará la incompatibilidad de este principio con la doble instancia, recurriendo para su estudio a las principales obras doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia.

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

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

El objetivo del presente artículo consiste en determinar que la consagración de una segunda instancia en el procedimiento ordinario de familia resulta incompatible con la primacía del principio de intermediación en la recepción de la prueba, siendo necesaria una revisión de aspectos orgánico-procedimentales que aproximen el régimen recursivo a las restantes reformas procesales en Chile.

II. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL

El Derecho Procesal, como las diversas ramas del derecho, se funda en directrices que orientan su estructura, con el objeto de resguardar de la mejor manera posible los derechos de las partes y la resolución de los conflictos. Se ha definido los principios formativos del procedimiento como “aquellos criterios, usualmente expuestos en forma de opciones contrapuestas, que el legislador debe tener en cuenta para articular los diferentes procedimientos a través de los cuales se tramitarán los procesos en un determinado sistema procesal”,¹ donde la elección que efectúe el Legislador en un determinado procedimiento no solo incide en la configuración de su ritualidad, sino que además establecerá el rol y las garantías atribuidas a los individuos

Se trata de directrices normativas de carácter general que han sido recogidas por el derecho positivo, por la dogmática jurídica o por la jurisprudencia y que sirven de orientación a los operadores del sistema legal para el análisis y resolución de los conflictos. Como señala la doctrina, estas normas se caracterizan por la indeterminación de su contenido, coherente con su grado de abstracción y concisión en su formulación,² pero que habrán de ser concretados por cada operador jurídico para el caso particular. Los juristas los analizan, los abogados los invocan y los jueces los utilizan en la elaboración de sus sentencias, pero los principios deben fundarse, en todo caso, en una objetividad jurídica que es exterior a todos ellos, en especial para el juez.

La importancia de la consagración de principios formativos del procedimiento se manifiesta por las diversas funciones que ellos desempeñan:

a) Interpretación de las normas del procedimiento: los principios formativos se constituyen en la base o fundamento del procedimiento, razón por la cual ellos “orientan la interpretación de la ley procesal, es decir, los principios procesales se deben tener en cuenta (...) al momento de interpretar y dar sentido a las normas que se han de aplicar dentro de ese procedimiento en particular”.³

b) Integración ante las lagunas jurídicas: la integración implica suplir el silencio de la ley mediante la elaboración de una respuesta conforme a los principios generales contemplados en el ordenamiento jurídico, de forma que se pueda mantener la plenitud del mismo. Es posible encontrar ejemplos en los artículos 432 del Código del

¹ CAROCCA, Álex, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo II (Santiago, LexisNexis, 2003), p. 24.

² VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, *Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable*, en CARBONELL, Fálvia, LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011), p. 98.

³ MATURANA MIQUEL, Cristián, *Coherencia del sistema recursivo de familia con un régimen general de impugnación*, en LEPIN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *Estudios de derecho familiar I* (Santiago, Legal Publishing, 2016), p. 332.

Trabajo,⁴ 27 de la Ley N° 19.968,⁵ y particularmente el artículo 13 inciso segundo del proyecto de Código Procesal Civil del año 2012, el cual establece que “*para la interpretación e integración de las normas procesales se atenderá a los principios generales del Derecho Procesal y los indicados en el Título I de este Código, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 19 a 24 del Código Civil*”. Así, la aplicación de los principios permite arribar a soluciones coherentes y sistémicas, que se ajusten a derecho, por lo que adquieren un carácter de complementación y enmienda de las lagunas jurídicas.

c) Elemento de validez del proceso: en ocasiones, el respeto de ciertos principios se constituye como condición de validez del proceso en su totalidad, de manera que si se contradice el contenido del principio el proceso en su totalidad o solo una parte de él, las actuaciones podrán ser declarados inválidas por los tribunales de justicia.

Por otra parte, la satisfacción de los principios formativos requiere a su vez la consideración de razones o principios opuestos, los cuales exigen para su aplicación la consideración de sus pesos, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Una colisión de principios no se resuelve declarando inválido alguno de ellos, sino que se soluciona mediante la ponderación de sus pesos⁶.

En este sentido, la ponderación de principios formativos del procedimiento implica que:

a) Sólo representa una aplicación preferente, porque los principios formativos del procedimiento se encuentran contrapuestos a otros principios contrarios que también requieren consideración. En tal sentido, la doctrina ha señalado que estos principios no se presentan de manera simple o pura, sino que existen en nuestro ordenamiento en binomios, y que entre ellos no se da una aplicación absoluta o excluyente, sino que se aplican de manera preferente frente al principio contrario.⁷

b) Los principios formativos del procedimiento requieren coherencia con otros principios afines para poder gozar de la eficacia necesaria para ser operativos en la mayor medida posible. Esto, ya que la consagración de un principio incide o se constituye en presupuesto necesario para la consagración de otro principio y en presupuesto para la coherencia y eficacia de todo el sistema procesal.

Es por ello que se señala que “el legislador, cuando crea un procedimiento opta por un conjunto de ellos que lo hace coherente. En general, al optar por uno o algunos de ellos queda determinada necesariamente la concurrencia de otros, por ejemplo, la

⁴ Artículo 432 Código del Trabajo: “*En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva*”.

⁵ Artículo 27 Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia: “*Normas supletorias. En todo lo no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad. En dicho caso, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación*”.

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. cast. de GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 88 y ss.

⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián, cit. (n. 3), p. 328.

oralidad lleva aparejada la intermediación y esta, la apreciación de la prueba libre o conforme a las reglas de la sana crítica”⁸.

c) Deben coordinarse con los principios de derecho sustancial, en consideración al carácter instrumental del Derecho Procesal que también se extiende a los principios formativos del procedimiento. Así, estos principios requieren de una debida ponderación con los principios propios del derecho sustancial, del cual aquéllos son instrumentales⁹.

La doctrina ha señalado que la posibilidad de aplicar unos mismos principios a diferentes procedimientos, como el civil, penal, laboral y familia, radica en la unidad del Derecho Procesal. Pero no significa en ningún caso una identidad entre dichos procedimientos, sino solamente que ellos se encuentran configurados sobre la base de instituciones o fundamentos comunes¹⁰.

Con todo, la teoría de los principios jurídicos no se encuentra exenta de dificultades, los cuales han sido identificados ampliamente por la doctrina. En efecto, como señala Carretta Muñoz, la determinación y aplicación de los principios jurídicos se enfrentan, por lo menos, a cuatro desafíos: (i) superar su contenido indeterminado, (ii) su ambigüedad terminológica, (iii) su imprecisa utilidad práctica, y (iv) la tendencia a colmar su contenido basado en criterios subjetivos del operador jurídico.¹¹

III. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN COMO PRINCIPIO FORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO

Se ha definido al principio de intermediación como aquel “principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa”.¹²

Se resalta que el juez o el tribunal debe hallarse en íntima vinculación personal con los sujetos y demás elementos que intervienen en el proceso. Lo que se busca expresar es que la relación entre el juzgador con los sujetos y objetos del proceso ha de ser “inmediata”, lo más próxima posible y sin intermediarios. El juez ha de percibir la información vertida en el proceso directamente mediante su presencia durante las

⁸ JARA CASTRO, Eduardo, *Derecho procesal de familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), pp. 14-15.

⁹ MATURANA MIQUEL, cit. (n. 3), p. 330.

¹⁰ Ibid.

¹¹ CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte final*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 45 (2015), pp. 186-187.

¹² EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1963), p. 33. Un sector de la doctrina, minoritaria en nuestro país, distingue los principios procesales o procedimentales de las reglas técnicas, señalando que la intermediación no es una directriz imperativa que orienta la labor del operador jurídico y sin la cual no podríamos hablar siquiera de un proceso, sino que es una regla técnica procesal que está a disposición del Legislador para ajustarlo a ciertos fines y que se presenta en antinomias (oralidad-escritura; mediación-inmediación; desconcentración-concentración). PALOMO VÉLEZ, Diego, *Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite*, en *Estudios Constitucionales*, 2 (2010), pp. 469 y ss. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Thomson Reuters PuntoLex, 2011) pp. 190-208.

alegaciones y las aportaciones probatorias de las partes, de manera que pueda formar su convicción sobre la base de datos que se encuentran más próximos a los hechos cuya realidad se pretende comprobar, lo cual dotaría a la decisión judicial de una fiabilidad comparativamente mayor en relación a otras vías de adquisición de información.¹³

Se ha sostenido, para apoyar dicha tesis, que:

“si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta, entonces simplemente no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. La información que esa acta contiene -la información del testigo recogida en el acta- es información de bajísima calidad: quizás esas no fueron exactamente las palabras que usó el testigo, quizás así es como lo transcribió el funcionario; quizás el testigo estaba nervioso y hablaba entrecortadamente - de lo que cualquiera habría podido sospechar que estaba mintiendo- o quizás lo dijo con una seguridad más allá de toda duda, que nos invita a creer que dice la verdad; el hecho es que no lo sabemos porque no lo vimos declarar y sin ello el juez lo único que tiene - en el mejor de los casos- son las meras palabras del testigo; lo mismo si parecían claramente mentirosas que sí parecían ciertas a toda prueba, el juez no tiene más que el papel consignado exactamente la misma declaración en uno y otro caso. Sin percibir directamente la prueba - sin intermediación - la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo”.¹⁴

En procesos articulados bajo el principio de la escrituración el juez se encuentra desvinculado del conflicto que debe resolver, conoce y resuelve las controversias situándose frente a montañas de papel, no frente a personas. Como señala Cavani Brain, se sostenía bajo este modelo que el menor contacto posible del juez con las partes y con el material probatorio permitiría que aquel “decida sin ningún tipo de influencias ni que medien sentimientos personales en su labor”, con lo cual se garantizaría que el juez resuelva con mayor justicia e imparcialidad.¹⁵

1. Fundamentos del principio de intermediación.

Si bien es posible sostener que el principio de intermediación resulta un presupuesto necesario en la mayoría de los procedimientos actuales, resulta interesante detenerse brevemente en los fundamentos de la necesidad de mantener la presencia ininterrumpida de los jueces durante las audiencias, y particularmente la necesidad de que

¹³ CABEZUDO, Nicolás, *Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Tomo II: Comunicaciones (Universitat de Valencia, 2008), p. 320.

¹⁴ BAYTELMAN, Andrés, *El juicio oral*, en *Nuevo proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000), p. 243. También con gran elocuencia se expresa Bentham al señalar que gracias a la intermediación es posible al juez, por medio de las inflexiones de la voz, llegar a conocer los sentimientos del corazón y, por los movimientos de la fisonomía, llegar al estado del alma, pues el testimonio presentado por escrito está despojado de la parte más instructiva de aquella prueba circunstancial que tanto peso añade al testimonio oral. BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales* (s.l., Editorial Jurídica Universitaria, 2002), pp. 58-59.

¹⁵ CAVANI BRAIN, Renzo, *La nueva ideología en el proceso civil y el principio de intermediación*, en *Revista Eletrônica de Direito*, 15 (2009), pp. 65-66.

sean esos jueces los que perciban directamente la rendición de los medios de prueba y que dicten la sentencia.

1.1. Fundamento epistemológico

Según aquella postura que sostiene que el proceso tiene como finalidad el descubrimiento o determinación de la verdad histórica, el proceso es concebido como un método de adquisición del conocimiento, en el cual interviene el sujeto, la imagen y el objeto. En el proceso el sujeto se encuentra conformado por los individuos que tienen el poder de juzgar, el objeto está constituido por el fenómeno de conocer, es decir, por el hecho histórico, y la imagen es la representación que el sujeto se forma del objeto. Por tanto, el contacto entre sujeto y objeto permite desarrollar la actividad de conocimiento de un fenómeno y permite al juez, a través de las pruebas, determinar la verdad histórica de un acontecimiento. La inmediatez se manifiesta, por consiguiente, como una regla de conocimiento dentro del proceso,¹⁶ donde los hechos deben entrar en contacto con el juzgador a través de la prueba, sin sufrir alteración alguna por influencia externa al mismo “que pueda tergiversar así la verdad de los hechos dando una base falsa a la justicia”.¹⁷

Según otra posición, que se sigue en este trabajo, sostiene que en el proceso no es posible determinar una verdad histórica o material, ya que el juez no tiene forma de garantizar que la decisión que adopta se basa en “hechos verdaderos” o no. El proceso ha de alcanzar la resolución de controversias a través de la sentencia, la cual se basa en el convencimiento que adquiere el juez a partir de aquella información que ha sido aportada a través de los medios de prueba en juicio y su correspondencia con lo alegado por alguna de las partes. Por ende, el principio de inmediatez no se convierte en una garantía para que el juzgador determine la verdad histórica, sino que coloca al juez en la mejor posición posible para que pueda valorar las pruebas incorporadas al juicio. En este sentido, el principio de inmediatez no se fundamenta en una regla de conocimiento sino que se justifica al constituirse como una garantía de corrección y legitimidad de la decisión judicial.

Con todo, desde un punto de vista gnoseológico, se debe afirmar que el proceso conlleva a un conocimiento que es siempre mediado. El juez se encuentra distante temporal y espacialmente de los hechos sobre los cuales ha de decidir, por lo que su conocimiento no se basa en una percepción sensorial de los hechos, sino que tal percepción existe sobre los medios de prueba. En este sentido, Ferrajoli expresa:

“De manera no distinta al historiador [el juez], no puede, pues examinar el hecho que tiene la tarea de juzgar y que escapa en todo caso a su observación directa, sino sólo

¹⁶ FOLGUEIRO, Hernán, *Principio de inmediatez: hacia una fundamentación epistemológica*, en *Lecciones y ensayos*, 72 (1999), pp. 308-309. Así, Vescovi señala que “resulta difícil concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica que conferir el derecho deber de observar y escuchar a los litigantes, sus defensores, testigos y a los peritos”, lo cual permite que el “juez pueda ponderar las reacciones y gestos de las partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir la verdad o comprobar la veracidad de sus dichos”. VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso* (Bogotá, Temis, 1984), p. 60.

¹⁷ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (3ª edición, Córdoba, Marcos Lerner, 2006), p. 419.

sus pruebas que son experiencias de hechos presentes, aun si interpretables como signos de hechos pasados. Esta diferencia entre ‘experimento’ (de un hecho presente) y ‘prueba’ (de un hecho pasado) resquebraja profundamente el modelo ideal de la verdad procesal fáctica como correspondencia objetiva”¹⁸.

Por lo tanto, todo proceso conlleva una cadena de mediaciones entre el hecho y el juez, pero el contacto directo —el ver y escuchar— entre el juzgador y el medio que busca acreditar un enunciado fáctico posibilita el ingreso de información completa al proceso para que el juez pueda formar mejor su convicción.

1.2. Fundamento ideológico o político

El rol activo o pasivo del juez es un reflejo de la concepción cultural que se tenga acerca del proceso. El pensamiento liberal que influyó intensamente en el pensamiento jurídico durante los siglos XIX y XX, entendía que la justicia y la igualdad se encontraba intrínsecamente contenida en la ley, razón por la cual el juez no debía desempeñar casi ningún papel. En consecuencia, el protagonismo lo tenían las partes en el inicio, desarrollo y término del proceso, mientras que el juez no asumía la conducción del proceso. El Estado les proporcionaba un cauce a las partes para resolver sus disputas, en el cual se privilegiaba el principio de escrituración y las formalidades. Ello determinó que la ideología liberal llevara al alejamiento del juez del conflicto, o sea, a la preeminencia del principio de mediación en el proceso, ya que de esta manera el juez no se vería influenciado por agentes externos o consideraciones personales al momento de decidir la controversia. De esta manera, Monroy Gálves que considera al principio de mediación como un principio privatístico, ha señalado que:

“La tendencia a usar y abusar de la escritura dentro del proceso es el medio a través del cual se alentó y asentó (...) el principio de mediación. (...) Es decir, se estimó que mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo aquello que constituyan elementos objetivos de este es lo que precisamente iba a permitir al juzgador la expedición de decisiones imparciales y justas”¹⁹.

En conclusión, la mediación se manifestaba como una garantía de imparcialidad, seguridad jurídica y justicia.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que el principio de inmediatez explica su recepción en los procesos actuales como consecuencia del cambio de concepción del proceso. En efecto, éste ya no se observa solamente como un espacio en el que las partes discuten sus derechos, sino que además el proceso se muestra como una herramienta indispensable para que el Estado pueda solucionar los conflictos intersubjetivos. El Estado utiliza el proceso para promover la paz social a través de la composición de las controversias particulares. Esta concepción publicista del proceso —en contraposición con la anterior visión privada del mismo— exige la creación y aplicación de técnicas que permitan tutelar los derechos materiales, y dicha finalidad, se señala, no puede alcanzarse

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (3ª edición, trad. cast. de ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Madrid, Trotta, 1998), p. 53.

¹⁹ MONROY GÁLVES, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I (Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996), p. 94.

con un juez ausente y aislado del conflicto que ha de resolver, por lo que se torna indispensable la cercanía del juez con quienes le confían la tutela de los derechos y el material probatorio para lograr dicha paz social.²⁰

1.3. Fundamento sobre la legitimidad y corrección de las actuaciones judiciales

Como se ha señalado anteriormente, la recepción del principio de inmediatez como uno de los criterios orientadores más importantes de las últimas reformas procesales, en el que el juzgador se encuentra presente físicamente durante las audiencias orales y entra en contacto con las partes y los medios de prueba, no conlleva necesariamente que el juez se encuentre en posición de determinar la verdad. Sin embargo, la particular posición en la que se encuentra le otorga la posibilidad de conocer en la mejor medida posible los intereses y alegaciones de las partes, así como también contar con la mejor información disponible para valorar las pruebas rendidas en juicio.

En ese sentido, solamente el juez que se ha encontrado presente durante las audiencias orales, particularmente durante las audiencias de juicio, escuchando las alegaciones de las partes y recibiendo la prueba, se encuentra en la mejor posición para dictar la sentencia que resuelva el conflicto.

De esta manera, la inmediatez permite la participación efectiva de las partes en el procedimiento en igualdad de armas, asegurando que sus alegaciones y pruebas serán consideradas por el juez que conoce del asunto. De manera similar a aquello que acontece entre las partes, quienes deben reunir un conjunto de requisitos para que la demanda pueda ser acogida a favor o en contra de ella, es decir, para que se encuentren legitimadas, el juez debe cumplir con un conjunto de condiciones durante el transcurso del proceso para que la decisión final que adopte se encuentre legitimada, vale decir, que se trate de un juez competente, imparcial, que durante la conducción del procedimiento haya dado cumplimiento a los parámetros exigidos por el debido proceso, el respeto del principio de inmediatez.

La legitimidad de las actuaciones del juez se genera ante las partes e, indirectamente, ante la sociedad: i) ante las partes, por cuanto se asegura que el juez haya escuchado sus alegaciones y percibido los medios de prueba que rindieron como consecuencia de su actividad en el proceso, y por tanto, se asegure que es el juez que tiene el mejor conocimiento de la controversia que las partes sometieron a su decisión, y ii) ante la sociedad, por cuanto a ella le interesa que la resolución de los conflictos sea establecida por un juez que adquiera un conocimiento efectivo de las controversias, ya que ello permitirá contribuir al logro de la paz social, y la presencia ininterrumpida del juez en las principales actuaciones del procedimiento, particularmente durante la rendición de los medios de prueba, busca garantizar que el juez sea consciente de todos los detalles del conflicto, presentando a la judicatura con un rostro más humano ante la ciudadanía.

²⁰ CAVANI BRAIN, Renzo, cit. (n. 15), pp. 62-69.



2. Clasificaciones del principio de intermediación.

La doctrina suele distinguir entre una intermediación en sentido amplio o general y una intermediación en sentido estricto, las cuales responden a finalidades diversas. La intermediación en sentido amplio consiste en la exigencia de presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso y responde al propósito de asegurar el correcto desarrollo de las actuaciones, aportando al proceso la confianza de que se desarrolla con las garantías procesales necesarias para que no se vea vulnerado el derecho fundamental a un juicio justo y la tutela judicial efectiva de las partes.²¹ Fundamentalmente, se relaciona con la necesaria presencia judicial durante la práctica de las pruebas, de modo que el juez que asiste a dicha práctica entre en relación directa con las partes, testigos, peritos y con los objetos del juicio,²² sin que actúen intermediarios que puedan distorsionar, sea voluntaria o involuntariamente, lo transmitido mediante la prueba personal. En este sentido, se señala que la presencia del juez en esta etapa lo sitúa en una óptima posición para la ponderación de los elementos probatorios y su correcta valoración, considerando sobre todo que en un sistema de libre valoración de la prueba, la intermediación permite aplicar las reglas de la sana crítica sin influencias de intermediarios.²³

La intermediación en sentido estricto exige que sea precisamente el juez que haya estado presente en las actuaciones judiciales el que dicte finalmente la sentencia.²⁴ Su propósito es situar al órgano judicial en las mejores condiciones para conocer el objeto del proceso. En palabras de Monroy Gálves: “la cercanía con el drama humano encerrado en el proceso, le va a proporcionar al juez mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió”²⁵ y de esta manera, el juez podrá dictar sentencias mejor fundamentadas y más justas.

Por otra parte, también se suele distinguir dentro de la intermediación dos dimensiones: una dimensión subjetiva o formal y otra dimensión objetiva o material. La primera dice relación con la forma en que el tribunal debe utilizar los medios de prueba y consiste en la exigencia de que éste vea y oiga la prueba por sí mismo,²⁶ lo cual coincide con la dimensión de la intermediación en sentido amplio expuesto anteriormente, ya que el juez llamado a dictar sentencia presenciara directamente las pruebas y alegaciones de las partes.

²¹ HERRERA ABLÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)* (Granada, Comares, 2006), p. 4.

²² PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 12), pp. 474-475.

²³ HERRERA ABLÁN, Rosario, cit. (n. 21), pp. 4-5.

²⁴ DEL POZO PÉREZ, Marta, *La quiebra de la intermediación en la segunda instancia del proceso civil*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Tomo II: Comunicaciones (Universitat de Valencia, 2008), p. 236.

²⁵ MONROY GÁLVES, Juan, cit. (n. 19), p. 94.

²⁶ GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso* (s.l., Editorial Jurídica Universitaria, 2001) pp. 117-120; también en materia procesal penal puede consultarse HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 96 y FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, Tomo I (Buenos Aires, 1960), pp. 610-611.

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

Con todo, la intermediación además de ser una consecuencia relacionada de la oralidad es también una consecuencia del reemplazo de la prueba tasada por un sistema de libre convicción, ya que en un sistema donde las pruebas tienen asignado un valor predeterminado por la ley, la percepción directa por el juez carece de relevancia, toda vez que el juez “no *pondera* la prueba, sino que *cuantifica* los elementos según criterios que le están dados por la ley”.²⁷ Así, la percepción directa de la prueba es un presupuesto de su ponderación, labor que no define en abstracto el Legislador, sino que delega en el juez.

Con todo, cabe precisar que el principio de intermediación, si bien tiene una aplicación intensa en procedimientos regidos por la oralidad, no implica en principio su total ausencia en los procedimientos escritos. En efecto, si se examinan las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se puede advertir que el Legislador exige la actuación personal del juez en una de las actuaciones más relevantes del procedimiento, como es la rendición de la prueba testimonial,²⁸ razón por la cual en teoría se estaría otorgando plena vigencia al principio de intermediación en sentido amplio en el procedimiento civil ordinario.

No obstante ello, la práctica demuestra que los jueces de primer grado no reciben personalmente la declaración de los testigos, sino que es un tercero, el receptor judicial, quien se encarga de dicha función, consignando los aspectos esenciales de la declaración oral en un escrito que será posteriormente presentado al juez, lo cual termina por negar la vigencia a uno de los aspectos más esenciales de la intermediación. En efecto, el profesor Damaška ya advertía esta situación al describir los sistemas judiciales continentales, señalando que:

“[l]os documentos contenidos en el expediente son sucintos, resumidos al máximo, y organizados en secuencias preestablecidas para facilitar su fácil manejo. Se prefieren recuentos breves de los interrogatorios a las transcripciones completas. Pero incluso si se hubiesen hecho transcripciones completas de todos los interrogatorios, la palabra hablada será reemplazada por un texto sustitutivo cuyo lenguaje está desprovisto de rasgos o indicios de comportamiento, así la decisión tomada basándose en el expediente ‘frío’ todavía implica la mediación substancial de la experiencia. Cuando sólo se sacan cortos resúmenes, la estilización de la experiencia es, por supuesto, bastante considerable”.²⁹

Aun cuando sea el juez personalmente quien reciba la prueba personal en un procedimiento escrito, el carácter desfragmentado de estos procedimientos pueden causar que, en definitiva, todas aquellas impresiones que recibió el juzgador para valorar

²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal y el Estado de Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 253.

²⁸ Artículo 365 Código de Procedimiento Civil.- “*Los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto*”.

²⁹ DAMAŠKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (trad. cast. de MORALES, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 91.

correctamente las pruebas no puedan ser aplicadas con rapidez en la sentencia. El paso del tiempo puede determinar que dichas impresiones se borren y el juez deba recurrir a las actas para valorar la prueba, perdiendo vigencia el principio de inmediación.³⁰ Lo dicho hasta el momento refleja la íntima conexión que existe entre los principios de inmediación y oralidad, donde la vigencia plena de cada uno requiere de la presencia del otro.

IV. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LA LEY N° 19.968, QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, la regulación del contencioso familiar resultaba disperso e incompleto. Las materias de familia no eran conocidas por un único tribunal, sino que era posible que se encontraran cubiertas por la competencia de los juzgados civiles o juzgados de menores, y se regían bajo diferentes procedimientos,³¹ todo lo cual dificultaba sobremanera el acceso a la justicia y el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva en un ámbito tan relevante para el resguardo de las relaciones de familia.

Con el fortalecimiento de los derechos humanos, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las modificaciones que sufrió la legislación de familia en materia sustancial,³² devino en la necesidad de fortalecer la judicatura de familia, estableciendo en el año 2004 una sola especie tribunal, que conoce de los asuntos de familia bajo procedimientos establecidos en la Ley N° 19.968, con el objeto de resguardar y proteger de mejor manera la familia, y particularmente, resguardar el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

La Ley que Crea los Tribunales de Familia, como hemos señalado, siguiendo las tendencias comparadas y los avances en materia penal en nuestro país, establece procedimientos gobernados por la oralidad, inmediación y la concentración. Dentro de los diferentes tipos de procedimiento que regula esta ley nos interesa analizar el procedimiento ordinario en materia de familia, el cual es aplicable a los asuntos que no tienen señalado un procedimiento especial.

Se trata, por tanto, de un procedimiento supletorio y general que está estructurado en base a audiencias, donde la audiencia de juicio se transforma en el centro de gravedad del procedimiento. Esta es la oportunidad en que se ha de rendir toda la prueba ante el juez y éste deberá pronunciar su veredicto al término de la misma, otorgándole una gran importancia a la labor que realice el juez que presenció la rendición de la prueba en la resolución del conflicto.

El Mensaje con que se inicia el proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia, del año 1997, dispone que mediante dicho proyecto se trata de tender, al igual

³⁰ HERRERA ABLÁN, Rosario, cit. (n. 21), p. 11.

³¹ NÚÑEZ ÁVILA. René Luis y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia* (Santiago, Abeledo Perrot, 2012), p. 8.

³² OBREQUE MELÉNDEZ, Cristóbal y TOBAR RAMÍREZ, Jaime, *La judicatura de familia* (Santiago, Abeledo Perrot, 2012), pp. 37-49.

que en materia procesal penal, hacia procedimientos que favorezcan la inmediación entre los justiciables y los jueces, instituyendo, en consonancia con las modificaciones en derecho comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escritura³³.

En el texto vigente de la Ley N° 19.968, dentro del Título tercero titulado “Del procedimiento” se regulan los principios formativos del procedimiento de familia, es decir, regula aquel conjunto de normas que habrán de aplicarse específicamente en los procedimientos de familia y respecto de los cuales el Legislador a determinado que constituyen las directrices idóneas que informarán toda la regulación procesal de familia.

Así, el Legislador en el artículo 9° señala que “*el procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes*”. Por tanto, se reconoce expresamente en la legislación de familia la aplicación del principio de inmediación, lo cual es coherente con la adopción de un procedimiento predominantemente oral y fundado en principio de concentración.

Sin embargo, el Legislador no se queda sólo con la enunciación del principio, sino que establece reglas que concretizan su contenido. El artículo 12 consagra lo que señalábamos anteriormente como dimensión amplia o formal de la inmediación, al determinar que “*las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido y con las que se reciban conforme a lo dispuesto en el numeral 9) del artículo 61*”. El juez debe encontrarse presente y dirigir las audiencias permitiendo una comunicación directa con las personas que participan en el proceso, es decir, las partes, los niños, niñas y adolescentes cuando no sean partes³⁴ y otros terceros, como testigos y peritos.³⁵ El juez de familia debe estar presente en las actuaciones donde las partes expresen sus alegaciones y presenten su material probatorio, sin que aparezcan intermediarios en el conocimiento que adquiera de los hechos, de lo contrario su contravención se sanciona con la nulidad las actuaciones (lo cual no es más que una manifestación del rol de los principios formativos del procedimiento como elementos de validez del proceso). Solo en base a la información que sea incorporada al proceso en dichas audiencias podrá el juez de familia formar su convicción, sin perjuicio de la posibilidad de rendir prueba anticipada.³⁶

De forma correlativa, dentro de la regulación del procedimiento ordinario en el párrafo cuarto del Título tercero, se contempla el sentido restringido de la inmediación, que nos asegura que el juez que recibió la prueba sea el mismo que dicte sentencia, al

³³ HISTORIA DE LA LEY N° 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletín N° 2118-18, (Santiago, 2004), pp. 4-6.

³⁴ La Convención de Derechos del Niño consagra el derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído: Art 12. 1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.* 2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

³⁵ NÚÑEZ ÁVILA, René Luis y CORTÉS ROSSO, Mauricio, cit. (n. 31), pp. 90-91.

³⁶ JARA CASTRO, Eduardo, cit. (n. 8), p. 27.

disponer que *“una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla”*.

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

Ante la importancia que tiene el juicio oral en esta clase de procedimientos, donde el juez deja de ser un “juez-lector” para ser un actor presente, visible y activo en la dirección del proceso, observando y escuchando a las partes y deponentes, encontrándose facultado para interrogar a las partes, testigos y peritos, y adquiriendo un papel fundamental la percepción directa e inmediata, surge la interrogante sobre si la valoración de la prueba y la fijación de los hechos realizada por el juez de familia, particularmente sobre la prueba personal, es compatible con un régimen de doble instancia, donde la resolución estará a cargo de un tribunal que no recibió directamente la prueba personal.

V. LA SEGUNDA INSTANCIA EN LA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA: EL QUIEBRE DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, la Ley N° 16.618, de Menores, consagraba un sistema restringido de impugnación, reconociendo la procedencia del recurso de reposición, apelación y queja. Sin embargo este escenario cambió el año 2004 al recogerse un sistema amplio de impugnación, señalando el actual artículo 67 que *“las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley”*. Como se puede evidenciar, salvo las excepciones que señala a continuación el artículo 67, la Ley N° 19.968 sigue los lineamientos generales del sistema de impugnación del Código de Procedimiento Civil, comprendiendo por tanto la aclaración, rectificación y enmienda, el recurso de reposición, el recurso de apelación, los recursos de casación en la forma y en el fondo, la acción de revisión y la queja disciplinaria.³⁷

El recurso de apelación y la conservación de una segunda instancia son dos aspectos que más han despertado el interés de la doctrina comparada tras las reformas procesales que buscaron implementar procedimientos orales. Particularmente por la dificultad de conciliar la procedencia de un recurso que es conocido y resuelto por un tribunal que no estuvo en contacto con las partes ni con el material del proceso. Como veremos a continuación, la intermediación representa un límite para el conocimiento de la

³⁷ NÚÑEZ ÁVILA, René y CORTÉS ROSSO, Mauricio, cit. (n. 31), p. 356.

causa en segunda instancia, lo que amerita su modificación y la necesidad de pensar en mecanismos de impugnación compatibles con los nuevos principios del procedimiento.

El recurso de apelación se caracteriza por no exigir causales específicas que hayan sido establecidas de manera taxativa por el Legislador, por lo que para su procedencia basta que exista una resolución que cause agravio y que la parte agraviada lo entable.³⁸ Como señala la doctrina, el recurso de apelación da lugar a la segunda instancia y por ende, a una segunda revisión del proceso, por lo que se pueden debatir tanto cuestiones de hecho como de derecho que las partes hayan promovido en primera instancia en la medida que constituyan objeto del recurso entablado por las partes.³⁹

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

Sin embargo, la situación es completamente distinta cuando la Corte conoce apelaciones respecto de resoluciones pronunciadas en el marco de un procedimiento gobernado por los principios de oralidad, inmediación y concentración. Ello se debe a que al momento de ponderar el valor de la prueba, y particularmente determinar la fiabilidad de la prueba personal, la Corte no estará en la misma posición que el tribunal *a quo*, ignorando parte de la información vertida en el proceso que sólo el juez inferior pudo conocer. La actual configuración legal del recurso de apelación como revisión plena del material fáctico y jurídico de la primera instancia conduce a un escenario confuso entre la oralidad y segunda instancia, donde se contempla un control amplio del material probatorio practicado en primera instancia que ha de conjugarse con la necesidad de respetar la valoración probatoria realizada por el juez *a quo*.⁴⁰

El quiebre se produce fundamentalmente porque la causa será resuelta por un tribunal que no ha tenido percepción directa e inmediata sobre los hechos del juicio, los gestos e inflexiones de voz del deponente, entre otros. El tribunal que resuelve la apelación lo hace sin inmediación, ya que ha de basarse en la misma actividad probatoria desarrollada en primera instancia pero con información de peor calidad.

En efecto, los ministros de las Cortes de Apelaciones no solamente no tienen un contacto directo con los medios de prueba personales rendidos en primera instancia, sino que además resulta difícil sostener claramente que dichos jueces tengan un conocimiento acabado de lo ocurrido en el primer grado. La cantidad de causas que ingresan anualmente en las Cortes transforma en inviable que cada uno de los ministros

³⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 112.

³⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁰ PICÓ I JUNOY, Joan y CERRATO GURI, Elisabet, *El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Tomo II: Comunicaciones (Universitat de Valencia, 2008), pp. 228-229.

de las respectivas salas pueda escuchar todos los audios de las causas cuya impugnación habrá de revisarse cada día. Debido a que los ministros sencillamente no tienen tiempo para revisar cuidadosamente los registros de audio, se mantiene en las Cortes la presencia de un funcionario que está encargado fundamentalmente de relatarles a los jueces qué sucedió en la causa.⁴¹ Todos los hechos del caso son transmitidos a los ministros a través del relator, de manera resumida, lo cual constituye la principal forma de conocer los hechos alegados y acreditados en primera instancia.

De esta manera, los ministros de la Corte no tienen contacto directo con los medios de prueba que habrán de ponderar. Toda la información de la causa les es transmitida a través de un intermediario, el cual debe realizar una exposición metódica y razonada, desprovista de todas las expresiones que acompañan a la declaración verbal de los deponentes. De esta manera, en la segunda instancia no parece que se esté respetando la dimensión subjetiva o formal del principio de inmediación, por la cual el tribunal que ha de resolver la contienda debe ver y oír la prueba por sí mismo, sin que la participación de un intermediario pueda afectar la valoración del juez. En nuestro sistema, la necesidad de contar con un funcionario auxiliar que les comunique a los jueces de alzada lo sucedido en primera instancia, junto con los aspectos esenciales de la prueba rendida, demuestra que dichos jueces no tienen un conocimiento completo y directo de la prueba que habrán de ponderar.

Si bien es cierto, se señala, que el tribunal de alzada podrá conocer de lo ocurrido en las audiencias a través de los registros de audio existentes, no es menos cierto que dicho conocimiento no será en ningún caso completo e inmediato, ya que tiene vedada la posibilidad de estudiar visualmente los comportamientos de los sujetos en el proceso y de interrogar a las partes declarantes, testigos y peritos en caso que conserve dudas sobre los hechos declarados.⁴²

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

⁴¹ La sobrecarga de causas que ingresa anualmente a las Cortes de Apelaciones es una circunstancia que ha sido señalada por la doctrina desde hace bastante tiempo. Así, por ejemplo, Richard Cappalli afirmó hace ya más de una década que la cantidad de causas ingresadas en un año específico llevaba a sostener que, por cada sala constituida por tres jueces, habrían de ser conocidas 6.538 apelaciones en el año, y 18 apelaciones cada día en el caso que los ministros trabajaran sin descanso. CAPPALLI, Richard, *Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (1992), pp. 251-252. Hoy en día la situación no parece haber variado sustancialmente, en el año 2016 se resolvieron un total de 240.309 causas, las cuales fueron oídas por 59 salas de tres jueces, lo cual produce una cantidad de trabajo equivalente a 4.073 apelaciones por sala, 11 cada día del año en el caso que los ministros trabajaran sin descanso. CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL, *Memoria Institucional* (Santiago, 2016), p. 161.

⁴² DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, *El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción*, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 36 (2014), pp. 72-74.

El artículo 28 de la Ley N° 19.968 consagra la libertad probatoria en materia procesal de familia,⁴³ razón por lo cual en materia de familia se admite cualquier medio que permita al juez tomar conocimiento de los hechos alegados por las partes y que sea apto para producir fe. Ante tal amplitud es necesario efectuar un análisis en particular de ciertos medios de prueba para determinar en qué casos es susceptible de producirse una vulneración del principio de inmediación ante la Corte de Apelaciones:

a) Prueba documental: parece claro que la valoración de los documentos, sean públicos o privados, no representan una dificultad para los jueces de alzada, por cuanto éstos pueden examinar directa y personalmente la materialidad del documento en cuestión, sin que su conocimiento se encuentre mediado por otra persona.

b) Prueba testimonial: en este caso, estimamos que la valoración de la declaración de los testigos, acerca de los hechos, solo es posible realizarla en su plenitud por el juez ante cuya presencia se rindió la declaración, de manera que el sentenciador que revisa la sentencia de primera instancia y procede a controlar la apreciación de la declaración del testigo, sólo adquiere un conocimiento parcial de la misma. Esto ya que la declaración no se puede dividir, por lo que no se puede considerar que se encuentre constituida exclusivamente por el acto de comunicación verbal, negando la existencia de todo aquello que la acompaña y rodea. La declaración es un acto comunicacional cuyo contenido se va expresando por vía verbal, no verbal y paraverbal.

c) Prueba confesional o declaración de parte: al igual que en el caso anterior, la valoración de la declaración de las partes por el tribunal *ad quem* no podrá extenderse a la totalidad de la declaración, prescindiendo de información que el tribunal *a quo* sí disponía.

d) Prueba pericial: la prueba pericial en estricto rigor es la declaración del perito y no el informe escrito que se presenta, ya que ella se rinde dentro de la audiencia de juicio, donde las partes (y el tribunal en los casos señalados por la ley) podrán efectuarle preguntas e interrogarlos. Con base a ella debe resolver el tribunal, y además debido a que el inciso tercero del artículo 49 de la Ley N° 19.968 establece que el informe pericial se apreciará como medio de prueba sólo en el caso excepcional de que el juez, con acuerdo de las partes, resuelva eximirlo de concurrir a declarar.⁴⁴ Salvo en ese caso excepcional, en que el juez de alzada podrá evaluar el mismo material probatorio que el juez de familia, en todos los demás casos en que se rinda prueba pericial, el órgano revisor se enfrentará a la misma barrera en la valoración de la prueba que en el caso de la declaración testimonial y de parte, razón por la cual no se respeta adecuadamente el principio de inmediación.

De la misma manera, el juez tiene la facultad para solicitar a un miembro del Consejo Técnico que emita su opinión acerca de la prueba que ha sido rendida en la audiencia de juicio. Dicha apreciación no reemplaza la valoración que efectúe el tribunal *a quo* de la prueba que ha sido rendida en su presencia sino que su opinión opera como

⁴³ Artículo 28 Ley N° 19.968.- “Libertad de prueba. Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”.

⁴⁴ Artículo 49 inciso tercero Ley N° 19.968.- “Excepcionalmente, el juez podrá, con acuerdo de las partes, eximir al perito de la obligación de concurrir a prestar declaración, admitiendo en dicho caso el informe pericial como prueba”.

la declaración de peritos, razón por la cual tampoco podría ser valorada íntegramente por los ministros de la Corte de Apelaciones.

e) Otros medios de prueba aptos para producir fe: al existir libertad probatoria habrá que estar a la naturaleza de cada medio de prueba para determinar si su rendición es reproducible o repetible en idénticos términos ante otro órgano, como es la Corte de Apelaciones. Así, ejemplos de medios de prueba que son reproducibles en segunda instancia lo constituyen las grabaciones, pruebas audiovisuales, computacionales, etc. Por otro lado, ejemplo de medio de prueba que no resulta reproducible en segunda instancia y que no ha sido regulada expresamente por el Legislador en esta materia, pero que podría resultar admisible – y sin perjuicio de la mayor o menor frecuencia con que es decretada – se encuentra la inspección personal del tribunal.

Lo señalado anteriormente se agrava aún más si se analiza el papel que le corresponde a las Cortes de Apelaciones en materia de familia a la luz del sistema de recursos regulados por la Ley N° 19.968. De manera similar a la regulación establecida para el proceso civil, las partes podrán impugnar la sentencia definitiva de primera instancia por medio del recurso de apelación y el recurso de casación en la forma. Sin embargo, respecto de las sentencias de las Cortes de Apelaciones solamente se estima procedente el recurso de casación en el fondo, el cual es un mecanismo de impugnación destinado a denunciar errores *in iudicando* de orden jurídico, quedando totalmente excluida la procedencia de la casación en la forma en contra de sentencias de segunda instancia.⁴⁵ De esta manera, queda manifiesto que en definitiva la decisión de la controversia, tanto en sus aspectos de hecho como de derecho, queda radicada en la segunda instancia. En el mismo sentido, Meneses Pacheco señala que:

“[u]n aspecto tan crucial como es la determinación de la cuestión fáctica puede ser definitivamente resuelto en el segundo grado jurisdiccional por un tribunal (...) que no ha presenciado en forma directa el debate, sin vigencia de oralidad ni inmediación, y, lo que es todavía peor, sin control ulterior en torno a la racionalidad del fallo en el rubro de la *quaestio facti*”.⁴⁶

En este escenario, prosigue señalando el autor, no existe la posibilidad de controlar una incorrecta fundamentación de la sentencia en la dimensión factual del conflicto de la Corte de Apelaciones, a diferencia de aquellos procedimientos en los cuales sí se admite la procedencia del recurso de casación en la forma. Una de las causales de dicho recurso permite controlar precisamente la motivación fáctica de la sentencia, como es el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo

⁴⁵ El recurso de casación en el fondo, a diferencia del recurso de casación en la forma, no se encuentra regulado expresamente en la Ley que Crea los Tribunales de Familia, lo que no impide que se le aplique íntegramente la regulación supletoria del Código de Procedimiento Civil. Artículo 67 Ley N° 19.968.- “*Recursos. Las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley, y sin perjuicio de las siguientes modificaciones: 6) Procederá el recurso de casación en la forma, establecido en los artículos 766 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con las siguientes modificaciones: a) Procederá sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.*”

⁴⁶ MENESES PACHECO, Claudio, *La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional*, en CARRASCO POBLETE, Jaime (editor), *Cuadernos de extensión jurídica: la reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 16 (Santiago, Universidad de los Andes, 2009), p. 23.

170 N° 4 del mismo cuerpo legal, es decir, la Corte Suprema a través de esta causal podría controlar la exigencia de contener las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento a la sentencia, lo cual ha sido entendido por la jurisprudencia como un vicio in procedendo en el caso que la resolución carezca de un debido y completo examen de las probanzas, y de una detenida motivación de las conclusiones fácticas en las que reposa la decisión.

En definitiva, debido a que no se contempla la posibilidad de controlar la motivación fáctica de la resolución de segunda instancia, la facultad de determinación y variación de los hechos queda completamente entregada en un tribunal cuya falta de motivación o de lógica no puede ser objeto de revisión por órgano alguno. Ello se ve aún más agravado, como señala Meneses Pacheco, por la jurisprudencia sostenida en la Corte Suprema la cual estima que a través del recurso de casación en el fondo no es posible controlar la valoración de los medios de prueba según los estándares de la sana crítica, lo que conlleva que todo el aspecto fáctico de la sentencia de segunda instancia quede exento de un adecuado control.⁴⁷

VI. CRÍTICAS AL ROL QUE SE LE ATRIBUYE AL PRINCIPIO DE INDEMNIZACIÓN EN LOS PROCESOS MODERNOS

En este punto consideramos que es justo aludir a ciertas opiniones doctrinales que sostienen la necesidad de “desmitificar” a la intermediación de la especie de panacea que solucionaría todos los defectos de los procedimientos escritos. Afirman que en esta materia existe una errónea concepción de la intermediación, criticando la actitud de la doctrina, que prácticamente lo ha elevado a nivel de dogma presente en todo procedimiento⁴⁸ e intentan determinar los límites que la propia intermediación presenta a la hora de ofrecer una mejor administración de justicia.

En efecto, se ha señalado que si se entiende a la intermediación como una íntima conexión entre el juzgador y los sujetos procesales, o como una suerte de contacto con lo inefable, la percepción y valoración de las manifestaciones de las partes, testigos y peritos sólo podría producirse durante el juicio oral, de manera que se torna imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, así como la justificación de los resultados.⁴⁹ En ese sentido, todo aquello que haya sido objeto de percepción durante la producción de la prueba personal ante el juez de primera instancia pareciera estar revestido de un blindaje no controlable por los jueces superiores⁵⁰ y la decisión estaría basada en una intuición difícilmente verbalizable.⁵¹ Afirmar lo contrario, señalan estos autores, significa sostener, en definitiva, que los

⁴⁷ Ibid, p. 24.

⁴⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras*, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1 (2012), pp. 101-102.

⁴⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)*, en *Jueces para la democracia*, 46 (2003), p. 58.

⁵⁰ PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 12), p. 483.

⁵¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *“Intermediación” y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*, en *Diario La Ley*, N° 7783 (2012).

resultados obtenidos a través del juicio oral –incluso que los mismos jueces– serían infalibles.

Así, la primera crítica que se formula hacia la inmediatez aduce que por medio de ella se intentaría encubrir valoraciones irracionales de los medios de prueba. La ausencia de una motivación adecuada de las resoluciones, las cuales pueden basarse en meras impresiones⁵² (captadas y procesadas en la mente del juez muchas veces sin que exista un acto autoconsciente)⁵³ personales del juez, vulnera el derecho de las partes a obtener una sentencia justa que resuelva sus conflictos.

Relacionado con el punto anterior, una segunda crítica que ha formulado la doctrina a la restricción del control en segunda instancia, consiste en que la apreciación que obtenga el juez de la totalidad de la información percibida durante la declaración no da garantías de corrección, toda vez que los jueces no son especialistas o expertos en psicología, particularmente, en psicología del testimonio. Dentro de la declaración de cada parte, testigo o perito no solo se genera una comunicación a través del lenguaje verbal, sino que también es posible apreciar durante los interrogatorios la expresión de un lenguaje no verbal (gestual o corporal), un lenguaje paraverbal (metalingüístico o prosódico) como también respuestas neurofisiológicas frente a los interrogatorios (tales como palidez, sonrojo, alteración del rostro, “tics”, etc), cuya lectura no siempre es fácil. Por el contrario, dicha información suele encontrarse abierta a variadas interpretaciones susceptibles de error,⁵⁴ por lo que no parece razonable prescindir de una segunda oportunidad en la cual se puedan corregir los yerros en que incurrió el tribunal *a quo* durante la apreciación de la prueba.⁵⁵

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

⁵² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, cit. (n. 49), p.63.

⁵³ DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, *El mito de la influencia de la inmediatez judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica*, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2 (2014), p. 346.

⁵⁴ PALOMO VÉLEZ, Diego, cit. (n. 12), p. 484.

⁵⁵ Carlos de Miranda señala una serie de factores que, a su juicio, no necesariamente deben vincularse con la existencia o falta de credibilidad del deponente, así, la seguridad y convicción que pueda mostrar el testigo al declarar, las expresiones faciales, las alteraciones en el tono de voz, los silencios y la velocidad de habla varían de caso a caso y deben ser analizados particularmente en cada deponente para evitar errores en la apreciación de la veracidad del contenido de la declaración. Así, el desconocimiento de antecedentes caracteriológicos del deponente (conocido como “error de idiosincracia”) y la manifestación de signos causados por el estrés o ansiedad que genera el interrogatorio (conocido como “error de Oteló”) pueden inducir a error al intérprete. Cfr. DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, cit. (n. 53), pp. 352-360.

claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa.⁵⁶ La inmediatez no exime al juez de su deber de motivar su decisión, especialmente si nos encontramos ante un juez unipersonal, ya que la motivación constituye una garantía proveniente del debido proceso. El juez se encuentra en la necesidad de exponer en su sentencia las causas o justificaciones que lo han impulsado a adoptarla, dando cuenta de todo el material probatorio con que ha trabajado en la consecución de su decisión así como de las razones que lo han movido a valorarlos de una forma determinada, sea para utilizarlo como soporte de la resolución emitida, sea para descartarlo como herramienta de convicción de los hechos.⁵⁷ La fundamentación permite tanto a las partes como al ente revisor analizar los motivos expresados en la sentencia para determinar si tienen corrección lógica, jurídica y fáctica suficiente para respaldar la solución que pretende resolver el conflicto, constituyendo una garantía de que la valoración efectuada por el tribunal, dentro del sistema de sana crítica, no encubra una realidad procesal donde sea el mero capricho del juez el que conduzca la toma de cada una de sus decisiones.

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

Por otra parte, respecto del segundo punto, consideramos que la falta de conocimientos o experiencia sobre las herramientas que pone a disposición la psicología del testimonio no constituye un defecto propio de la inmediatez. Es más, el mismo defecto es observable en los grados jurisdiccionales superiores, toda vez que la formación académica y la experiencia profesional de los jueces rara vez ahonda en conocimientos técnicos acerca de ese campo de estudio.⁵⁸ Piénsese solamente, que bajo este contexto, a los jueces de alzada les corresponde corregir los errores en que habrán incurrido los jueces de familia al valorar incorrectamente la prueba personal, pero sin que se garantice que los jueces de grado superior disponen de los conocimientos y herramientas que carecen los jueces inferiores, y por tanto, puedan adoptar una decisión de mejor calidad. Así, los jueces de alzada deben conocer sobre la base de información de menor calidad, un conflicto sobre el cual no disponen de todas las herramientas idóneas para resolverlo.

⁵⁶ TARUFFO, Michele, *La prueba: artículos y conferencias* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2009), pp. 25-26 y TARUFFO Michele, *La prueba de los hechos* (2ª edición, trad. cast. de FERRER BELTRÁN, Madrid, Trotta, 2005), pp. 420-438.

⁵⁷ CONTRERAS ROJAS, Cristián, *La valoración de la prueba de interrogatorio* (Madrid, Marcial Pons, 2015), pp. 334 y ss.

⁵⁸ GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, *Las razones de la formación inicial del juez*, en *Jueces para la democracia*, 43 (2002), pp. 14-15.



En este sentido, la intermediación pone a disposición del juez mayor información y de mejor calidad, lo cual a todas luces parece deseable. Sin embargo, no basta solo con que el juez perciba las diversas expresiones del deponente, sino que es necesario que aquél sepa interpretarlas correctamente. Para ello una adecuada formación de los jueces de familia, con acento en la enseñanza de disciplinas asociadas con la formación jurídica, permitirá alcanzar una mejor valoración y fijación de los hechos en base a la prueba personal que se rindió ante su presencia, y en definitiva, se permite alcanzar una mejor fundamentación de la sentencia.

VII. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA

El debate sobre la compatibilidad de la intermediación con la segunda instancia ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales mayoritariamente en materia penal, donde las garantías de un juicio inspirado en la oralidad e intermediación suelen estar consagradas en tratados internacionales sobre derechos humanos, incluidas dentro de las garantías del debido proceso. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una postura que ha sostenido por varios años, ha señalado que el tribunal superior no puede fundar su condena en nuevas interpretaciones de declaraciones que no ha oído, el cual solo puede revocar la resolución recurrida si previamente ha escuchado a las partes, testigos o peritos, por lo que la negativa a citarlos y escucharlos reduce el derecho de defensa y genera la violación del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵⁹ De manera similar en España, el Tribunal Constitucional ha declarado que si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, lo cual constituye una vulneración del debido proceso.⁶⁰

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

En causa N° 5-2015, por sentencia de 25 de mayo de 2015, la sala primera de la Corte de Apelaciones de Antofagasta conoció de un recurso de apelación interpuesto por

⁵⁹ En tal sentido véanse a modo de ejemplo las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Serrano Contreras contra España*, pronunciada el 20 de marzo de 2012 y *Atutxa Mendiola y otros contra España*, pronunciada el 13 de junio de 2017.

⁶⁰ Puede consultarse a modo de ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional español: 170/2009, pronunciada el 09 de julio de 2009; 126/2012, pronunciada el 18 de junio de 2012 y 120/2013, pronunciada el 20 de mayo de 2013.

la demandante que interpuso demanda de divorcio por culpa, caso en el cual la Corte declaró en su considerando segundo:

“Que de conformidad a la Ley 19.968 las decisiones jurisdiccionales deben estar imbuidas de los principios de concentración, oralidad e inmediatez a propósito de la cual la actividad jurisdiccional se realiza a través de audiencias que permiten a los jueces informarse de la pretensión de las partes, las pruebas, impugnaciones e intervenciones directas de los testigos e incluso la declaración de cada una de las partes en forma individual, lo que permite a los jueces tener una apreciación dentro de la subjetividad individual general sin intermediario, para poder emitir su opinión razonada sobre los hechos establecidos y el derecho que resuelve la cuestión controvertida. Ello significa que la apelación entendida como la revisión de hecho y de derecho, hoy está intrínsecamente limitada porque a pesar de que el legislador no lo ha previsto, aparece incoherente y contradictorio un pronunciamiento en segunda instancia que se aleje de estos principios, de manera que los tribunales de apelación deben respetar las decisiones de los jueces que conforme a los antecedentes ya señalados establecen hechos que teóricamente corresponde a una función exclusiva de quienes se encuentran en posición de resolver por la inmediatez, oralidad y concentración. Por lo mismo, la revisión debe estar encaminada a aspectos de derecho o respeto de garantías fundamentales”.

En este caso la Corte reconoce expresamente, bajo un razonamiento que estimamos jurídicamente correcto y que en cierta medida compartimos, que el principio de inmediatez representa un límite a la actividad revisora de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal a quo, ya que no puede alterar la apreciación y fijación de los hechos realizada por el juez de familia, sino cuando la decisión carezca de razones suficientes para entender satisfecho el deber de motivar la sentencia, el cual corresponde, como hemos señalado, a una de las garantías del debido proceso. Por otra parte, nos parece interesante la similitud de las causales que atribuye la Corte al recurso de apelación analizado bajo el prisma de la inmediatez, con algunas causales previstas, por ejemplo, para el recurso de nulidad en el Código Procesal Penal y en el Código del Trabajo. En ambos, se contempla la posibilidad de impugnar la sentencia por haberse vulnerado garantías fundamentales o por haberse incurrido en una errónea aplicación del derecho, casos en los que se procede a anular la audiencia de juicio y la sentencia, o sólo esta última.

Por otra parte, de acuerdo a la interpretación de la Corte de Apelaciones, ya no basta con la existencia del agravio para que la parte pueda deducir el recurso de apelación, sino que además surgen causales específicas que deberán estar presentes para que el recurso pueda prosperar, y que se componen residualmente a partir de la dificultad para apreciar en los mismos términos una prueba que fue rendida en la audiencia de juicio en primera instancia, como son la vulneración de garantías fundamentales y el error *in iudicando*.

En causa N° 518-2015, por sentencia de 28 de septiembre de 2015, la sala segunda de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia definitiva que acogió la demanda de cuidado personal respecto de la hija en común que tiene con el demandante, y que además reguló el régimen de relación directa y regular, señaló en su considerando segundo que:

“Si bien la competencia en segunda instancia comprende facultades para avocarse tanto a los hechos como al derecho, no puede desconocerse que los principios de inmediación, oralidad y concentración limitan al tribunal en el estudio de la sentencia en lo referente a la fijación de los hechos y especialmente a la ponderación de la prueba”.

Sin embargo la propia Corte, en los considerandos siguientes, procede de todas maneras a valorar la prueba rendida ante el tribunal de familia, con lo cual rechazará el recurso interpuesto.

En causa N° 107-2010, por sentencia de 25 de agosto de 2010, la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el demandado de divorcio unilateral, en contra de la resolución que acoge la demanda, reconoce que en segunda instancia se quiebra el principio de inmediación, al expresar en el considerando tercero que *“frente a la prueba rendida, sin perjuicio de que en segunda instancia se transgrede el principio de la inmediación, desde que no se ha estado presente cuando se rindió la prueba testimonial, no cabe sino lógica y jurídicamente mantener la decisión de la juez de mérito”*, ya que a juicio del tribunal de alzada la única forma de desconocer las convicciones de los jueces que han trabajado en el desarrollo y sustanciación del juicio en forma directa con la rendición de pruebas y las impugnaciones de las partes es que la resolución adolezca de falta de un razonamiento lógico, desconocimiento de los principios científicamente afianzados y prescindencia de las máximas de la experiencia (considerando cuarto), todo lo cual no se presenta en la especie, por lo que no le corresponde a la Corte establecer una valoración de la prueba diferente a la estimada por el juez de familia.

Finalmente, aun cuando no se trate de un recurso de apelación resuelto por el tribunal de alzada, nos parece interesante destacar el razonamiento empleado por la sala tercera de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa N° 55-2011, sentencia de 30 de mayo de 2011, donde le correspondió conocer de un recurso de casación en la forma fundado en el artículo 768 n° 7 del Código de Procedimiento Civil, por haberse acogido en el veredicto la demanda reconventional de divorcio culpable pero siendo rechazada en el texto de la sentencia por falta de pruebas. La Corte declaró en el considerando séptimo que:

“En la especie se omitió aplicar dicha norma atendida la especial tramitación de los juicios regidos por la Ley que crea los Tribunales de Familia. En efecto, los recursos deberán interponerse y resolverse en la forma contemplada en el Código ya mencionado, pero siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece esta Ley, ya que en esta clase de proceso no es posible dictar sentencia por quienes no han presenciado el juicio, no han recibido las pruebas y las alegaciones de las partes en forma directa, porque ello vulneraría los principios de oralidad y de inmediación antes mencionados.”.

Por ello, la Corte procedió a acoger el recurso de casación, sin dictar sentencia de reemplazo, ya que ello vulneraría el principio de inmediación, por lo que además de anular la sentencia también declaró la nulidad de la audiencia de juicio. Interesante es el razonamiento seguido en esa causa debido a que consideramos que le da sentido a una expresión del encabezado del artículo 67 de la Ley N° 19.968, en cuanto señala que las



resoluciones son impugnables a través de los recursos y en la forma que establece el Código de Procedimiento Civil “*siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley*”, dentro de las cuales se inserta el principio de inmediatez, lo cual constituye motivo para que el tribunal de alzada no proceda a dictar sentencia en una causa donde no presenció físicamente la rendición de pruebas.

VIII. LA CONFIGURACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTROL ORGÁNICO- PROCEDIMENTAL COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y LA ORALIDAD EN PRIMERA INSTANCIA

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

En tal sentido, el sistema recursivo contemplado dentro de un sistema procesal debe considerar la estructura orgánica de los tribunales, su función y los principios formativos del procedimiento en el cual se inserta el sistema de impugnación.⁶¹ De esta forma es dable sostener que, a modo de ejemplo, en un procedimiento predominantemente escrito, seguido ante un tribunal unipersonal, probablemente se consagre un sistema recursivo que se destaque por el control de todos los aspectos de la decisión del tribunal inferior por parte de un tribunal jerárquicamente superior. En cambio, si el procedimiento es desarrollado fundamentalmente a través de audiencias orales, en presencia de un tribunal colegiado, probablemente se privilegie aquello que ha sido discutido y probado en ella y, consecuentemente, se limite la posibilidad de revisión por parte de un órgano superior, básicamente restringida a la revisión de la corrección de la tramitación del procedimiento, a las *quaestio iuris* que constituyen el fundamento de la sentencia, y solo excepcionalmente dicha revisión podrá extenderse a las *quaestio facti*.

Por ejemplo, el procedimiento regulado por el Código de Procedimiento Civil permite que las partes puedan efectuar un cuestionamiento de carácter amplio (comprendiendo tanto las cuestiones de hecho como de derecho) de lo resuelto en primera instancia para ante el tribunal de alzada, el cual la podrá modificarla o revocarla. En cambio, en materia penal, tras la reforma procesal se estableció que el juzgamiento de instancia se dejara a cargo de un tribunal colegiado, el cual conoce y decide en una audiencia oral en única instancia, y limitándose el régimen recursivo, previendo la posibilidad de impugnar la sentencia definitiva para ante un tribunal de alzada mediante el recurso de nulidad, el cual está destinado primordialmente a controlar el correcto

⁶¹ MATURANA MIQUEL, Cristián, cit. (n. 3), p. 332.

desarrollo del procedimiento, la racionalidad del juicio fáctico y la legalidad de la decisión jurídica.⁶²

1. Interpretación del recurso de apelación acorde con los principios formativos del procedimiento.

Tal como señaláramos en el comienzo de este trabajo, la importancia de los principios jurídicos radica en que ellos no sólo generan un mandato al Legislador para que establezca un sistema de reglas orientados hacia la concreción de tales criterios fundamentales del procedimiento, sino en que ellos a su vez sirven de parámetro con el cual los operadores jurídicos, y particularmente los jueces, habrán de interpretar e integrar dichas reglas.

El análisis acerca del recurso de apelación en materia de familia, tal como lo hemos estado realizando hasta ahora, nos conduce a la conclusión de que su ámbito de procedencia ha de reducirse. Dicha reducción podrá ser alcanzada por dos vías:

a) limitando la procedencia del recurso al control de las cuestiones derecho de la decisión, excluyendo de la revisión las cuestiones fácticas determinadas en la sentencia de primera primer grado. En este caso la única posibilidad que tendría el tribunal de alzada para conocer sobre los hechos sería en el evento que se infringiesen los estándares de la sana crítica,⁶³ o,

b) eliminando la posibilidad de impugnar las sentencias definitivas de primer grado a través del recurso de apelación. Con todo, ello no implica que necesariamente haya de prescindirse del recurso de apelación en materia de familia, ya que a través de este medio de impugnación sería admisible la revisión de otras resoluciones que no sean la sentencia definitiva.

No obstante ello, consideramos que el Legislador entrega pautas expresas que permiten al operador jurídico determinar una solución correcta al momento de analizar el ámbito de procedencia del recurso de apelación. En efecto, el artículo 67 de la Ley N° 19.968, que ya ha sido analizado previamente, dispone en su inciso primero que las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, “*siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley*”, lo que demuestra que el Legislador al momento de regular el sistema recursivo de familia tuvo en cuenta la importancia de los principios formativos de este procedimiento especial, por lo cual dispuso que los recursos, entre ellos el de apelación, debían aplicarse en la medida que resultaren compatibles con los nuevos principios, y particularmente el principio de inmediación. Por lo cual, el Legislador no excluye la procedencia del recurso de apelación contra las sentencias de primer grado dictadas en el marco de un procedimiento oral desarrollado a través de audiencias, pero sí reconoce la posibilidad de adaptar y limitar el ámbito de procedencia de dicho recurso a la luz del principio de inmediación.

⁶² MENESES PACHECO, Claudio, cit. (n. 46), pp.19-21.

⁶³ En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia causa rol N° 5-2015, analizada anteriormente.

A partir del rol interpretativo que poseen los principios jurídicos, y que expresamente reconoce el Legislador, es posible sostener que en el procedimiento ordinario regulado en la Ley que Crea los Tribunales de Familia la procedencia del recurso de apelación no puede alcanzar a la revisión de los fundamentos fácticos de la decisión, al menos, en la medida en que en la audiencia de juicio en la cual se rindió la prueba que sirvió de base al pronunciamiento judicial, ha sido rendida prueba personal, sea testimonial, pericial o declaración de parte, por lo que reserva su ámbito de procedencia principalmente a la revisión de los fundamentos jurídicos o *quaestio iuris* de la decisión.

Si esto fuere correcto, el recurso de apelación dejaría de cumplir la función de dar inicio a una segunda instancia, precisamente porque dejaría de ser un medio de impugnación a través del cual el tribunal superior puede controlar ampliamente tanto las cuestiones de hecho como de derecho ventiladas en primera instancia y que han sido entregadas dentro de su competencia por las partes, ya que no podría controlar los aspectos fácticos de los resuelto en primer grado, sino tan sólo los aspectos de derecho. Por ende, si ya no existe algún recurso que permita denunciar los errores de hecho en que puede incurrir la resolución del juez de familia, dejaría prácticamente de existir una segunda instancia, la sentencia de primer grado pasaría a ser una de única instancia y el recurso de apelación prácticamente no podría distinguirse del recurso de casación en el fondo, ya que ambos estarían destinados a corregir errores en la aplicación de la ley. Las únicas diferencias apreciables radicarían en el momento en que cada recurso ha de operar y que en el resultado en caso de ser acogidos: en el recurso de apelación el tribunal habrá de modificar o enmendar la sentencia recurrida y en el caso del recurso de casación en el fondo habrá de anular la sentencia, todo lo cual desde el punto de vista de la técnica legislativa nos parece insatisfactorio.

Con todo, cabe preguntarse si existe en la práctica algún mecanismo para limitar la procedencia del recurso de apelación en virtud del artículo 67. Este punto es relevante, toda vez que si no es posible determinar algún medio para controlar que la actividad de los jueces de alzada se adecúa a los principios formativos del procedimiento, entonces la única posibilidad de limitar el ámbito de procedencia de la apelación descansa en la exclusiva confianza de que los jueces de alzada respetarán dichos principios. En efecto, si se observan los recursos contemplados en el artículo 67 se puede concluir:

a) Que no cabe la interposición de un recurso de apelación respecto de una resolución que se pronuncia sobre otro recurso de apelación. Esta es la regla general en esta materia, razón por la cual no es viable el ejercicio de este tipo de recursos;

b) Respecto del recurso de casación en la forma: como se ha señalado anteriormente, este tipo de recurso solo procede en contra de sentencias de primera instancia, y no contra sentencias de Cortes de Apelaciones que se pronuncien sobre recursos de apelación. En efecto, si bien en la primera instancia es posible para las partes solicitar la nulidad procesal de aquellas actuaciones en las cuales el respeto del principio de inmediación es esencial,⁶⁴ y en último término, interponer el recurso de casación en la

⁶⁴ Artículo 12 Ley N° 19.968.- *"Inmediación. Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. El juez formará su convicción sobre la base de*

forma fundado en la causal del n° 9 del artículo 768 CPC,⁶⁵ en segunda instancia se encontraría vedada dicha posibilidad, ya que el Legislador no señala expresamente que la dictación de una sentencia de la Corte en la cual no se respete la intermediación adolecerá de nulidad.

c) Respecto del recurso de casación en el fondo: el respeto de los mandatos derivados del principio de intermediación no constituye una ley *decisoria litis*, toda vez que no indican al juez cómo ha de fallar en un caso determinado. Tampoco constituye una norma reguladora de la prueba, toda vez que ella no se refiere a los medios de prueba admisibles ni al valor probatorio que ha de asignársele a cada uno. Por estas dos razones, el recurso de casación en el fondo en contra de sentencias de segunda instancia tampoco podrían prosperar si lo que se impugna es el quiebre del principio de intermediación.

De esta manera, se puede llegar a la conclusión de que no existe un mecanismo en nuestro ordenamiento jurídico que permita hacer efectivos los principios de intermediación y oralidad en el proceso de familia. La falta de un recurso que permita efectivizarlo conlleva a que la única manera en que dichos principios puedan ser respetados es confiando en una correcta interpretación del encabezado del artículo 67, debiendo la Corte autolimitar su competencia. Como se puede apreciar, este resulta ser el camino que menos certeza y seguridad entrega, toda vez que no se establecen límites determinados a la labor revisora de la Corte de Apelaciones.

Lo señalado anteriormente parece ser demostrativo de que el Legislador no se preocupó de regular un sistema recursivo compatible con los principios formativos del procedimiento. De este modo, no parece claro cuál es el rol que se asigna a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema, en la revisión de las sentencias definitivas.

En vistas de lo aducido, consideramos necesario efectuar modificaciones legales, sean de carácter orgánico-procedimental, de formación judicial, o incorporación de nuevas tecnologías, que adecúen el sistema recursivo a los principios fundantes del procedimiento ordinario de familia. A continuación se analizarán distintas medidas que pretenden garantizar el contenido esencial del principio de intermediación: i) atenuación del control vertical; ii) fortalecimiento del control interno u horizontal, y/o iii) mejorar formación de jueces de instancia.

2. La atenuación del control vertical en materia de Derecho Procesal de Familia.

Como ya se señaló anteriormente, la Ley N° 19.968 pretendió seguir los criterios de la reforma procesal penal, estableciendo que el procedimiento en el cual prima el principio de intermediación. Sin embargo, a diferencia del modelo que pretende emular, el Legislador no consideró necesario que el juzgamiento de los asuntos de familia quedará entregado a un tribunal colegiado, sino que quedó en manos de un tribunal unipersonal y cuya decisión puede ser revisada en todos sus puntos por un tribunal de alzada que no

las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido y con las que se reciban conforme a lo dispuesto en el numeral 9) del artículo 61”.

⁶⁵ Artículo 768 n° 9 del Código de Procedimiento Civil.- “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: n°9.- En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”.

ha apreciado en forma directa las probanzas. De esta manera, el sistema recursivo en materia de familia no es coherente con el sistema procesal en el cual se inserta.

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

El establecimiento de un recurso de nulidad con causales que permitan la revisión completa de la *quaestio iuris* y limitada respecto de las *quaestio facti* de las sentencias definitivas que provienen de la audiencia de juicio permite compatibilizar un sistema recursivo que garantiza los derechos de los justiciables. Al igual que en materia penal y en materia laboral, el recurso de nulidad reemplazaría al recurso de casación en el fondo, en cuanto aquél persigue la declaración de nulidad del juicio y/o de la sentencia, invocando una violación de derecho aplicable al caso, pero se buscaría a su vez evitar los formalismos propios del recurso de casación, con el objeto de favorecer su acceso para las partes, dado su carácter de único recurso contra la sentencia que emana de la audiencia de juicio.

En tal sentido, la inmediatez del juez con la prueba personal constituye un aspecto relevante para una adecuada apreciación de la prueba rendida en los nuevos procedimientos orales, pero ella no debe ser entendida como un factor en la valoración que impida totalmente la revisión de la fundamentación fáctica de la decisión. En todo caso, el control efectuado por el tribunal superior siempre podría extenderse a la revisión de parámetros mínimos de fundamentación fáctica y el cumplimiento de los parámetros previstos en la ley para la valoración de la prueba (tales como la presencia o falta de un razonamiento lógico, desconocimiento de los principios científicamente afianzados y correspondencia o prescindencia de las máximas de la experiencia).⁶⁶

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

Una de las ventajas que representa el establecimiento de un recurso de nulidad es que se privilegia aquello que fue resuelto en primera instancia, reduciendo los supuestos en que la sentencia puede ser impugnada, y por tanto, se reduce la carga de trabajo de los tribunales superiores de justicia, como también los tiempos en que las causas llegarán definitivamente a su término, favoreciendo la resolución en un plazo razonable y el principio de economía procesal.

Finalmente, una medida que se estima como necesaria, no solo en el derecho procesal de familia sino en las diversas áreas del derecho procesal y que se advierte como

⁶⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral*, en *Revista de Derecho Procesal: proyecto de Código Procesal Civil*, 22 (Santiago, Abeledo Perrot, 2012), pp. 433 y ss.



una condición indispensable para mejorar el control de las decisiones jurisdiccionales, es la adopción de una especialización en las salas de las Cortes de Apelaciones, lo que favorecerá un análisis jurídico y un control jurisdiccional que se adecúe con los principios de cada una de las áreas del derecho en general, y con las del derecho de familia en específico. Este es un punto que ha sido tratado por diversos autores por lo que no se extenderá su análisis en esta ocasión, sin embargo, recalcamos que es un asunto ineludible para la Judicatura chilena abordar la falta de coherencia existente entre la creciente especialización de los tribunales de primera instancia (y de las salas de la Corte Suprema) con la ausencia de la misma en los tribunales de segundo grado.

3. El fortalecimiento de un control interno horizontal: tribunal colegiado.

Considerando las dificultades que supone para los juzgadores de segunda instancia controlar la apreciación de la prueba personal rendida en primera instancia, y a su vez se privilegia el resultado de aquello que fue discutido y resuelto en el marco de la audiencia oral, se vuelve necesario adoptar una estructura orgánica del tribunal de instancia que, en principio, otorgue mayores garantías de corrección de la decisión, en que, de manera similar a lo establecido en materia penal, el conocimiento y resolución de los asuntos esté entregado a la deliberación de un tribunal colegiado.

De esta manera, se busca potenciar un control de carácter horizontal. El control horizontal se puede entender en dos sentidos: en un sentido amplio dicho control se refiere a una intervención efectiva de las propias partes o interesados en la formación de la resolución judicial, de manera que la decisión que se adopte sea producto de un debate previo con la mayor transparencia posible. El control horizontal en sentido amplio no es sino consecuencia de la vigencia del principio de bilateralidad de la audiencia y de oralidad en los procedimientos de familia.

Por otro lado, en un sentido restringido, entendemos que el control horizontal o interno alude a la conducción del debate y la adopción de decisiones entre unos jueces que se encuentran ubicados en una misma posición, lo cual permite satisfacer de mejor manera los estándares de racionalidad que debe contener la motivación de las resoluciones judiciales, cumpliendo con las exigencias del debido y justo proceso. Es este sentido el que nos interesa, ya que la atenuación del control vertical torna conveniente su compensación mediante una mayor intensidad que adopta el control horizontal o interno entre los mismos jueces, cuya decisión será consecuencia de una deliberación previa entre varios juzgadores. Con todo, no se puede desconocer que una reforma de esta envergadura necesitaría de una gran inversión de recursos de carácter permanente, lo que representa su gran desventaja.

4. La necesidad de perfeccionar la formación de los jueces de instancia.

Independientemente que se decida modificar o no el sistema recursivo, en un procedimiento predominantemente oral gobernado por la inmediatez, donde lo debatido y probado en la audiencia oral cobra gran relevancia y la producción de la prueba es percibida directamente por el juzgador, consideramos necesario mejorar los programas de formación y perfeccionamiento de los jueces con miras a entregarles conocimientos adecuados en materia de psicología del testimonio, lo cual les permita



utilizar las herramientas necesarias para interpretar las expresiones no verbales que fueron objeto de percepción durante la declaración. Ciertamente, si se modifica el sistema recursivo en materia de familia, eliminando la revisión de lo resuelto en una segunda instancia, la necesidad de formar a los jueces en los avances de la ciencia especializada en la materia posibilitará efectuar una mejor valoración de la prueba, y por consiguiente, dictar sentencias de mejor calidad, disminuyendo las posibilidades de incurrir en errores.

Actualmente los cursos de formación que se imparten en la Academia Judicial no contemplan módulos enfocados en la apreciación de la prueba personal y menos en los contenidos específicos de psicología del testimonio. Sólo se contempla un módulo dedicado a la prueba en general y un módulo enfocado en la apreciación de la prueba pericial sólo en materia penal. Por lo que dentro de los cursos impartidos que deben realizar obligatoriamente todos aquellos que deseen ingresar al escalafón primario del Poder Judicial como jueces no tendrán dentro de su formación como tales un contenido enfocado en la valoración de las declaraciones orales, ni en general ni tampoco uno específico para el derecho procesal de familia.

No obstante, respecto de los cursos de perfeccionamiento que imparte la Academia Judicial la situación parece mejorar, al realizarse, al menos durante el año 2017, un curso sobre apreciación de la prueba y sana crítica, un curso enfocado en la apreciación de la deposición e informe de peritos, y un curso sobre psicología y evaluación del desarrollo humano. Sin embargo, la desventaja en este tipo de cursos radica en que no existe certeza de que se impartan con un carácter permanente, ya que son adjudicados anualmente, y además porque los jueces no se encuentran obligados a rendir estos cursos, sino que tienen un margen de libertad para elegir entre los diversos cursos que les son ofrecidos.

Por tanto, existe un falencia en los contenidos ofrecidos por la Academia Judicial, cuyos contenidos serían de gran provecho en los procedimientos inspirados en los principios de oralidad e intermediación, en los que la necesidad de contar con conocimientos especializados en la apreciación de la prueba personal contribuye a pronunciar sentencias de mejor calidad.⁶⁷ La incorporación de conocimientos especializados en psicología del testimonio en los programas de formación contribuiría a ello, hoy los cursos de perfeccionamiento ofrecen los contenidos recomendables para estos nuevos procedimientos pero tienen la desventaja de no ser obligatorios para todos los jueces, por lo que no garantiza que todos hayan de poseer dicho conocimiento.

⁶⁷ A partir de la circunstancia ya tratada anteriormente, acerca de que un análisis basado exclusivamente en las expresiones no verbales y paraverbales de los deponentes podría conducir a errores respecto de su fiabilidad, parte de la doctrina ha señalado que para determinar la credibilidad o falsedad de una declaración, además es necesaria una apreciación atenta y diligente de los testimonios, de manera que la evidencia de contradicciones en los relatos por parte del juez sean una de las mejores herramientas para valorar la fiabilidad de aquel. CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *Sobre la oralidad de los procesos: una perspectiva desde los tribunales de familia hacia una reforma procesal civil*, en ANSALDI, Octavio y CHANDÍA, Sebastián, *Estudios de Derecho de la Judicatura. Actas del 1º y 2º Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura* (1ª edición, Santiago, 2013), p. 203.

IX. CONCLUSIONES

Del análisis llevado a cabo a lo largo de este trabajo podemos afirmar que el principio de inmediatez constituye una de las bases orientadoras de las modernas reformas procesales, caracterizadas por regular procedimientos predominantemente orales, en las cuales el juicio oral constituye un eje central de la estructura del procedimiento como también por tener un juez presente durante cada una de las actuaciones llevadas a cabo durante su tramitación, especialmente durante la rendición de prueba, para que pueda escuchar y observar cada testimonio, lo cual es relevante ya que de su percepción directa de los medios de prueba podrá el juez formarse una convicción que le permita dictar sentencia inmediatamente.

La Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia establece un procedimiento ordinario, en el cual consagra explícitamente como principio formativo del procedimiento a la inmediatez, estableciendo reglas que garantizan su tanto su dimensión amplia como restringida.

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

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

La inmediatez tampoco es sinónimo de que los jueces que apreciarán la prueba (sea de primer o segundo grado) se encuentren suficientemente capacitados para interpretar correctamente la información que es vertida en el proceso a través de la observación y la audición. Dicho conocimiento técnico en el campo de la psicología del testimonio, no es adquirible a través de la práctica y la gran mayoría de los jueces carece de un adecuado manejo de dichas herramientas, por lo que no se garantiza en primera instancia y menos en segunda instancia (ya que los jueces de instancia cuentan con información de menor calidad que los jueces de familia) una correcta apreciación y fijación de los hechos.

La incongruencia de mantener en un mismo sistema procesal, un procedimiento fundado en el principio de inmediación con un sistema recursivo basado en el control jerárquico y la posibilidad de revisar todos los asuntos discutidos en primera instancia, conmina a revisar el sistema de impugnaciones, de manera que permita aprovechar la mejor calidad de información de que dispone el juez de familia para pronunciar decisiones más justas conjuntamente con mecanismos que garanticen la corrección y adecuada motivación de las sentencias. En tal sentido, se propone la configuración de un recurso de nulidad que permita una amplia posibilidad de controlar las *quaestio iuris* y una restringida respecto de las *quaestio facti*, así como la modificación de los programas de formación y perfeccionamiento de los jueces en disciplinas afines al derecho y finalmente establecer tribunales colegiados que favorezca un tipo de control horizontal entre los mismos jueces que asistieron a las audiencias y percibieron las pruebas, lo que otorgará mayor corrección a las sentencias dictadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción castellana de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Thomson Reuters PuntoLex, 2011).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, en *Jueces para la democracia*, 46 (2003).
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal y el Estado de Derecho* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- BAYTELMAN, Andrés, *El juicio oral*, en *Nuevo proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000).
- BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales* (s.l., Editorial Jurídica Universitaria, 2002).
- CABEZUDO, Nicolás, *Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (Universitat de Valencia, 2008), Tomo II: Comunicaciones.
- CAPPALLI, Richard, *Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (1992).
- CAROCCA, Álex, *Manual de Derecho Procesal* (Santiago, LexisNexis, 2003) Tomo II.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno. Parte final*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 45 (2015).
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *Sobre la oralidad de los procesos: una perspectiva desde los tribunales de familia hacia una reforma procesal civil*, en ANSALDI, Octavio y CHANDÍA, Sebastián, *Estudios de Derecho de la Judicatura. Actas del 1er y 2do Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura* (1ª edición, Santiago, 2013).
- CAVANI BRAIN, Renzo, *La nueva ideología en el proceso civil y el principio de inmediación*, en *Revista Eletrônica de Direito*, 15 (2009).

- CONTRERAS ROJAS, Cristián, *La valoración de la prueba de interrogatorio* (Madrid, Marcial Pons, 2015).
- DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (traducción castellana de A. Morales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, *El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica*, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2 (2014).
- DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, *El juicio oral y los principios de intermediación y contradicción*, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 36 (2014).
- DEL POZO PÉREZ, Marta, *La quiebra de la intermediación en la segunda instancia del proceso civil*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (Universitat de Valencia, 2008) Tomo II: Comunicaciones.
- EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1963).
- FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, (Buenos Aires, 1960) Tomo I.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (3ª edición, traducción castellana de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1998).
- FOLGUEIRO, Hernán, *Principio de intermediación: hacia una fundamentación epistemológica*, en *Lecciones y ensayos*, 72 (1999).
- GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso* (s.l., Editorial Jurídica Universitaria, 2001).
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, *Las razones de la formación inicial del juez*, en *Jueces para la democracia*, 43 (2002).
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, *Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (Universitat de Valencia, 2008), Tomo II: Comunicaciones.
- HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)* (Granada, Comares, 2006).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002) Tomo I.
- JARA CASTRO, Eduardo, *Derecho procesal de familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).
- MATURANA MIQUEL, Cristián, *Coherencia del sistema recursivo de familia con un régimen general de impugnación*, en LEPIN MOLINA, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *Estudios de derecho familiar I* (Santiago, Legal Publishing, 2016).
- MATURANA MIQUEL, Cristián, *Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral*, en *Revista de Derecho Procesal: proyecto de Código Procesal Civil*, 22 (Santiago, Abeledo Perrot, 2012).
- MENESES PACHECO, Claudio, *La reforma procesal civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional*, en CARRASCO POBLETE, Jaime (editor), *Cuadernos de extensión jurídica: la reforma procesal civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil*, 16 (Santiago, Universidad de los Andes, 2009).
- MONROY GÁLVES, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, (Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996) Tomo I.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *"Intermediación" y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*, en *Diario La Ley*, N° 7783 (2012).

- NIEVA FENOLL, Jordi, *Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras*, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 1 (2012).
- NÚÑEZ ÁVILA. René Luis y CORTÉS ROSSO, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia* (Santiago, Abeledo Perrot, 2012).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación* (Santiago, Legal Publishing, 2015).
- OBREQUE MELÉNDEZ, Cristóbal y TOBAR RAMÍREZ, Jaime, *La judicatura de familia* (Santiago, Abeledo Perrot, 2012).
- PALOMO VÉLEZ, Diego, *Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite*, en *Estudios Constitucionales*, 2 (2010).
- PICÓ I JUNOY, Joan y CERRATO GURI, Elisabet, *El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil*, en CARPI, Federico y ORTELLS RAMOS, Manuel (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Universitat de Valencia, 2008) Tomo II: Comunicaciones.
- TARUFFO, Michele, *La prueba: artículos y conferencias* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2009).
- TARUFFO Michele, *La prueba de los hechos* (2ª edición, traducción castellana de J. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005).
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, (3ª edición, Córdoba, Marcos Lerner, 2006) Tomo I.
- VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso* (Bogotá, Temis, 1984).
- VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio, *Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable*, en CARBONELL, Fálvia, LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011).

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Atutxa Mendiola y otros contra España, de 13 de junio de 2017.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Serrano contreras contra España*, de 20 de marzo de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia rol N° 170/2009, pronunciada el 9 de julio de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia rol N° 126/2012, pronunciada el 18 de junio de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia rol N° 120/2013, pronunciada el 20 de mayo de 2013.
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, causa rol N° 5-2015, sentencia pronunciada el 25 de mayo de 2015.
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, causa rol N° 107-2010, sentencia pronunciada el 25 de agosto de 2010.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, causa rol N° 55-2011, sentencia pronunciada el 30 de mayo de 2011.
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, causa rol N° 518-2015, sentencia pronunciada el 28 de septiembre de 2015.

NORMAS CITADAS

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, de 4 de noviembre de 1950.
CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, de 22 de noviembre de 1969.
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de 20 noviembre de 1989
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.
CÓDIGO DEL TRABAJO.
CÓDIGO PROCESAL PENAL.
LEY N° 19.968, del 30 de agosto de 2004, que Crea los Tribunales de Familia.

OTRAS FUENTES DE REFERENCIA

CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL, *Memoria Institucional* (Santiago, 2016).
HISTORIA DE LA LEY N° 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA, preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletín N° 2118-18, (Santiago, 2004).
PROYECTO DE LEY DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, de 12 de marzo de 2012.