



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

La Reforma Procesal Civil en Chile

Análisis crítico del Anteproyecto de Código
Procesal Civil

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN
ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
JAIME CARRASCO POBLETE
GONZALO CORTEZ MATCOVICH
CLAUDIO MENESES PACHECO
MANUEL ORTELLS RAMOS
DIEGO PALOMO VÉLEZ
ÁLVARO PÉREZ RAGONE
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Jaime Carrasco Poblete

EDITOR



2009

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 16



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

La Reforma Procesal Civil en Chile

Análisis crítico del Anteproyecto de Código
Procesal Civil

Maite Aguirrezabal Grünstein
Andrés Bordalí Salamanca
Jaime Carrasco Poblete
Gonzalo Cortez Matcovich
Claudio Meneses Pacheco
Manuel Ortells Ramos
Diego Palomo Vélez
Álvaro Pérez Ragone
Alejandro Romero Seguel

Jaime Carrasco Poblete
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 16 (2009)
La Reforma Procesal Civil en Chile.
Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil

CIP - Universidad de los Andes

La Reforma Procesal Civil en Chile: Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil / Maite Aguirrezabal Grünstein... [et al.]. v.; cm. (Cuadernos de Extensión Jurídica; 16)

1.- Reforma Procesal Civil – Chile. 2.- Derecho Procesal Civil – Chile. I.- Aguirrezabal Grünstein, Maite. II.- ser.

CDD 22

347.83

2009

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.

Secretaria de redacción: Tatiana Vargas Pinto.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-55-6

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 182.938

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2009 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

Doctora en Derecho, Universidad de Navarra (España)

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de los Andes (Santiago de Chile)

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid (España)

Profesor de Derecho Procesal

Universidad Austral de Chile (Valdivia, Chile)

JAIME CARRASCO POBLETE

Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de los Andes (Santiago de Chile)

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes (Santiago de Chile)

GONZALO CORTEZ MATCOVICH

Doctor en Derecho, Universitat de València (España)

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Concepción y Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago de Chile)

CLAUDIO MENESES PACHECO

Licenciado en Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez (Valparaíso, Chile)

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

MANUEL ORTELLS RAMOS

Doctor en Derecho, Universitat de València (España)

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat de València (España)

DIEGO PALOMO VÉLEZ

Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (España)

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Talca (Talca, Chile)

ÁLVARO PÉREZ RAGONE

Doctor en Derecho, Universidad de Colonia (Alemania)

Profesor de Derecho Procesal Civil

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho, Universidad de Navarra (España)

Profesor de Derecho Procesal Civil

Universidad de los Andes (Santiago de Chile)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
LA REFORMA PROCESAL CIVIL EN CHILE. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL PRIMER NIVEL JURISDICCIONAL	
<i>Claudio Meneses Pacheco</i>	
1. Introducción	17
2. Referencia a las reformas procesales vigentes en Chile en materia penal, de familia y laboral	18
2.1. Marco institucional de las reformas	18
2.2. Reforma procesal penal	19
2.3. Reforma a la justicia de familia	21
2.4. Reforma a la justicia del trabajo	24
3. Trabajos prelegislativos y preparatorios de reforma procesal civil	25
3.1. Referencia al modelo actualmente vigente: el Código de Procedimiento Civil del año 1902	25
3.2. Trabajos prelegislativos y preparatorios de reforma	29
3.3. Organización del primer nivel jurisdiccional	30
4. Modelo de justicia civil basado en criterios de racionalidad y legalidad. Potenciación del primer nivel de juzgamiento	32
4.1. Los criterios de racionalidad en el juicio fáctico y de legalidad en la decisión jurídica	32
4.2. Relación con la garantía del debido proceso legal: los criterios de "racionalidad" y "justicia" en la Constitución chilena	36
4.3. La potenciación del primer nivel de juzgamiento	38
5. Algunas conclusiones	43
Bibliografía	44

SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO DE 2006. UNA “INTERVENCIÓN PROVOCADA”

Manuel Ortells Ramos

1. Introducción.....	53
2. El límite constitucional: derecho de acceso a los tribunales y disposiciones generales de inadmisión por examen anticipado del fondo del asunto	54
3. Más acá de la constitucionalidad, pero en una zona “sensible” de las opciones de política jurídica: los poderes del juez y las facultades de las partes respecto de la aportación de los hechos y respecto de su prueba.....	57
3.1. Una opción clara en cuanto a la aportación de los hechos relevantes para la sentencia y una confusa propuesta de regulación sobre los poderes probatorios del juez y de las partes.....	60
3.2. La tentación de cerrar en falso una opción de política jurídica procesal muy polémica. Soluciones razonables de compromiso.....	62
4. En un terreno políticamente más neutro: propuestas del ACPC/2006 orientadas a la eficacia, efectividad, eficiencia del proceso	66
4.1. Oralidad del procedimiento. Agilización del procedimiento: contradicciones internas del ACPC/2006	66
4.2. Problemas con la efectividad de algunos nuevos instrumentos de la tutela ejecutiva	72
Bibliografía	74

JUSTICIA DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA CIVIL

Andrés Bordalí Salamanca

1. Introducción.....	77
2. El debido proceso en el derecho chileno	79
2.1. Fuentes normativas del debido proceso en el derecho chileno	79
2.2. Debido proceso: ¿Derechos procesales específicos o principio general de carácter constitucional? ¿Reglas o principios?.....	80
2.3. Concreción y desarrollo de los contenidos del debido proceso en el derecho chileno ..	84
3. El Código de Procedimiento Civil a la luz del debido proceso	86
3.1. El derecho a un juicio público.....	86
3.2. El derecho de defensa en juicio	88
4. Justicia de la decisión judicial civil	95
Bibliografía	98

LA APUESTA POR EL MODELO DE LA ORALIDAD EN EL
ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Diego Palomo Vélez

1. El camino hacia la reforma procesal civil.....	101
2. ¿Qué clase de modelo procesal civil tenemos? El abuso de la forma escrita como fuente importante de los problemas de la Justicia civil.....	103
3. ¿En qué dirección apunta la reforma? (ACPC). Ventajas y peligros asociados a la oralidad como eje formal de un nuevo modelo	105
4. Algunas ideas finales	115
Bibliografía	117

CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL
DE LOS GRUPOS DE CONSUMIDORES AFECTADOS:
SU TRATAMIENTO EN LA LEY DE PROTECCIÓN DEL
CONSUMIDOR Y EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO
PROCESAL CIVIL

Maite Aguirrezabal Grünstein

1. Algunas precisiones conceptuales	119
2. Capacidad procesal de los entes sin personalidad jurídica	121
3. Concepto y capacidad del grupo.....	124
4. El Grupo de consumidores afectados en la Ley de Protección del Consumidor y en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.....	125
4.1. Tratamiento procesal del grupo de consumidores y usuarios en la ley de protección del consumidor	126
4.2. Tratamiento procesal del grupo de consumidores y usuarios en el Anteproyecto de Código Procesal Civil	127
Bibliografía	135

APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR
EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Gonzalo Cortez Matcovich

1. Delimitación del propósito.....	137
2. Presupuestos de las medidas cautelares en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.....	138
2.1. En general, sobre la ubicación sistemática de las normas reguladoras de la tutela cautelar.....	138
2.2. Presupuestos de las medidas cautelares....	138

3. El problema de las medidas específicas reguladas en el ACPC en relación con los presupuestos generales de las medidas cautelares.....	148
3.1.Sobre la configuración sistemática de la tutela cautelar.....	148
3.2.La opción sistemática del CPC.....	149
3.3.La opción sistemática del ACPC.....	150
Bibliografía	152

LA REBELDÍA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Jaime Carrasco Poblete

1. Introducción.....	155
2. Naturaleza jurídica	156
2.1.Teoría de la obligación.....	156
2.2.Teoría de la renuncia.....	161
2.3.Teoría de la autodeterminación.....	162
2.4.Teoría de la inactividad.....	163
2.5.Teoría de la carga	163
3. Nuestro sistema procesal civil actual ¿Admisión o negación de los hechos de la demanda?.....	166
3.1. Sistema Alemán.....	166
3.2. Sistema Anglosajón.....	167
3.3. Sistema Latino	168
4. Consecuencias de nuestro actual sistema procesal civil	169
5. ¿Existe un reconocimiento legal de nuestro sistema?.....	170
6. La rebeldía como estrategia procesal. Una forma válida de reacción del demandado en nuestro actual sistema procesal civil.....	172
7. El Anteproyecto de Código Procesal Civil.....	173
7.1. Consecuencias de la incomparecencia.....	174
7.2.La carga de controvertir los hechos afirmados en la demanda y los documentos acompañados por el actor y su sanción....	177
7.3.Inasistencia injustificada del actor a la audiencia preliminar.....	180
7.4.Ausencia de las partes a la audiencia de juicio.....	181
7.5.Sanción por la falta de colaboración en la declaración de partes	182
7.6.Rebeldía en el procedimiento sumario.....	184
7.7.La rebeldía en el procedimiento ejecutivo .	186

8. Nuestra visión del Anteproyecto de Código Procesal Civil	193
Bibliografía	197

ALGUNAS OBSERVACIONES A LA REGULACIÓN DE LA
INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ANTEPROYECTO DE
CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Alejandro Romero Seguel

1. La base dogmática de la intervención de terceros en la relación procesal.....	203
2. Breves referencias de derecho comparado	206
2.1. El Código de Procedimiento Civil francés.	206
2.2. El Código de Procedimiento Civil italiano .	207
2.3. La ley de enjuiciamiento civil española.....	208
2.4. El código general del proceso de Uruguay..	209
2.5. La ZPO (Código Procesal Civil Alemán) ...	210
2.6. El Código Procesal Civil del Perú	210
3. La regulación del tema en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.....	212.
4. Algunas observaciones generales al anteproyecto...	213
4.1. El momento procesal para intervenir	213
4.2. La legitimación para la intervención voluntaria	214
4.3. La supresión de la denominación de tercero coadyuvante	215
4.4. La intervención del tercero principal o excluyente	217
4.5. La deficiente regulación de la intervención forzada.....	218
5. La necesidad de incorporar una norma de <i>litisdenuciación</i>	219
6. La oposición del tercero a la cosa juzgada	220
Bibliografía	221

DEBER DE TRANSPARENCIA PATRIMONIAL Y EFECTIVIDAD
DE LA EJECUCIÓN: COROLARIO DEL IMPERATIVO DE
COOPERACIÓN PROCESAL

Álvaro Pérez Ragone

1. Introducción	223
2. Concepto y función de la ejecución	224
2.1. Órganos.....	225
2.2. Partes procesales y terceros	225
3. La constitucionalización progresiva de las etapas del proceso: la ejecución como tarea pendiente .	226
3.1. El patrimonio del ejecutado y su transparencia ..	227

3.2. El deber de transparencia como corolario de la cooperación procesal en la ejecución	229
3.3. Los datos relevantes en la transparencia...	230
4. Conclusiones	231
Bibliografía	232

PRESENTACIÓN

El 23 de septiembre de 2008, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes organizó el seminario de Derecho Procesal denominado “El Derecho Procesal chileno en el siglo XXI: tendencias actuales”, en el cual expusieron diversos profesores del ramo, tanto nacionales como extranjeros. El objetivo de esta actividad académica fue hacer un análisis crítico y constructivo del Anteproyecto de Código Procesal Civil. Dicho evento fue inaugurado por el señor Ministro de Justicia don Carlos Maldonado Curti.

Este Cuaderno de Extensión reúne un conjunto de estudios de varias instituciones procesales reguladas en el Anteproyecto. La idea de su publicación es aportar un material para la discusión científica, que permita mejorar su incorporación a la que será la regulación general de la justicia civil en el siglo XXI en nuestro país.

El material que presentamos no contiene un análisis exhaustivo del Anteproyecto. La convocatoria en esta ocasión apuntó al examen de ciertos aspectos que, por su relevancia teórica y práctica, requerían de un análisis académico.

El Cuaderno comienza con el texto del profesor Meneses Pacheco quien analiza las principales reformas procedimentales de los últimos años (penal, familia y justicia militar), para luego tratar la correspondiente al procedimiento civil desde una perspectiva del derecho procesal orgánico y funcional, aludiendo a las fortalezas del primer grado jurisdiccional, la forma como debieran estructurarse los actuales trabajos prelegislativos, y finalmente sugiriendo formas de potenciación en la organización de la base del sistema de enjuiciamiento.

Luego, el catedrático Ortells Ramos comienza refiriéndose al acceso a los tribunales y las condiciones de admisibilidad de la tutela judicial para, posteriormente, hacer un análisis de los poderes y facultades del juez en materia probatoria. Además, alude a la oralidad del procedimiento señalando las contradicciones que existen y sugiriendo las pautas que se deben tener en cuenta para instaurar una adecuada oralidad procedimental y la forma como agilizar el procedimiento y, finalmente, hace alusión a la tutela ejecutiva con especial énfasis en las multas.

En seguida, el profesor Bordalí Salamanca explica el debido proceso determinando sus fuentes normativas para, posteriormente, indagar si se trata de una regla o de un principio y establecer cuál es el contenido de esta garantía constitucional. En último lugar, estudia el Código de Procedimiento Civil a la luz del debido proceso e indica sus actuales falencias en cuanto a la publicidad del juicio, el derecho de defensa, la motivación de la sentencia y la razonabilidad en cuanto al plazo para obtener una respuesta judicial.

Continúa con el texto del profesor Palomo Vélez que se refiere a la oralidad en el Anteproyecto de Código Procesal Civil, analizando el modelo existente y explicando el abuso de la forma escrita como el origen de los grandes problemas de la justicia civil. Posteriormente analiza la reforma y establece los peligros y ventajas asociados a la oralidad como eje formal de un nuevo modelo procesal civil.

Luego, la profesora Aguirrezabal Grünstein estudia la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de los grupos de consumidores tanto desde la perspectiva de la Ley de protección del consumidor como su tratamiento en el Anteproyecto de Código Procesal Civil. En este apartado se analiza la capacidad procesal de los entes sin personalidad jurídica, la capacidad del grupo y las situaciones legitimantes, se hace un análisis del tratamiento procesal del grupo de consumidores y usuarios en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y finalmente se refiere a la adecuada representatividad del grupo.

A continuación, el profesor Cortez Matcovich explica la regulación de la tutela cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil, analizando diversas cuestiones como son los elementos esenciales de las medidas cautelares, la ubicación sistemática de las normas reguladoras de la tutela cautelar, determinando los problemas de las medidas específicas reguladas en el Anteproyecto en relación con los presupuestos generales de las medidas cautelares, para finalmente aludir al sistema actual y determinar la opción sistemática del Anteproyecto.

Consecutivamente, el profesor Carrasco Poblete explica la regulación de la rebeldía en el Anteproyecto, haciendo en primer lugar un análisis de la situación actual del sistema del Código de Procedimiento Civil en el cual estudia la naturaleza jurídica de la referida institución a la luz de las teorías existentes y desde el punto de vista de los sistemas jurídico procesales actuales (anglosajón, alemán y latino). Luego, analiza la rebeldía como estrategia procesal y establece las consecuencias de la incomparecencia de las partes en el

Anteproyecto, refiriéndose especialmente a los procedimientos ordinario, sumario y ejecutivo.

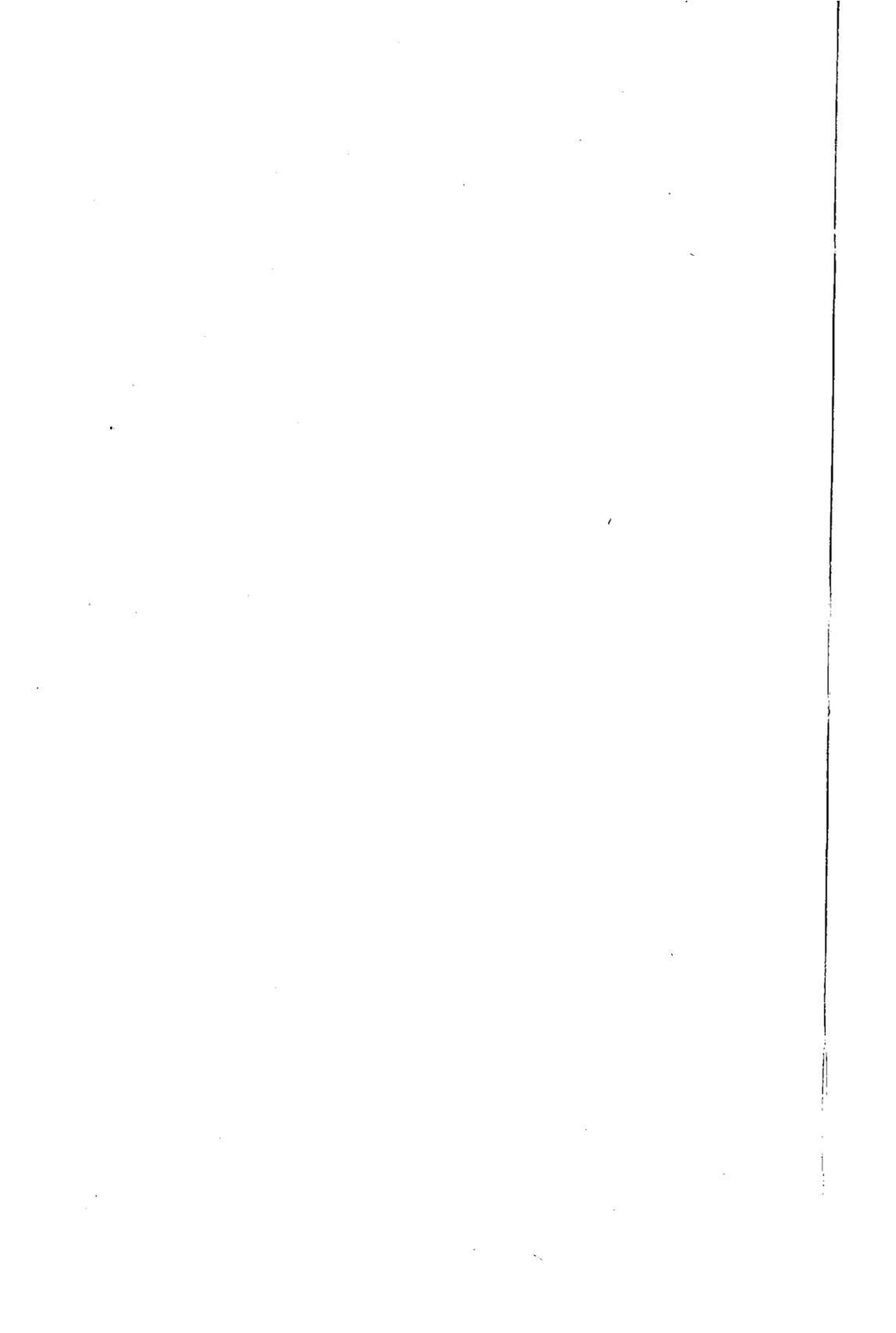
Seguidamente el profesor Romero Seguel hace algunas observaciones a la regulación de la intervención de terceros en el Anteproyecto. Comienza estudiando la base dogmática de la intervención de terceros en la relación procesal haciendo múltiples referencias de derecho comparado para luego examinar la regulación del tema en el Anteproyecto de Código Procesal Civil. A continuación, analiza el momento procesal para intervenir, la legitimación del tercero coadyuvante y la supresión del mismo en el Anteproyecto, la intervención del tercero principal o excluyente y explica la deficiente regulación de la intervención forzada. En último lugar, hace alusión a la necesidad de incorporar una norma de litisdenunciación y también alude a la oposición del tercero a la cosa juzgada.

Concluye el presente cuaderno de extensión el texto del profesor Pérez Ragone que trata sobre el deber de transparencia patrimonial y efectividad de la ejecución. Al respecto analiza cuál es el concepto y la función de la ejecución, para posteriormente proponer el órgano que conozca de la misma. Acto seguido estudia el patrimonio del ejecutado y su transparencia para poder cumplir con los fines de este momento jurisdiccional, para, finalmente, explicar el deber de transparencia como corolario de la cooperación procesal en la ejecución, determinando los datos más relevantes en la transparencia.

Agradecemos a los profesores de Derecho Procesal que contribuyeron en este Cuaderno de Extensión y al Ministro de Justicia, don Carlos Maldonado Curti, que alentó la publicación de estos trabajos, como un aporte académico a la Reforma procesal civil que está en curso. Especial mención debe recibir el aporte del catedrático don Manuel Oriells Ramos, quien concurrió especialmente a este evento académico, aportando su experiencia sobre el particular.

JAIMÉ CARRASCO POBLETE

22 de mayo de 2009



LA REFORMA PROCESAL CIVIL EN CHILE. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL PRIMER NIVEL JURISDICCIONAL*

CLAUDIO MENESES PACHECO**

*Licenciado en Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Valparaíso*

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de las jornadas sobre reformas posibles para mejorar el servicio de la justicia civil, y en uso de la orientación al análisis crítico y al debate en la cual se inspiran, este trabajo tiene por finalidad dejar constancia del estado de avance de los trabajos de reforma procesal civil en Chile y, junto a ello, expresar algunas observaciones críticas sobre el estado de la cuestión en nuestro país, particularmente en lo tocante a la organización del primer nivel jurisdiccional del sistema procesal privado, o sea, al juzgamiento de base de los aspectos fácticos y jurídicos de una contienda.

En cuanto a la descripción de la situación chilena, para tener un panorama amplio comenzaremos por exponer cuáles han sido las reformas procesales que han entrado en vigencia en Chile en los últimos diez años,

* Este trabajo corresponde –en primer término– a la versión escrita, con referencias bibliográficas, de la exposición que realizó el autor en las 3ª Jornadas de Profesores orientadas al análisis crítico y al debate, cuyo tema central fue las reformas posibles para mejorar el servicio de la justicia civil. Las Jornadas se desarrollaron en la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina, entre los días 19 y 20 de septiembre de 2008. El autor agradece al profesor Dr. Eduardo Oteiza por la invitación y a los profesores de la Asociación Argentina de Derecho Procesal por la hospitalidad. Corresponde, asimismo, a una actualización, corrección y profundización de la antedicha versión escrita, elaborada para su inclusión en un libro colectivo que recopila conferencias relativas a la reforma procesal civil, realizadas en Chile en el año 2008. *El autor dedica este trabajo a sus hijos Tomás, Sergio y Juan José.*

** Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso. Becario del Programa de Doctorado, Universidad de los Andes, Chile. Correos electrónicos: claudio.meneses@uv.cl, cmeneses@mbmack.cl.

las que en orden cronológico se refieren al sistema de enjuiciamiento penal, al modelo de justicia familiar y al régimen procesal laboral.

Enseguida, nos haremos cargo de los trabajos prelegislativos y preparatorios de la reforma procesal civil, que en estos momentos se encuentran en pleno desarrollo. Sin perjuicio de lo que expondremos, adelantamos desde ya una cuestión de interés en lo atinente al sector que cubren estos trabajos preliminares. Nos interesa destacar, en efecto, que hasta ahora sólo conocemos propuestas referidas al cambio de procedimiento, sin que se hayan abordado las modificaciones orgánicas de la justicia civil. Ello nos parece de sumo cuidado, ya que pensamos que el éxito de la reforma exige un cambio integral, tanto en la estructura y funcionamiento de los tribunales, cuanto en la organización procesal de los juicios civiles. Hasta ahora, únicamente se ha discutido sobre la última.

Con estos antecedentes nos haremos cargo de uno de los rubros que consideramos sensible en la reforma judicial, y que atañe precisamente a la organización de la base del sistema de enjuiciamiento. En él encontramos inconsistencia entre, por un lado, los principios fundamentales del proceso, de los cuales destacamos para nuestro análisis la oralidad, inmediación, libertad de prueba y valoración racional según las reglas de la sana crítica; y por otro, el régimen recursivo que contempla la apelación en contra de la sentencia definitiva. Estimamos que para obtener una coherencia del sistema y un respeto de la garantía del debido proceso legal es necesaria la aplicación de un modelo inspirado en criterios de racionalidad y legalidad. Este modelo exige, a su vez, un primer estadio jurisdiccional potenciado en lo orgánico y lo funcional y un mecanismo de recursos procesales adecuado a tales fines.

Al final formularemos algunas conclusiones que recogen las tres ideas fuerza del trabajo, consistentes, primero, en el fortalecimiento del juzgamiento de base; segundo, en la eliminación de la segunda instancia y, por fin, en un adecuado sistema de control de la racionalidad del juicio fáctico y de la legalidad del juicio jurídico a través de un recurso de nulidad con reenvío.

2. REFERENCIA A LAS REFORMAS PROCESALES VIGENTES EN CHILE EN MATERIA PENAL, DE FAMILIA Y LABORAL

2.1. MARCO INSTITUCIONAL DE LAS REFORMAS

Tras la restauración de la institucionalidad republicana y democrática, nuestro país ha visto desde mediados de la década del noventa cómo el Estado ha asumido un compromiso serio en materia de reformas procesales. Podría decirse que el primer gran paso se dio el año 1997, con la reforma constitucional que tuvo por finalidad ajustar los términos de la Carta a la modificación del sistema de enjuiciamiento criminal.

De ahí en adelante, nos hemos encontrado con modificaciones de envergadura, que –por cierto– han traído consigo cambios culturales¹. En orden cronológico, las reformas han comprendido las áreas procesal penal, justicia de familia y, más recientemente, procesal laboral². A continuación nos referiremos a los principales aspectos de esta reforma, de los cuales destacaremos los elementos que consideramos de importancia para la cuestión central de este trabajo.

2.2. REFORMA PROCESAL PENAL

Si bien los primeros pasos fueron dados el año 1997 con el cambio constitucional ya aludido, la reforma procesal penal comenzó a nivel legislativo el año 1999, con la promulgación de un Código procesal penal (CPP) moderno, cuya entrada en vigencia fue diferida en el tiempo y el espacio, comenzando el año 2000 en algunas regiones del país y culminando el año 2005 con su instauración en todo el territorio del Estado. Así, a contar de este último año, todas las regiones del país cuentan con un régimen de justicia penal íntegramente reformado, tanto en lo orgánico como en lo procedimental³.

En términos generales, podemos describir la reforma en la parte orgánica considerando dos importantes cambios estructurales. En primer lugar, ha existido un importante avance en materia de desarrollo de tareas judiciales y administrativas al interior del órgano jurisdiccional, las que han sido entregadas a unidades distintas; de este modo, los jueces se concentran en el ejercicio de la tarea judicial, y todo lo referido a la gestión administrativa ha quedado confiada a una entidad especializada que sólo desempeña este tipo de funciones, sin inmiscuirse en labores jurisdiccionales. Esta modificación ha permitido fortificar la función jurisdiccional, al eliminarse las distracciones que generan en los magistrados las actividades de gestión del tribunal. El segundo gran cambio consiste en la instalación de dos tipos de órganos jurisdiccionales ubicados en

¹ Una mirada general, en Tavolari Oliveros, Raúl, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 35-52.

² Hacemos presente que existen otros campos importantes que han sido reformados o que se encuentran en proceso de cambio. Es el caso de los asuntos referidos a la tutela de la libre competencia, donde se introdujo un cambio completo, tanto orgánico como funcional, a través de la Ley N° 19.911 de 2003, y la situación de la justicia tributaria y aduanera, que en estos momentos es objeto de una regulación especial, también con importantes modificaciones orgánicas y procedimentales, incorporadas por medio de la Ley N° 20.322 (DO 27 enero 2009), que contempla una entrada en vigencia diferida en tiempo y espacio. Sobre esta última reforma, véase Massone Parodi, Pedro, *Tribunales y procedimientos tributarios*, edit. Legal Publishing, Santiago, 2009, *passim*.

³ Una explicación completa del origen y legitimación de la reforma, en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, t. I, pp. 17-30. Asimismo, Duce, Mauricio y Riego, Cristián, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 13-88.

la base de la organización judicial. De una parte, tenemos el llamado Juzgado de Garantía, que por regla general es pluripersonal, con una estructura, por tanto, en la cual el tribunal puede estar compuesto por un número plural de jueces aunque la jurisdicción es ejercida de modo unipersonal por cada magistrado; sus principales funciones son velar por el respeto de las garantías del imputado y demás intervinientes durante la investigación, y –además– dirigir y resolver los asuntos relacionados con la preparación del juicio oral; sus resoluciones son susceptibles de apelación en determinados casos, como por ejemplo en materia de medidas cautelares. De otra parte, el denominado Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que es un órgano colegiado (compuesto por tres jueces), cuya función central es resolver el juicio oral en única instancia⁴.

En la parte procesal funcional, la reforma ha instaurado un modelo acusatorio; con persecución penal a cargo del Ministerio Público como órgano autónomo; con un juicio oral como eje central del enjuiciamiento, basado en la oralidad, inmediación, libertad de prueba y valoración judicial de la prueba según las reglas de la sana crítica; con una preparación del juicio oral a cargo de un tribunal (Juzgado de Garantía) distinto del encargado de conocer y fallar la causa (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal); con la sustitución de la apelación por un recurso extraordinario llamado de “nulidad”, que, junto con brindar tutela de derechos fundamentales, permite corregir vicios de procedimiento y errores de juzgamiento de hecho y de Derecho, aunque con una intervención muy acotada en el campo fáctico; con una jerarquía recursiva diferenciada, según la causal que se invoque.

En cuanto a los cambios precitados, destacamos que la decisión adoptada por nuestro legislador en esta sede fue dejar el juzgamiento de base a cargo de un órgano colegiado, encargado de conocer y decidir un juicio oral en única instancia, en un escenario procesal en el que se privilegia el contacto directo de los jueces con el debate y en el cual el objetivo fundamental del proceso consiste en depurar la información probatoria que servirá de base a la sentencia⁵. A su vez, el régimen impugnativo se ajusta a estos patrones básicos, comoquiera que el recurso de nulidad está destinado primordialmente a controlar la corrección del procedimiento,

⁴ Sobre los cambios judiciales orgánicos, Tavolari Oliveros, Raúl, “Competencias probatorias y deberes del Tribunal de Juicio Oral”, en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 179-197; del mismo autor, “El juez de garantía”, en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 276-283.

⁵ Destacando el carácter central que presenta el juicio oral en la depuración de la información fáctica relevante y jurídicamente admisible, Coloma Correa, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal*, edit. R. Coloma Correa, edit. Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 6-11; en similares términos, Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, pp. 229-255; asimismo, Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*, cit., pp. 385-387.

la racionalidad del juicio fáctico y la legalidad de la decisión jurídica⁶. Sobre esta idea matriz volveremos más adelante.

2.3. REFORMA A LA JUSTICIA DE FAMILIA

2.3.1. Explicación general

La reforma a la justicia de familia comenzó el año 2004, con la dictación de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia (LTF), que también comprende cambios orgánicos y funcionales⁷.

En lo orgánico, se mantiene el criterio de la reforma procesal penal, dividiendo las funciones jurisdiccionales de las administrativas. Además, se utiliza la estructura pluripersonal de los Juzgados de Familia. Este modelo, sin embargo, no contempla la escisión de tareas judiciales en el primer nivel, desde que ha prescindido de entregar a órganos distintos la preparación del juicio oral y el conocimiento de éste: ambas materias son de competencia del mismo tribunal, lo que podría llevar –como ha ocurrido a diario en la práctica– que sea un mismo juez el que interviene en la preparación y en la audiencia de juicio. Tampoco considera, como sí lo hace el régimen penal, un tribunal colegiado para la decisión del juicio oral. Por la conexión que tienen con el tema central de este trabajo, estos puntos los retomaremos más adelante.

En cuanto al proceso, la reforma ha considerado una organización basada en la oralidad, intermediación, libertad de prueba y valoración judicial según la sana crítica; presenta una combinación del principio de aportación de parte y la iniciativa probatoria del juez; contempla una estructura de doble instancia; establece un sistema recursivo muy parecido al del Código de Procedimiento Civil (CPC), con apelación y casación, aunque sin casación en la forma ante la Corte Suprema. En el primer grado judicial, a su vez, el proceso se estructura a partir de dos audiencias: una es la “preparatoria”, cuyo objeto es resolver las incidencias previas al juicio, examinar la posibilidad de instar por una medida de solución alternativa

⁶ Por todos, Cortez Matcovich, Gonzalo, *El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, 2006, *passim*, en especial pp. 135-354.

⁷ Para una referencia general sobre los aspectos orgánicos de los Juzgados de Familia, puede consultarse López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, edit. Librotecnia, 4ª edic., Santiago, 2007, t. 2, pp. 859 ss., así como las citas bibliográficas ahí contenidas, en especial en notas 464-468. Algo de la parte funcional, en Correa Selamé, Jorge, *Procedimientos ante los Juzgados de Familia*, edit. Librotecnia, Santiago, 2006, en especial pp. 28-141; Silva Montes, Rodrigo, *Manual de Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, en especial págs.23-62. Una visión general de ambos aspectos, en Meneses Pacheco, Claudio, “Aspectos procesales de la Ley N° 20.152, que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2008, N° 10, pp. 222-226. Mayores datos de este régimen procesal, en particular en materia probatoria, en Hunter Ampuero, Iván, *Las potestades probatorias del juez de familia*, edit. Legal Publishing, Santiago, 2008, *passim*, especialmente pp. 49 ss.

(conciliación), determinar el objeto del juicio, resolver la admisibilidad de la prueba y recibir prueba anticipada; otra es la “audiencia de juicio”, destinada a que el juez reciba las pruebas y resuelva el asunto. Como ya dijimos, ambas audiencias deben tramitarse ante el mismo tribunal, siendo perfectamente posible que las conozca un mismo juzgador.

2.3.2. Problemas en la organización del primer grado jurisdiccional en la justicia familiar

Según se aprecia, las grandes diferencias con la reforma procesal penal se hallan, primero, en la organización del primer grado jurisdiccional y, además, en el sistema de recursos.

Desde luego, está la diferencia que antes anotamos en cuanto a los tribunales que intervienen en las audiencias de preparación y de juicio, lo que en nuestro concepto desmejora la calidad del juzgamiento de base.

Nótese, además, que en el primer estadio procesal nos encontramos con un juez director y presente en desarrollo del debate (inmediación), que actúa en un juicio expresado en forma verbal (oralidad), que debe resolver la contienda a partir de las probanzas que se rindan en su presencia (con libertad en los medios), y que tiene la facultad de apreciarlas racional y fundadamente (sana crítica). Pero enseguida, el sistema permite la revisión de todos los antecedentes en una segunda instancia que conoce un tribunal colegiado (Corte de Apelaciones), el que –por cierto– no ha apreciado en forma directa las probanzas.

Por fin, se contempla la posibilidad de recurrir en contra de la sentencia de segunda instancia para ante la Corte Suprema, pero sólo a través de un recurso de casación en el fondo⁸, que es un mecanismo de impugnación

⁸ Hacemos presente que en nuestro sistema procesal civil la ley contempla dos tipos de recurso de casación: el de casación en la forma, por el cual se denuncian errores *in procedendo*, y el de casación en el fondo, por el cual se reclaman errores jurídicos *in iudicando* (en rigor, errores de interpretación y aplicación de la ley). Como referencias bibliográficas del último tiempo en nuestro país, aunque con explicaciones no siempre coincidentes, destacamos a Troncoso Martinic, Pedro, *Casación en el fondo y casación oficial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, *passim*, en particular la parte teórica en pp. 1-123; Tavolari Oliveros, Raúl, *Recursos de casación y queja*, edit. Cono Sur, Santiago, 1996, pp. 45-88.; Atria Lemaitre, Fernando, “Proceso civil. La casación como problema”, en *Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez, Peñalolén-Viña del Mar, N° 2, 2005, pp. 249-353, en especial pp. 249-284; recientemente, Romero Seguel, Alejandro; Aguirrezabal Grünstein, Maitte y Baraona González, Jorge, “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, año 14, N° 1, 2008, pp. 225-259. Como marco teórico general sobre estas dos modalidades de casación, hemos considerado además a Calamandrei, Piero, *La casación civil*, trad. S. Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 2007, t. III, pp. 181-352, en especial pp. 257-286 (sobre “vicios de actividad” o errores *in procedendo*), y pp. 287-329 (sobre “vicios de juicio” o errores *in iudicando*). Para tener un referente extranjero, podemos citar el caso español, donde para similares instrumentos recursivos se emplean los giros “recurso extraordinario por infracción procesal” y “recurso de casación” (cfr. López Sánchez, Javier, *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, *passim*, en especial, para la parte conceptual, pp. 17-171).

destinado a denunciar errores *in iudicando* de orden jurídico; e incluso más, constituye un recurso encaminado a abordar asuntos de orden puramente legal, según lo ha entendido por décadas la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, que ha restringido este control a cuestiones referidas específicamente a la infracción de preceptos legales, excluyendo otras fuentes del Derecho y conceptos jurídicos indeterminados⁹.

Lo expuesto demuestra, pues, que este sistema de tutela judicial está regulado de un modo tal que la decisión del asunto en los aspectos de hecho y de Derecho prácticamente queda concentrada en la segunda instancia. Siendo más precisos en cuanto a nuestras preocupaciones, podemos decir que un aspecto tan crucial como es la determinación de la cuestión fáctica puede ser definitivamente resuelto en el segundo grado jurisdiccional por un tribunal (Corte de Apelaciones respectiva) que no ha presenciado en forma directa el debate, sin vigencia de oralidad ni intermediación, y, lo que es todavía peor, sin control ulterior en torno a la racionalidad del fallo en el rubro de la *quaestio facti*.

Este esquema procesal, en efecto, no reconoce la posibilidad de denunciar una incorrecta fundamentación de la sentencia en la dimensión factual de la litis, al impedir entablar un recurso de casación en la forma en contra de la decisión de segunda instancia; este recurso solamente está concebido para impugnar la sentencia del Juez de Familia, mas no la de la Corte de Apelaciones¹⁰. Una de las causales del recurso de casación en la forma atinge específicamente al tema de la motivación de la sentencia y, dentro de ella, a la motivación fáctica; se trata del motivo casacional del art. 768 N° 5 CPC, en relación con el art. 170 N° 4 CPC; según estas disposiciones, esta modalidad recursiva puede interponerse en caso que la sentencia impugnada no cumpla con la exigencia de contener consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo; sobre el particular, la jurisprudencia nacional ha concluido que se produce este vicio *in procedendo* en caso que la resolución carezca de un debido y completo examen de las probanzas de la causa, y –por consiguiente– de una detenida motivación de las conclusiones fácticas en las que reposa la decisión¹¹.

⁹ Algunos ejemplos los encontramos en CS. 7 mayo 2002, *GJ*, N° 272, 2002, p. 137; CS 12 julio 2004, *RDJ*, t. 101, sec. 1°, p. 175. Aludiendo a esta interpretación restrictiva, Romero Seguel, Alejandro, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, *passim*, en especial pp. 63 ss.; más recientemente, Romero Seguel, A.; Aguirrezabal Grünstein, M. y Baraona González, J., "Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil...", op. cit., pp. 225-259.

¹⁰ El art. 67 N° 6 letra a) de la LTF, sólo contempla este recurso en contra de los fallos de primer grado. Hacemos notar que este precepto no fue objeto de modificación por la reciente reforma de la Ley N° 20.286 (D.O. 15 septiembre 2008), lo que permite concluir que el legislador ha tomado como decisión mantener este régimen judicial, criterio que por las razones que daremos más abajo no compartimos.

¹¹ Para tener una referencia, destacamos los siguientes pronunciamientos, cuyos criterios se han reiterado decenas de veces: "Las consideraciones de hecho y Derecho que exige la ley tienen

Pues bien, al no contemplarse esta vía de impugnación, en la práctica la determinación judicial de los hechos en las causas de familia ha quedado sin un genuino control de racionalidad, ya que el tribunal de alzada puede cambiar íntegramente la decisión de primer grado e introducir variaciones en la determinación de la cuestión factual, sin que exista un recurso que permita a los litigantes denunciar la falta de motivación o de lógica en el fallo. A ello se suma, para colmo, que en forma reiterada nuestra Corte Suprema ha estimado que la valoración según la sana crítica no puede ser revisada por la vía de un recurso de casación en el fondo¹², lo que nos lleva a que todo el capítulo del juzgamiento fáctico quede exento de un adecuado control.

Lo expuesto con antelación nos parece en extremo preocupante y, todavía más, atentatorio de la garantía del debido proceso legal, por las razones que señalaremos luego.

2.4. REFORMA A LA JUSTICIA DEL TRABAJO

En el año 2005 se dio inicio a la reforma a la justicia laboral, a través de la promulgación de las Leyes N°s 20.022 y 20.023, a las que sucedieron las Leyes N°s 20.087 (año 2006) y 20.260 (año 2008), más la Ley N° 20.252 (año 2008) que aumentó el número de jueces laborales. Estos cuerpos legales han establecido la puesta en marcha de la reforma a la justicia del trabajo, diferida en el tiempo y el espacio, que ha comenzado el 31 de marzo de 2008 en algunas regiones del país, y culminará el 30 de octubre de 2009, con la vigencia en todo el territorio de la República.

En términos generales, se trata de una reforma parecida a la de familia, aunque con dos importantes particularidades¹³.

Desde el punto de vista orgánico, esta reforma ha considerado la división de los procesos de cognición y los de ejecución, creando los Juzgados de Letras del Trabajo (pluripersonales) para el conocimiento y fallo de los primeros, y los de Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional para los segundos. Se mantiene, empero, al igual que en familia, la presencia

por objeto que el tribunal desarrolle en cada caso y para cada una de las conclusiones los razonamientos que determinan su fallo, como también que lo juzgado y lo resuelto guarden conformidad con la ley" (Corte Suprema, 27 septiembre 1949, *RDJ*, t. 46, sec. 1ª, p. 762); "Considerar implica la idea de reflexionar detenidamente sobre algo determinado, es decir, concreto. En consecuencia, es nula por no cumplir con el precepto del N° 4º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que hace una estimación general de la prueba, deduce una conclusión que también es general referente a la materia debatida y que, sin analizar detalladamente las probanzas, se limita a expresar si ellas acreditan o no un hecho dado, o las declara ilegales o impertinentes o por último considera inoficioso pronunciarse acerca de ellas" (Corte Suprema, 30 agosto 1967, *RDJ*, t. 64, sec. 1ª, p. 283).

¹² Por ejemplo, Corte Suprema, 27 abril 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 1ª, p. 116.

¹³ De los textos explicativos que circulan en nuestro medio, destacamos a Walter Díaz, Rodolfo, y Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, edit. Legal Publishing, Santiago, 2008, *passim*; Orellana Torres, Fernando, *Comentarios al nuevo proceso laboral*, edit. Librotecnia, 2ª edic., Santiago, 2008, *passim*.

de un solo órgano jurisdiccional –en la base– para la tramitación de las audiencias preparatoria y de juicio.

Por otra parte, en lo funcional, junto con instaurar un proceso inspirado en la oralidad, intermediación, libertad de prueba y valoración según la sana crítica, se ha cambiado el paradigma del sistema recursivo, al eliminar la apelación contra el fallo de primer grado, sustituyéndolo por un recurso extraordinario de “nulidad”, cuyo primordial objeto es denunciar errores *in procedendo* y errores *in iudicando*, dentro de los cuales se encuentran cuestiones de hecho y de Derecho, pero con un campo más acotado que el de la apelación. Puntualmente, en cuanto a los hechos, la ley permite fundar un recurso de nulidad en la infracción de los criterios que rigen la valoración según la sana crítica (art. 478 letra b, Código del Trabajo), lo que a la postre implica revisar la racionalidad de la decisión en el ámbito fáctico.

Este cambio, por cierto, fortalece favorablemente la decisión del primer nivel jurisdiccional, aunque presenta una serie de falencias de técnica legislativa, que actualmente están siendo objeto de análisis por la doctrina¹⁴. Para nuestro propósito, dejamos constancia de la crítica que nos merece esta reforma en la esfera orgánica, al no diferenciar las tareas jurisdiccionales que se desarrollan en la base, consistente, por un lado, en la preparación del material que debe ser analizado en el juicio oral y, por otro, en el conocimiento y resolución de éste. En este sentido, somos de la idea que debe seguirse un criterio como el existente en el proceso penal, que encarga a órganos distintos ambas funciones. Éste es otro punto que volveremos a mencionar más adelante.

3. TRABAJOS PRELEGISLATIVOS Y PREPARATORIOS DE REFORMA PROCESAL CIVIL

3.1. REFERENCIA AL MODELO ACTUALMENTE VIGENTE: EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL AÑO 1902

3.1.1. Explicación general

El sistema procesal civil chileno vigente tiene sus raíces en modelos decimonónicos y medievales. Mantiene hasta el día de hoy los lineamientos generales básicos que tuvo en sus orígenes, ubicado entre fines del siglo XIX y comienzos del XX¹⁵.

¹⁴ Por todos, Orellana Torres, F., *Comentarios al nuevo proceso laboral...*, op. cit., *passim*.

¹⁵ Para una aproximación a este modelo y sus reformas, puede verse Lazo, Santiago, *Los códigos chilenos concordados. Código de procedimiento civil. Orígenes, concordancias y jurisprudencia*, Santiago, 1918, pp. V-XV; Tavolari Oliveros, Raúl, “El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma”, en *Comentarios procesales*, Valparaíso, edit. Edeval, 1993, pp. 81-113; Otero Lathrop, Miguel, *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000*, Santiago, 2000, *passim*, en

Es un régimen de enjuiciamiento fuertemente influenciado por el *solemnis ordo iudiciorum* del Derecho romano-canónico imperante en la península ibérica durante la Baja Edad Media, basado en la escritura y el principio de mediación del juez en relación con la contienda; con un régimen legal de prueba en la admisión de medios probatorios y tarifado en cuanto a la valoración de éstos; con un control de las decisiones judiciales por los superiores jerárquicos, que en el modelo chileno imperante se concreta por medio de los recursos de apelación y casación¹⁶.

En lo orgánico, permanece vigente la estructura básica de los órganos jurisdiccionales ideada por la Ley de organización y atribuciones de los tribunales del año 1875, que es la principal fuente de inspiración del Código Orgánico de Tribunales (COT) del año 1943 actualmente vigente¹⁷. Según este esquema, encontramos tres órdenes judiciales jerarquizados: en la base, un tribunal letrado unipersonal (llamado Juzgado de Letras), que conoce y falla las causas civiles en primera instancia; en el segundo

especial pp. 17 ss.; Profesores de Derecho Procesal y abogados asesores del Ministerio de Justicia, "Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile", en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2005, N° 20, pp. 437-463.

- ¹⁶ La parte terminológica y conceptual la hemos tomado de algunos trabajos doctrinarios fundamentales: en lo concerniente a los principios y características, Millar, Robert Wyness, *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. C. Grossmann, edit. Ejea, Buenos Aires, 1945, pp. 119-181; Couture, Eduardo J., "Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano", en *Estudios de Derecho procesal*, edit. Ejea, Buenos Aires, 1989, t. I, pp. 289-342; Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el Derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, trad. S. Sentís Melendo, edit. Ejea, Buenos Aires, 1973, pp. 43-82, 83-129; Peyrano, Jorge W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 291-330; haciendo un análisis comparatista, Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. A. Morales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 33-84, 169-310; dando una mirada global desde la óptica de las culturas jurídica, Stürmer, Rolf, "Derecho procesal y cultura jurídica", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, año 13, N° 1, pp. 435-462; con una específica perspectiva histórica de modelos procesales, Chiovenda, Giuseppe, "Romanismo y germanismo en el proceso civil", en *Ensayos de Derecho procesal civil*, trad. S. Sentís Melendo, edit. Ejea, Buenos Aires, 1949, vol. I., pp. 301-349; con una exposición histórico-comparada de los modelos probatorios, Denti, Vittorio, "La evolución del Derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos", en *Estudios de Derecho probatorio*, trad. S. Sentís Melendo y T. Banzhaf, edit. Ejea, Buenos Aires, 1974, pp. 77-155; sobre los antedichos puntos, mirando desde afuera al modelo del *law of evidence* y comparándolo con el esquema continental, Damaska, Mirjan R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven-London, 1997, pp. 17-25; haciendo un importante análisis histórico para la comprensión del sistema procesal chileno, Dougnac Rodríguez, Antonio, "Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano. El estilo de Chile", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, edit. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, N° 28, pp. 425-490; con una confrontación entre la organización procesal chilena y la norteamericana, Cappalli, Richard B., "Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica", en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1992, vol. 19, N° 2, pp. 203-275.
- ¹⁷ Para tener una noción de las ideas fuerza de este régimen decimonónico, puede consultarse Ballesteros, Manuel Egidio, *La ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones*, edit. Imprenta Nacional, Santiago, 1890, ts. I y II, en especial t. I, pp. 11-579.

grado, un tribunal de alzada colegiado (llamado Corte de Apelaciones), que conoce y resuelve –de preferencia– los recursos de apelación; en la cúspide, un tribunal superior (llamado Corte Suprema), encargado primordialmente de velar por la correcta interpretación y aplicación de la ley a través del recurso de casación en el fondo.

En lo funcional, como ya se adelantó, el Código de Procedimiento Civil (CPC) del año 1902, que rige hasta el día de hoy, organiza el proceso en torno a la escritura y al principio de mediación, con prueba predominantemente legal y un sistema recursivo que contempla una apelación amplia.

3.1.2. Algunos aspectos de importancia que explican la fuerza que tiene en Chile el juzgamiento de segunda instancia: escritura y mediación; legalidad de la prueba y régimen de apelación amplio.

Tomando en cuenta los tres aspectos precitados, es posible concluir que la fuerza del juzgamiento civil en nuestro sistema se encuentra localizada en la segunda instancia.

En cuanto a la vigencia de la escritura y del principio de mediación, la doctrina nacional ha dicho gráficamente que el magistrado civil chileno es un “juez lector”, como quiera que está dedicado no a presenciar directamente el debate, sino a leer las piezas de un expediente¹⁸. Nuestro juicio civil, en efecto, es escrito (“desesperadamente escrito”¹⁹), tal como lo revela una de las primeras disposiciones del Código, acorde a la cual el proceso se forma “con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio” (art. 29 CPC). A su vez, se gobierna por la idea de la mediación del juez, tal como se aprecia en el art. 161 inc. 1º CPC, según el cual en los tribunales unipersonales el juez debe examinar por sí mismo “los autos para dictar sentencia”, con lo cual queda deslizado el centro de gravedad hacia el análisis del expediente antes que a la observación directa de la disputa y las pruebas.

En lo relativo al régimen probatorio, puede decirse que impera de preferencia un modelo de prueba legal que, por lo demás, se ajusta al modelo escriturado y disgregado de producción probatoria. Conforme a él, el juzgador no cumple otro rol que analizar las probanzas prácticamente por una sola vez al final del proceso, por medio de la lectura de las piezas agregadas a la causa, sin un control previo de la relevancia y

¹⁸ Cfr. Palomo Vélez, Diego, “Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, Chile, 2005, vol. XVIII, pp. 171-197; Palomo Vélez, Diego, “Pensando un nuevo modelo procesal civil chileno”, en *Revista Hispano Chilena de Derecho procesal civil*, edit. Librotecnia, Santiago, 2007, N° 1, pp. 165-189, en especial pp. 168-172.

¹⁹ Expresión de Couture que tomamos para enfatizar esta nota del sistema chileno vigente. Sobre tal caracterización de los procesos iberoamericanos de la primera mitad del siglo XIX, Couture, E.J., “Trayectoria y destino...”, cit., p. 306.

admisibilidad de los elementos²⁰. Nuestros autores han señalado que el sistema probatorio civil presenta un carácter eminentemente taxativo en materia de admisibilidad de medios probatorios, y mixto en el área de la apreciación, con casos de tarifa legal y otros de valoración racional encargada al juez²¹.

En lo atañente al régimen impugnativo, pensamos que si se mira el modelo de enjuiciamiento en su totalidad, al menos en lo referido a los procesos declarativos, el corazón del juzgamiento se sitúa en la segunda instancia, tomando en cuenta tanto las atribuciones del tribunal del alzada cuanto la ejecución provisional de la sentencia definitiva. Las facultades de las Cortes de Apelaciones son amplias en cuanto a la posibilidad de revisar todas las cuestiones de hecho y de Derecho que, ventiladas en primera instancia, sean sometidas a su conocimiento por medio del respectivo recurso de apelación; tanto así, que nuestra ley permite que en la segunda instancia se rindan algunas pruebas, a petición de parte e incluso de oficio (art. 207 CPC)²². Por su parte, la ejecución provisional de la sentencia definitiva sólo es concebible cuando se trata del fallo de segundo grado, ya que a diferencia de lo que ocurre con la impugnación de la decisión de primera instancia por medio de un recurso de apelación, que por regla generalísima tiene un efecto suspensivo y por tanto impide la ejecución anticipada (arts. 191, 193, 194 y 195 CPC), la impugnación del fallo de segunda no inhibe la ejecución, puesto que el recurso de casación es, por lo general, no suspensivo (art. 773 CPC)²³.

Considerando lo expuesto, pensamos que el sistema chileno actualmente vigente deposita su confianza en la decisión de segunda instancia, orientando de este modo toda la estructura procesal hacia ese momento del juzgamiento.

²⁰ Así, Palomo Vélez, Diego, "La prueba en el proceso civil chileno: ¿una actividad asumida con suficiente seriedad?", en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Santiago, 2007, pp. 353-363.

²¹ En cuanto a estas características, Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 23-25. Discrepando en cuanto a la taxatividad de los medios de prueba, entre otros, Carocca Pérez, Alex, "La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil", en *Gaceta Jurídica*, 1998, N° 219, pp. 7-18. Postulando la vigencia de un régimen de valoración de "persuasión racional", Paillás Peña, Enrique, *Estudios de Derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2002, pp. 21-31.

²² Sobre la prueba en segunda instancia, Balbontín Retamales, Alberto, "El régimen probatorio en el recurso de apelación civil", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2004, N° 8, pp. 95-118; Piedrabuena Richard, Guillermo, *El recurso de apelación y la consulta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 167 ss, 186-188. Para una noción teórica del modelo chileno, aunque basado en una normativa que ha sufrido algunos cambios, Pereira Anabalón, Hugo, "La prueba en el recurso de apelación civil", en *RDJ*, t. 62, pp. 111 ss.

²³ Véanse nuestras apreciaciones, en Meneses Pacheco, Claudio, "La ejecución provisional en el proceso civil chileno", en *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2009, vol. 36, N° 1, pp. 21-50.

3.2. TRABAJOS PRELEGISLATIVOS Y PREPARATORIOS DE REFORMA

Han sido precisamente factores como los expuestos en el acápite precedente los que han llevado a plantear seriamente la necesidad de iniciar un trabajo de modificación integral de la justicia civil²⁴. Con todo, la reforma procesal civil en Chile se encuentra en una fase preliminar. Recién tenemos trabajos prelegislativos y preparatorios que instan por el cambio, los que han estado acompañados por debates teóricos, pero sin que exista todavía un proyecto de ley²⁵.

Con fecha 10 de mayo de 2005, una Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia del Gobierno chileno y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile presentó un documento denominado "Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile" (Propuesta de bases). En este instrumento se dejaron anotados los lineamientos generales para una modificación integral del sistema, los que fueron sometidos a un estudio a cargo de una entidad llamada "foro para reforma procesal civil", que formó el aludido Ministerio el 12 de mayo de 2005, y se compuso por profesores de Derecho procesal, un representante del Colegio de Abogados de Santiago y dos representantes del Instituto de Estudios Judiciales. A partir de las bases antes aludidas, el foro para la reforma procesal civil encomendó a algunos profesores la redacción de un borrador del articulado de un nuevo Código procesal civil, el que fue presentado al Ministerio de Justicia con fecha 19 de diciembre de 2006 bajo el nombre "Anteproyecto Código Procesal Civil" (Anteproyecto CPC)²⁶. Actualmente, el asunto se halla en una etapa de revisión del antedicho Anteproyecto, que está a cargo de una Comisión de profesores y abogados que recibe el nombre de "foro procesal civil".

Las pautas generales de estos trabajos son similares a las que hemos comentado en lo tocante al tema procesal funcional de las reformas vigentes: oralidad, inmediatez, libertad de prueba y valoración racional según sana crítica. A ello se suman criterios de importancia como la vigencia de la buena fe procesal, la presencia de un juez director, algún reconocimiento de la iniciativa probatoria del tribunal, la instauración de una potestad cautelar conservativa e innovativa, entre otros. El juicio declarativo ordinario se estructura a partir de dos audiencias: preparatoria

²⁴ Mayores explicaciones en AA.VV., *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, edits. J.P. Silva, J.F. García y F. Leturia, Santiago, 2006, *passim*; AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, *passim*.

²⁵ Una síntesis de este proceso, en Núñez Ojeda, Raúl, "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (Fundamentos, historia y principios)", en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 677-695.

²⁶ El texto de la presentación y del Anteproyecto CPC puede consultarse en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2006, N° 8, pp. 41-188.

y de juicio, con contenidos análogos a los que hemos explicado con anterioridad.

Ahora bien, este cuadro se complica a la hora de pasar revista por el régimen de recursos, toda vez que el Anteproyecto CPC considera una apelación en contra de la sentencia del primer nivel de juzgamiento. Así lo establece el art. 346 Anteproyecto CPC, con algunas limitaciones como la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 338 inc. 2º), la imposibilidad de extenderse a puntos no sometidos a decisión del tribunal (art. 338 inc. 1º) y la inadmisibilidad de prueba en la segunda instancia (art. 357). Pero en el resto, el estatuto es prácticamente el mismo que existe en la actualidad.

3.3. ORGANIZACIÓN DEL PRIMER NIVEL JURISDICCIONAL

No presenciamos un patrón claro en la organización de la tutela procesal en el primer nivel jurisdiccional, al faltar un tratamiento del aspecto orgánico y al existir inconsistencias en lo funcional.

Desde luego, hasta estos momentos el tema orgánico está completamente omitido²⁷, lo que –a no dudarlo– repercute en el correcto lineamiento del primer estadio judicial. Más puntualmente, no encontramos pronunciamiento en torno al carácter que deben tener los tribunales civiles de dicho lugar; si acaso se debería tratar de tribunales unipersonales, colegiados o pluripersonales, es un asunto que de momento ha quedado postergado. Tampoco conocemos resultados en torno a la posibilidad de dividir los órganos judiciales en dos: unos destinados a resolver las cuestiones necesarias para la preparación del juicio, y otros destinados al conocimiento y resolución de la contienda. En fin, desconocemos si la idea es mantener el modelo de las otras reformas judiciales, en el que se escinden las tareas judicativas de las administrativas, precisamente con la finalidad de fortificar la función jurisdiccional.

En lo funcional se produce una inconsistencia precisamente por la vigencia de una segunda instancia como la descrita anteriormente. Insistimos que un esquema de juicio oral, basado en la inmediación, con prueba libre y de valoración judicial según la sana crítica, no se condice con una apelación que permite al tribunal de alzada revisar los hechos sin haber presenciado la prueba.

Aquí se genera nuestro cuestionamiento. Estimamos que es necesario resolver de qué forma pueden compatibilizarse los propósitos de la reforma

²⁷ Han existido algunas discusiones académicas sobre el tema de la reforma orgánica, concentradas principalmente en conocer la experiencia extranjera, en especial la de Uruguay. Véase, por ejemplo, AA.VV., *Cuadernos de análisis jurídico. Serie publicaciones especiales. Seminarios de Derecho procesal. Reforma orgánica al proceso civil. La defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: una aproximación particular a la nulidad de Derecho público*, coord. A. Onfray, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, N° 17.

con las exigencias que impone la ideología de la decisión judicial “legal y racional”, que en nuestra opinión es la que mejor se ajusta con la garantía del debido proceso legal, de cara a obtener resoluciones de calidad.

Hay que tomar en cuenta, en efecto, que los trabajos preliminares apuntan a entregar mayor protagonismo al enjuiciamiento del primer grado, dotándolo de garantías como la oralidad, de modalidades como la intermediación, de modelos como la libertad de prueba y valoración según la sana crítica, y de instrumentos de eficacia como la ejecución provisional de la sentencia²⁸.

Sin embargo, estos mismos trabajos no han abordado explícitamente las exigencias intrínsecas que impone un juzgamiento de estas características, que en nuestro concepto deben apuntar en dos sentidos: primero, en el fortalecimiento en términos reales de la decisión de base, de manera tal que la sentencia dictada en el primer orden jurisdiccional tenga el verdadero mérito de resolver la controversia, sin perjuicio de los controles que puedan llevarse a cabo por intermedio de los recursos; segundo y en estrecha conexión lo último, en el necesario cambio de algunas ideas tradicionales en el régimen de recursos procesales²⁹.

Partimos de la premisa de que un modelo procesal debe aspirar a establecer vías idóneas para alcanzar resoluciones jurisdiccionales de calidad, para permitir la correcta aplicación del Derecho sustantivo al caso concreto y para lograr una pacificación social como resultado final³⁰. Por lo que indicaremos enseguida, pensamos que para tales fines debe considerarse lo que predica la llamada ideología de la decisión judicial “legal y racional”, defendida en su día por Wróblewski, y que en los últimos años ha rescatado Taruffo para la ciencia procesal. Asimismo, tales

²⁸ Cfr. Tavolari Oliveros, R., “Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno...”, op. cit., pp. 35-52; Núñez Ojeda, R., “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno...”, op. cit., pp. 692 y 693; Palomo Vélez, Diego, “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 377-400; Hinojosa Segovia, Rafael y Palomo Vélez, Diego, “La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, 2006, año 12, N° 2, pp. 123-162.

²⁹ Sobre lo último, Núñez Ojeda, Raúl, “El sistema de recursos procesales en el ámbito de un Estado democrático deliberativo”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2008, año 14, N° 1, pp. 199-223.

³⁰ Destacando la importancia de conectar las ideas de justicia material y justicia procesal, y de concebir al proceso como un instrumento apto para obtener la efectiva resolución del conflicto, la aplicación del Derecho de fondo al caso concreto y la pacificación social, Pérez Ragone, Álvaro, “Profilo della giustizia processuale (*procedural fairness*): la giustificazione etica del processo civile”, en *Rivista di Diritto processuale*, edit. Cedam, Padova, 2008, año LXIII, N° 4, pp. 1033-1051. Sobre la necesaria adecuación del proceso civil con miras a obtener una protección eficaz de los derechos subjetivos materiales y una aplicación del Derecho material, Marinoni, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, vol. 1, *passim*, en especial pp. 227-309, 396-450.

ideales llevan a reforzar el juzgamiento de base, que es precisamente lo que nos interesa destacar en este lugar.

4. MODELO DE JUSTICIA CIVIL BASADO EN CRITERIOS DE RACIONALIDAD Y LEGALIDAD. POTENCIACIÓN DEL PRIMER NIVEL DE JUZGAMIENTO

4.1. LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD EN EL JUICIO FÁCTICO Y DE LEGALIDAD EN LA DECISIÓN JURÍDICA

4.1.1. Ideología de la decisión judicial “legal y racional”

Wróblewski señaló que en el campo judicial el tribunal debe basar su fallo en el sistema jurídico imperante, y de ahí que deba hablarse en primer término de legalidad; pero conjuntamente con ello, es necesario que el judicante decida la controversia en términos racionales, entendiendo por racionalidad en este contexto la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones³¹. Taruffo, a partir de estas mismas concepciones, ha expuesto que el proceso debe ser concebido como un mecanismo idóneo para dar soluciones de calidad a los conflictos jurídicos, no siendo suficiente que únicamente entregue las vías para alcanzar la resolución de controversias: las decisiones judiciales –indica– deben sustentarse en normas jurídicas aplicables al caso concreto, el que a su turno debe estar debidamente establecido en su dimensión factual, para que así el resultado no sólo sea formalmente aceptable sino intrínsecamente justo³². En la misma dirección, en un trabajo reciente Taruffo ha enfatizado la importancia que presenta para un Estado de Derecho que las decisiones judiciales sean “legítimas”, es decir, “apropiadas y justas”, “adecuadas y correctas”, para lo cual se hace indispensable que la norma se aplique concretamente a los supuestos fácticos para los cuales fue concebida³³.

Llevado este análisis al punto en cuestión, pensamos que un sistema procesal debe proporcionar los cauces idóneos para alcanzar los sobredichos propósitos. De un lado, la racionalidad en el establecimiento judicial de los hechos, a objeto que la *quaestio facti* quede determinada del

³¹ Cfr. Wróblewski, Jerzy, “Ideología de la aplicación judicial del Derecho”, en “Sentido” y “Hecho” en *el Derecho*, trad. J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 51-63, particularmente pp. 61-63.

³² Sobre la aplicación de las explicaciones de Wróblewski al campo de la prueba en juicio, véase Taruffo, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2006, año 12, N° 2, pp. 95-122. Este trabajo también aparece publicado en Taruffo, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 2006, N° 29, pp. 249-271; y en Taruffo, Michele, *La prueba*, trads. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 159-183.

³³ Cfr. Taruffo, M., *La prueba...*, op. cit., pp. 22 y 23.

modo más cercano posible a la realidad sensible; de otro lado, la legalidad y, sobre todo, la justicia de la resolución de la controversia, lograda a partir de una correcta interpretación y aplicación al caso concreto de las normas jurídicas vigentes en un ordenamiento³⁴.

En términos análogos, aunque sin emplear exactamente la precitada terminología, en nuestro país Accatino ha señalado que un juez sólo estará en condiciones de aplicar correctamente una regla en la medida que imponga las consecuencias que ella prevé a los casos en que efectivamente hayan tenido lugar los hechos que la misma identifica en sus antecedentes³⁵. De manera, pues, que para que la decisión jurisdiccional revista condiciones aceptables de calidad se requiere que se encuentren debidamente acreditados los enunciados de hecho y, a la vez, que a éstos se apliquen las normas jurídicas atinentes.

Algo parecido es lo que existe detrás de otras explicaciones teóricas que aluden –en el marco procesal– al “discurso de fundamentación o justificación” y al “discurso de aplicación o adecuación”³⁶, indicando con el primero un discurso que tiene por objeto justificar la validez o corrección de la norma, lo que podemos vincular con el ideal de la “legalidad” al que aludíamos antes; y con el segundo al discurso que concierne a la corrección de la decisión jurídica en el caso particular, donde el meollo se encuentra en la adecuación de las normas a las circunstancias fácticas relevantes del asunto concreto, lo que podemos relacionar con el ideal de la “racionalidad” precitado³⁷.

4.1.2. Racionalidad en el establecimiento judicial de los hechos

Por lo dicho, un rubro fundamental es el establecimiento judicial de los hechos, que debe gobernarse por criterios de racionalidad que permitan arribar a una resolución adecuada.

³⁴ Resultan muy pertinentes las explicaciones sobre lo que implica el acto de juzgar dadas por Ricoeur, Paul, *Lo justo*, trad. C. Gardini, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 183-189.

³⁵ Así, Accatino Scagliotti, Daniela, “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, edit. Edeval, Valparaíso, 2006, N° 26, pp. 39-50.

³⁶ Sobre estas explicaciones, basadas principalmente en la doctrina de Habermas y la de Günther, véase Núñez Ojeda, R. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo...”, op. cit., pp. 201-204.

³⁷ Para una profundización y una mirada desde la perspectiva de las características de las normas jurídicas generales (y su “derrotabilidad” inmanente), y de la función judicial en relación con la aplicación de tales normas a los casos concretos (y la importancia que reviste la “situación particular” en esta sede), Atria Lemaitre, Fernando, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, en AA.VV. *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, edit. Edeval, Valparaíso, 2000, N° 45, pp. 437-465; Atria Lemaitre, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2004, N° 5, pp. 119-141.

En términos generales, puede decirse que un juicio racional debe partir de la base de los sucesos concretos como fundamento de la decisión judicial. En este sentido, la determinación de los hechos basada en datos empíricos aparece como una pieza fundamental de la racionalidad, por tratarse de una actividad controlable, susceptible de ser verificada mediante criterios intersubjetivos y que admite justificaciones³⁸. En la actual doctrina iusfilosófica se ha sostenido que la mirada hacia los hechos y hacia el juicio empírico como motivo exclusivo de la aplicación del Derecho, "constituye un paso decisivo en la historia de la racionalidad jurídica"³⁹.

Esta idea de racionalidad en la determinación de los hechos se basa en ciertos presupuestos, referidos al juicio, la verdad procesal y las pruebas⁴⁰.

El primero concierne al concepto de juicio jurisdiccional como "saber-poder", vale decir, una visión donde la tarea del tribunal sea una combinación entre conocimiento del conflicto (*veritas*) y la decisión del mismo (*auctoritas*)⁴¹. Como dice nuestra Constitución: "conocer" y "resolver" (art. 76 inc. 1°)⁴².

El segundo se refiere a la noción semántica de verdad procesal fáctica⁴³, entendida ésta como correspondencia entre lo afirmado en el proceso y lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sensible⁴⁴. Éste es un

³⁸ Cfr. Taruffo, Michele, "Modeli di prova e di procedimento probatorio", en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1990, año XLV, N° 2, pp. 420-448; Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., pp. 422-427; Taruffo, M., *La prueba...*, op. cit., pp. 15-35.

³⁹ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 2ª edic., Madrid, 2004, p. 12. Una síntesis de esta visión, en Gascón Abellán, Marina, "La racionalidad en la prueba", en AA.VV, *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, edit. Edeval, Valparaíso, 2000, N°45, pp. 605-630. Sin entrar en las complejas cuestiones que presenta la noción de "hechos" en el campo de la prueba jurídica, nos limitamos a decir que cuando hablamos de aquéllos estamos pensando en acontecimientos que ocurren en la realidad sensible y que presentan relevancia para el Derecho. Para un cuadro teórico, Taruffo, M., *La prueba de los hechos...*, op. cit., pp. 89-165; Gascón Abellán, M., *Los hechos...*, op. cit., pp. 73-82; Andrés Ibáñez, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, N° 12, pp. 262-271. Para una referencia de la perspectiva escéptica sobre esta materia, Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. C. Bidegain, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, *passim*.

⁴⁰ Una explicación general de estos presupuestos la hemos expuesto en Meneses Pacheco, Claudio, "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008, año 14, N° 2, pp. 43-86.

⁴¹ En estos términos, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trads. P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, 3ª edic., Madrid, 1998, pp. 45 y 46.

⁴² Tratando estas perspectivas, Cerda Fernández, Carlos, *Iuris Dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 81-107, 227-233.

⁴³ Sobre la noción semántica de verdad, Tarski, Alfred, "La concepción semántica de verdad y los fundamentos de la semántica", en *Antología semántica*, compilada por M. Bunge, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1985, pp. 111-157, con la bibliografía y otras obras del autor ahí citadas.

⁴⁴ De lo más reciente acerca de la verdad procesal fáctica como correspondencia, Taruffo, M., *La prueba...*, op. cit., pp. 28 y 29.

enfoque que reconoce las limitaciones del saber humano, pero que no por ello renuncia a la posibilidad de aproximarse a la realidad a partir de los antecedentes que se tienen en determinado momento y lugar. En otras palabras, se trata de una perspectiva de verdad "aproximada" o "probable" en el contexto de un juicio: una verdad de los hechos que nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable o sostenida en mayores elementos de confirmación (medios de prueba)⁴⁵.

El tercero atinge a la prueba, la que en este cuadro se presenta como una actividad tendiente a aprehender y, en la mayoría de los casos, reconstruir hechos efectivamente acaecidos, a partir de una valoración judicial de la suficiencia de la información que proporciona cada uno de los antecedentes acompañados a la causa⁴⁶. Desde una perspectiva eminentemente epistemológica, lo que se destaca en la prueba es la orientación hacia la obtención de datos empíricos con base en los cuales el tribunal pueda determinar la cuestión de hecho en el proceso⁴⁷.

La combinación de estos presupuestos nos lleva a lo que podría denominarse una concepción "racionalista" o "cognoscitivista" de la prueba y del establecimiento judicial de la cuestión fáctica, que se basa en el método de la comprobación de hipótesis a partir de los elementos probatorios existentes en el caso particular, sobre la base de los cuales el juzgador tendrá que justificar su decisión⁴⁸. Como ha dicho Ferrer, "es un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada"⁴⁹.

4.1.3. Legalidad de la decisión jurídica

Un sistema racional de establecimiento de los hechos favorece la obtención de decisiones judiciales justas, puesto que amplía las posibilidades

⁴⁵ Así, Taruffo, Michele, "Modeli di prova...", op. cit., p. 444. En igual sentido, Ferrajoli, L., op. cit., pp. 45-51; Gascón Abellán, M., *Los hechos...*, cit., pp. 53-73; Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, 2ª edic., Barcelona, 2005, pp. 55-78. En nuestra doctrina, Accatino Scagliotti, Daniela, "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. XIX, diciembre 2006, pp. 9-26; Accatino Scagliotti, D., "Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba...", cit., pp. 39-50.

⁴⁶ En este sentido, Gascón Abellán, M., *Los hechos...*, cit., pp. 83-97.

⁴⁷ Cfr. Taruffo, M., "Modeli di prova...", op. cit., pp. 442-444; del mismo autor, *La prueba de los hechos...*, op. cit., pp. 349-357; 422 y 423; del mismo autor, *La prueba...*, op. cit., pp. 15-35.

⁴⁸ Sobre esta concepción o modelo, Gascón Abellán, M., *Los hechos...*, op. cit., pp. 47-123. Es necesario añadir que existe otra dimensión de la prueba en juicio que también adquiere importancia y que volveremos a mencionar más adelante. Se trata de la perspectiva argumentativa, en la cual se coloca el acento en el efecto persuasivo de la actividad probatoria, más que en su carácter cognoscitivo. Una síntesis de las dos perspectivas, cognoscitivista y argumentativa, en Taruffo, M., *La prueba de los hechos...*, op. cit., pp. 349-357.

⁴⁹ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 66.

para que la norma jurídica se aplique correctamente a la hipótesis fáctica adecuada. Pues como han señalado los teóricos de la ciencia jurídica, si los jueces basaran sus decisiones en enunciados empíricos falsos, "todo el sistema del Derecho se subvertiría"⁵⁰.

Pero, además, la justicia de la resolución judicial exige que la decisión se apoye en el Derecho imperante. Esta decisión debe ser, por tanto, "legal", vale decir, debe basarse en las leyes vigentes y, más rigurosamente, en las normas generales en vigor, de modo tal que la tarea del juzgador se traduzca en la búsqueda de la regla jurídica pertinente al caso concreto, tras lo cual deberá interpretarla y aplicarla a la contienda con miras a la resolución del conflicto⁵¹.

Ahora bien, vale la pena insistir en que cuanto más completa sea la determinación de los hechos, cuanto más cercana sea a la realidad, mejor será la operación jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho⁵².

Sobre el punto, en la teoría del último tiempo se ha subrayado la importancia que tiene para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional la debida y completa consideración de las particularidades de la situación sometida a la decisión del tribunal. Así, se ha expuesto que las "instituciones judiciales están diseñadas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso concreto delante del juez sea sujeto a un escrutinio lo más cercano posible"; que lo verdaderamente característico de la función judicial es "la aplicación de la ley a *casos particulares y singulares*"; que, en suma, "la jurisdicción consiste en *dejar que los hechos hablen*"⁵³.

Estas apreciaciones demuestran lo crucial que resulta la adecuada organización de un modelo procesal para la consecución de resoluciones de calidad. Pues bien, por tratarse de una preocupación central en nuestro análisis, volveremos sobre el punto en los acápite siguientes.

4.2. RELACIÓN CON LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL:

LOS CRITERIOS DE "RACIONALIDAD" Y "JUSTICIA" EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

En nuestra opinión, los patrones de racionalidad y legalidad que hemos descrito antes pueden ser relacionados con la garantía del debido proceso legal que en nuestro país consagra la norma del art. 19 N° 3 inc. 5° de la Constitución Política de la República (CPR).

⁵⁰ Cfr. Alchourrón, Carlos R. y Bulygin, Eugenio, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en AA.VV., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 313.

⁵¹ Cfr. Wróblewski, J., "Ideología de la aplicación judicial del Derecho...", op. cit., pp. 61-63.

⁵² Con énfasis, Taruffo, M., *La prueba...*, op. cit., pp. 22 y 23.

⁵³ Atría, F., "Jurisdicción e independencia judicial...", op. cit., p. 132, cursivas del autor.

Como se puede apreciar, en la predicha disposición constitucional se emplean dos fórmulas para consagrar esta garantía judicial: en un comienzo, la norma indica que toda sentencia jurisdiccional debe fundarse en un “proceso previo legalmente tramitado”; luego, establece una orden al legislador consistente en el deber de asegurar siempre que el procedimiento sea “racional y justo”. Así pues, puede decirse que el debido proceso legal en Chile se compone de tres exigencias correlativas: una, la necesidad de un proceso previo a la decisión judicial; otra, la necesidad que ese proceso sea tramitado con arreglo a la ley y, otra, la necesidad que esa regulación legal se ajuste en todo momento a los criterios de racionalidad y justicia⁵⁴.

En la Comisión de Estudios de la Constitución chilena se dejó constancia del contenido amplio y flexible de los términos “racionalidad” y “justicia” que emplea el art. 19 N° 3 inc. 5° CPR, sobre los cuales quedó abierta la posibilidad de progresión de ideas en cuanto al régimen procesal, precisamente con la finalidad que el juzgamiento pueda alcanzar estos dos propósitos⁵⁵.

Para los fines de este trabajo, nos interesa poner de relieve los términos que emplea la Carta para referirse a esta materia. En primer término, se impone una exigencia al legislador en términos abiertamente imperativos: “corresponderá al legislador”; en segundo lugar, se precisa que constituye un requerimiento con perduración en el tiempo: “siempre”; por último, se fijan dos condiciones fundamentales: “racionalidad” y “justicia”⁵⁶. Así, el sistema chileno cuenta con una orden expresa acerca del modelo procesal a seguir: como se ve, éste tiene necesariamente que respetar los criterios de racionalidad y justicia, lo que –insistimos– nos lleva a valorar positiva-

⁵⁴ Son pertinentes, además, las garantías del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966 y del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del año 1969, que al encontrarse ratificados por Chile y vigentes forman parte del denominado “bloque constitucional de derechos”. En cuanto a estas garantías y su relación con la llamada “tutela judicial efectiva”, destacamos: Nogueira Alcalá, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, 2007, *passim*, en especial pp. 9-75; Carocca Pérez, Alex, “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997, año 3, N° 2, pp. 145-226; Carocca Pérez, Alex, “Bases constitucionales del sistema procesal chileno”, en AA.VV., Universidad Austral de Chile, *La constitucionalización del Derecho chileno*, coord. J. C. Ferrada, Santiago, 2003, pp. 209-250; Bordalí Salamanca, Andrés, “El debido proceso civil”, en AA.VV., Universidad Austral de Chile, *La constitucionalización del Derecho chileno*, coord. J. C. Ferrada, Santiago, 2003, pp. 251-295; Tavolari Oliveros, R., “El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma...”, op. cit., pp. 81-113.

⁵⁵ Cfr. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 101ª (9 enero 1975), y en especial sesión 103ª (16 enero 1975), pp. 15-20.

⁵⁶ Para profundizar sobre estos aspectos, véase Cea Egaña, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pp. 299-352; Cerda Fernández, C., *Iuris Diction...*, op. cit., pp. 227-233; Evans de La Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 2004, t. II, pp. 139 ss.

mente los ideales ya expuestos, tanto en lo referido a la racionalidad del juicio empírico, cuanto a la legalidad y justicia de la resolución final.

Todo lo señalado, en fin, se vincula de lleno con la idea matriz que hoy por hoy impera en la doctrina nacional y extranjera, conforme a la cual no basta con entregar una respuesta jurisdiccional, sino que se hace necesario además que ésta sea adecuada, oportuna y eficaz⁵⁷.

4.3. LA POTENCIACIÓN DEL PRIMER NIVEL DE JUZGAMIENTO

4.3.1. Importancia del juzgamiento de base

Estimamos que la racionalidad y legalidad que hemos comentado precedentemente exigen colocar el foco de atención en el juzgamiento de base, al ser éste el mejor escenario para recopilar el material necesario para una decisión judicial que se ajuste a los referidos ideales.

Creemos, pues, que el sistema debe contemplar una serie de medidas institucionales que resguarden el protagonismo del primer nivel jurisdiccional, para así lograr un completo establecimiento de la *quaestio facti*, una adecuada aplicación de la normativa atinente, y una decisión de calidad en términos de justicia en el caso concreto.

Por lo mismo, nos parece que junto a los resguardos propios de un debido proceso legal y de una tutela efectiva (vgr. imparcialidad del tribunal; igualdad de oportunidades para los litigantes; adecuación de los procedimientos a las características de la tutela impetrada; implementación de instrumentos idóneos para garantizar la satisfacción de las pretensiones; fortalecimiento de mecanismos que permitan el cumplimiento de lo resuelto), se hacen necesarias medidas tendientes, por una parte, a fortalecer las tareas jurisdiccionales; por otra, a favorecer la oralidad, inmediatez, libertad de prueba y valoración según sana crítica y, por último, a circunscribir el régimen de recursos procesales a los predichos criterios.

Como señalamos más arriba, los ideales que hemos sintetizado exigen realzar en términos efectivos la decisión de base, de forma tal que la sentencia dictada en el primer orden jurisdiccional tenga el verdadero mérito de resolver la controversia, sin perjuicio de los controles que puedan llevarse a cabo por intermedio de los recursos. Asimismo, y en estrecha

⁵⁷ Expresamente, Tavolari Oliveros, Raúl, "El debido proceso", en *El proceso en acción*, Libromar, Santiago, 2000, pp. 533-552. Con una mirada amplia, Marinoni, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, Palestra Editores, Lima, 2007, *passim*; Marinoni, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil. Teoria geral do processo...*, op. cit., *passim*, en especial pp. 183 ss.; Marinoni, Luiz Guilherme, "El derecho de acción en la Constitución brasileña", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, año 13, N° 2, pp. 57-80. Haciendo importantes acotaciones sobre la eficacia, eficiencia y justicia al interior del proceso, Pérez Ragoné, Á., "Profili della giustizia processuale...", op. cit., pp. 1033-1051.

conexión con lo último, se hace indispensable cambiar el paradigma de los recursos, para de este modo lograr que la resolución de primer grado tenga el aludido mérito.

4.3.2. Fortalecimiento de las tareas jurisdiccionales en el primer nivel

Lo primero que parece necesario es adoptar las medidas orgánicas indispensables que permitan a los magistrados cumplir la tarea adjudicativa de la mejor manera posible. Basándonos en la experiencia chilena, pensamos que estas medidas deben apuntar en dos sentidos: se requiere dividir las actividades jurisdiccionales de las administrativas, y se hace conveniente escindir las funciones de preparar el juicio oral y de conocerlo y fallarlo.

Sobre el tema de la nueva organización de los tribunales, los modelos ideados en nuestro país para las tres reformas que recordamos al inicio sirven de pauta suficiente. El hecho que los jueces se dediquen sólo a ejercer funciones jurisdiccionales, sin tener que distraer sus energías en cuestiones de gestión del órgano, permite optimizar el trabajo judicial, entregando importantes garantías de un mejor juzgamiento. Considerando la manera como ha operado en Chile este cambio orgánico, es dable pensar que se trata de una reforma viable y útil⁵⁸.

Donde se complica el asunto es en el tema de la división de labores jurisdiccionales, puesto que ésta es una cuestión que requiere de apoyo económico de envergadura. La creación de dos tribunales, o la organización de un tribunal de un modo tal que asegure que serán distintos los jueces que conocerán la preparación y el juicio oral, son asuntos de política pública –sobre todo financiera– sumamente complejos⁵⁹. Con todo, si se mira el asunto desde una óptica exclusivamente técnico-procesal, vale decir, sólo desde el punto de vista de la idoneidad del sistema en su conjunto, parece que el mejor modelo es aquel que separa las predichas funciones.

Sobre lo último, consideramos importantes un par de aspectos. Uno dice relación con lo que significa en esencia un régimen de juicio por audiencias, basado en la oralidad e intermediación como ejes fundamentales⁶⁰. Una de las exigencias consiste precisamente en depurar del modo

⁵⁸ Para tener una explicación de estas técnicas organizativas, puede verse Vargas Vianco, Juan Enrique, "La eficiencia en la justicia: modelos y buenas prácticas en gestión judicial", en AA.VV., *Reforma al Poder Judicial: gobierno judicial, Corte Suprema y gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario*, Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2007, pp. 251-289.

⁵⁹ Sobre el tema de las políticas públicas en la organización de la justicia civil, AA.VV., *Nueva justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma*, coord. J. E. Vargas, edit. Ceja, Santiago, 2007, pp. 67-110.

⁶⁰ Una aclaradora explicación en relación con las pautas dadas por el Código modelo para Iberoamérica, en Berizonce, Roberto Omar, "Bases y principios que informan el Código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988", en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una*

más completo posible todo el material que pasará a un juicio oral, de manera tal que el tribunal que conozca de la causa reciba la médula de la controversia, exenta de todo antecedente que perturbe el juzgamiento. En este sentido, la audiencia previa, preparatoria y depuradora de la litis, constituye una pieza clave para el correcto funcionamiento del sistema oral⁶¹.

Otro concierne a la prueba y su carácter institucionalizado⁶². La prueba en juicio, en efecto, se encuentra sometida a diversas limitaciones o restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico, con respecto a las cuales el tribunal debe actuar en forma especialmente acuciosa; la imposibilidad de emplear pruebas ilícitas es un buen ejemplo de este estatuto propio de la prueba judicial, que la distingue de otras áreas del conocimiento humano⁶³. Muchas veces estas limitaciones o restricciones se aplican en materia de admisibilidad de los medios de prueba, siendo la audiencia previa la sede óptima para el tratamiento de este punto. Esto implica, en consecuencia, que en el juicio oral sólo se deberá recibir el caudal probatorio que ha pasado por el control previo de admisibilidad, quedando excluidos los elementos sometidos a las limitaciones y restricciones precitadas.

Pues bien, sopesando estos antecedentes, estimamos que la mejor forma de resguardar el correcto funcionamiento del proceso oral, es –en este punto– a través de la división de funciones jurisdiccionales, con un tribunal a cargo de la audiencia previa, y otro dedicado al conocimiento y decisión de la controversia en el juicio oral.

4.3.3. Favorecer la oralidad, intermediación, libertad de prueba y valoración según sana crítica

Estos cuatro factores revisten suma importancia para la obtención de los mencionados ideales de racionalidad y legalidad. Ante todo, para la racionalidad del juicio fáctico y, como consecuencia de ello, para la legalidad y justicia de la decisión, en los términos que explicamos más arriba.

nueva justicia civil, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 53-77.

⁶¹ Con énfasis, Palomo Vélez, Diego, "La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave", AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 377-400. Más latamente, Palomo Vélez, Diego, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, edit. Librotecnia, Santiago, 2008, págs.181-256.

⁶² Por todos, Gascón Abellán, M., *Los hechos...*, op. cit., pp. 125-187.

⁶³ Cfr. Gascón Abellán, Marina, "Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, marzo 2005, N° 52, pp. 74-85.

La expresión oral de la prueba⁶⁴, el contacto directo del juez con los medios probatorios⁶⁵, la amplitud de datos empíricos para suministrar la información fáctica⁶⁶ y la facultad del tribunal para determinar la suficiencia del material de acuerdo a los patrones de la lógica y la experiencia⁶⁷ permiten –a no dudarlo– una mejor aprehensión y reconstrucción de los hechos de la causa⁶⁸.

No hay que perder de vista, además, que la prueba judicial es una entidad multidisciplinaria, en la que se reúnen a la vez cuestiones jurídicas, lógicas, epistemológicas, sociológicas, psicológicas y científicas⁶⁹.

⁶⁴ Sobre la importancia de la oralidad en materia de pruebas, Cappelletti, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*, trad. T. Banzhaf, 1ª y 2ª parte, Platense, Buenos Aires, 2002, pp. 13-288; Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, edit. Ejea, Buenos Aires, 1972, pp. 85-95

⁶⁵ Cfr. Parra Quijano, Jairo, “¿Qué es realmente la inmediación?”, en *RDJ*, t. 103, N° 2, pp. 549-560

⁶⁶ En cuanto a la libertad de prueba, Taruffo, M., *La prueba de los hechos...*, op. cit., pp. 357-378; con un análisis epistemológico, Gascón Abellán, M., *Los hechos...*, op. cit., pp. 97-123, 128-137; Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, op. cit., pp. 38-42, 60; Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional...*, op. cit., pp. 41-45, 68-90; en relación con el derecho a la prueba y el número de medios de prueba admisibles, Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 174-186; Carocca Pérez, A., “La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil...”, op. cit., pp. 7-18.

⁶⁷ Por todos, Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional...*, op. cit., *passim*, en especial, pp. 91 ss. Sobre el sentido de la sana crítica, destacamos en nuestra doctrina a Tavolari Oliveros, Raúl, “La prueba en el proceso”, en *El proceso en acción*, 4ª edic. Libromar, Santiago, 2000, pp. 281-308. De la jurisprudencia chilena del último tiempo, destacamos: CS. 6 enero 2003, *RDJ*, t. 100, sec. 1ª, p. 1; CS. 10 enero 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 1ª, p. 50; CS. 27 abril 2006, *RDJ*, t. 103, sec. 1ª, p. 116.

⁶⁸ Hacemos presente, con todo, que en nuestro concepto este régimen no elimina la tarifa legal de los documentos públicos, sobre los cuales existen razones institucionales fundamentales para conservar la regulación legal de la eficacia probatoria de algunos de sus extremos; tales razones las hallamos en la necesidad de certidumbre y seguridad de las relaciones jurídico-privadas. Sobre lo último, destacamos para los fines de este trabajo y sin afán de exhaustividad, los siguientes trabajos teóricos: Romero Seguel, Alejandro y Martínez Estay, José Ignacio, “Sobre la pretendida obligación de firmar ante los notarios los instrumentos públicos y privados”, en *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, Santiago, 2º trimestre 2005, pp. 13-22, en especial p. 17; Couture, Eduardo J., “El concepto de fe pública”, en *Estudios de Derecho procesal civil*, edit. Ejea, 3ª edic. reimpresión, Buenos Aires, 1989, t. II, pp. 13-125, en especial pp. 87 ss.; Couture, Eduardo J., “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”, en *Estudios de Derecho procesal civil*, edit. Ejea, 3ª edic. reimpresión, Buenos Aires, t. II, pp. 179-227, en especial pp. 219-227; Cabañas García, Juan Carlos, *Valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, edit. Trivium, Madrid, 1992, pp. 96-101; haciendo un análisis histórico de la regulación jurídica antes aludida, Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2001, *passim*, en especial pp. 145-297; analizando la decisión del legislador español en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, edit. Thomson-Civitas, 4ª edic., Navarra, 2005, pp. 295-303.

⁶⁹ Sobre este aspecto, Twining, William, “Evidence as a multi-disciplinary subject”, en *Rebinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2006, pp. 436-456; con análogas consideraciones, Anderson, Terence; Schum, David y Twining, William, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2005, *passim*, en especial, pp. 46-77, 145-158, 224-245.

Un escenario procesal como el descrito favorece la confluencia de estas disciplinas, desde que permite el contacto del juez y las partes con la prueba, abre las puertas a todos los elementos útiles y faculta la ponderación del resultado de acuerdo a la lógica y la experiencia.

Tampoco puede soslayarse el contexto en el que se desenvuelve la actividad probatoria, marcado en buena medida por las tesis de cada uno de los litigantes, todo lo cual se dirige a convencer al tribunal sobre las respectivas versiones del caso. La prueba es, en este sentido, una materia situada en un contexto de argumentación⁷⁰, y los cuatro factores que hemos mencionado se ajustan de buena forma a él. En ese escenario, la prueba cumple una indudable función persuasiva, para la cual resulta crucial la presencia del juez *tête à tête* con los litigantes, percibiendo las pruebas en forma directa⁷¹.

4.3.4. Régimen adecuado de recursos procesales

El modelo que hemos descrito exige, por último, un régimen impugnativo adecuado, en el que se aseguren los criterios de oralidad, inmediación, libertad probatoria y valoración según sana crítica y se favorezcan los ideales de racionalidad y legalidad.

La procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia del primer nivel, inevitablemente debilita esta sede jurisdiccional y traslada la decisión final al segundo orden de juzgamiento. Deja de lado la oralidad e inmediación, pues los tribunales de apelación sólo podrán imponerse de la contienda y de las pruebas por medio de registros y nunca en forma directa; quita importancia a la libertad de prueba, ya que por mucho que se acepten números abiertos de elementos probatorios, éstos no podrán ser apreciados por los jueces mediante el contacto inmediato y personal; como lógica consecuencia, se opaca la valoración según la sana crítica,

⁷⁰ Así, Twining, William, "Rethinking Evidence", en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2006, pp. 237-270; Twining, W., "Evidence as a multi-disciplinary subject...", op. cit., 436-456.

⁷¹ Este aspecto es destacado por la perspectiva persuasiva o argumentativa de la prueba a la que hicimos mención más arriba, sobre la cual puede consultarse a Giuliani, Alessandro, *Il concetto di prova. Contributo alla logica jurídica*, Giuffrè, Milano, 1971, *passim*, en especial pp. 62-65, 207-227; Perelman, Chaim, "La spécificité de la preuve juridique", en AA.VV., *La preuve. Quatrième partie. Période contemporaine*, Recueils de la Société Jean Bodin, Librairie Encyclopedique, Bruxelles, 1963, pp. 5-18; en un marco teórico más amplio, Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, edit. Civitas, Madrid, 1979, pp. 37-54. También pueden verse las explicaciones de Taruffo, M., *La prueba de los hechos...*, op. cit., pp. 80-87, 307-325, 349-357, 422-427; Taruffo, Michele, "Narrativas judiciales", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2007, vol. XX, Nº 1, pp. 231-270; Twining, William, "Lawyers' Stories", en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2006, pp. 286-331. En la doctrina iberoamericana, Marinoni, Luiz Guilherme y Arenhart, Sérgio Cruz, *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo de conhecimento*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edic. actualizada, Sao Paulo, 2005, t. I., vol. 5, pp. 47-93.

ya que los juzgadores aplicarán sus razonamientos a pruebas que se presentan más bien distantes.

Lo que se necesita es, pues, un recurso por el cual se controlen otros rubros. En el plano de los hechos, no se trata de volver a apreciar las pruebas sino de examinar la lógica y motivación del fallo; en este sentido, estimamos que el tribunal *ad quem* debe velar por la racionalidad del juicio empírico⁷². En el campo del Derecho, se trata de controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas al caso concreto.

Hay que cambiar, por tanto, el paradigma de los recursos para dar paso a un mecanismo extraordinario de nulidad⁷³, por el cual no se revise el mérito de la decisión de fondo, sino la racionalidad y legalidad del fallo impugnado. Un mecanismo en el que, además, no se resuelva el conflicto, sino que se invalide la sentencia y, en su caso, el juicio oral, ordenando el reenvío para que se proceda a un nuevo juzgamiento en el que se apliquen los criterios ya expuestos.

En esta línea, en nuestro país se ha sostenido que un proceso civil que busque la verdad como correspondencia exige un mayor protagonismo del juzgamiento de base, para lo cual debe sustituirse la apelación por un recurso de nulidad con reenvío⁷⁴. Este postulado necesita, sin embargo, profundizarse en muchos aspectos, como, por ejemplo, las características del tribunal de base (unipersonal, pluripersonal o colegiado, pareciendo que lo más aceptable es este último carácter) y las características del juicio de reenvío, sobre todo en lo atinente al número de veces que podrán invalidarse las sentencias por esta vía.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

A modo de síntesis, exponemos a continuación algunas conclusiones que nos parecen de importancia:

En materia de reformas procesales el legislador chileno no ha seguido una misma dirección a la hora de dar forma al primer nivel jurisdiccional, como quiera que encontramos una combinación de modelos que van

⁷² Sobre la importancia de este control, Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional...*, op. cit., pp. 61-68. Recordamos aquí nuestros comentarios sobre lo delicado que resulta el esquema de la justicia familiar, en el que el fallo de segundo grado no puede ser controlado en este ámbito.

⁷³ Cuando hablamos de recurso de nulidad, estamos pensando en el concepto teórico de éste y, a la vez, en la experiencia de la legislación chilena del último tiempo, en especial la procesal penal. Sobre ambos aspectos, Tavolari Oliveros, Raúl, "Hacia una teoría general de la impugnación", en *Comentarios procesales*, edit. Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 37-66; Tavolari Oliveros, Raúl, "Atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia", en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos prácticos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, págs.198-212; Cortez Matcovich, G., *El recurso de nulidad...*, op. cit., pp. 319-354.

⁷⁴ Así, Núñez Ojeda, R., "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo...", op. cit., pp. 212-223.

desde el juzgamiento en única instancia a cargo de un tribunal colegiado hasta la decisión unipersonal del asunto en primera instancia. Donde sí ha existido consenso es en la aplicación de la oralidad, intermediación, libertad de prueba y valoración según sana crítica, pero en escenarios procesales diversos. No hay, pues, uniformidad en el legislador procesal.

En lo tocante al sistema procesal civil, todavía encontramos vigente un modelo inspirado en conceptos decimonónicos y medievales, organizado a partir de la escritura y del principio de mediación; con un régimen legal de prueba en la admisión de los medios y tarifado en la valoración; donde, en fin, se deposita toda la confianza del juzgamiento en la decisión de segunda instancia.

Los trabajos prelegislativos y preparatorios de reforma a la justicia civil han considerado aplicar la oralidad, intermediación, libertad de prueba y valoración según la sana crítica, pero sin evaluar las exigencias orgánicas y funcionales que un modelo así impone, en especial en cuanto al papel que corresponde al primer nivel jurisdiccional y al régimen recursivo.

Existen dos ideales importantes en materia de decisiones judiciales que merecen ser considerados, especialmente si se toma en cuenta la forma como la Constitución chilena consagra el debido proceso legal. Son la racionalidad y legalidad, que conducen a potenciar el primer nivel judicial en términos reales.

Estos ideales buscan fortalecer la racionalidad del juicio empírico y la legalidad de la decisión jurídica, para lo cual se requiere un sistema procesal inspirado en la oralidad, la intermediación, la libertad probatoria y la valoración según sana crítica; sin perjuicio, por cierto, de ciertas limitaciones institucionales expresas que en algunos casos justifican restricciones o condiciones para este esquema.

Los mismos ideales exigen cambiar el régimen recursivo, dejando atrás la apelación contra la sentencia de base para sustituirla por un recurso de nulidad con reenvío, a través del cual se controle precisamente la referida racionalidad y legalidad de la decisión final.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Cuadernos de análisis jurídico. Serie publicaciones especiales. Seminarios de Derecho procesal. Reforma orgánica al proceso civil. La defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: una aproximación particular a la nulidad de Derecho público*, coord. A. Onfray, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, N° 17.
- AA.VV. *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, edits. J.P. Silva, J.F. García y F. Leturia, Santiago, 2006.
- AA.VV. *Nueva justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma*, coord. J. E. Vargas, Ceja, Santiago, 2007.

- AA.VV. *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA. "Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, 2006, N° 26, pp. 39-50.
- "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. XIX, diciembre 2006, pp. 9-26.
- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 101ª (9 enero 1975), y en especial sesión 103ª (16 enero 1975).
- ALCHOURRÓN, CARLOS R. y BULYGIN, EUGENIO. "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en AA.VV., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ANDERSON, TERENCE; SCHUM, DAVID y TWINING, WILLIAM. *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO. "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, N° 12, pp. 262-271.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. "Las circunstancias de la derrotabilidad", en AA.VV., *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Edeval, Valparaíso, 2000, N°45, pp. 437-465.
- "Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2004, N° 5, pp. 119-141.
- "Proceso civil. La casación como problema", en *Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez, Peñalolén-Viña del Mar, N° 2, 2005, pp. 249-353.
- BALBONTÍN RETAMALES, ALBERTO. "El régimen probatorio en el recurso de apelación civil", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, N° 8, pp. 95-118.
- BERIZONCE, ROBERTO OMAR. "Bases y principios que informan el Código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988", en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 53-77.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. "El debido proceso civil", en AA.VV., Universidad Austral de Chile, *La constitucionalización del Derecho chileno*, coord. J. C. Ferrada, Santiago, 2003, pp. 251-295.
- CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. *Valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1992.
- CALAMANDREI, PIERO. *La casación civil*, trad. S. Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 2007, t. III.
- CAPPALLI, RICHARD B. "Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica", en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1992, vol. 19, N° 2, pp. 203-275.

- CAPPELETTI, MAURO. *El proceso civil en el Derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973.
- *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1972, pp. 85-95.
- *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*, trad. T. Banzhaf, 1ª y 2ª parte, Platense, Buenos Aires, 2002.
- CAROCCA PÉREZ, ALEX. “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997, año 3, N° 2, pp. 145-226.
- “La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil”, en *Gaceta Jurídica*, 1998, N° 219, pp. 7-18.
- “Bases constitucionales del sistema procesal chileno”, en AA.VV, Universidad Austral de Chile, *La constitucionalización del Derecho chileno*, coord. J. C. Ferrada, Santiago, 2003, pp. 209-250.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.
- CERDA FERNÁNDEZ, CARLOS. *Iuris Dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. “Romanismo y germanismo en el proceso civil”, en *Ensayos de Derecho procesal civil*, trad. S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949, vol. I., pp. 301-349.
- COLOMA CORREA, RODRIGO. “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal*, edit. R. Coloma Correa, Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 6-11.
- CORREA SELAMÉ, JORGE. *Procedimientos ante los Juzgados de Familia*, Librotecnia, Santiago, 2006.
- CORTEZ MATCOVICH, GONZALO. *El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, 2006.
- COUTURE, EDUARDO J. “Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano”, en *Estudios de Derecho procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1989, t. I, pp. 289-342.
- “El concepto de fe pública”, en *Estudios de Derecho procesal civil*, Ejea, 3ª edic. reimpresión, Buenos Aires, 1989, t. II, pp. 13-125.
- “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”, en *Estudios de Derecho procesal civil*, Ejea, 3ª edic. reimpresión, Buenos Aires, t. II, pp. 179-227.
- DAMASKA, MIRJAN R. *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven-London, 1997.
- *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. A. Morales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- DENTI, VITTORIO. “La evolución del Derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos”, en *Estudios de Derecho probatorio*, trad. S. Sentís Melendo y T. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974, pp. 77-155.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano. El estilo de Chile”, en

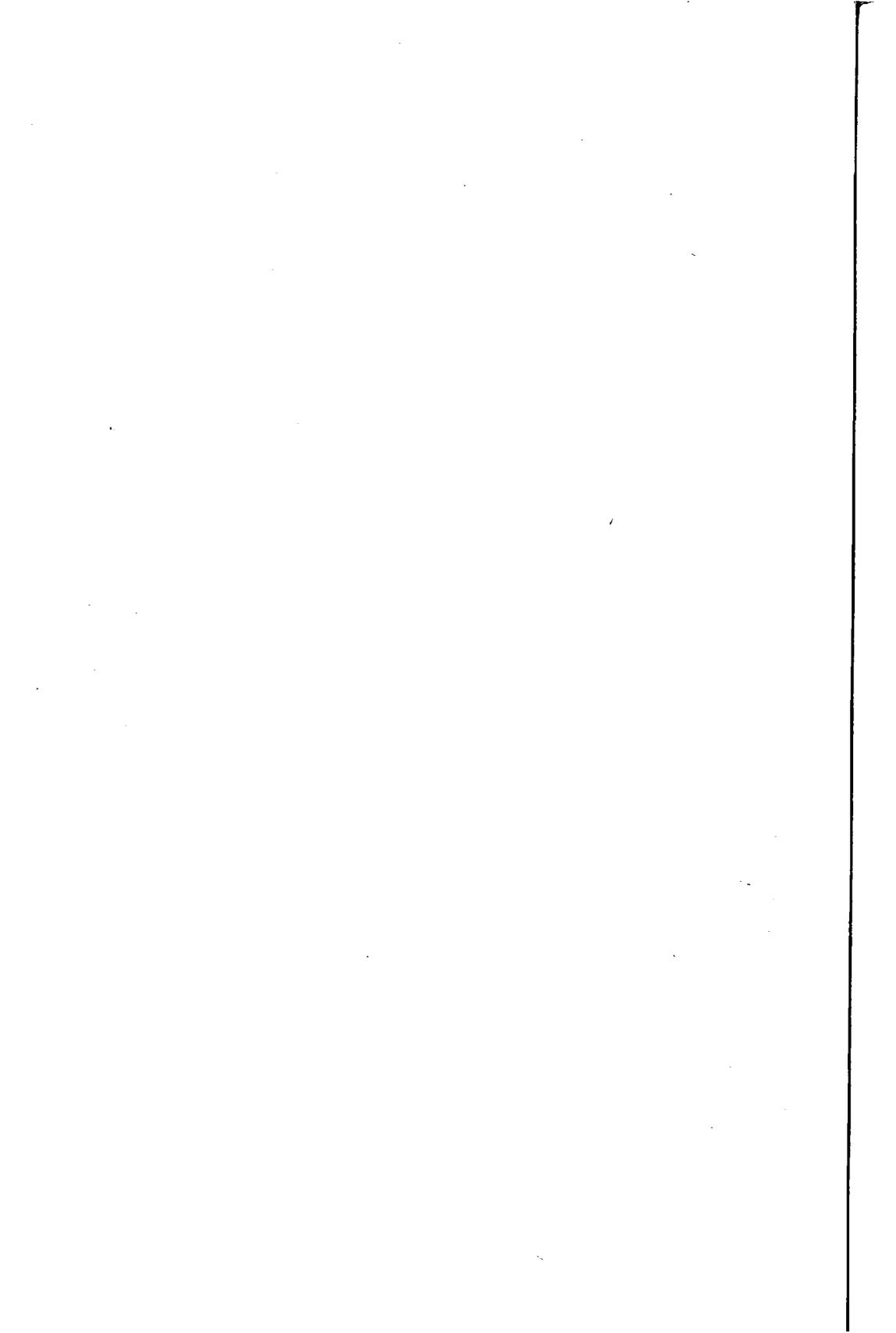
- Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, Nº 28, pp. 425-490.
- DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 2004, t. II.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trads. P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, 3ª edic., Madrid, 1998.
- FERRER BELTRÁN, JORDI. *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, 2ª edic., Barcelona, 2005.
- *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA. “La racionalidad en la prueba”, en AA.VV. *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, Edeval, Valparaíso, 2000, Nº 45, pp. 605-630.
- *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 2ª edic., Madrid, 2004.
- “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, marzo 2005, Nº 52, pp. 74-85.
- GIULIANI, ALESSANDRO. *Il concetto di prova. Contributo alla logica jurídica*, Giuffrè, Milano, 1971.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL y PALOMO VÉLEZ, DIEGO. “La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, 2006, año 12, Nº 2, 123-162.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, t. I.
- *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II.
- HUNTER AMPUERO, IVÁN. *Las potestades probatorias del juez de familia*, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- LAZO, SANTIAGO. *Los códigos chilenos concordados. Código de procedimiento civil. Orígenes, concordancias y jurisprudencia*, Santiago, 1918.
- LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Librotecnia, 4ª edic., Santiago, 2007, t. 2.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, JAVIER. *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- OTERO LATHROP, MIGUEL. *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000*, Santiago, 2000.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, vol. 1.
- *El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, Palestra Editores, Lima, 2007.

- “El derecho de acción en la Constitución brasileña”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, año 13, N° 2, pp. 57-80.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME y ARENHART, SÉRGIO CRUZ. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo de conhecimento*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edic. actualizada, Sao Paulo, 2005, t. I., vol. 5.
- MASSONE PARODI, PEDRO. *Tribunales y procedimientos tributarios*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
- MENESES PACHECO, CLAUDIO. “Aspectos procesales de la Ley N° 20.152, que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2008, N° 10, pp. 222-226.
- “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008, año 14, N° 2, pp. 43-86.
- “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”, en *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2009, vol. 36, N° 1, pp. 21-50.
- MILLAR, ROBERT WYNESS. *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. C. Grossmann, Ejea, Buenos Aires, 1945.
- MONTERO AROCA, JUAN. *La prueba en el proceso civil*, Thomson - Civitas, 4ª edic., Navarra, 2005.
- MORENO NAVARRETE, MIGUEL ÁNGEL. *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, 2007.
- NÚÑEZ OJEDA, RAÚL. “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (Fundamentos, historia y principios)”, en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 677-695.
- “El sistema de recursos procesales en el ámbito de un Estado democrático deliberativo”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2008, año 14, N° I, pp. 199-223.
- ORELLANA TORRES, FERNANDO. *Comentarios al nuevo proceso laboral*, Librotecnia, 2ª edic., Santiago, 2008.
- PAILLAS PEÑA, ENRIQUE. *Estudios de Derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2002.
- PALOMO VÉLEZ, DIEGO. “Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, Chile, 2005, vol. XVIII, pp. 171-197.
- “Pensando un nuevo modelo procesal civil chileno”, en *Revista Hispano Chilena de Derecho procesal civil*, Librotecnia, Santiago, 2007, N° 1, pp. 165-189, en especial pp. 168-172.
- “La prueba en el proceso civil chileno: ¿una actividad asumida con suficiente seriedad?”, en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Santiago, 2007, pp. 353-363.

- “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 377-400.
- *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Librotecnia, Santiago, 2008.
- PARRA QUIJANO, JAIRO. “¿Qué es realmente la intermediación?”, en *RDJ*, t. 103, N° 2, pp. 549-560.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- PEREIRA ANABALÓN, HUGO. “La prueba en el recurso de apelación civil”, en *RDJ*, t. 62, p. 111 ss.
- PERELMAN, CHAIM. “La spécificité de la preuve juridique”, en AA.VV., *La preuve. Quatrième partie. Periode contemporaine*, Recueils de la Société Jean Bodin, Librairie Encyclopedique, Bruxelles, 1963, pp. 5-18.
- *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979.
- PÉREZ RAGONE, ÁLVARO. “Profili della giustizia processuale (*procedural fairness*): la giustificazione etica del processo civile”, en *Rivista di Diritto processuale*, Cedam, Padova, 2008, año LXIII, N° 4, pp. 1033-1051.
- PEYRANO, JORGE W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
- PICÓ I JUNOY, JOAN. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996.
- PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO. *El recurso de apelación y la consulta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- PROFESORES DE DERECHO PROCESAL Y ABOGADOS ASESORES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2005, N° 20, pp. 437-463.
- RICOEUR, PAUL. *Lo justo*, trad. C. Gardini, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, MAITE y BARAONA GONZÁLEZ, JORGE. “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, año 14, N° 1, 2008, pp. 225-259.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO y MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO. “Sobre la pretendida obligación de firmar ante los notarios los instrumentos públicos y privados”, en *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, Santiago, 2° trimestre 2005, pp. 13-22.
- SILVA MONTES, RODRIGO. *Manual de Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

- STÜRNER, ROLF. "Derecho procesal y cultura jurídica", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, año 13, N° 1, pp. 435-462.
- TARSKI, ALFRED. "La concepción semántica de verdad y los fundamentos de la semántica", en *Antología semántica*, compilada por M. Bunge, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1985, pp. 111-157.
- TARUFFO, MICHELE. "Modeli di prova e di procedimento probatorio", en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1990, año XLV, N° 2, pp. 420-448.
- *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.
- "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2006, año 12, N° 2, pp. 95-122; también en Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 2006, N° 29, pp. 249-271; y en Taruffo, Michele, *La prueba*, trads. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 159-183.
- "Narrativas judiciales", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2007, vol. XX, N° 1, pp. 231-270.
- *La prueba*, trads. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. "Hacia una teoría general de la impugnación", en *Comentarios procesales*, Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 37-66.
- "El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma", en *Comentarios procesales*, Valparaíso, Edeval, 1993, pp. 81-113.
- *Recursos de casación y queja*, Cono Sur, Santiago, 1996.
- "La prueba en el proceso", en *El proceso en acción*, Libromar, Santiago, 2000, pp. 281-308.
- "El debido proceso", en *El proceso en acción*, Libromar, Santiago, 2000, pp. 533-552.
- "Competencias probatorias y deberes del Tribunal de Juicio Oral", en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 179-197.
- "Atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia", en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos prácticos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 198-212.
- "El juez de garantía", en *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 276-283.
- "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en AA.VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 35-52.
- TRONCOSO MARTINIC, PEDRO. *Casación en el fondo y casación oficial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- TWINING, WILLIAM. "Rethinking Evidence", en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2006, pp. 237-270.

- “Lawyers’ Stories”, en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2006, pp. 286-331.
- “Evidence as a multi-disciplinary subject”, en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª edic., Cambridge, 2006, pp. 436-456.
- VARGAS VIANCO, JUAN ENRIQUE. “La eficiencia en la justicia: modelos y buenas prácticas en gestión judicial”, en AA.VV., *Reforma al Poder Judicial: gobierno judicial, Corte Suprema y gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario*, Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2007, pp. 251-289.
- WALTER DÍAZ, RODOLFO y LANATA FUENZALIDA, GABRIELA. *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- WRÓBLEWSKI, JERZY. “Ideología de la aplicación judicial del Derecho”, en *“Sentido” y “Hecho” en el Derecho*, trad. J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.



SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO DE 2006. UNA “INTERVENCIÓN PROVOCADA”*

MANUEL ORTELLS RAMOS

*Doctor en Derecho, Universitat de València, España
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)*

1. INTRODUCCIÓN

Un determinado sistema procesal siempre está situado en un contexto sincrónico –el conjunto del ordenamiento a cuya realización jurisdiccional sirve– y en un contexto diacrónico –las tradiciones de interpretación, aplicación y práctica de la actividad procesal en el foro–, de modo que, a quien se acerca a ese sistema desde fuera, siempre le resulta difícil la comprensión y la valoración del mismo. En todo caso es una tarea a la que hay que enfrentarse con absoluta humildad.

Pero también es cierto que los textos normativos, o los ante-textos –como ahora es el caso–, tienen en sí mismos un significado –a veces una falta de él– que es útil analizar para saber si el legislador o el pre-legislador –sobre todo si pretende ser innovador– ha diseñado las disposiciones adecuadas para alcanzar los fines que persigue.

Con esta finalidad se pueden hacer, en el texto o ante-texto, algunas catas ilustrativas.

Esto es lo que me propongo hacer, en las páginas que siguen, respecto del Anteproyecto de Código Procesal Civil, según el texto que fue presentado el 6 de diciembre de 2006. En adelante citaré ese texto como ACPC/2006 o como Anteproyecto, aunque advierto, también, que los

* Este artículo contiene, de manera más ordenada, completa y con algún aparato crítico –aunque no muy amplio–, la intervención del autor en el seminario “El Derecho Procesal Chileno en el siglo XXI: tendencias actuales”, organizado por la Universidad de los Andes y celebrado en Santiago de Chile, el 23 de septiembre de 2008.

artículos que mencionaré sin indicar el cuerpo legal al que pertenecen serán artículos de ese texto prelegislativo.

Además de reiterar la humildad con la que asumo esta intervención mía, debo justificarla. Principalmente, para quien piense que es una intervención de tercero. Mi intervención no es voluntaria –o espontánea, como prefiero decir–, pero tampoco estrictamente coactiva –terminología que, por lo demás, estimo inapropiada, porque alude más a obligación que a carga–. Es una intervención provocada. Y, por seguir con el símil procesal, por dos entidades que podemos considerar “partes”: el Ministerio de Justicia de la República de Chile, que en el número 7 de su Boletín Jurídico –correspondiente a noviembre de 2005– publicó una entrevista conmigo, en la que muchas preguntas versaban sobre las líneas generales de un futuro Código Procesal Civil; y la Universidad de los Andes, que me invitó a tratar el tema –ya con Anteproyecto en la mano– en el seminario “El Derecho Procesal Chileno en el siglo XXI: tendencias actuales”, celebrado en Santiago, el 23 de septiembre de 2008.

Se comprenderá, pues, que no pueda callarme. Más aún: que no me haya callado. He hablado y escrito –y escribiré, ahora– con el esfuerzo de objetividad que me corresponde como académico, aunque también desde el afecto a ese gran país y a muchos colegas chilenos, con cuya amistad tengo la suerte de contar. Eso hace que el objeto de mis reflexiones no me sea del todo indiferente. Soy un tercero que quiere ser “parte”.

2. EL LÍMITE CONSTITUCIONAL: DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES Y DISPOSICIONES GENERALES DE INADMISIÓN POR EXAMEN ANTICIPADO DEL FONDO DEL ASUNTO

Sin duda, la primera cata que debe hacerse en un proyecto legal debe perseguir la comprobación de si alguno de sus contenidos contrasta con los preceptos constitucionales, excede de los límites que estos fijan a la libertad de configuración normativa del legislador.

No es razonable pensar que esos excesos vayan a ser frecuentes y, cuando en apariencia existen, probablemente una interpretación correctora para, precisamente, conformar la norma a la Constitución, permitirá obviarlos. Pero es aconsejable detectarlos previamente a que el texto se convierta en ley; de ese modo se hacen innecesarias operaciones posteriores de “salvamento” de la constitucionalidad, cuyos resultados son a veces inciertos.

En nuestro caso quiero llamar la atención sobre determinadas disposiciones que podrían colisionar con el derecho a la tutela judicial, en cuanto derecho a obtener un pronunciamiento de un tribunal sobre un asunto litigioso, si se cumplen los requisitos procesales condicionantes de la admisibilidad.

Este derecho ha sido considerado por el Tribunal Constitucional español como parte del contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la Constitución Española¹. A la misma conclusión puede, sin duda, llegarse para Chile con base en el art. 19 de su Constitución Política –en cuanto reconoce que “La Constitución asegura a todas las personas: 3º) (...) Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”–, y en los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las disposiciones del ACPC/2006 que han suscitado mi preocupación, por su potencialidad lesiva del derecho fundamental reseñado, son las que, en calidad de regla general –es decir, no acotada a tipos específicos de litigios–, atribuyen a los órganos jurisdiccionales potestades de inadmisión de la demanda *in limine litis* por manifiesta falta de fundamento –hay que entender: cualquier elemento de ese fundamento– (art. 27.1), o por manifiesta falta de legitimación –es decir: manifiesta falta del específico componente del fundamento que se refiere a la atribución subjetiva de la pretensión– (art. 248, párrafo segundo).

La razón esencial por la que estas disposiciones pueden ser cuestionadas es, por decirlo castizamente, que ponen el carro delante de los bueyes. Técnicamente: niegan la entrada en el proceso con base en el pronóstico de que la pretensión que se interpone no será considerada fundada, aunque alcanzan esta conclusión prescindiendo, precisamente, de las alegaciones, de las pruebas y de la contradicción a los que, generalmente, el ordenamiento somete la verificación del fundamento de las pretensiones. Si la racionalidad de este criterio de admisión es cuestionable cuando influye en la admisión de un recurso², en mayor medida debe serlo cuando incide en la toma en consideración de una petición inicial de tutela judicial.

¹ Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 135-141; más resumido en Ortells Ramos, M., en Ortells Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Juan Sánchez, R., *Derecho Procesal. Introducción*, edit. Edisofer, Madrid, 2006, pp. 210-215; con interesantes análisis, Borrajo Iniesta, I., Díez-Picazo Giménez, I., Fernández Farreres, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, edit. Civitas, Madrid, 1995, pp. 25-93.

² Para un supuesto de esta clase en Derecho español, véanse, por ejemplo, las críticas de Díez-Picazo y Ponce de León, L., “Prólogo”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez, L., edit. Civitas, Madrid, 1993, pp. 17-18; De la Oliva Santos, A., “Dictamen de urgencia sobre el “Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en *Papeles del C.G.P.J. (1990-1996)*, De la Oliva Santos (Coord.), Madrid, 1997, pp. 34, 58-59.

A la peligrosidad esencial que encierran las disposiciones mencionadas, vienen a añadirse, en el ACPC/2006, otros elementos de imprecisión e inseguridad que agravan los inconvenientes.

En primer lugar, la sistemática del ACPC/2006 proyecta una gran imprecisión sobre el ámbito objetivo de aplicación de las mencionadas disposiciones. El artículo 27, apartado 1 –que se encuentra bajo el epígrafe de “Principios básicos”– extiende la potestad de inadmisión a todo supuesto de manifiesta falta de fundamento. Pero, al regular más específicamente las potestades del juez en el procedimiento, los arts. 248, 258 y 259 únicamente se refieren a la falta manifiesta de legitimación, que es sólo una parte de la manifiesta falta de fundamento. En efecto, no parece que el supuesto más general del artículo 27 deba entenderse incluido en la mención que hace el art 248 a “otro defecto manifiesto que impida la existencia, validez o eficacia del proceso”, porque el sentido de estas expresiones se halla más próximo a lo que serían presupuestos e impedimentos procesales o requisitos de validez de actos iniciales del proceso, y no a defectos de fundamento de la pretensión objeto del proceso. Lo que conduce a preguntarse si, en definitiva, la genérica facultad de inadmisión del artículo 27 subsiste o ha quedado limitada al supuesto parcial de la falta manifiesta de legitimación.

En segundo lugar, el propio pre-legislador revela su temor ante los excesos de esta norma y busca establecer una salvaguarda frente a los mismos disponiendo, en el artículo 259, último párrafo, que la inadmisión por la causa considerada se producirá “sólo en la medida en que el fundamento de la decisión se encontrare debidamente acreditado con los antecedentes existentes en el tribunal”.

Pero esta salvaguarda dista de ser satisfactoria, por diversas razones:

- 1ª) Es imprecisa, porque existe contradicción en cuanto a si los antecedentes debidamente acreditativos han de resultar sólo de la demanda –como parece exigir el art. 258, apartado 9– o pueden resultar de antecedentes en general “existentes en el tribunal” –según dice el artículo 259, último párrafo–, lo que permitiría a este último considerar, a estos efectos, incluso otros procesos pendientes ante él. Dejando aparte la gravedad de esta segunda opción, el problema es previo y consiste en la denunciada imprecisión.
- 2ª) Suponiendo que los antecedentes acreditativos lo fueran los resultantes de la propia demanda y de los documentos que existe la carga de acompañar a la misma (art. 243), la salvaguarda que examinamos significaría, en todo caso, que una parte del fundamento de la pretensión (el referido a su atribución subjetiva) sólo puede ser probado mediante documentos y no con los demás medios de prueba que el ordenamiento establece, en general, como admisibles. En definitiva, una injustificada restricción del derecho a la prueba.

3ª) En fin, es posible que la justificación de la norma de inadmisión por enjuiciamiento anticipado de parte del fundamento de la pretensión sea diferente al que hasta ahora hemos considerado. Por ejemplo, éste: presuponiendo que los hechos sean ciertos –por lo tanto, presupuesto el éxito de toda la prueba respecto de los mismos– el Derecho nunca ampararía una consecuencia jurídica como la que el actor pretende, o –si hubiera que limitarse a los supuestos de carencia manifiesta de legitimación– en favor del actor que la pretende, o en contra del demandado frente al que es pretendida. Prescindiendo de que, en sí, ya es merecedor de crítica que el texto ofrezca oportunidad para dudar sobre la justificación de una norma cuya aplicación genera consecuencias tan graves, la justificación apuntada no legitima la generalidad con la que esa norma es concebida. Una cosa es que, en supuestos específicos en los que sea claro que, a pesar de la certeza de los hechos, la consecuencia jurídica pretendida por el actor nunca tiene amparo normativo, el legislador pueda, especialmente, negar la admisión de la demanda³, y otra muy diferente generalizar esta justificación, lo que conduce a negar que, de modo general, el debate procesal pueda alumbrar significados de las normas jurídicas o contenidos de principios jurídicos que respalden las consecuencias jurídicas pretendidas por el actor.

Por lo demás, la norma que consideramos –tanto en su alcance más amplio, como en el más restringido al aspecto de la legitimación– me parece poco realista. Atendidas las molestias y los costes que comporta la actividad procesal, resultan estadísticamente poco significativos los casos en que alguien inicie una actividad procesal con absoluta carencia de fundamento. En mi opinión, se hace de un caso de libro una norma legal, que, además, crea más problemas que los que resuelve.

3. MÁS ACÁ DE LA CONSTITUCIONALIDAD, PERO EN UNA ZONA “SENSIBLE” DE LAS OPCIONES DE POLÍTICA JURÍDICA: LOS PODERES DEL JUEZ Y LAS FACULTADES DE LAS PARTES RESPECTO DE LA APORTACIÓN DE LOS HECHOS Y RESPECTO DE SU PRUEBA

En mis sintéticas respuestas a una entrevista que mencioné poco antes⁴, me expresaba a favor de la radicación constitucional del principio dispositivo, como rector de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas

³ Ejemplo muy ilustrativo –en Derecho español– es el del art. 42 del Código Civil que ordena no admitir a trámite una demanda en la que se pretenda el cumplimiento, en forma específica, de la promesa de sponsales.

⁴ *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, Gobierno de Chile, año 4, número 7, noviembre de 2005, pp. 42-43.

de Derecho privado, pero también de la autonomía relativa que respecto del principio mencionado tienen otros principios rectores de la atribución de poderes al juez y de facultades a las partes en el proceso civil.

Conviene desarrollar un poco más lo que allí quedó apuntado, antes de examinar las propuestas del ACPC/2006 acerca de la ordenación de los poderes del juez y de las facultades de las partes respecto de la prueba.

La actuación de aquel sector del ordenamiento que reconoce a los particulares un ámbito de autonomía jurídica en el que, dentro de ciertos límites, libremente ejercen y disponen de sus derechos y, con idéntica libertad, configuran sus relaciones jurídicas, queda coherentemente entregada a la libre voluntad de los propios particulares. De ella depende la iniciación del proceso, la configuración de su objeto –a la que el juez está vinculado por el deber de congruencia– y la propia terminación del proceso, mediante actos de disposición condicionantes del sentido de la resolución judicial. Los principios de oportunidad y dispositivo derivan así de la naturaleza privada del Derecho material que se aplica, con una intensidad tal que ha hecho decir a Jauernig que no son más que “el aspecto procesal de la autonomía privada”⁵, y a Carnacini que el principio dispositivo ni es procesal, ni genéricamente un principio autónomo, sino que con él se alude a la disponibilidad de la tutela jurídica por el interesado, que simboliza el elemento característico e inconfundible del derecho subjetivo⁶.

Un cambio esencial de dichos principios sólo sería posible desde una supresión de la categoría del derecho subjetivo y de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas privadas⁷, que se hallaría en abierta contradicción con el modelo socioeconómico establecido por la Constitución Política de la República de Chile. Me parecen, en este aspecto, básicos los derechos que reconocen los números 21, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución.

Sin embargo, como también puso de manifiesto Carnacini, es necesario distinguir lo que afecta al régimen de la tutela de interés material en el proceso –ámbito propio del principio dispositivo– y lo que, por el contrario, atañe al régimen interno del instrumento procesal⁸. Esta distinción conduce a la conclusión de que el monopolio de la parte en la instrucción del proceso no constituye una consecuencia inevitable del otro monopolio, aquél por el cual los órganos jurisdiccionales sólo resuelven previa demanda de parte. Por otro lado, el estudio de Liebman en el que el

⁵ Jauernig, O., *Zivilprozessrecht*, München, 1981, p. 66.

⁶ Carnacini, T., “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, en *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, p. 752.

⁷ Cappelletti, M., *El proceso civil en el Derecho comparado* (Trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1973, pp. 3-39.

⁸ Carnacini, “Tutela giurisdizionale”, en *Studi in onore di Enrico Redenti, passim*.

fundamento del principio de aportación se traslada del carácter disponible de los derechos en juego, a la tutela de la imparcialidad del juzgador, ha puesto particularmente en claro la autonomía de este principio respecto a la naturaleza del Derecho material⁹.

La interpretación del principio de aportación en el sentido de un poder de disposición conduce de entrada a una afirmación absurda: las partes tendrían una facultad de disposición sobre los hechos. ¿Pero es que acaso los hechos son algún elemento patrimonial sometido al poder de disposición de su titular? ¿Acaso puede hablarse de una titularidad de los hechos? Se comprende que los hechos existan o no, que se afirmen, se oculten o se nieguen, pero no, en cambio, que se disponga de ellos¹⁰.

Además ¿qué significa el principio de aportación interpretado como manifestación del poder de disposición? Que las partes, con su actividad de alegación y de prueba, ponen al juez en la ineludible situación de dictar una determinada sentencia. Ahora bien, esta consecuencia no sólo no añade nada a los efectos que las partes pueden producir realizando los actos de disposición típicos (renuncia, allanamiento y transacción), sino que parece, además, un camino sospechoso para conseguir los efectos de los actos de disposición.

La extensión del poder de disposición que tienen las partes sobre la relación jurídica material privada a la relación jurídica procesal, con las consecuencias de ser necesaria la instancia de aquéllas para impulsar el proceso iniciado, para que el juez pueda constatar la falta de presupuestos procesales o los vicios que pueden afectar a algunos actos, no sólo carece de fundamento dogmático en la naturaleza del Derecho material que debe aplicarse, sino que es inconsecuente con la concepción dogmática del proceso como relación jurídica de Derecho público¹¹.

Respecto al mantenimiento de la valoración legal de algunos medios de prueba, una cosa es decir que sólo resulta compatible con relaciones jurídico-materiales de carácter privado¹² y otra distinta que sea una consecuencia lógica y dogmática de la naturaleza de aquéllas relaciones. Que ambas cuestiones están situadas en planos distintos se demuestra con sólo pensar que negar valor probatorio legal a la documentación de un negocio jurídico, ni es negar la libertad negocial (arts. 658, 1255 ambos del Código Civil español), ni el valor vinculante de las consecuencias de su ejercicio (art. 1258 del Código Civil español). Como con relación al principio de aportación, puede decirse que el de valoración legal de la

⁹ Liebman, E. T., "Fondamento del principio dispositivo", *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, pp. 551-565.

¹⁰ Bomsdorf, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1970, p. 279.

¹¹ Bülow, O., *La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales* (Trad. Rosas Lichtschein), Buenos Aires, 1964, pp. 287-302.

¹² Furno, C., *La teoría de la prueba legal* (Trad. González Collado), Madrid, 1954, pp. 154-155; Jiménez Conde, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, pp. 63-69.

prueba, interpretado como manifestación del poder de disposición, nada añade a la eficacia que este último alcanza a través de los actos típicos en que se manifiesta.

3.1. UNA OPCIÓN CLARA EN CUANTO A LA APORTACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES PARA LA SENTENCIA Y UNA CONFUSA PROPUESTA DE REGULACIÓN SOBRE LOS PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ Y DE LAS PARTES

Nada que objetar en cuanto a su contenido –aunque la forma de expresión podría mejorarse– sobre la opción del ACPC/2006 por la primera de las manifestaciones del principio de aportación de parte: el juez sólo podrá fundar su sentencia en los hechos alegados –introducidos, aportados al proceso– por las partes¹³.

Entiendo que esta opción se manifiesta, en primer término, en varias disposiciones del ACPC/2006 que imponen que exista una previsión en norma expresa para que el tribunal pueda pronunciarse de oficio sobre excepciones (arts. 5, 27. 2 y 4), llamadas, en otras disposiciones, defensas y contestaciones (arts. 168, 169, 261 y 268 a).

En segundo término, en la disposición del artículo 195, que, al establecer el deber de congruencia, determina que el pronunciamiento en cuanto al mérito no puede “extenderse a puntos no expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio” (art. 195)¹⁴.

Por el contrario, en cuanto a la atribución de poderes al juez y de facultades a las partes sobre la iniciativa probatoria y sobre la amplitud del examen con ocasión de la práctica del medio de prueba correspondiente, la opción del ACPC/2006 no sólo me parece menos definida, sino decididamente confusa, porque se expresa en dos grupos de normas cuyos contenidos son antitéticos.

¹³ Entiendo que ese es contenido del principio de aportación de parte y no del principio dispositivo, siempre que no se trate de aquellos hechos que, por ser identificadores de la causa de pedir, delimitan la pretensión procesal, el objeto de proceso, que queda sujeto –durante la tramitación– a los límites de la litispendencia, y, concluido el proceso por sentencia firme, a la cosa juzgada: Ortells Ramos, *Introducción*, cit., p. 204; Ortells Ramos, M., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 252-259, 322-324.

¹⁴ Estimo que, en defecto de otras más directas, las disposiciones citadas en los dos últimos párrafos del texto permiten fundar la conclusión de la limitación a los hechos alegados por las partes. En efecto, presupuesta la vigencia del principio *iura novit curia*, que confiere al tribunal el poder-deber de establecer qué normas y principios jurídicos son aplicables, atendidos –y respetados– la pretensión del actor y los hechos alegados por las partes, los “puntos” –en general, o, especialmente, los que favorecen al demandado– limitativos de la potestad de enjuiciamiento han de ser –dejando aparte las pretensión procesal que sea objeto del proceso– las alegaciones de hecho que proporcionan la base para la aplicación de normas favorables a una o a otra parte.

En efecto, parece que unas manos hayan escrito (que una mente haya pensado) el contenido del artículo 27, en algunos de cuyos apartados el juez aparece investido de unos poderes probatorios fuertes.

Por ejemplo, el apartado 4), que apodera al tribunal para “Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”. La duda que se le plantea al intérprete –y que, según lo que veremos después, se acrecentará– es la de si –atendido que el artículo 27 se sitúa en un contexto de disposiciones con un contenido más general y básico– resultará necesaria una norma legal más específica para que lo que se prevé en ese apartado sea un deber efectivo para el juez o bastará con lo que ese apartado dice para entender que el juez ya tiene la potestad (el poder-deber) de acordar de oficio aquellas diligencias.

Otro ejemplo, el del apartado 5) del mismo artículo 27, según el cual el tribunal podrá “Disponer en cualquier momento, durante la audiencia de juicio, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”. En el contexto de los medios de prueba practicados –a instancia de parte, ¿también de oficio?– la duda es, ahora, si el objeto de las explicaciones que el tribunal puede requerir deberá limitarse a una finalidad de aclaración de lo manifestado por el sujeto de prueba o podrán versar directamente sobre los hechos relevantes para la decisión sobre el objeto del proceso, en el caso de que las declaraciones iniciales de los sujetos de prueba no se hayan referido a aspectos de aquellos hechos.

Por el contrario, otras manos, otras mentes, parecen estar detrás de los artículos que, de modo más específico, rigen lo que condiciona la admisión de los concretos medios de prueba, así como la intervención del tribunal en la práctica de los mismos.

Así, el art. 278 deja claro que el tribunal no podrá decretar diligencia alguna de prueba. Expresión clara de la regla general de la iniciativa de parte para la admisión de las pruebas, aunque tal vez demasiado drástica si se tiene en cuenta que, después, el propio ACPC/2006 establece excepciones en favor del acuerdo de oficio de la inspección judicial –art. 316– y de la reproducción de hechos –art. 318–.

Por otro lado, el mismo artículo 278 y el art. 315 limitan la intervención activa del tribunal dentro de la práctica de la prueba a las preguntas destinadas a obtener aclaraciones, aunque el artículo 315 también habla de adiciones.

El Anteproyecto se comporta como aquella gallina que cacareaba en un lugar y ponía los huevos en otro: en la parte de su texto en la que formula normas con cierto estilo de principios, el ACPC/2006 opta por los poderes oficiales del juez sobre los medios de prueba a practicar y sobre el alcance de su intervención en la práctica; en cambio, en la parte del texto que regula más específica y detalladamente la admisión y práctica

de los medios de prueba, el ACPC/2006 se inclina por reconocer, como regla, el monopolio de las partes, aunque con excepciones para medios de prueba determinados.

El resultado es perturbador, tanto más cuanto que, incluso en el contexto del segundo bloque de preceptos, aparecen normas como la del art. 324, *in fine*, según la cual "Al final (*scilicet*: de la práctica de la prueba propuesta por las partes y practicada en el orden fijado por ellas) se rendirá la prueba que pudiere ordenar el juez". Es legítimo dudar del significado de esta norma, colocada en un contexto tan oscuro: ¿Significa sólo una regulación del momento en que deberá ser practicada la prueba ordenada de oficio por el juez, cuando esté habilitado para ordenarla según las normas más específicas que hemos mencionado hace poco? O, además de lo anterior, ¿es una confirmación de los poderes probatorios oficiales de carácter general que se le confieren, básicamente, en el artículo 27?

3.2. LA TENTACIÓN DE CERRAR EN FALSO UNA OPCIÓN DE POLÍTICA JURÍDICA PROCESAL MUY POLÉMICA. SOLUCIONES RAZONABLES DE COMPROMISO

Tengo la impresión de que el panorama tan confuso que presenta el ACPC/2006 se explica por la reticencia a definir con precisión la opción sobre la atribución o no al juez de poderes oficiales respecto de la práctica de la prueba y sobre la medida de esa atribución. A su vez, esa reticencia puede encontrar explicación en que quienes han elaborado el texto de Anteproyecto son conscientes de que esa opción ha sido y sigue siendo polémica.

Sin lugar a dudas es una polémica muy justificada, porque en la misma se hallan involucradas, de un lado, la cuestión de cuál es el mejor modo de realizar el Derecho en los casos concretos, siempre sobre la base de una petición determinada de tutela de una persona que se afirma titular de un derecho subjetivo o interés jurídico privado –este condicionante no se discute; o, al menos, quiero dejar claro que yo no lo pongo en duda– y, por otro lado, la imparcialidad como componente esencial de la jurisdicción.

No voy, ahora¹⁵, a terciar en la polémica¹⁶. Sí que diré, no obstante, que el debate ganaría en objetividad y en utilidad para perfeccionar los

¹⁵ Mis humildes reflexiones sobre esta polémica –entrar a fondo en la misma, hay que dejarlo a los colosos que ya ocupan el terreno–, que aparecen en este artículo en diferentes momentos, están en Ortells Ramos, *Introducción*, op. cit., pp. 149-153, 201-211, que sustancialmente reflejan el contenido de la memoria sobre los temas básicos del Derecho Procesal, que preparé para mi oposición a cátedra de 1984; resumidamente en Ortells Ramos, en Ortells/Cámara/Juan, *Derecho Procesal. Introducción*, op. cit., pp. 242-244, 286-291.

¹⁶ Sirve para conocer los principales términos de la misma, porque, dejando aparte la posición del autor, ofrece una información completa y actualizada, Etxeberria Guridi, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*.

instrumentos destinados a constatar los hechos concretos relevantes en el proceso de declaración, si se abandonaran las soflamas ideológicas –sobre todo las que se ocultan so capa de exposición “ante los mortales” de una especie de “verdades reveladas”– y las actitudes más propias de *hooligans*, y se potenciaran análisis con métodos científicos –no jurídicos, sino empíricos, en el contexto de la psicología y de la sociología– acerca de la adquisición del conocimiento sobre los hechos en los procesos judiciales y sus implicaciones sobre la función del juez y las situaciones procesales de las partes.

En cualquier caso, es evidente que la actitud del ACPC/2006 frente a la polémica no es la más aconsejable: satisfacer a tirios y a troyanos es no satisfacer a unos, ni a otros. O peor: es abandonar la realización efectiva de la opción problemática a la práctica judicial, cuya inevitable dispersión pondrá en peligro la igualdad en la aplicación de la ley –no sólo la de la ley procesal, sino la de las leyes todas, que necesitan del proceso para ser aplicadas¹⁷; o acabará por dejar la opción en manos de la Corte Suprema, con abandono de la responsabilidad del legislador acerca de una cuestión a la que, hoy por hoy, se le asigna calado político.

Distinto a dejar la cuestión en el terreno de la indefinición, es buscar soluciones de compromiso, aceptables para quienes sostienen posiciones discrepantes, coherentes con la preservación de la imparcialidad judicial, también con una ordenación principalmente orientada a estimular la responsabilidad y la diligencia de las partes, y que hallen formulación en disposiciones lo suficientemente precisas para contrarrestar riesgos de arbitrariedad judicial¹⁸.

En esta línea, pueden apuntarse algunas sugerencias:

- 1^a) Podría defenderse la potestad de oficio para acordar aquellos medios de prueba que no se destinan a comprobar la concurrencia o no de hechos, sino a complementar la capacidad de enjuiciamiento del juez cuando las reglas o parámetros a los que las normas remiten no son jurídicos, sino reglas de la sana crítica, reglas del criterio humano, cuyo conocimiento y/o aplicación a hechos concretos requiere conocimientos especializados. Me refiero a la prueba pericial, cuya naturaleza de medio de prueba, en la que estaría implícito el ser un medio a disposición de las partes, ha sido puesta en cuestión desde posiciones nada sospechosas de una ideología que persiga dinamitar

¹⁷ Remito a las antiguas, pero no por eso menos iluminadoras, palabras de Baur, F., “Potere giudiziale e formalismo del Diritto processuale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1965, pp. 1683-1696: la regulación legal del proceso, delimitando los poderes del juez y de las partes, sirve para que el Derecho material pueda tener, a través del proceso, una aplicación igual en los casos iguales.

¹⁸ Acerca de esta exigencia de técnica legislativa sobre la atribución de las potestades de dirección a los jueces, me permito remitir a mi prólogo a la monografía de Tavolari Goycoolea, M. P., *El abuso en el proceso*, Editorial Congreso, 2004, pp. 12-16.

una opción sustancialmente liberal respecto de la distribución de los poderes y facultades en la realización de la prueba¹⁹.

- 2ª) Acuerdo de oficio e intervención de oficio en la práctica de medios acordados a propuesta de parte, considero que pueden defenderse sin riesgo de quiebre de la imparcialidad en los supuestos en que el juez persigue la aclaración del significado de la información que ha sido introducida por el medio de prueba practicado a propuesta de parte o la obtención de elementos de juicio que le permitan valorar la credibilidad o fiabilidad de esos medios.
- 3ª) Sin llegar a la potestad de acuerdo de oficio de medios de prueba, al tribunal se le puede encomendar una potestad de advertencia a las partes acerca de medios de prueba que no hayan propuesto, que pueden ser pertinentes y necesarios para la carga probatoria que les incumbe –atendidos los hechos que han quedado controvertidos– y que, en definitiva, las partes serán libres de proponer o no.

Es el modelo al que responde el artículo 429.1, párrafo segundo de la LEC española de 2000, según el cual:

“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Esta potestad no quiebra la imparcialidad del juzgador porque en su régimen está ínsito poder ser ejercitada a favor de cualquiera de las partes procesales cuya proposición probatoria haya resultado a primera vista deficitaria. Es una potestad a ejercitar con imparcialidad, cualidad exigible del juez no sólo al sentenciar sobre el objeto del proceso, sino también en el ejercicio de los poderes de dirección procesal.

Aunque con una dificultad técnica difícilmente superable en cuanto a algunos medios de prueba²⁰, esta potestad del juzgador permite que éste

¹⁹ Una información básica sobre las orientaciones doctrinales que consideran al perito más como un auxiliar del juez que como sujeto de un medio de prueba, y sobre los ordenamientos que establecen regulaciones coherentes con esas orientaciones, Font Serra, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, pp. 32-37; Garcandía González, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 74-76.

²⁰ Me refiero al interrogatorio de las partes y a la testifical, cuya proposición inicial no requiere hacer constar cuál será su objeto específico, que sólo será conocido con la formulación de las preguntas.

haga una aplicación prospectiva de las reglas de la carga de la prueba en el concreto asunto litigioso y en una etapa de su tratamiento procesal en la que las partes todavía pueden reaccionar útilmente, complementando sus proposiciones probatorias iniciales²¹. Esta potestad judicial de advertencia a las partes no es desconocida en el ACPC/2006, que, en su artículo 14, la prevé para los supuestos en que el tribunal estima que debe resolver los problemas de carga de la prueba no con arreglo a las reglas legales, especiales o generales, sino en función de la concreta facilidad probatoria que tenga alguna de las partes.

4ª) En fin, tampoco incurren en ningún exceso en los poderes de realización de oficio de medios de prueba, con riesgo de pérdida de la imparcialidad por beneficiar unilateralmente a alguna de las partes, que haya sido negligente en el ejercicio de sus facultades de proposición e intervención en la práctica de las pruebas, las normas que autorizan al tribunal a acordar de oficio lo necesario para la práctica de medios de prueba que no pudieron practicarse –en términos absolutos o de un modo pleno– en el tiempo ordinario de práctica, sin que la imposibilidad fuera imputable a la parte que los propuso. En este aspecto, el régimen de las diligencias finales en Derecho español es injustificadamente rígido, porque sólo permite que se proceda de oficio en el supuesto del apartado 2 del art. 435 de la LEC española de 2000²², y no en el de la regla 2ª del apartado 1 del artículo²³. Téngase presente que la idea de que, en estos dos supuestos, el juez está procediendo de oficio, no se ajusta a la realidad: la parte propuso el medio de prueba y prestó la colaboración legalmente requerida para su práctica; si, ante el fracaso en la práctica, el tribunal acuerda lo necesario para hacerla posible *in extremis*, no hace más que corresponder a aquella actividad procesal de la parte, superando obstáculos que ésta no tiene por qué soportar.

²¹ Ortells Ramos, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 355.

²² "Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos".

²³ "1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: (...)

2ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas".

4. EN UN TERRENO POLÍTICAMENTE MÁS NEUTRO: PROPUESTAS DEL ACPC/2006 ORIENTADAS A LA EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA DEL PROCESO

El último gran apartado de este somero examen del ACPC/2006 se centra en unas cuestiones políticamente más neutras, en el sentido de que, desde ningún planteamiento de política jurídica, se renuncia a buscar las mejores soluciones para lograr la eficacia, efectividad o eficiencia –sé que los significados de estos términos no son los mismos, pero prescindamos ahora de intentos de aclaración– del proceso civil.

El problema de la eficacia, efectividad o eficiencia del proceso, de la tutela jurisdiccional que se pretende a través del mismo y que ha de ser dada en él, es multiforme en sus manifestaciones –involucra el acierto de la sentencia, la evitación de dilaciones indebidas, que la tutela en su caso concedida sea real, práctica, de verdad satisfactiva– y también en los instrumentos idóneos para darle una solución idónea –diseño adecuado del procedimiento (tal vez, de los procedimientos) para la tutela declarativa; protección de la eventual concesión de esa tutela mediante una tutela cautelar apta para contrarrestar todos los riesgos de ineffectividad; instrumentos ejecutivos suficientes para realizar una tutela de condena ya concedida.

Mis observaciones se limitarán a dos aspectos de ese panorama tan vasto y se centrarán, obviamente, en las concretas propuestas del ACPC/2006:

- 1º) Instrumentos generales mediante los que pretende lograrse la efectividad de la que podemos llamar tutela declarativa común.
- 2º) Una valoración de la efectividad de algunos instrumentos de la tutela ejecutiva.

4.1. ORALIDAD DEL PROCEDIMIENTO. AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: CONTRADICCIONES INTERNAS DEL ACPC/2006

Los dos temas de este apartado son relativamente independientes, salvo la incidencia que pueden tener normas importantes para el segundo tema sobre la concentración, que es uno de los componentes estructurales de un procedimiento oral. Aquí no examinaremos esa incidencia, pero trataremos de los dos temas, porque en ambos se manifiestan las opciones más generales del ACPC/2006 destinadas a conseguir la eficacia, efectividad, eficiencia del proceso de declaración.

4.1.1. ¿Oralidad para el proceso civil? ¿Cuánta oralidad o para qué la oralidad? Un procedimiento adecuadamente oral

Obviamente, el tipo de procedimiento –entendiendo por tal la forma de expresión de los actos procesales y el modo de ordenarlos en la serie

procedimental— era, y es, una de las principales preocupaciones a la hora de configurar el nuevo proceso civil chileno.

Es oportuno, de entrada, que recuerde las preguntas y mis respuestas sobre este particular, en la entrevista que he mencionado antes²⁴.

“¿Es posible —se preguntaba— la existencia de procedimientos de oralidad absoluta en el ámbito civil? ¿Cuáles serían los límites a dicha oralidad?”.

Respondí entonces y sigo pensando ahora que:

“A la primera parte de la pregunta la respuesta es: oralidad absoluta, absolutamente no. Y no sólo en el ámbito civil.

En cuanto a la segunda parte, yo no me plantearía los límites de la oralidad, como si esta forma procedimental debiera ser una regla general, a cuyo alcance, tendencialmente omnicomprendivo, hubiera que poner coto.

En mi opinión, la cuestión de la forma de la actividad procesal no es una cuestión de exclusividad de formas, sino de combinación de éstas, consistente en someter cada clase de acto o de conjuntos de actos a la forma que resulte más idónea para que cada acto o conjuntos de actos cumplan la función que les corresponde. Y para la última valoración mencionada (forma idónea para cumplir la función), se han de tener presentes criterios muy diferenciados. Ha de dotarse de seguridad y fijeza a la proposición del objeto del proceso y a la formulación de las alegaciones básicas del actor y del demandado y ha de garantizarse a la parte contraria una razonable posibilidad de reacción; en mi opinión estos criterios imponen el requisito de la escritura para los actos de demanda y de contestación. Pero también han de evitarse dilaciones indebidas en el proceso, lo que conduce a que las aclaraciones y las modificaciones que la ley permita realizar en los actos iniciales del proceso recién mencionados deban realizarse oralmente, para no dar lugar a pérdidas de tiempo con nuevos intercambios de actos escritos. Y también es esencial que la prueba sea producida ante el juez en la forma que le permita hacer una valoración más correcta de la misma, y esto de nuevo impone la oralidad, al menos para la práctica de algunas clases de medios de prueba, como son el interrogatorio de las partes —libre de las rigideces de la confesión—, la declaración de testigos y la prueba pericial en cuanto a la exposición del dictamen y examen contradictorio de los peritos por las partes”.

Esta opinión nada tiene de original. Es sólo la conclusión razonable que puede extraerse de la observación del uso combinado de la oralidad y la escritura que se hace en los procesos civiles técnicamente más cuidados²⁵.

El pre-legislador chileno ha optado por un procedimiento adecuadamente oral, como opción de carácter más general entre las varias que se dirigen a dotar de eficacia, efectividad, eficiencia, al proceso (civil) de declaración.

²⁴ *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, cit., p. 44.

²⁵ Una excelente y muy reciente panorámica de esta materia se puede encontrar en Carpi, F., Ortells, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente/Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure*, dos volúmenes, Universitat de València, Valencia, 2008, *passim*.

No entraré, porque no es tema del ACPC/2006 y porque a nadie se le escapa, en que el funcionamiento real de un modelo procedimental como el elegido depende de unos medios personales, organizativos y materiales adecuados –en lo cuantitativo y lo cualitativo– a la carga de trabajo que esté previsto que los tribunales deberán soportar y al modo en que ese trabajo ha de ser asumido en un procedimiento de las características del que diseña el ACPC/2006.

Me voy a limitar a unas observaciones sobre el diseño normativo del procedimiento, que, de entrada y en general, merece una buena valoración.

En algunos aspectos, las previsiones propias de un procedimiento adecuadamente oral son mejores que algunas regulaciones del procedimiento de la LEC española de 2000 –que, siguiendo el imperativo del art. 120.2 de la Constitución Española, también se ha inclinado por una combinación adecuada de oralidad y escritura²⁶.

Me parecen representativas de esa mayor perfección técnica:

1º) El tratamiento oral de la reposición de resoluciones de dirección procesal que no pongan fin al proceso y se hayan dictado durante una audiencia²⁷. La LEC española de 2000 sólo establece este régimen de reposición, que es el adecuado al contexto de oralidad en el que se dicta la resolución recurrible, para unos supuestos especiales, mientras que la regla general permite –salvo que las partes consientan la resolución en el acto– que ésta sea dictada, notificada y recurrida por escrito al concluir la sesión oral en la que haya sido inicialmente pronunciada²⁸.

2º) La forma escrita del ofrecimiento de las pruebas testimonial y pericial (arts. 244 y 263), frente a la proposición oral en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal, que se dispone en los artículos 429.1 y 443.4 de la LEC española de 2000, y que acaba convirtiéndose en un ejercicio de dictado de los abogados al secretario judicial, que es una muestra de oralidad no sólo inútil, sino inconveniente.

Por el contrario, otras previsiones del ACPC/2006 incurren, unas, en excesos de oralidad, mientras que otras son poco conciliables con esa forma procedimental.

Ocurre, en mi opinión, lo primero con el régimen de la sentencia *in voce*. El ACPC/2006 ha establecido la emisión oral e inmediata de la

²⁶ Para una apreciación general de esa combinación de formas, Ortells Ramos, M., "Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7. Januar 2000", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 5 Band, 2000, pp. 102-103.

²⁷ Recuérdese que el art. 342 dispone: "La reposición de las resoluciones pronunciadas durante audiencias orales deberá promoverse tan pronto se dictaren y sólo serán admisibles cuando no hubieren sido precedidas de debate. La tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciará el fallo".

²⁸ Ortells Ramos, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 496-497.

sentencia como regla general. Recuérdense el art. 327: “Una vez concluido el debate en la audiencia de juicio, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando someramente los principales fundamentos tomados en consideración para adoptarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, o recayere sobre un punto de derecho de complejidad, cuya concurrencia fundamentará, podrá postergar la decisión del caso hasta el quinto día hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato el día en que la decisión será comunicada”. Es cierto que se establecen excepciones, alguna de ellas –la segunda– tan genérica que puede conducir a que, en la realidad, la regla general acabe siendo la contraria a la de la ley. Pero ese es un cabo que no es prudente dejar suelto. Sugeriría una solución contraria: regla general, sentencia por escrito, en breve plazo desde la conclusión del juicio; excepciones legalmente tasadas y para supuestos que razonablemente puedan considerarse de sencilla resolución, de sentencia oral inmediata.

Lo segundo –es decir, soluciones poco conciliables con la oralidad– me parece encontrarlo en el régimen de la vista en apelación.

En primer término, la valoración que puede hacerse de la “relación de la causa” (art. 361, párrafo primero) es ambivalente: por un lado, satisface las exigencias de la oralidad como vehículo de la publicidad –entendida como posibilidad de conocimiento por terceros de los términos del litigio–; por otro lado, aparenta una especie de mediación de segundo grado, difícilmente justificable en cuanto al conocimiento por los ministros de los materiales que han accedido al pleito por escrito.

En segundo término, es incoherente con la oralidad la admisión, aunque sea *a posteriori*, de las minutas de los alegatos (art. 361, párrafo séptimo). El estado de las cuestiones litigiosas puede ser más complejo al terminar la prueba en la primera instancia y, sin duda, son menores en esa circunstancia las posibilidades de una preparación reflexiva de una exposición de las mismas por los abogados, sin que estas razones conduzcan al art. 326 a autorizar la presentación de una nota escrita de conclusiones, después de su exposición oral. Tampoco justifica la admisión de las minutas de los alegatos la finalidad de que haya constancia segura de los contenidos de tales actos, porque, al menos la parte apelante (principal o adhesiva) ha contado con la posibilidad de interposición por escrito del recurso, incluidas sus peticiones y fundamentos (arts. 349 y 356, párrafo tercero).

4.1.2. Normas para la agilización del procedimiento: contradicciones internas del ACPC/2006

La eficacia, efectividad, eficiencia, de la tutela judicial declarativa resultan, sin duda, favorecidas, al menos en el aspecto de la celeridad o agilidad del pronunciamiento sobre la tutela pretendida, si el procedimiento es

desembarazado de incidencias en general o, especialmente, de las que pueden consistir en alteraciones de los hechos relevantes aportados al proceso en las etapas procedimentales ordinariamente previstas y en la proposición y práctica de medios de prueba también fuera de esas etapas.

En esta materia el ACPC/2006 contiene algunas previsiones merecedoras de consideración y que conducen a conclusiones muy diferentes, que nos sitúan, a veces, en el desconcierto y la estupefacción.

1º) *La severidad respecto de la admisión de hechos y de medios de prueba fuera de las oportunidades procesales ordinarias.*

El ACPC/2006 opta por una orientación muy rigurosa en cuanto a las excepciones a la preclusión de alegaciones de hechos y de proposiciones de medios de prueba, que no se hubieran presentado en las oportunidades procesales ordinariamente previstas.

El artículo 247 sólo admite la alegación, fuera de la demanda y de la contestación, de hechos nuevos, en el sentido de acaecidos después de la contestación y hasta la conclusión de la causa. No prevé –o yo no las he descubierto– excepciones a favor de hechos preexistentes, aunque desconocidos por la parte y descubiertos después de las posibilidades ordinarias de alegación, ni siquiera rodeando estas excepciones con las prevenciones necesarias para evitar el fraude de ley²⁹.

El Anteproyecto es igualmente severo con la admisión de proposiciones extemporáneas de medios de prueba: aparte de los que tengan por objeto –para el actor– hechos alegados en la contestación y de la prueba de hechos nuevos (arts. 245, 263, párrafo cuarto), sólo admite las pruebas sobrevivientes (art. 245) o supervinientes (art. 263, párrafo cuarto). Entiendo que estos adjetivos significan pruebas cuya fuente³⁰ ha surgido con posterioridad al tiempo ordinario de proposición, pero no aquellas cuyas fuentes preexistían a ese tiempo, aunque eran desconocidas para la parte, que las ha descubierto después³¹.

En mi opinión, debería reconsiderarse la conveniencia de mantener este acentuado rigor, atendiendo a una faceta de la eficacia (efectividad, eficiencia) de la tutela judicial declarativa que sería cínico marginar, cual es la de mejorar las probabilidades de acierto y justicia de la sentencia;

²⁹ Para el régimen de estas excepciones a la preclusión de la alegación de hechos en Derecho español, Ortells Ramos, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 336-337, 516.

³⁰ Para el concepto de fuente de prueba, siguiendo a Sentís Melendo, Ortells Ramos, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 353-354.

³¹ Para el tratamiento de estas excepciones a la preclusión para proponer prueba, la LEC española de 2000 distingue dos clases de medios de prueba. De un lado, la prueba documental y mediante otros instrumentos materiales cuyo contenido sea informativo de hechos relevantes para el proceso; para estos medios admite la aportación excepcionalmente extemporánea, tanto por estricta novedad, como por anterior desconocimiento (Ortells Ramos, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 294-296, 519-520). Para los demás medios de prueba no prevé excepciones, por ninguna de las dos causas.

pero incluso considerando el aspecto más aparente de aquellas cualidades de la tutela judicial, es decir, la más ágil y rápida resolución sobre la misma.

Es cierto que un proceso en el que no se admitan nuevos materiales (hechos, medios de prueba), incluso en supuestos en que admitirlos podría tener justificación, se desarrollará y terminará más rápidamente, pero esa restricción, o bien permitirá poner en cuestión el grado de acierto y justicia de la sentencia dictada (si ya no es admisible hacer valer esas novedades en un proceso posterior, por impedirlo la cosa juzgada), o bien conducirá a que lo que se expulsó por la ventana del “primer” proceso –para agilizarlo–, acabe entrando por la puerta abierta de un proceso nuevo, que contribuirá al aumento del conjunto de la carga de trabajo del sistema judicial e influirá negativamente en que éste pueda atender con mayor agilidad al conjunto de asuntos que penden ante él.

Un aspecto especial del rigor en la admisión extemporánea de medios de prueba es el de la inadmisión de medios de prueba en apelación/segunda instancia (arts. 337, párrafo tercero, y 357). No son admisibles ni siquiera en el supuesto de que se trate de medios de prueba cuya admisión hubiera sido indebidamente rechazada en la primera instancia. Este supuesto, de indudable injusticia procesal, es tratado por el Anteproyecto de otro modo: constituye un motivo de nulidad (art. 366, h), que puede acumularse a la apelación (arts. 364 y 369) o, diciéndolo mejor, se tiene la carga de acumular a la misma (por el art. 370, que impone agotar las posibilidades de reclamación frente a vicios procesales). Esta técnica, que no permite al tribunal de la segunda instancia practicar la prueba indebidamente inadmitida, sino sólo declarar una nulidad por ese vicio procesal, aboca, en mi opinión, a dos salidas inconvenientes: o los tribunales de segunda instancia tenderán, con facilidad, a declarar la nulidad, con sus antieconómicas consecuencias, o, para evitar esto, se orientarán hacia una interpretación restrictiva de la causal de nulidad del art. 366, h), exigiendo, para entenderla concurrente, requisitos adicionales de especial trascendencia de la prueba omitida, con lo que, en definitiva, se restringe, en realidad el derecho a la prueba.

2°) *La sorprendente tolerancia con los incidentes innominados*

En neto y sorprendente contraste con la severidad mostrada en el tratamiento de las cuestiones que acabamos de examinar –que, en definitiva, son incidentes especiales–, el ACPC/2006 es ampliamente generoso y tolerante con los que podemos denominar “incidentes innominados”. Esta opción no me parece coherente con el objetivo de agilizar, de imprimir rapidez al proceso, que se manifiesta en otras previsiones del Anteproyecto.

Veamos los rasgos generales del régimen de los “incidentes innominados”:

- a) Empieza llamando la atención la delimitación amplia, escasamente preocupada por una acotación precisa, y menos aún restrictiva, de lo que debe entenderse por "incidente": "toda cuestión accesoria al asunto principal" (art. 123) o, con base en una elemental interpretación *a contrario* del art. 125, cuestión que tenga "alguna" conexión con aquél asunto³².
- b) Es cierto que, como regla general, el planteamiento del incidente no suspende el procedimiento principal, pero, según el art. 125, no sólo la ley puede establecer especial efecto suspensivo, sino que el juez está habilitado para establecerlo en atención a un concepto jurídico indeterminado.
- c) Pero, aunque el efecto suspensivo no se generalice, es lo cierto que la admisión tan generosa de incidentes –que podrán ser resueltos en diferentes sentidos– deja el procedimiento principal expuesto a un riesgo indefinido de "dinamitado", de alteración de su desarrollo.
- d) Obviamente, el pre-legislador es consciente de los riesgos apuntados y procura ponerles coto con las medidas de multas, consignaciones y depósitos previstas en el art. 127. No obstante, la técnica de, digamos, "control del abuso de incidentes" que establece esta disposición, lejos de resolver el problema, lo agrava, añadiendo a unas posibilidades demasiado amplias de alteración del desarrollo ordinario del procedimiento principal, la desigualdad de las oportunidades de aprovechar esas posibilidades, porque la oportunidad efectiva depende completamente de la capacidad económica de la parte. En síntesis: sólo la parte que pueda pagarse el lujo, podrá "bombardear" a voluntad el desarrollo ordinario del procedimiento³³.

4.2. PROBLEMAS CON LA EFECTIVIDAD DE ALGUNOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE LA TUTELA EJECUTIVA

Entro, ya para terminar, en la valoración de la efectividad de algunos instrumentos de la tutela ejecutiva, que el Anteproyecto ha introducido, pienso que con una fidelidad, quizá excesiva, a la LEC española de 2000. Me refiero a las multas –en algunos artículos incluso llamadas coercitivas,

³² Ni siquiera se utiliza la (probablemente inútil) fórmula restrictiva del art. 387 de la LEC española de 2000, que requiere que "guarden...relación *inmediata*".

³³ Llamo incidentalmente la atención sobre que éste es el modo de tratamiento en el Anteproyecto de las conductas contrarias a la buena fe procesal: éstas son consideradas conductas ilícitas (y sancionables con multas) y no como conductas procesalmente inválidas (y, por tanto, generadoras de actos inadmisibles en virtud de una cláusula general). No reproduciré aquí el art. 8 del ACPC/2006, pero aconsejo leerlo y contrastarlo con el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, según el cual: "1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. (...) 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

como en LEC española de 2000 (art. 505)– y, específicamente, al destino de las mismas y a los supuestos de su aplicación³⁴.

Claramente, y más en el ACPC/2006 (art. 239) que en la LEC española de 2000, el acreedor de las multas es el tesoro público. Esto conduce a que deba plantearse el problema de la respectiva preferencia del crédito por las multas y del crédito que definitivamente –en caso de no haberse conseguido la ejecución en forma específica– se liquide como importe del equivalente dinerario de la prestación incumplida. Ambos créditos han de hacerse efectivos sobre el patrimonio del ejecutado y es posible que éste no sea suficiente o, simplemente, que el completo descubrimiento de los activos patrimoniales ofrezca dificultades incluso para la satisfacción del crédito del ejecutante.

Es imprescindible establecer una norma expresa para esta situación. La ley española no lo hace. Tampoco la he visto en el ACPC/2006, pero no se si puede entenderse establecida por una interpretación sistemática para la que a mí me faltan datos. Lo cierto es que una aplicación del régimen general puede tener consecuencias injustas.

Sería extremadamente grave que pudiera concluirse que, bajo determinadas circunstancias, el crédito por las multas coercitivas puede llegar a ostentar preferencia jurídico-material frente al crédito del ejecutante. Cualquier interpretación conducente a esta conclusión sería abiertamente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante y a la función de las multas en la ejecución. Si las multas se han establecido como medio para la mayor efectividad de la tutela judicial ejecutiva, carecería de sentido que, de un lado, no hubieran contribuido a que se cumpla la prestación según la impone el título ejecutivo, y, de otro, impidan total o parcialmente la satisfacción del ejecutante mediante la obstaculización de la ejecución dineraria subsidiaria.

Sería una consecuencia menos grave, pero también injustificable, la de arrojar sobre el ejecutante, en alguna circunstancia, la carga de hacer valer, en una tercería de mejor derecho, la prioridad de su crédito respecto del crédito por las multas cuya ejecución hubiera alcanzado a causar un embargo anterior.

Pero, en fin, si por esta defectuosa configuración, los tribunales acabaran por retraerse a la hora de aplicar las multas, tampoco habría motivos para darse por satisfecho, porque es lo cierto que, bien diseñados, los medios de coerción indirectos, a disposición del tribunal de la ejecución,

³⁴ Sobre esta materia, más ampliamente, remito a Ortells Ramos, M., “Zwangsgeld oder Astreintes? Schwakende Lösungen im neuen spanischen Zwangsvollstreckungsrecht”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 8 Band, 2003, pp. 201-228. En castellano, “¿Multas o astringencias? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, <http://www.ripj.com>, número 13, en-jun 2004; y, especialmente sobre los supuestos en que pueden ser aplicadas las multas coercitivas, Ortells Ramos, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 878-900.

son una técnica muy útil, a veces imprescindible, para la efectividad de la ejecución de títulos con ciertas clases de prestaciones.

Por ejemplo, para las de hacer personalísimo (como ha previsto la LEC española de 2000 y también el ACPC/2006), y también para las prestaciones de no hacer, de omitir o abstenerse.

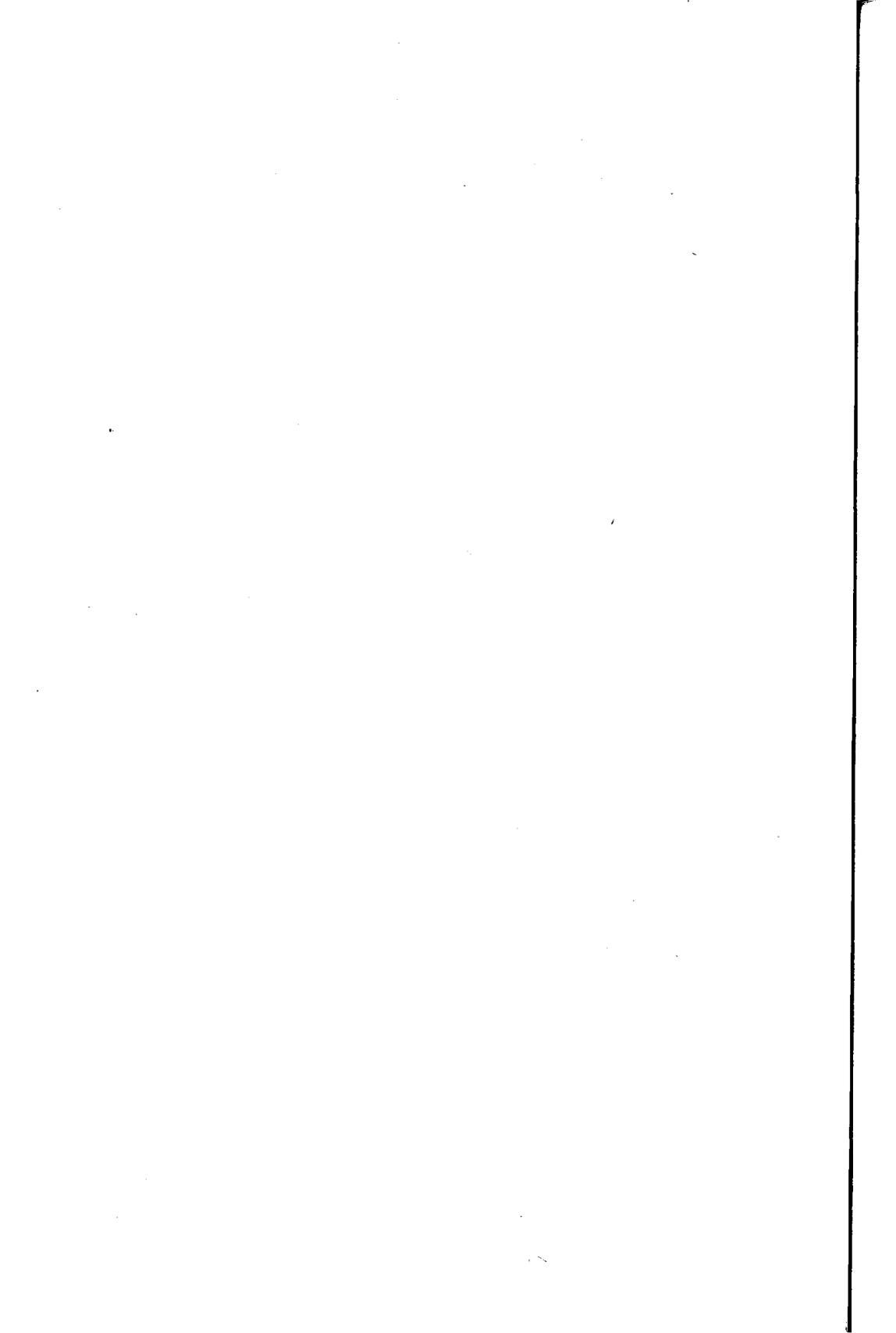
Precisamente respecto de su aplicación a la ejecución por prestaciones de la última clase mencionada surgen nuevos problemas con el régimen previsto para las multas, tanto en la LEC española de 2000, como en el ACPC/2006.

Al igual que el art. 710 LEC española de 2000, el Anteproyecto dispone la aplicación de multas coercitivas para forzar que se deshaga lo indebidamente hecho (art. 504, párrafo segundo), mientras que olvida disponer su aplicación para desincentivar la reiteración de incumplimientos de la conducta omisiva, en los casos en que el deber de abstención que el título ejecutivo impone tenga continuidad y, consiguientemente, pueda ser reiteradamente incumplido (por ejemplo, abstención de actos lesivos de una marca, de una patente, de conductas de competencia desleal en una relación específica). El art. 504, párrafo primero del Anteproyecto hace sólo referencia a la advertencia de persecución penal, cuando hubiera sido más adecuado y útil imponer el pago de multas (u otra medida coercitiva dineraria) cada vez que se cometiera una nueva infracción del título. Así se ha acabado por hacer, en Derecho español, aunque con alcance sectorial (Ley de Marcas, en la que, además, el acreedor de la suma de dinero pasa a serlo el ejecutante; ejecución de condenas de cesación de conductas contrarias a intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios).

BIBLIOGRAFÍA

- BAUR, F. "Potere giudiziale e formalismo del Diritto processuale", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1965.
- Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, Gobierno de Chile, año 4, número 7, noviembre de 2005.
- BOMSDORF, F. *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1970.
- BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, edit. Civitas, Madrid, 1995.
- BÜLOW, O. *La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales* (Trad. Rosas Lichtschein), Buenos Aires, 1964.
- CAPPELLETTI, M. *El proceso civil en el Derecho comparado* (Trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1973.
- CARNACINI, T. "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", en *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951.
- CARNACINI. "Tutela giurisdizionale", en *Studi in onore di Enrico Redenti, passim*.

- CARPI, F., ORTELLS, M. (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente/ Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure*, dos volúmenes, Universitat de València, Valencia, 2008, *passim*.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. "Dictamen de urgencia sobre el "Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal", en *Papeles del C.G.P.J. (1990-1996)*, De la Oliva Santos (Coord.), Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. "Prólogo", en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez, L., edit. Civitas, Madrid, 1993.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*.
- FONT SERRA, E. *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.
- FURNO, C. *La teoría de la prueba legal* (Trad. González Collado), Madrid, 1954.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M. *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
- JAUERNIG, O. *Zivilprozessrecht*, München, 1981.
- JIMÉNEZ CONDE, F. *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.
- LIEBMAN, E. T. "Fondamento del principio dispositivo", *Rivista di Diritto Processuale*, 1960.
- ORTELLS RAMOS, M. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J., JUAN SÁNCHEZ, R. *Derecho Procesal. Introducción*, edit. Edisofer, Madrid, 2006.
- ORTELLS RAMOS M. *Introducción*, cit., p. 204; ORTELLS RAMOS, M., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, edit. Thomson-Aranzádi, Cizur Menor, 2008.
- ORTELLS RAMOS, M. "Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7. Januar 2000", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 5 Band, 2000.
- ORTELLS RAMOS, M. "Zwangsgeld oder Astreintes? Schwakende Lösungen im neuen spanischen Zwangsvollstreckungsrecht", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 8 Band, 2003.
- TAVOLARI GOYCOOLEA, M. P. *El abuso en el proceso*, Editorial Congreso, 2004.



JUSTICIA DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA CIVIL

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid, España

Profesor de Derecho Procesal

Universidad Austral de Chile, Valdivia

1. INTRODUCCIÓN

En estos momentos se está discutiendo en el país un anteproyecto de Código Procesal Civil para reemplazar el más que centenario código vigente que tiene sus raíces en la legislación española decimonónica y, en materias específicas, en el derecho hispánico medieval.

La necesidad de reformar el código procesal civil vigente no tiene las mismas bases que en su momento tuvo la reforma al sistema de enjuiciamiento criminal, donde aparecían conculcados derechos esenciales de un Estado de Derecho como lo son el ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial; el derecho de defensa, con especial referencia a la defensa técnica; el derecho a un juicio público; el derecho a ser presumido inocente, entre los más relevantes. Esa falta de justicia en el enjuiciamiento criminal se veía mayormente agravada debido al tipo de bienes jurídicos que arriesga el acusado por delito: la libertad ambulatoria y bienes patrimoniales. En materia procesal civil no existe tal nivel de flagrancia en la violación de los derechos fundamentales de los justiciables. Quizá el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable sea el más vulnerado en la justicia civil imperante actualmente en nuestro país. De un modo más marginal pueden entenderse vulnerados también otros derechos como el derecho a un juicio público y a una sentencia motivada que se haga cargo de todas las alegaciones y pruebas presentadas por las partes en juicio.

Si en la reforma procesal penal lo urgente era darle más protección al imputado por delito para así cumplir con mandatos constitucionales y

compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile, así como legitimar de un mejor modo el enjuiciamiento criminal, en materia civil quizá lo más apremiante sea obtener sentencias civiles y su ejecución en un plazo más breve. Hay aquí necesidades derivadas de la tutela de derechos fundamentales, como lo son el derecho a una tutela judicial que pueda ser denominada efectiva o quizá el derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable. Sin embargo, el proceso civil tiene una dimensión institucional que se vincula con el funcionamiento del sistema económico de mercado. Un proceso civil que no funciona bien puede significar elevados costos de transacción que impiden la circulación eficiente de bienes y servicios en el mercado; en definitiva, un freno al crecimiento económico del país. Un inversionista que observa que la justicia civil del país funciona en términos anormales desde el punto de vista temporal, puede decidir no invertir en el país. Se podrá replicar que ese inversionista tendrá siempre la alternativa arbitral, pero a los árbitros hay que pagarles y ello implica un costo económico adicional que será considerado por el agente económico. Si en un país funciona una justicia civil estatal eficiente y gratis y en otro no, puede ello determinar la decisión económica que adopta el inversionista.

Dejando de lado por ahora la dimensión institucional de la justicia civil, en el presente trabajo quiero concentrarme en la dimensión de legitimidad o racionalidad de la justicia civil, tanto del procedimiento como de la decisión judicial.

El debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos también tiene aplicación en materias no penales. El juicio civil reclama el reconocimiento de un proceso justo que permita legitimar de buen modo la intervención y la decisión judicial estatal. En este trabajo quiero analizar el funcionamiento del proceso civil vigente en nuestro país a la luz del derecho fundamental a un debido proceso. Sin embargo, la legitimidad que da un correcto desarrollo del proceso civil no es suficiente para considerar justa a la sentencia que es el resultado final del proceso. La justicia del proceso si bien puede ser considerada condición necesaria, para la justicia de la decisión judicial no lo es suficiente. Por ello abordaré también los elementos necesarios para que nuestra justicia civil arroje sentencias debidas o justas.

En las páginas que siguen abordaré (2) el concepto y tratamiento del debido proceso en el derecho chileno; (3) un análisis del Código de Procedimiento Civil vigente a la luz del debido proceso constitucional, para terminar (4) con un análisis de la justicia de las decisiones judiciales civiles.

2. EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO CHILENO

2.1. FUENTES NORMATIVAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO CHILENO

En Chile todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido un derecho fundamental a un proceso debido, pese a que no existe ninguna disposición constitucional que así lo exprese. La Constitución Política de la República (en adelante CPR) no utiliza la expresión debido proceso pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*), lo que podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia de origen anglosajón han construido al respecto¹. Por este motivo, el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de “racional y justo procedimiento” (art. 19 N° 3 inciso 5° CPR). En esta garantía de nuestro texto constitucional hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos. Es ese, el debido o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980.

¿Qué ha de entenderse por racional y justo procedimiento o debido proceso? Dicho de otro modo, ¿qué garantiza el debido proceso a los habitantes del territorio nacional? Evidentemente nos encontramos con una cláusula de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia. La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (en adelante CENC), en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula “racional y justo procedimiento” era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor.

Ahora bien, el texto constitucional, aparte de la criolla cláusula general del debido proceso, reconoció algunas específicas garantías que tradicionalmente han formado parte de un debido proceso, como lo son el derecho de defensa jurídica en juicio (art. 19 N° 3 inc. 2° CPR) y el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley (art. 19 N° 3 inc. 4° CPR). A esas garantías deben agregarse todas las otras que reconocen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes (art. 5° CPR). Entre esos derechos se

¹ Vid. Evans, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic, Santiago, 2004, t. II, p. 148.

encuentra el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a un juicio público, el derecho a ser presumido inocente, etcétera, según los reconocen la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 8° y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) en su artículo 14°, entre otros textos internacionales que vinculan al Estado chileno.

2.2. DEBIDO PROCESO: ¿DERECHOS PROCESALES ESPECÍFICOS O PRINCIPIO GENERAL DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL? ¿REGLAS O PRINCIPIOS?

De conformidad con lo sostenido precedentemente, la expresión debido proceso en Chile debe referirse a específicos derechos procesales reconocidos en la Constitución de 1980 como lo son el derecho a la defensa jurídica y a un tribunal ordinario predeterminado por la ley; a específicos derechos procesales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes, como lo son aquellos reconocidos por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y finalmente, por debido proceso puede entenderse también como un principio constitucional² orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia en el país.

Ahora bien, si entendemos que existe un principio constitucional de racionalidad y justicia en los procedimientos judiciales, es decir, nuestro debido proceso entendido como cláusula o principio general de carácter constitucional, surge la duda de si es compatible dicha cláusula de carácter general con específicos derechos procesales taxativamente reconocidos. Se podría sostener que la idea del debido proceso como un principio general de carácter constitucional tenía razón de ser antes de la reforma constitucional de 1989, toda vez que en la lógica original del constituyente de 1980 figuraba el criterio de no cerrar el catálogo de garantías procesales de una vez y, por el contrario, entregar al legislador y a los tribunales con competencia para velar por la supremacía constitucional la concreción de específicas garantías que sean expresión de este principio general de carácter constitucional. Sin embargo, al incorporarse un extenso catálogo de derechos procesales con la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos y su inclusión en el bloque de constitucionalidad chileno, producto de la reforma constitucional de 1989 (art. 5° CPR), se podría pensar que la utilidad del debido proceso como principio general que necesita ser precisado en casos concretos ya no tiene sentido. Así se podría concluir que cuando se hace referencia al derecho

² Vid. Zapata, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 568.

a un debido proceso en nuestro país se alude a los específicos derechos procesales que reconocen el artículo 19 N° 3 inciso 2° e inciso 4° CPR y los tratados internacionales sobre derechos humanos (especialmente el art. 8° CADH y el 14° del PIDCP).

Otra interpretación posible dirá que el reconocimiento de específicos derechos procesales en el texto constitucional y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno no excluye esta faceta expansiva del debido proceso como principio constitucional, que puede servir para que el legislador y los tribunales de justicia reconozcan, además, otros ámbitos de justicia de los procedimientos judiciales que no han sido expresamente abordados en la Constitución ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es ésta, como veremos, la tesis más aceptada en nuestro derecho.

La concepción del debido proceso como principio constitucional tendrá una especial significación en materia procesal penal. Esto se explica por el hecho que frente a las personas imputadas por delito tengamos al Estado como órgano persecutor (Ministerio Público). Esa asimetría de significación procesal, como sabemos, intenta paliarse con la garantía reconocida a todas las personas como lo es aquella de ser presumido inoçente, garantía que precisamente pretende balancear el peso de los participantes en el enjuiciamiento criminal. De este modo resulta aconsejable que el legislador desarrolle adecuadamente garantías que hagan operativo este principio constitucional y que en determinados casos los jueces penales puedan ampliar el radio de protección que brinda un proceso debido o un proceso con todas las garantías a los perseguidos por delitos. En este caso el debido proceso puede ser considerado como un principio constitucional que sirve a la creación de reglas dirigidas a los agentes de la persecución penal.

De este modo, la legitimidad de la actuación del Ministerio Público y de las policías en un procedimiento criminal podrá ser determinada en cada caso concreto por los jueces atendiendo al respeto o no del principio del debido proceso³. Ello es particularmente relevante en el rol que podrían cumplir los jueces de garantía al autorizar a los fiscales del Ministerio Público medidas intrusivas, cautelar garantías y excluir pruebas ilícitas. Lo mismo debe decirse de la Corte Suprema en el enjuiciamiento criminal como tribunal de amparo de las garantías constitucionales de los imputados en los juicios penales (art. 373 a) del Código Procesal Penal). La Corte Suprema podría anular un juicio penal y la sentencia condenatoria atendiendo a actuaciones del Ministerio Público o las policías que hayan podido afectar un enjuiciamiento justo respecto del imputado.

³ Vid. López, Julián, "Debido proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas", en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Bordalí, A. (coordinador), edit. Lexis Nexis, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2006, p. 189.

En materia procesal civil la existencia del principio constitucional del debido proceso tendrá como principal destinatario al legislador y no al juez civil. Esto se justifica por el hecho que las partes del proceso civil corresponden, normalmente, a dos sujetos que se encuentran en términos formales de igualdad. Por otra parte, no hay derecho a ser presumido inocente que respetar, ni órganos estatales persecutores, ni sanciones que afecten gravemente bienes jurídicos como la libertad ambulatoria. Todo ello, en principio, y a diferencia del juez penal, no avala una actuación del juez que pretenda hacer más justo al procedimiento civil que lo que el legislador previamente haya dispuesto desarrollando la garantía constitucional.

Los juicios civiles tienen sus propios problemas. Uno de ellos dice relación con que las referencias a garantías procesales son muy escuetas y estructuradas, en algunos casos, como conceptos jurídicos indeterminados que dan lugar a dudas interpretativas.

Si ponemos atención en la CADH, la verdad es que en materias procesales no penales (civiles, laborales, fiscales, etc.) el núcleo de las garantías procesales está en el artículo 8° N° 1 que dispone que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Aquí tenemos tres tipos de conceptos que dan lugar a tres problemas diferentes de interpretación.

Comencemos por lo más obvio. Todo precepto jurídico da lugar a interpretaciones diversas. Así, por mucho que se garantice el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, habrá de determinarse qué se entiende concretamente por un juez o tribunal con esas características. Pero luego hay garantías menos precisas como ocurre con el derecho a ser oído. ¿Significa literalmente el derecho a plantear una pretensión o una defensa directa y por lo tanto oralmente ante el juez? ¿Significa solamente el derecho de toda persona a decir lo que se estime conveniente a su interés ante un juez o tribunal o ante otros funcionarios judiciales? ¿Significa el derecho a la defensa judicial? ¿Significa el derecho a un juicio contradictorio? Pero además hay una referencia a conceptos jurídicos indeterminados cuando este artículo 8° CADH se refiere a ser oído "con las debidas garantías". Parece ser que este derecho así concebido abre de nuevo la válvula de derechos, lo que obliga a colmar por un agente autorizado el contenido de esa garantía. Lo mismo sucede con el artículo 14° 1. PIDCP cuando asegura que "[...] toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]".

Por el contrario, en materia procesal penal, los derechos procesales están mucho más detallados por los textos internacionales, como sucede con el artículo 8° N° 2 letras a) a h), 3, 4 y 5 CADH y artículo 14° N° 2, 3 letras a) a la g), 4, 5, 6 y 7 PIDCP.

Esta distinción entre garantías procesales del orden civil y del orden penal que reconocen los tratados internacionales podría tentar a una explicación en el sentido que las primeras al estar menos desarrolladas normativamente en comparación con las segundas son disposiciones de principio y las segundas corresponden a reglas. Donde está más desarrollada la garantía habría una regla que se aplica en una lógica de “todo o nada” y frente a mayor vaguedad estaríamos frente a un principio que permitiría su ponderación frente a otros valores concurrentes. La verdad es que no me parece pertinente hacer una clasificación de las disposiciones de principio o regla que responda a supuestas características ontológicas de dichas regulaciones. Fuera de algunos casos que pueden ser considerados como instancias paradigmáticas de regla o principio, las garantías procesales reconocidas en tratados internacionales así como en la Constitución podrían ser consideradas como reglas o como principios atendido a estrategias interpretativas utilizadas para alcanzar determinados fines jurídicos o políticos⁴. En los textos constitucionales las disposiciones pueden ser consideradas como principios o como reglas según como se las interprete. Nada parece haber *a priori* que permita diferenciar unas de otras.

De conformidad con lo dicho, se debe concluir que en el sistema constitucional chileno no existe un catálogo cerrado de derechos procesales. Pero ello no se refiere sólo a no taxatividad derivado del propio sentido del constitucionalismo como garantía mínima, que implica que el legislador siempre puede ampliar el catálogo de derechos de las personas, sino en otros dos sentidos: como principio constitucional y como concepto jurídico indeterminado ya que no existe claridad sobre cuáles son los derechos mínimos que se le reconocen a las personas. Ello lleva a sostener que en los procesos penales así como en los no penales (civiles, laborales, fiscales, etcétera), el debido proceso se comporta como un principio constitucional y como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser precisado ya sea por el legislador o por los tribunales de justicia. En algunos casos los derechos procesales podrían entenderse también como reglas jurídicas.

Llegados a este punto hay que señalar que tanto en materia procesal penal como civil el debido proceso funciona como un “metaderecho” referido a un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos

⁴ Vid. Villa, Vittorio, “Il ‘giusto processo’ fra regole e principi”, en *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Manzini, M. / Puppo, F. (editores), edit. Giuffrè, Milán, 2008, p. 247.

humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia.

La cuestión más relevante entonces en la comprensión del derecho a un debido proceso estribará por lo tanto en la determinación de quién puede colmar el contenido de este derecho y principio y quién puede controlar esa labor.

2.3. CONCRECIÓN Y DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO CHILENO

La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, en su sesión N° 102, estimó que quien debía colmar el principio del debido proceso debía ser el legislador. Asimismo, ideó que la Corte Suprema como tribunal competente para conocer de la inaplicabilidad de las leyes, es decir como corte materialmente constitucional, debía ser el órgano capaz de controlar si el legislador estaba regulando los procedimientos judiciales de acuerdo a un canon de racionalidad y justicia, o, lo que es lo mismo, según exigencias de un debido proceso. La inaplicabilidad de las leyes debía servir a estos efectos de dos vías diferentes. Una vía de control en el sentido que el legislador no conculcara los derechos de los justiciables de carácter procesal y una segunda consistente en la formación de una jurisprudencia que delinea el contenido de este derecho constitucional. Con esta opción se quiso evitar que se controlara a los tribunales de justicia en sus decisiones judiciales sobre el respeto o no del debido proceso en los casos concretos. La Corte Suprema no debía controlar las decisiones de los tribunales inferiores sino sólo al legislador.

Sin embargo, la situación cambió radicalmente con la reforma procesal penal del 2000, donde la Corte Suprema, además de mantener el rol de corte constitucional que le reconocía el artículo 80 CPR y que le permitía inaplicar leyes contrarias a la Constitución, asumió un rol de tribunal de amparo del derecho a un debido proceso en el caso que los órganos de persecución penal, es decir, Ministerio Público y policías, o bien los jueces con competencia penal, violaran en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, de un modo sustancial, los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (art. 373 a) CPP). Entre esos derechos o garantías que debe tutelar la Corte Suprema está el derecho a un debido proceso. Y lo propio hay que señalar de los jueces de garantía, que, como su propio nombre lo indica, deben tutelar el derecho a un debido proceso frente a peticiones intrusivas o de pruebas introducidas que puedan afectar ese derecho constitucional.

Ya sabemos que el debido proceso es un principio constitucional y un concepto jurídico indeterminado que necesita de concreción. Lo novedoso

de la reforma procesal penal es que se le encomendó nuevamente a la Corte Suprema que siguiera desarrollando esa tarea, pero ahora con posibilidades mucho más incisivas, toda vez que tal labor de concreción y desarrolladora del contenido del debido proceso la puede ahora realizar respecto de la mayoría de los procedimientos criminales y la sentencia respectiva, factibles de ser anulados en virtud de la causal de nulidad del artículo 373 a) CPP. Una igual función de garantía del debido proceso asumieron desde el año 2000 los jueces de garantía. Sin embargo, como lo destaca Julián López, al menos en el caso de la Corte Suprema, hasta la fecha no se ha consolidado esta tarea concretizadora del debido proceso como principio constitucional⁵.

Con la reforma constitucional de agosto de 2005 la función de la Corte Suprema en materia de concreción del debido proceso se restringió a esta competencia anuladora de procedimientos y sentencias judiciales, toda vez que la competencia para inaplicar leyes, como sabemos, se le transfirió al Tribunal Constitucional (art. 93 N° 6 CPR). Y además se le atribuyó el poder al Tribunal Constitucional, una vez que ha sido declarado inaplicable algún precepto legal, su declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* (art. 93 N° 7 CPR). Igual competencia anulatoria se le confirió al Tribunal Constitucional respecto de autos acordados dictados por la Corte Suprema o por las Cortes de Apelaciones que pudieren afectar al ejercicio de los derechos fundamentales de alguna persona que sea parte en juicio o gestión judicial pendiente ante tribunal ordinario o especial (art. 93 N° 2 en relación con el inciso 19 del mismo artículo), con lo cual se puede impugnar la constitucionalidad de un auto acordado cuando afecte el derecho a un debido proceso de los justiciables.

En materia de procesos civiles la labor de concreción o desarrollo de los contenidos del debido proceso corresponde ser realizada, al día de hoy, por el legislador. Ese legislador puede ser controlado por el Tribunal Constitucional a través de la declaración de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad de las leyes. En caso que la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones mediante autos acordados afecten el derecho a un debido proceso de los justiciables, el Tribunal Constitucional también puede controlar esa situación. De este modo, se debe concluir que los órganos constitucionales que pueden desarrollar el sentido y alcance de los derechos que componen un debido proceso civil son actualmente el legislador y el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en el anteproyecto de Código Procesal Civil se propone agregar a otro poder constitucional en esta labor concretizadora del contenido del debido proceso, como lo es la Corte Suprema en su rol de corte de nulidad. En efecto, el artículo 365 del texto en estudio establece

⁵ Cfr. López, Julián, "Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas", op. cit., pp. 206 y 207.

como causal genérica del recurso de nulidad en contra de la sentencia a) "Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". Si se aprueba la reforma procesal civil en el modo como se la está proponiendo, la situación de concretización y control del respeto del debido proceso quedará en una situación bastante parecida a la existente en materia procesal penal. Las únicas diferencias estribarán en que no hay jueces equivalentes a los de garantía para controlar ciertas actuaciones de agentes estatales persecutoras que pudieran afectar el debido proceso del imputado, así como que los momentos procesales donde se pudiere afectar el debido proceso será durante el juicio o el pronunciamiento de la sentencia y no ya en etapas anteriores al juicio que en materia civil no existen.

3. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL A LA LUZ DEL DEBIDO PROCESO

Delineado lo que se entiende por debido proceso a efectos de este trabajo, lo que sigue consiste en referirse a si el actual Código de Procedimiento Civil, como cuerpo legislativo necesariamente abstracto y general, vulnera el debido proceso reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, específicamente la CADH y el PIDCP.

Voy a considerar críticamente cuatro contenidos del debido proceso que podrían encontrarse vulnerados por la actual regulación procesal civil. Esos derechos específicos son. 3.1. El derecho a un juicio público; 3.2. El derecho de defensa en juicio; 3.3. El derecho a una sentencia motivada y 3.4. El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable.

3.1. EL DERECHO A UN JUICIO PÚBLICO

El artículo 14 N° 1 del PIDCP es bastante claro en exigir que los juicios penales y aquellos donde se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil sean públicos. "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". Luego agrega que "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral [...] pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública [...]".

La publicidad que exige el PIDCP es una de carácter externa o en sentido estricto, es decir, considerando a la sociedad o terceros ajenos al pleito. Esa publicidad debe permitirse admitiendo la presencia de terceros en la

sala de audiencia de los juicios y a través de los medios de comunicación que pueden informar, filmar y fotografiar la audiencia de juicio. Y esa publicidad que considera a terceros y a la prensa como testigos del enjuiciamiento sólo se satisface con audiencias orales, no con procedimientos escritos. O dicho de manera menos tajante, la publicidad se ve favorecida por la oralidad, la que debe predominar en el procedimiento⁶. Entonces se puede concluir que en el PIDCP, al parecer, el derecho que tienen las personas en materia procesal, penal o civil, es a un juicio oral y público.

La expresión referida a la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil no es irrelevante, pues lleva a excluir de este deber de publicidad a los juicios no declarativos de derechos, como son los ejecutivos, cautelares y otros. Sólo los juicios donde hay que determinar derechos y obligaciones, lo que implica una etapa de prueba para acreditar las alegaciones fácticas de las partes, reclamarían publicidad y oralidad en los términos antes apuntados. Respecto de otros juicios civiles como los ejecutivos, no sólo no es exigible constitucionalmente la oralidad y publicidad, sino que, además, es poco recomendable esta forma procedimental por razones de seguridad jurídica y efectividad de la tutela jurisdiccional.

La publicidad, y luego se podría deducir la oralidad, sólo es exigida en la CADH para los procesos penales. Para los juicios civiles no existe tal prescripción normativa. Sólo garantiza la CADH el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial. En una interpretación muy literal, en el derecho a ser oído por el tribunal podría entenderse la exigencia de establecer procedimientos orales, pero la verdad es que en la mayoría de las constituciones y documentos internacionales ésta sólo se exige por imperativo de la publicidad. Exigiéndose publicidad del procedimiento, se exige, consecencialmente y no para todas las etapas sino sólo para las alegaciones de las partes y la rendición de las pruebas ante el tribunal, la forma oral del procedimiento. No exigiéndose publicidad, como ocurre para los procesos civiles en la CADH, no hay exigencia de oralidad.

De este modo, hay que concluir que los procedimientos declarativos escritos que consagra nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, se contraponen a lo que exige el PIDCP. Es de precisar que esa vulneración del referido tratado internacional apunta sólo a la no existencia de oralidad y efectiva publicidad en la fase de alegaciones y de rendición de los medios de prueba y la sentencia, fases donde la forma procesal debe ser contrastada frente a las exigencias constitucionales de un debido proceso. No hay al parecer vulneración de la CADH con los procedimientos civiles escritos.

⁶ Vid. Vallespín, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2002, p. 73.

3.2. EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

3.2.1. Medidas para mejor resolver

Al contrario de lo que afirma un sector de la doctrina nacional en el sentido de que un juez que solicita pruebas de oficio en el proceso civil pierde su imparcialidad⁷, he sostenido, en otras ocasiones⁸, que los peligros de un juez activo en materia probatoria no están referidos a la pérdida de su imparcialidad sino a una eventual conculcación del derecho de defensa de las partes. Un juez que solicita la introducción de una prueba al proceso no pierde su imparcialidad porque puede terminar dando por no establecido o acreditado el hecho dudoso por el que solicitó prueba y, además, porque no conoce de antemano el resultado de la prueba y como tal no sabe si favorecerá a una u otra parte de la contienda⁹.

No obstante no afectar la imparcialidad judicial, ese juez que solicita pruebas de oficio puede sorprender a una de las partes del juicio y puede hacer peligrar la estrategia defensiva que cada parte había diseñado para la causa. Por este motivo, si se han de reconocer poderes probatorios al juez civil, se debe poner especial atención en respetar el derecho de defensa de las partes en juicio.

Si el juez civil propone la introducción al proceso de determinado medio probatorio, las partes deberían tener siempre la oportunidad de producir contraprueba. Así lo dispuso, por ejemplo, el legislador italiano en el Código de Procedimiento Civil con la reforma del año 1990, que modificó el artículo 184 inciso 3°. Esta disposición señala que "En el caso en que sean dispuestos de oficio medios de prueba, cada parte podrá deducir, dentro de un término perentorio asignado por el juez, los medios de prueba que sean necesarios en relación a los primeros".

El Tribunal Constitucional español¹⁰, a propósito de las diligencias para mejor proveer en materia civil en la regulación procesal civil anterior al nuevo código de 2000, ha estimado que si el tribunal de la instancia hace uso de ellas, solicitando la introducción de oficio de medios probatorios, hace nacer el derecho de ambas partes para intervenir contradictoriamente durante su realización.

La regulación actual del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil chileno que, como sabemos, regula las denominadas medidas para

⁷ Vid. Palomo, Diego, "Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XVIII-Nº 1, julio 2005, p. 188.

⁸ Vid. Bordalí, Andrés, "El debido proceso civil", en *La constitucionalización del derecho chileno*, Ferrada, J. C. (coordinador), Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral de Chile, Santiago, 2003, p. 271; también vid. "Los poderes del juez civil", en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, De la Oliva, A. / Palomo, D. (coordinadores), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 203.

⁹ Sobre este punto vid. Hunter, Iván, *Las potestades probatorias del juez de familia*, edit. Legal Publishing-Universidad Austral de Chile, Santiago, 2008, p. 71.

¹⁰ Sentencias 35/1989, de 14 de febrero y 226/1988, de 28 de noviembre.

mejor resolver que no son otra cosa que poderes oficiosos de los jueces para incorporar medios probatorios al proceso civil, no consagra este derecho a producir contraprueba. Lo único que establece al respecto el precepto, pero que no lo reconoce como derecho a contraprueba de las partes sino como facultad del juez, es la posibilidad de abrir un término especial de prueba no superior a ocho días, en el caso que de la rendición de estas medidas probatorias haga surgir nuevos hechos indispensables para dictar sentencia (art. 159 inc. 5° CPC).

De este modo, la actual regulación de las medidas para mejor resolver puede importar una vulneración del derecho de defensa de las partes, que pueden ver perjudicada la estrategia perfilada para la tutela de sus derechos e intereses con la actuación oficiosa del tribunal.

Si la reforma al Código de Procedimiento Civil decide conferir poderes oficiosos en materia de prueba al juez civil, debe hacerlo de un modo tal que se reconozca el derecho de las partes a producir contraprueba. Sólo así se asegura adecuadamente el derecho fundamental de defensa constitucionalmente sancionado.

3.2.2. Medidas cautelares decretadas *inaudita altera parte*

El Código de Procedimiento Civil chileno vigente acepta dos hipótesis de adopción de medidas cautelares (o precautorias en la terminología de nuestro código) sin que se notifique previamente al sujeto pasivo de estas medidas. Una de ellas es la adopción de las medidas cautelares con un carácter prejudicial, es decir, antes de ser presentada la demanda (artículos 279 y 280 CPC). La otra se refiere a la posibilidad de llevar a efecto una medida cautelar en juicio antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene (art. 302 inc. 2° CPC). En este caso, cumplida la medida precautoria, se la deberá notificar al sujeto pasivo dentro de los cinco días siguientes o dentro de la ampliación de este plazo que determine el tribunal por motivos fundados. Si ello no se realiza dentro del plazo en cuestión, quedan sin efecto, de pleno derecho, como lo han sostenido un sector de nuestra doctrina y jurisprudencia¹¹, las medidas decretadas.

Es de destacarse que la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritarias no exigen la tramitación de un incidente previo respecto a la adopción de una medida cautelar¹². Es decir, se sostiene que en la adopción de una medida cautelar no es necesario oír previamente al que sufre tal medida. La redacción del artículo 302 inciso 1° que sostiene que “el incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad

¹¹ Vid. Marín, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 274 y 275.

¹² Vid. Marín, Juan Carlos, op. cit., pp. 266 y ss.

a las reglas generales y por cuerda separada” ha sido interpretada en el sentido que el incidente en cuestión se refiere al caso en que el sujeto pasivo de la medida se oponga a la misma o pida su alzamiento. Quiere ello decir que, en esta interpretación, las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil se decretan de plano sin escuchar previamente al sujeto pasivo. Una vez decretada la medida y notificada legalmente, puede ser impugnada por el sujeto pasivo naciendo el incidente respectivo.

Y el inciso 2º del artículo 302 CPC va más allá todavía, ya que en este caso se solicita la medida, lo que el juez debe resolver de plano. Si el juez decreta la medida, ésta se cumple y luego, dentro de los cinco días siguientes a su cumplimiento, debe ser notificada por cédula o personalmente al sujeto pasivo. Y desde ahí, como en el caso anterior, podrá oponerse a la medida o solicitar su alzamiento.

La interpretación mayoritaria nacional en orden a que las medidas cautelares en materia procesal civil se decretan por regla general de plano, ha sido cuestionada por un sector de la doctrina nacional y comparada. Así, en nuestro país, Juan Carlos Marín ha señalado que esta postura minimiza demasiado los intereses del sujeto pasivo y se violentan principios claves en el desarrollo de un proceso justo e imparcial¹³. En el derecho comparado Franco Cipriani ha señalado que a la luz del artículo 111 de la Constitución italiana, que entre otras cosas garantiza el contradictorio entre partes, no es legítima la posibilidad de conceder una medida cautelar *inaudita altera parte* difiriendo el contradictorio para un momento posterior. La Constitución italiana, a su juicio, asegura siempre el derecho de defensa respecto de la contraparte como asimismo garantiza que el juez no pueda tomar ninguna decisión sin antes haber articulado un contradictorio entre partes¹⁴.

En España, Manuel Ortells ha señalado que la regla general es decretar estas medidas previa audiencia del demandado, excluyendo la audiencia sólo en los casos en que la Ley de Enjuiciamiento Civil así lo dispone¹⁵. Sin embargo, en ninguna parte se pronuncia este autor sobre la inconstitucionalidad de decretar estas medidas *inaudita altera parte*. Más claro a favor de la constitucionalidad en esta hipótesis es Vallespín¹⁶, quien sostiene que la regla general para la efectividad de la tutela cautelar debería ser la concesión de las medidas cautelares *inaudita parte*.

A mi juicio, existiendo el derecho del sujeto pasivo para oponerse a una medida cautelar después de decretarse ésta, no puede considerarse

¹³ Cfr. Marín, Juan Carlos, op. cit., p. 278.

¹⁴ Cfr. Cipriani, Franco, “El procedimiento cautelar entre eficiencia y garantías”, en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, De la Oliva, A. / Palomo, D. (coordinadores), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 310.

¹⁵ Cfr. Ortells, Manuel, *Derecho procesal civil* (con la colaboración de Mascarell, M. J. et al.), edit. Thomson Aranzadi, 7ª edic., Navarra, 2007, pp. 961 y ss.

¹⁶ Cfr. Vallespín, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, op. cit., p. 100.

que su derecho de defensa o, más en general, su debido proceso, ha sido vulnerado. Hay que tomar en cuenta dos cosas sobre este punto. La primera es que el juez debe valorar en la adopción de la medida cautelar la concurrencia de los presupuestos esenciales de estas medidas como lo son el *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. Hay aquí una primera valoración racional por parte del juez de si debe o no adoptar la medida. Si la decreta es porque ha valorado positivamente la apariencia de buen derecho que le asiste al sujeto activo, así como la necesidad de decretarla para alejar un peligro a los intereses de este sujeto activo. En segundo lugar, de decretar o no la medida depende de que se pueda lograr en el futuro una tutela al actor que sea realmente efectiva. Hay un interés público en concretar una efectividad en la tutela del que sostiene ser titular de un determinado derecho o interés legítimo. Si esta tutela cautelar se decreta con error, pues de ello podrá dar cuenta el sujeto pasivo cuando, después, se oponga a la medida, si es que decide hacerlo.

El adoptar un sistema de medidas cautelares escuchando o no previamente al sujeto pasivo de tales medidas es una cuestión de oportunidad que tiene que valorar el legislador según los valores que haga primar en esa opción. No hay cuestiones de constitucionalidad en una u otra opción. Si el legislador opta por decretar las medidas cautelares *inaudita altera parte* con carácter general o como sistema excepcional, no se viola con ello el derecho de defensa de los demandados en juicios civiles. Todo ello en el entendido que el contradictorio no ha sido suprimido sino sólo diferido.

3.3.3. El derecho a una sentencia motivada

En nuestro derecho patrio no hay ninguna norma del bloque de constitucionalidad (Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos) que disponga que las resoluciones judiciales deben ser motivadas o fundamentadas.

En otro trabajo¹⁷ he intentado justificar la existencia de este derecho de los justiciables a obtener una sentencia judicial motivada en los hechos y el derecho que se deriva de la cláusula del justo y racional procedimiento consagrado constitucionalmente. Es lógico concluir que si el proceso por el cual se llega a la decisión jurisdiccional debe ser por mandato constitucional "racional y justo", la decisión también debe serlo pues, como señaló Calamandrei hace más de cincuenta años, el signo más importante y más típico de racionalización de la función jurisdiccional es la motivación de las decisiones judiciales¹⁸.

¹⁷ Vid. Bordalí, Andrés, "El derecho fundamental de acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, t. XCVII, N° 3, 2000, pp. 100 y 101.

¹⁸ Cfr. Calamandrei, Piero, *Processo e democrazia*, edit. Cedam, Padua, 1954, pp. 95 y ss.

En la expresión procedimiento a que se refiere el artículo 19 N° 3 inciso 5° CPR, el que debe ser racional y justo, debe considerarse el fenómeno procesal completo que se inicia con la impetración de la actividad jurisdiccional por el interesado y termina, normalmente, con la decisión que se pronuncia sobre la pretensión deducida por el actor. El proceso no puede desvincularse de la decisión judicial puesto que están necesariamente conectados en una relación de medio a fin, de instrumento a resultado, de premisa a consecuencia¹⁹. Proceso (o su expresión formal como lo es el procedimiento) y sentencia judicial deben ser racionales y la sentencia lo será si está debidamente fundamentada.

Sin embargo, y específicamente este derecho a una fundamentación fáctica de las sentencias, puede deducirse directamente del derecho de defensa de las partes, según la propuesta que realiza Jordi Ferrer²⁰ en España. La argumentación que sigue este autor es la siguiente. Todas las personas tienen asegurado constitucionalmente el derecho de defensa. Una concreción o especificación de ese derecho de defensa es el derecho de cada parte de aportar los medios de prueba de conformidad a la ley. Para respetar ese derecho a la prueba el juez debe hacerse cargo de todas y cada una de las pruebas introducidas por las partes en su sentencia, las hubiese estimado o no.

La valoración de cada prueba presentada que se adscribe al modelo analítico de motivación de las conclusiones probatorias excluye el denominado sistema holista o globalizador que permite al tribunal realizar una valoración conjunta de las pruebas presentadas en juicio²¹. Este modelo analítico excluye argumentaciones judiciales del tipo "en virtud de los medios probatorios aportados en juicio, este tribunal ha formado su convicción de que el demandado causó los daños reclamados por el actor". Ahora bien, una vez que el tribunal ha realizado una valoración respecto a cada medio probatorio aportado, ello no excluye al final una valoración conjunta de las pruebas con fines conclusivos o de cierre de la argumentación.

El actual Código de Procedimiento Civil es bastante parco al referirse a la motivación de las sentencias, tanto en materia de hechos como de derecho. Y es en relación a la motivación de los hechos donde la regulación procesal contemporánea es cada vez más exigente. Así, por ejemplo, los artículos 36, 297 incisos 2° y 3° y 342 c) del Código Procesal Penal señalan respectivamente: "Será obligación del tribunal fundamentar sus resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren

¹⁹ Vid. Taruffo, Michele, "Giudizio, processo, decisione", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, septiembre 1998, año LII, N° 3, p. 787.

²⁰ Cfr. Ferrer, Jordi, "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", en *Jueces para la democracia* 47, julio 2003, *passim*.

²¹ Vid. Accatino, Daniela, "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal", en *Revista de Derecho* Universidad Austral de Chile, vol. XIX-N° 2, diciembre 2006, pp. 14 y 15.

sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucin- tamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación". Y luego, en la segunda disposición citada se agrega: "El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia". Finalmente el artículo 342 expresa que la sentencia definitiva contendrá: "c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297".

Todo ello es bastante diferente y, por cierto, más exigente que la actual regulación en materia procesal civil, que se restringe, en relación a los hechos, al artículo 170 que dispone que "Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: 4) Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia".

El auto acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias de 1920, sin perjuicio de profundizar un poco más la austera normativa del 170 CPC, en ninguna parte obliga a los jueces a considerar todos los medios de prueba rendidos por las partes en juicio, sea para estimarlos o desecharlos.

De acuerdo con la actual normativa sobre motivación de las sentencias civiles, los jueces podrían perfectamente no decir nada sobre algunas pruebas presentadas por las partes en juicio, lo que afectaría su derecho a la prueba. Pero además, no hay ninguna exigencia respecto a que los jueces en sus sentencias permitan la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones probatorias. Sólo existe a nivel de auto acordado pero no de ley la exigencia de consignar las consideraciones de hecho como las de derecho de conformidad al orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera.

La reforma procesal civil debe hacerse cargo de elevar los estándares de motivación de las sentencias definitivas. Por respeto del derecho a la prueba de las partes en juicio y para acrecentar el grado de racionalidad de la actividad juzgadora a fin de hacerla más comunicable a las partes y a terceros y para permitir su control adecuado por los tribunales competentes.

Y todo esto, como corresponde en un Estado de Derecho, debe estar regulado por el legislador, no por un tribunal de justicia, por muy corte de casación y órgano de gobierno del Poder Judicial que sea.

3.3.4. El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable

El artículo 8.1 de la CADH garantiza que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable [...]”.

El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable comporta un análisis en concreto, caso a caso, que debe ser realizado por el órgano jurisdiccional a quien le corresponda velar por el respeto del debido proceso en un caso particular. De acuerdo a la jurisprudencia que se ha conformado en el derecho comparado, comporta examinar un conjunto de variables como el comportamiento del tribunal, la conducta de las partes, la complejidad del asunto y la duración media de ese tipo de procedimiento. Se trata de un complejo de variables que rechaza un mero incumplimiento de los plazos procesales para dar por constituida la violación de este derecho fundamental²².

Pero, además, comporta un examen de la ley que regula el procedimiento. Aquí se puede analizar críticamente la opción legislativa de escrituración de los procedimientos, si hay o no concentración de la actividad procesal, si existen trámites innecesarios, excesivos recursos procesales, etcétera.

En el caso chileno, en materia procesal civil, sólo es posible de controlarse la segunda faceta del derecho en cuestión, es decir, si el diseño legal permite respetar o no el derecho en cuestión. Ese control en nuestro derecho sólo puede ser realizado por el Tribunal Constitucional por medio de la inaplicabilidad de las leyes y luego, eventualmente, por la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes (arts. 93 N^{os} 6 y 7 CPR). No voy a cuestionar en este momento si la inaplicabilidad es la institución coherente para analizar abstractamente una ley según los mandatos constitucionales, cuestión que hace unos años puso en discusión en Chile Fernando Atria²³, pero al menos de acuerdo a nuestra jurisprudencia existente es perfectamente posible solicitar la inaplicabilidad de una ley procesal habiendo una gestión judicial pendiente. Y si se declara esa inaplicabilidad con efectos *inter partes* queda abierta la vía para intentar la declaración de inconstitucionalidad posterior con efectos *erga omnes*.

²² Vid. Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, edit. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 118 y ss.

²³ Vid. Atria, Fernando, “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto 2001 (número especial dedicado a la Justicia Constitucional), *passim*.

Según informa el Foro para la Reforma Procesal Civil, la duración promedio de los juicios civiles es de 2009 días para el juicio ordinario; 785 días para el juicio ejecutivo y 707 días para el juicio sumario, lo que el Foro considera claramente como lentitud y retardo en nuestro enjuiciamiento civil²⁴. Parece ser que el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable no se respeta en nuestro país.

Es evidente que la pura regulación procedimental no logra *per se* una mayor rapidez en los procedimientos judiciales²⁵, pero es quizá el primer paso reformador que se debe dar para lograr una justicia civil más eficiente. Entre las reformas que pueden contribuir a una mayor rapidez debe señalarse la introducción de la oralidad en los procedimientos declarativos, lo que debe ir acompañado necesariamente de mayores recursos humanos y materiales y una adecuada organización de la oficina judicial. Asimismo, la reducción de las resoluciones recurribles; la ejecución provisional de las sentencias definitivas; la introducción de procedimientos que permitan cobrar rápidamente sumas de dinero adeudadas, como lo logra un adecuado procedimiento monitorio; mayores poderes de dirección procesal a los jueces civiles; la introducción de tutelas de urgencia; la racionalización de los procedimientos ejecutivos a fin de hacerlos efectivamente ejecutivos y no declarativos; todas ellas deben ser consideradas entre otras modificaciones posibles.

4. JUSTICIA DE LA DECISIÓN JUDICIAL CIVIL

El respeto de todos los extremos del derecho al debido proceso de las partes en juicio es condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción en el contexto de un Estado de Derecho. Se obtiene así una mayor legitimidad de la actuación jurisdiccional del Estado. Sin embargo, la justicia del procedimiento, esto es, el respeto de un *fair play* procesal, no es suficiente para lograr decisiones judiciales justas. Es perfectamente factible que ante un tribunal competente, independiente e imparcial, donde se desarrolle un contradictorio pleno que garantice ampliamente el derecho de defensa de las partes, se obtengan decisiones judiciales injustas debido a una errónea interpretación de la ley sustantiva, o porque se han reconstruido erróneamente los hechos de la causa o por otras razones²⁶.

Si queremos hablar de justicia ante los tribunales de justicia se debe partir por la justicia del procedimiento, esto es, el respeto del debido o

²⁴ Vid. "Informe de Foro para la Reforma Procesal Civil", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 21, Universidad de Chile, Santiago, 2008, p. 12.

²⁵ Vid. Berizonce, Roberto, "El problema de la ineficiencia del sistema judicial. Algunas propuestas de solución", en *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolarí Oliveros*, Romero Seguel, A. (coordinador), edit. Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 107 y ss.

²⁶ Vid. Taruffo, Michele, "¿Verdad negociada?", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XXI-N° 1, julio 2008, p. 135.

justo proceso, pero se debe avanzar un poco más orientando el proceso judicial hacia decisiones justas y ello se logra realizando una determinación verídica de los hechos discutidos por las partes ante el tribunal y velando porque el tribunal realice una correcta interpretación aplicativa de las normas relevantes para el caso concreto que tiene que resolver. Sólo así los tribunales cumplen con su función diseñada en el Estado de Derecho, como lo es ser un instrumento para el cumplimiento de la ley creada democráticamente por los órganos competentes.

La fuente de legitimación de la función judicial es la verdad. Aquello que hace justa o injusta una decisión judicial es su aceptabilidad como verdadera, que a su vez depende de la correcta aplicación sustancial de la ley, por cuyo trámite se da la mediación entre jurisdicción y voluntad popular²⁷. Si la actividad de los jueces no se orienta hacia la verdad, no se entiende cabalmente su rol en una democracia organizada como Estado de Derecho. Por ello, la actividad judicial no puede ser indiferente hacia la obtención de la verdad en el proceso o hacia su mayor aproximación.

Los mediadores, conciliadores, árbitros arbitradores u otros tipos de componedores de conflictos pueden legítimamente resolver una contienda entre partes creando en ese momento la justicia de la decisión. Los jueces, por el contrario, sólo pueden hacer justicia según una decisión que les es impuesta desde el exterior por el legislador y en un momento temporal anterior a su intervención.

Ante un componedor de litigios no es relevante orientar su actividad hacia la verdad de hechos a los cuales pueda aplicar normas externas, sino que lo importante es poner fin al conflicto de la manera más eficiente posible. Si se deben sacrificar valores como los de verdad y eficiencia, el uno a costa del otro, ante "mediadores" debe primar el de eficiencia, es decir, debe primar el poner término a un conflicto entre partes en el más breve tiempo posible y donde ambas partes queden razonablemente conformes con el acuerdo. Y todo ello puede ser logrado aun a costa de la verdad de lo realmente acontecido en el mundo externo.

Establecido que los jueces y los procesos judiciales deben permitir reconstruir hechos que se han sucedido en el mundo externo a los cuales aplicar las normas legales que le vienen dadas también externamente por un poder político con competencia para crearlas, se debe discutir sobre los instrumentos procesales útiles para lograr tales fines.

El primer aspecto sobre el que el legislador puede incidir sustantivamente es con la incorporación de un sistema de prueba libre, lo que implica libertad sobre los medios de prueba admitidos en juicio y libertad para valorar todas esas pruebas introducidas legalmente en el mismo.

²⁷ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, edit. Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 877.

La libertad de los medios de prueba que las partes pueden aportar en juicio abre una puerta flexible, entre otros aspectos, a los avances tecnológicos de instrumentos que puedan reproducir imagen o sonido o, más en general, que puedan registrar sucesos que se manifiestan en el mundo físico. El correlato de la libertad de medios de prueba es la libertad del tribunal para valorarlos. Si no hay un cierre dado por el legislador a los medios de prueba que las partes pueden introducir en el proceso, tampoco puede haberlo al momento de valorarlos.

Esa libertad en la prueba, tanto en los medios como su valoración, permitirá a los jueces reconstruir de mejor modo los hechos que las partes invocan en la causa. Por el contrario, las valoraciones realizadas previamente por el legislador limitan la capacidad cognoscitiva de los jueces y formalizan la justicia, en el sentido de permitir, en muchos casos, sólo apariencias de verdad.

Ahora bien, no es esta la sede para discutir eventuales peligros que puede comportar la libertad para los jueces en la valoración de las pruebas. Toda libertad tiene sus peligros. Y bien sabemos que los límites a la libertad de apreciación de los jueces de las pruebas dados por el legislador, como lo son sujetarse a las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, que generalmente acompañan al sistema de libre valoración según sana crítica, no siempre funcionan como un límite claro que pueda controlar al arbitrio judicial.

El mejor límite que puede ahuyentar la arbitrariedad en los juzgadores es exigiendo una fundamentación de sus sentencias según un modelo analítico de motivación que exija valorar todas las pruebas presentadas en juicio y que permita reproducir la cadena de argumentaciones llevadas a cabo por el juzgador para exponer sus conclusiones probatorias. Por otra parte, se debe permitir que otros tribunales de justicia controlen esa motivación. Para ello todo el razonamiento del juez debe ser explicitado en su sentencia. No pueden aceptarse zonas grises que pertenezcan sólo a la psiquis del juez o a su íntima convicción. Lo que no se puede reproducir en el fallo no puede ser utilizado para fundamentar una decisión. Sólo así se ahuyenta el arbitrio judicial.

Otros instrumentos procesales que pueden ser útiles para acercarse lo más posible a la verdad procesal es el otorgamiento de poderes probatorios al tribunal y las denominadas cargas probatorias dinámicas.

Sobre los poderes probatorios oficiosos del juez como vía apta para acercarse a la verdad ya me he referido en otro trabajo y a él remito al lector²⁸.

Las cargas probatorias dinámicas, por el contrario, ponen énfasis en la situación material de las partes del litigio. Se trata de atribuir la carga de aportar los medios probatorios a quien invoca una norma jurídica

²⁸ Vid. Bordalí, Andrés, "Los poderes del juez civil", en op. cit., pp. 192 y ss.

de la que se deriva un beneficio para él, como puede ser traducido el artículo 1698 de nuestro Código Civil que fija la carga de la prueba con un carácter general en nuestro sistema procesal no penal, sino a quien tiene más información y tiene una mejor posición para introducir el material probatorio, lo que ya no puede prever el legislador sino que debe determinarlo el juez en cada caso concreto.

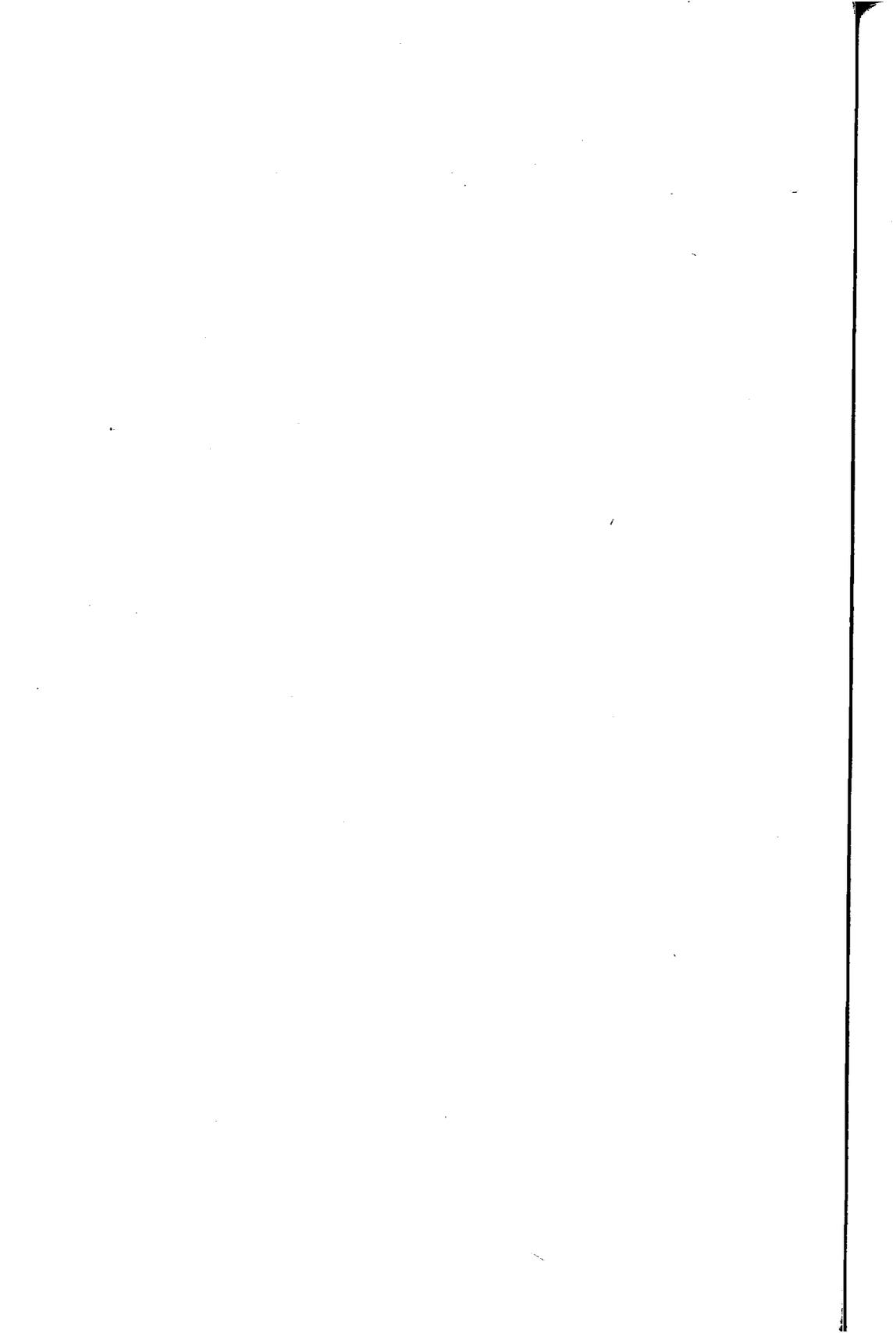
Las cargas probatorias dinámicas pueden ser criticadas porque acrecientan la incertidumbre jurídica para las partes del litigio, las que no conocen de antemano y con total certeza el rol que les corresponderá asumir en materia de pruebas durante el juicio. Por ello, si se dan suficientes poderes probatorios al juez, incluido el poder del juez para requerir de una parte la exhibición de los documentos solicitados por la contraparte y que estén en su poder, al modo de la regulación de los artículos 328 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, quizá no sea necesario modificar el sistema tradicional de la carga de la prueba.

Son todas estas cuestiones que en relación a la justicia del procedimiento y la decisión judicial deberá considerar nuestro legislador en el nuevo Código Procesal Civil. Los objetivos a conseguir, como se ha indicado en este trabajo, son dos: Por una parte, una justicia civil respetuosa de los derechos constitucionales de carácter procesal de los justiciables y, por otra, una justicia civil que permita una realización de los mandatos jurídicos que esos mismos justiciables, como pueblo, se han otorgado por intermedio de sus representantes en el Congreso Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, DANIELA. "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX-Nº 2 diciembre 2006.
- ATRIA, FERNANDO. "Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto 2001 (número especial dedicado a la Justicia Constitucional).
- BERIZONCE, ROBERTO. "El problema de la ineficiencia del sistema judicial. Algunas propuestas de solución", en *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Romero Seguel, A. (coordinador), Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007.
- BORDALÍ, ANDRÉS. "El derecho fundamental de acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVII-Nº 3, 2000.
- "El debido proceso civil", en *La constitucionalización del derecho chileno*, Ferrada, J. C. (coordinador), Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 2003.

- “Los poderes del juez civil”, en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, De la Oliva, A. / Palomo, D. (coordinadores), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- CALAMANDREI, PIERO. *Processo e democrazia*, Cedam, Padua, 1954.
- CIPRIANI, FRANCO. “El procedimiento cautelar entre eficiencia y garantías”, en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, De la Oliva, A. / Palomo, D. (coordinadores), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- EVANS, ENRIQUE. *Los derechos constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FERRER, JORDI. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la democracia* 47, julio 2003.
- HUNTER, IVÁN. *Las potestades probatorias del juez de familia*, Legal Publishing-Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- “Informe de Foro para la Reforma Procesal Civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 21, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- LÓPEZ, JULIÁN. “Debido proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Bordalí, A. (coordinador), Lexis Nexis, Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- MARÍN, JUAN CARLOS. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ORTELLS, MANUEL. *Derecho procesal civil* (con la colaboración de Mascarell, M. J. et. al), Thomson Aranzadi, séptima edición, Navarra, 2007.
- PALOMO, DIEGO. “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII-N° 1, julio 2005.
- PICÓ i JUNOY, JOAN. *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997.
- TARUFFO, MICHELE. “Giudizio, processo, decisione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, septiembre 1998, año LII, N° 3.
- “¿Verdad negociada?”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXI-N° 1, julio 2008.
- VALLESPÍN, DAVID. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.
- VILLA, VITTORIO. “Il ‘giusto processo’ fra regole e principi”, en *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Manzini, M. / Pùppo, F. (editores), Giuffrè, Milán, 2008.
- ZAPATA, PATRICIO. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.



LA APUESTA POR EL MODELO DE LA ORALIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

DIEGO PALOMO VÉLEZ

*Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Talca, Chile*

1. EL CAMINO HACIA LA REFORMA PROCESAL CIVIL

El proceso de modernización general del sistema procesal (vale decir, como actividad sistemática y superadora del mero parcheo legislativo de normas procesales desfasadas con los requerimientos actuales) tuvo su punto de partida con la implementación de la reforma al modelo procesal penal y su clara apuesta por la oralidad como eje del cambio propuesto.

Pues bien, las posteriores reformas a la Justicia de familia y del trabajo insisten en esta apuesta hacia la oralidad en los juicios, buscando reproducir los buenos resultados mostrados por la oralidad en sede penal. Con todo, la experiencia de la implementación de la nueva Justicia de familia y laboral ha evidenciado problemas, derivados tanto por defectos en el diseño procedimental (entre deficiente e inocente, al menos en cuanto a la reforma procesal de la Justicia de familia en su fase inicial), como por un claro déficit en los recursos invertidos (opinión ésta bastante extendida entre los comentaristas, que denunciaron –y denuncian todavía tras las mejoras acordadas luego– que los recursos destinados son insuficientes si se consideran las necesidades de cada una de estas reformas en sí mismas, y más aún si se comparan con los recursos invertidos en la reforma procesal penal).

Es bastante probable que estos problemas en las reformas procesales antedichas hayan atentado –al menos hasta ahora– contra el más pronto compromiso institucional y político con la reforma procesal civil. Sin embargo, ya desde hace algunos años que, gracias a las actividades de

discusión y trabajos desarrollados por académicos nacionales, se viene instando por la necesidad de cambios en esta jurisdicción que, al día de hoy, se ve como la más postergada y afectada en su funcionamiento.

A su turno, la exitosa instalación y desarrollo de la oralidad en los procesos civiles que exhiben países que a menudo nos han servido de referencia frente a cambios normativos (como los son Uruguay con su puesta en aplicación de la propuesta contenida en el Código Modelo y España con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, convertida en verdadero paradigma a seguir por los procesos reformadores pendientes en este lado del océano) y la asociación de la oralidad con un modelo procesal que permite aspirar a una justicia más rápida y sobre todo a un salto en la calidad de la decisión (no obstante algunas voces críticas del último tiempo, por ejemplo Nieva Fenoll) han presionado positivamente para que desde hace un tiempo nos hayamos puesto a analizar las posibilidades de una reforma procesal civil cruzada justamente por la idea central de la oralidad y sus valores asociados como son fundamentalmente la inmediatez efectiva entre el juez, las partes y el material del litigio, la concentración procesal y la publicidad de las actuaciones del proceso.

La reforma procesal civil chilena se ha venido madurando en distintos frentes (universidades, Colegio de Abogados y Foro Procesal Civil) y con el esfuerzo de varios movilizadores por la convicción de que es necesario también avanzar en la mejora de nuestro modelo de enjuiciamiento civil, todavía sometido a reglas y formas más propias de los esquemas del siglo XIX que a los desafíos y necesidades propias de la Justicia civil del siglo XIX. En este contexto debe entenderse el Anteproyecto de CPC (en adelante ACPC), documento que hemos tenido a la vista a la hora de revisar la apuesta hacia la oralidad en la reforma procesal civil.

Se debe tener presente que este texto, si bien recoge las ideas fundamentales en lo que aquí trataremos con la excusa de analizar la apuesta hacia la oralidad en la Justicia civil, no pasa de ser un material más o menos preliminar (claramente no final) que ha permitido seguir trabajando con mayor especificidad y que seguramente durante el año 2009, tras la necesaria tarea de hacer más perfecto y coherente el texto que se ha realizado en el seno del Foro Procesal Civil, debiera dar lugar a la presentación de un proyecto de ley por parte del Gobierno. Si eso se traducirá en una pronta aprobación de un nuevo CPC y de su entrada en vigencia el 18 de septiembre de 2010 (como simbólicamente se apunta en la disposición contenida en el ACPC) es una cuestión difícil de adelantar, menos con elecciones presidenciales de por medio.

Realizada esta breve introducción y prevenido lo anterior, en lo que sigue, y siempre desde la perspectiva de las consecuencias de la opción por la escritura o la oralidad, damos respuesta a dos preguntas trascendentes a fin de entender este tema: a) ¿Qué clase de modelo tenemos? (estado actual del modelo); y b) ¿En qué dirección apunta la reforma? (líneas fundamentales que ya se expresan en el ACPC).

Nuestra atención se concentra en uno de los aspectos de la reforma que debe experimentar el modelo procesal civil y se relaciona con la introducción de la oralidad como eje formal facilitador de un nuevo y (más importante que eso) mejor modelo procesal civil.

2. ¿QUÉ CLASE DE MODELO PROCESAL CIVIL TENEMOS? EL ABUSO DE LA FORMA ESCRITA COMO FUENTE IMPORTANTE DE LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA CIVIL

Responder adecuadamente esta pregunta nos exige dirigir la mirada a las LEC españolas de 1855 y 1881, pues nuestro CPC es, en importante medida, heredero del modelo consolidado allí. Bien se ha señalado que estas leyes no hacen otra cosa que petrificar el sistema del proceso ordinario que ya arrancaba del proceso común medieval recogido en las Partidas del rey Alfonso El Sabio.

Tal vez lo más característico fue la condición *rigurosamente escrita* del procedimiento. Desde esta plataforma formal el *solemnis ordo iudiciarius* no tardó en derivar en complicación procesal, formalismo, lentitud y muy alto coste. Desde el punto de vista estrictamente procedimental: mediación, dispersión procesal, proliferación de incidentes, exclusivo impulso procesal de las partes, y claro protagonismo del expediente. El brocardo jurídico *quod non est in actis est in mundo* no contó con contrapesos, ni aun en aquellos procedimientos para los que el legislador español previó mayores grados de oralidad que padecieron por las permanentes simulaciones de los operadores.

Este modelo fue recepcionado en Latinoamérica. Chile, afiliado también a dicha legislación ibérica, lo recoge en el Código de Procedimiento Civil de principios de siglo XX, y lo mantiene, sin modificaciones importantes hasta hoy.

Como ya lo dijéramos, concentramos nuestra atención sólo en determinados elementos que nos servirán a la hora de analizar las reformas propuestas en el ACPC para obtener una mejor Justicia civil. En este sentido lo primero es reconocer en el modelo chileno un diseño formal fundamentalmente basado en la escritura, por tanto, un diseño procesal que contempla características similares a las existentes en el modelo español ya derogado y superado por la ya citada LEC 1/2000. La escritura, regla formal que domina casi sin contrapesos el procedimiento nacional, se muestra acompañada por "socios" que han evidenciado su escasa adecuación con respecto a determinadas fases del proceso, acarreando importantes consecuencias en la concreta suerte de este modelo.

Cada una de las actuaciones del proceso civil chileno, sea expresa o tácitamente, se encuentra concebida por y para la forma escrita. Las escasas actuaciones orales que se contemplan o están desvirtuadas por una práctica forense plagada de delegación (ocurre así con la realidad de las pruebas personales) o son puramente accesorias (así, por ejemplo, la

relación y los alegatos en la segunda instancia del proceso). El juez, así lo manda el modelo procesal civil que tenemos, debe pronunciar sentencia basándose exclusivamente en los actos realizados por escrito o en la documentación de los actos que se hayan llevado a efecto oralmente. Debe, en definitiva, fallar en conformidad a lo que obra en el expediente.

El profundo arraigo de esta regla de la escritura ha afectado también a aquellos procedimientos en que el legislador procesal, atendida la naturaleza de la acción deducida que requiere rapidez en su tramitación para ser eficaz, apostó por introducir mayores grados de oralidad. Es, por ejemplo, lo que acontece en el procedimiento sumario que, no obstante las intenciones, resulta ser igualmente escrito en la práctica.

Aparece claro, el diálogo procesal se realiza en el actual modelo con un claro sello escrito, particularmente dañino para determinadas fases del proceso, especialmente para la fase de prueba. El diseño formal del proceso civil discurre y se desarrolla a través de escritos recogidos en soporte papel, material que se acumula por montones en los tribunales civiles de nuestro país. A su turno, cada papel que se presenta al tribunal genera nuevos papeles y nuevos actos.

Como consecuencia directa de la excesiva escrituración del modelo, se echa en falta la intermediación y contacto directo entre el juez con las partes, los testigos, los peritos y las demás fuentes de prueba. De hecho, prácticamente no hay intermediación entre los sujetos procesales, existiendo un predominio absoluto de la mediación. Se extiende la regla de la delegación, reservándose el juez prácticamente sólo para el final, para la dictación de la sentencia. Por tanto, la escritura ha generado y desarrollado un particular modelo de juez propio de la escritura, un juez puramente sentenciador, ausente e invisible durante todo el trayecto procesal, que no da ninguna posibilidad a una Justicia en donde los intervinientes pueden verse las caras.

El proceso civil actual carece también de concentración y favorece con ello la dispersión procesal retardando el momento de la decisión definitiva. Su desarrollo es fragmentario y discontinuo. El proceso se desenvuelve en base a una sucesión de plazos y se divide, preclusivamente, en distintas etapas o fases; ni siquiera las pruebas son practicadas concentradamente. La dispersión de los actos ocupa el lugar de la concentración y al mismo tiempo se permite la promoción de incidentes a lo largo de todo el proceso, incidentes que dan lugar a subprocedimientos de tramitación igualmente escrita, favoreciendo de esta manera el entorpecimiento del procedimiento y la consecuente dilación de la respuesta jurisdiccional.

La forma escrita potencia la dilación y la morosidad, y a su turno tolera la separación entre el juez y la práctica de las pruebas, con lo que puede decirse que tenemos un modelo que posee una estructura formal que, junto con constituirse en el *principal culpable* de los retrasos, y esto es quizás lo más grave, no privilegia la calidad ni la justicia de la decisión final.

Sin mayores dudas, se requiere cambios en esa estructura, reemplazándola por una que, siendo más razonable, nos permita salir de la premodernidad procesal en la cual está nuestro modelo procesal civil hoy. Como siempre lo hemos señalado, el abuso de la forma escrita en el proceso civil se ha convertido en la verdadera *piedra de toque* para el mejor desempeño de nuestra Justicia civil.

3. ¿EN QUÉ DIRECCIÓN APUNTA LA REFORMA? (ACPC). VENTAJAS Y PELIGROS ASOCIADOS A LA ORALIDAD COMO EJE FORMAL DE UN NUEVO MODELO

En esta parte corresponde continuar con nuestra revisión del tema de la introducción de la oralidad a la Justicia civil teniendo presente las principales propuestas recogidas por el ACPC, razón por la cual la referencia a este texto será habitual.

El análisis se realiza partiendo por una revisión de la estructura de principios que allí se declara, importante para descubrir si en esta apuesta hacia la oralidad se asocian otras reformas que pueden resultar poco convenientes de asumir. Dicho más claramente, la revisión de la propuesta en esta materia debiera mostrarnos hasta qué punto sus autores han asumido o descartado los mitos asociados a la idea de la oralidad.

En el plano de los principios y reglas el ACPC parte del reconocimiento al derecho al debido proceso, con lo que se reconoce el derecho a un proceso ante un tribunal independiente e imparcial, el derecho de defensa, el principio de contradicción y la igualdad de armas de las partes. Como puede verse, se reconoce un fundamento en principios sin los cuales no se podría siquiera hablar de un proceso.

Respecto al principio dispositivo (y el principio de aportación de parte), sin perjuicio de lo que diremos más adelante, se señala que tanto la iniciación del proceso como la introducción de las pretensiones y excepciones incumbe a las partes, pudiendo el tribunal actuar de oficio sólo excepcionalmente cuando la ley lo faculte expresamente. Demás está decir que la construcción del futuro proceso civil a partir del principio dispositivo es completamente razonable, si se atiende a la naturaleza predominantemente privada o individual de los derechos e intereses en juego.

Sin embargo, debemos señalar de inmediato que se recoge una discutible facultad oficiosa del tribunal para rechazar *in limine* la demanda cuando fuere manifiestamente infundada, facultad que en el Código actual el juez no posee. Se trata, como se ve, de una facultad oficiosa de inadmisión por motivos de fondo que a juicio de la mejor doctrina resulta discutible desde la perspectiva de la lógica de un proceso civil gobernado por los principios arriba señalados.

Somos de la idea que el tribunal no debiera tener potestad para inadmitir a trámite una demanda por motivos de fondo, sin tramitar el proceso. Al parecer se estaría pensando en casos extremos en donde, por ejemplo, se

pretenda un tipo de tutela que la jurisdicción no puede dar, o sea, un tipo de tutela que *abstractamente considerada* (como dice De la Oliva) está excluida por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, fuera de estos casos extremos el tribunal no debería estar facultado para inadmitir demandas por razones de fondo. La norma propuesta en comento debiera afinarse y precisarse puesto que en caso contrario puede ser estimada contraria al derecho de acción.

También se consagra la dirección e impulso procesal de oficio, consecuencia del mayor rol que se asigna a los jueces y de la naturaleza de derecho público de las normas que reglan el proceso civil. Como se sabe, la dirección formal del proceso se refiere a las facultades de controlar la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que este se desarrolle adecuadamente sin dilaciones. Consideramos que el impulso oficial es algo que se justifica plenamente ya habiéndose dejado atrás las concepciones exageradas propias del siglo XIX y guarda armonía con lo previsto en todas las modernas regulaciones procesales.

Se recoge también el principio de buena fe procesal, estableciéndose que todos deben ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y a la lealtad y la buena fe procesal, sin incurrir en conductas u omisiones que importen un fraude procesal, colusión u otra conducta ilícita o dilatoria.

Ahora bien, a nuestro juicio, más allá de los buenos propósitos perseguidos, no vemos hasta qué punto puede confiarse en esta proclamación general de deber de actuación procesal leal o de buena fe. Es que bien se ha dicho que proclamaciones legales de carácter general poco pueden frente a la falta de tradición de comportamiento ético o frente a un ambiente de permisividad ante conductas procesales meramente dilatorias o completamente infundadas. De otro lado, no se ve porqué se puede creer que vaya a resultar ser un asunto fácil, *objetivamente*, acertar en la distinción entre una actuación que finalmente se considere improcedente y la que, además de improcedente, sea maliciosa e ilegítima (De la Oliva).

Se recogen también, y en esto ponemos mayor atención, la oralidad, la intermediación, la concentración y la publicidad, reglas que suelen interactuar –con mayor o menor extensión– cuando de lo que se trata es de incorporar la idea de la oralidad.

Pues bien, reconociendo en la estructura escrita del proceso la principal fuente de problemas para el correcto y adecuado funcionamiento de la Justicia civil, se ha estimado que la reforma del modelo chileno debe pasar, necesariamente (y así lo hemos venido sosteniendo en diversos lugares), por la introducción de la oralidad como guía formal de un nuevo proceder. En consecuencia, debe apostarse por un proceso civil que se base en las reglas de oralidad y concentración procesal, esto es, un proceso que se construya desde la *técnica de las audiencias*.

El ACPC va en la dirección correcta en este punto. Una de las ideas que concitó un mayor grado de coincidencia es la necesidad de dejar atrás el actual modelo escrito. La reforma procesal civil debe introducir el modelo de proceso civil por audiencias, donde la oralidad predomine.

Tomada esta decisión a favor de la oralidad, que parece bastante firme todavía, hay que ponerse de acuerdo en lo que va o no implicar esta opción formal.

Lo primero en esta dirección es que deben evitarse las posturas puramente doctrinarias que han demostrado su fracaso en el terreno de la práctica. Nos sumamos a quienes sostienen la necesidad de proceder en esta materia esquivando los excesos teóricos que han acompañado a la idea "símbolo" de la oralidad.

Se debe evitar caer en posiciones desproporcionadas en donde la escritura representa todo lo malo y la oralidad encarnaría todo lo bueno. Hay que saber no caer en una inútil y peligrosa oralidad absoluta, cuyos postulados terminarían siendo ignorados por inaplicables en la práctica forense. Lo que es lo mismo, pensar en el cambio o reforma del modelo escrito no significa olvidar las ventajas de la forma escrita. Al contrario, debe rescatarse la forma escrita para aquellas actuaciones procesales que la requieren.

Carreras, destacado procesalista español, destacó que el Derecho procesal constituye *un arte*, y el proceso pura invención humana, inexistente en la naturaleza, y que por tanto funcionará bien o mal dependiendo del hecho que las piezas estén bien o mal engranadas. Ni más ni menos es lo que sustenta nuestra tesis sobre el tema que nos ocupa. Bien se ha señalado por la doctrina que la oralidad y la escrituración no poseen sustantividad propia, al contrario, se deben adaptar al juego de los principios rectores del proceso.

En esta señalada dirección, lo primero que debe asentarse es que la necesidad de la introducción de la oralidad y sus reglas procesales asociadas responde fundamentalmente a factores de carácter técnico y no político como sí ocurre en el proceso penal. El debate en esta materia discurre, debiera discurrir, en el plano técnico-jurídico, evitando su asociación con fenómenos que sólo en el plano de las buenas intenciones han mostrado cierta productividad. Tenemos a la vista, por ejemplo, lo planteado por varios autores que dicen sostener postulados propios de la doctrina publicizadora o socializadora del proceso civil, pero que olvidan muchas veces que los jueces suelen tener más de un proceso a su cargo.

Las reglas procesales, entre ellas destacadamente la oralidad y la escritura, poseen un predominante carácter técnico, de allí que estén disponibles para el legislador que debe saber darles la mejor utilización posible de acuerdo a criterios de conveniencia y oportunidad. Claro está que la opción no será gratuita, pues de ella dependerá la suerte de otras reglas procesales asociadas, pero asignarles una jerarquía que no tienen significaría caer con facilidad en soluciones que, infectadas de

fanatismo puramente teórico, no contribuyan al mejor desenvolvimiento del proceso civil.

Creemos que puede hablarse de la incorporación de mayores grados de oralidad al proceso sin pretender asociar esta reforma con un cambio fundamental en los principios que han sostenido históricamente al proceso civil (principio dispositivo y de aportación de parte). Asimismo, evitando desbordes, pueden obtenerse positivos resultados sin necesidad de desechas las ventajas que poseen las actuaciones escritas. De hecho, en el modelo que venimos sugiriendo desde hace tiempo tanto la demanda, la contestación como la eventual reconvencción deben continuar siendo actos que se materializan por escrito. Se entiende fácil que el carácter escrito de las alegaciones iniciales respeta la larga tradición forense y contribuye además a la fijación más adecuada de los términos del debate.

La escritura contribuye asimismo a facilitar los términos de una posible conciliación, el mejor tratamiento de las excepciones procesales y la adecuada delimitación del *thema probandi*. Ello, desde luego, no impide ni tampoco desaconseja que se prescinda de los escritos de réplica y dúplica para simplificar el procedimiento.

Nuestro juicio de lo que hasta el momento existe en el ACPC es en general positivo en este sentido. En efecto, se ha evitado dar cabida a posiciones extremas en donde la escritura se descarte completamente. Se ha entendido correctamente que hay que saber protegerse de la oralidad absoluta que resulta innecesaria y contraproducente.

El cambio a un modelo oral no significará olvidar las ventajas de la forma escrita. Al contrario, el ACPC rescata la forma escrita para aquellas actuaciones procesales que la requieren. De hecho, estas ideas fundamentales son recogidas por el ACPC en donde en la regulación del juicio ordinario se mantiene como elemento de escrituración la presentación de la demanda, contestación y la eventual reconvencción y su respectiva contestación, esto es, los escritos del periodo de discusión. También se eliminan los escritos de réplica y dúplica.

Pero junto con ello, y aquí radica la reforma a la situación vigente, se prevé que el posterior desarrollo del proceso se realiza sobre la base de dos audiencias: la preliminar y la de juicio.

Tras la fase escrita el resto del proceso civil prototípico debe transcurrir a través de *dos audiencias* que vienen a configurar la fase oral preliminar y la fase oral probatoria, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a actuaciones escritas cuando sea necesario.

La primera, cuyos antecedentes pueden encontrarse en la audiencia preliminar austríaca (y que encuentra manifestación también en otros sistemas como, por ejemplo, en el despacho saneador brasileño o en el pre-trial estadounidense), debe saber contemplar, al igual que acontece ya en los modelos orales existentes en otros países (España, entre otros), las trascendentales funciones de conciliación, saneamiento de los defectos procesales, delimitación definitiva del objeto procesal y de proposición

y admisión de las pruebas. De lograrse la conciliación entre las partes o no pudiéndose subsanar (o no habiéndose subsanado) los defectos de corte procesal, esta audiencia habrá servido para evitar seguir todo el proceso hasta el final, *evitando* por tanto el importante desembolso de recursos que ello implica (en estos casos la continuación del proceso es inútil, pues no existe ya conflicto entre las partes, o imposible desde el punto de vista procesal). En las demás hipótesis, esta audiencia sirve para *preparar* el verdadero juicio en el que las partes habrán de probar sus alegaciones y llevar a cabo sus conclusiones que permitirán al juez dictar sentencia de fondo.

Esta primera audiencia del juicio debe construirse desde la forma oral, forma que le aporta la flexibilidad necesaria para cumplir satisfactoriamente con las distintas finalidades a ella asignadas. Pero no se debe caer en excesos y debe mantenerse la vista en las posibilidades y necesidades que muestra la realidad práctica. Debe diseñar el legislador un modelo de audiencia previa formalmente dominado por la oralidad y sus formas conexas, pero adecuadamente equilibrado por la escritura en aquellos casos en donde esta regla resulte necesaria para la mejor resolución de los asuntos. Lo propio en relación con las a veces inevitables concesiones que se realizan frente a la rigurosidad teórica de la concentración procesal. Así, determinadas cuestiones suscitadas en la audiencia deberán poder resolverse por escrito y una vez ya terminada la audiencia.

Ubicado en el *haber* de esta configuración oral de esta audiencia preliminar debe contabilizarse el temprano contacto del juez con la causa. La intermediación que debe regir necesariamente este acto, con contacto directo y frontal entre el juzgador y los litigantes (y sus abogados), debiera constituir un elemento muy importante en la consolidación efectiva del tránsito desde un proceso fundamentalmente construido sobre los escritos y los papeles a otro levantado sobre la base de la interrelación de los distintos sujetos del proceso, repercutiendo ello favorablemente en la mayor calidad de los resultados que se puedan obtener de la misma, principalmente en lo que liga con la efectiva subsanación de los defectos procesales y con la proposición y admisión de las pruebas que deben dejar de constituir actuaciones meramente rituales. La delegación de funciones debe ser prohibida y ser sancionada con nulidad (ACPC).

Desde luego, deben adoptarse los resguardos necesarios para evitar los falseamientos propios de la práctica forense. Desde luego, todo lo actuado en una audiencia debe registrarse en imagen y sonido en un formato reproducible, efectuándose el registro por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y reproducción de su contenido (así se recoge en el ACPC). Los importantes contenidos que se contemplan para esta clase de audiencias así lo exigen.

Juez, partes y abogados deben asistir y participar de manera muy activa. El modelo predominantemente oral exige conductas distintas de parte de los jueces y de los abogados, exige abandonar esa pasividad tan

característica del proceso escrito. Implica, entre otras cosas, un aumento de los poderes de dirección *formal* del juez que el ACPC en comento se ha preocupado de dejar establecidos al señalar que promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. El modelo oral exige un nuevo papel del juez que, respetando la igualdad de las partes, y la naturaleza del proceso civil, se encuentre (como se ha ilustrado por algunos) "a pie de obra", especialmente comprometido en la obtención de una rápida solución del conflicto que separa a las partes y en dirigir el procedimiento desde su inicio evitando que las argucias dilatorias de una de las partes evite avanzar a la decisión del fondo.

La segunda audiencia, *esencial* en el diseño formal del nuevo proceso oral, debe destinarse fundamentalmente a la práctica concentrada de la prueba y a la formulación oral de las distintas conclusiones que merezca a las partes. La práctica concentrada de las pruebas aparece como la única manera de rescatar esta actividad de la situación de desprestigio y descrédito en la cual suele encontrarse hoy en día en nuestra realidad forense (pensamos en la situación, por ejemplo, de la prueba testimonial).

En este sentido el ACPC señala que en la audiencia de juicio deberán aplicarse los principios de la bilateralidad de la audiencia, dirección de oficio por el tribunal, oralidad, publicidad, inmediatez, concentración y continuidad, agregando que la sentencia definitiva deberá ser pronunciada por el mismo juez ante el cual se hubiere realizado la audiencia de juicio. Tanto así que si el juez que presidió la audiencia de juicio no pudiere dictar sentencia, aquélla deberá celebrarse nuevamente.

Relacionado con este cambio estructural que privilegia el contacto del juez con las pruebas, estimamos que el legislador debe optar con claridad por la valoración libre de las mismas (de acuerdo a las reglas de la sana crítica), sin perjuicio, claro está, de la mantención de algunas reglas legales de valoración que respondan a máximas de la experiencia asentadas sobre las cuales no exista debate, por ejemplo, tratándose de la valoración de la prueba documental. Debiera recogerse también, como se hace en el ACPC, una apertura legal a la realidad de cuanto pueda ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con la idea (existente hoy en materia procesal civil) de un número determinado y cerrado de medios de prueba.

Asimismo, la regulación de los procedimientos probatorios que finalmente se aprueben debe optar por la flexibilidad, especialmente en los medios de prueba personales, favoreciendo la espontaneidad de las preguntas y las respuestas y evitando también los rigorismos formales no justificados. Deben articularse procedimientos probatorios que ante todo faciliten el aprovechamiento de las claras ventajas de una práctica oral y concentrada de las pruebas. Ahora bien, estimamos que ni la oralidad ni la inmediatez ni siquiera la concentración probatoria deben ser llevadas *hasta las últimas consecuencias*. La concretización de un modelo

predominantemente oral debe constituir un ejercicio de racionalidad y prudencia que no venga contagiado de fanatismos y simplismos inaplicables en la práctica y favorecedoras de un simulacro de oralidad.

La apuesta legislativa por la práctica oral y concentrada de las pruebas, además de configurar la opción procesal más racional, conveniente y apropiada tratándose de estas actuaciones procesales probatorias, terminará de afirmar una nueva concepción del proceso civil en donde exista un juez siempre visible, muy atento a las pruebas que se practiquen en su insustituible presencia, precisamente sobre las cuales sostendrá su decisión final. Se recuperará de este modo la importancia en parte perdida del denominado *juicio de hecho o fáctico*.

De otro lado, cabe señalar que la estructura concentrada se justifica plenamente con el fin de evitar que la posible dispersión temporal de las actuaciones probatorias derive en problemas para el juez al momento de valorar las pruebas. Que la memoria es frágil, más cuando se trata de pruebas que recaen en un proceso complejo desde el punto de vista fáctico y jurídico, no se oculta a nadie; de allí que además de tener que asegurar la efectiva concentración probatoria, deba también el modelo contemplar un plazo reducido (que sea razonable y de posible cumplimiento) para la dictación de la sentencia. Además, la estructura oral comporta el que los jueces tengan ya un importante conocimiento de los asuntos y, por lo mismo, no tengan que estudiarlos o reestudiarlos *enteramente* al final (como ocurre en un sistema procesal escrito como el nuestro), examinando una por una las diligencias probatorias llevadas a cabo separadamente, así como las alegaciones iniciales de las partes y sus pretensiones que nunca volvieron a considerar.

El ACPC prescribe que una vez concluido el debate en la audiencia del juicio, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando someramente los principales fundamentos tomados en consideración para adoptarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, o recayere sobre un punto de derecho de complejidad, cuya concurrencia fundamentará, podrá postergar la decisión del caso hasta el quinto día hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato el día en que la decisión será comunicada. El juez podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días contados desde la fecha de comunicación de su decisión, ampliables por otros cinco días por razones fundadas, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia.

La forma escrita (y sus reglas asociadas), en cambio, no es buena compañera cuando hablamos de la práctica de las pruebas. No se trata solamente de una apreciación formulada desde la teoría; la práctica ha demostrado justeza de la misma. Y no es una buena compañera, sencillamente, porque un proceso escrito como el recogido en el CPC apunta en la dirección contraria a la que aparece como más razonable y conveniente tratándose de la actividad probatoria.

En efecto, muy generalmente, la práctica de las pruebas se materializa en audiencias distantes unas de otras y distantes todas de la sentencia. Existe, por lo tanto, notoria dispersión en la actividad probatoria. La fase probatoria se alarga, situación que a su vez prolonga la duración total del proceso, con lo que se contribuye a uno de los principales males del proceso civil, su lentitud. Pero, además, la situación de que la actividad probatoria tenga lugar bajo un escenario claramente escrito y añadidamente desconcentrado demuestra ser una fuente de importantes dificultades y permanente desaliento para el concurso efectivo de la presencia judicial en la trascendente actividad relativa a la práctica de las pruebas.

El modelo vigente no es un modelo que incentive la presencia del juzgador en la práctica probatoria. Lo contrario en realidad, el sistema lo que hace es facilitar y de hecho "incentivar" la *regla de la mediación* en materia de recepción de pruebas. El dominio estructural de la escritura como modelo formal hace surgir en los jueces el convencimiento de la inutilidad o inoportunidad del contacto directo del juez con los elementos que componen la causa, ya que todos sus resultados deberán ser consignados en actas y serán éstas las únicas que deberán utilizarse para pronunciar la decisión (Montero).

El juez va asumiendo una peligrosa distancia en todo lo relativo con la práctica de las pruebas; se consolida en una situación meramente expectante, en la cual la figura principal del juez generalmente brilla por su notoria ausencia. Se posterga la actividad más trascendente del proceso, al *eje central* de su estructura.

El juez chileno debe resignarse escarbando entre los papeles y folios del expediente y en las disgregadas actas que recogen las distintas pruebas rendidas ante otros sujetos que, necesariamente, las mediatizan. Así las cosas, como lo apuntáramos, el juez termina reduciendo su labor prácticamente a la de dictar sentencias, que se convierte —de ordinario— en el momento en el cual el juez toma conocimiento efectivo del proceso.

Creemos que el modelo recogido por el ACPC, basado en la oralidad como *guía clave* de los cambios propuestos, apunta en la dirección correcta. Sin embargo, y ahora nos referimos a la parte de la reforma que no genera unánime acuerdo, reiteramos que la idea de la oralidad debe abrirse paso en sede civil sin necesidad de desfigurar los principios sobre los cuales se levanta razonablemente un proceso civil, esto es, los principios dispositivo y de aportación de parte.

Concretamente, si bien es efectivo que en el marco de un proceso civil oral se busca revalorizar la importante figura del juez ello no debiera implicar necesariamente tener que gravar a los tribunales con cargas que no les corresponde asumir.

Si bien el modelo oral estructura el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto puede ser mejor seguido por el tribunal desde su inicio y es un modelo que se sostiene en la inmediatez efectiva del juez, bien

se ha dicho que la proposición, obtención y producción de las pruebas es fundamental y principalmente tarea de las partes. Y esto no se puede perder de vista si lo que se quiere es concordar una normativa razonable y coherente.

La tarea del tribunal en un modelo oral debe pasar por presenciar efectivamente la rendición de las pruebas y los alegatos de las partes, pero debiera abstenerse de intervenir en apoyo de una u otra pretensión. Al tribunal, en puridad, sólo le debiera corresponder valorar la prueba producida no pudiendo suplir las falencias que advierta en el deber de alguna de ellas de satisfacer su carga probatoria.

Estamos convencidos que estos razonables principios deben mantenerse en un nuevo modelo oral. No es razonable ni conveniente que al tribunal le corresponda sustituir la labor de las partes a través de la imposición a ellos de la investigación y comprobación oficiosa de la veracidad de los hechos desde el momento que entendemos que el proceso en general y por cierto el proceso civil se estructura a base de dos posiciones distintas y enfrentadas y de un juez que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones.

Pues bien, en cuanto a poderes oficiosos del juez el ACPC resulta ser bastante ambiguo e impreciso por ahora, tanto que de momento no creo que pueda descartarse o inferirse –con claridad– la posibilidad de la prueba oficiosa.

En el sistema actual los poderes oficiosos de los jueces en materia de prueba se traducen básicamente en las medidas para mejor resolver que se recogen en el artículo 159 del CPC. En el ACPC desaparecen estas medidas para mejor resolver.

Esta supresión podría leerse como una opción por el respeto más irrestricto y con mayor firmeza del principio de aportación de partes, garantizando asimismo el deber de imparcialidad del tribunal y la igualdad procesal que se consagran como fundamento de la regulación propuesta. Pero la verdad es que esta eliminación de las medidas para mejor resolver, unida a la lectura de otras normas que se proponen en el texto en comento, también podría interpretarse (y de hecho un sector de la doctrina así lo entiende) como el propósito de intentar que la actividad oficiosa del tribunal en materia de prueba no quede relegada para el final del trayecto procesal como ocurre hoy en día.

Como antes señalamos, el caso es que la regulación del ACPC en esta materia resulta bien poco clara. En primer lugar, el artículo 27 consagra dentro de las facultades del tribunal la ordenación de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (...). De otro lado, el artículo 278 señala que el tribunal sólo podrá formular preguntas al testigo o perito que hubiere declarado en la audiencia con el fin de que aclaren sus dichos, y no podrá decretar diligencia alguna de prueba. Pero a su turno, el artículo 324 dispone que la prueba se rendirá de acuerdo

al orden que fijen las partes, comenzando por la del actor y al final se rendirá la que pudiere ordenar el juez.

La regulación no es clara en este importante tema, y quizá no lo es *ex professo*, al menos por ahora. Es un tema que debe ser regulado de un mejor modo teniendo a la vista en primer lugar el respeto a los principios antes apuntados, no por un celo doctrinario, sino que porque recogen ideas que dada la naturaleza eminentemente privada de lo discutido en un proceso civil aparecen como razonables y pertinentes para el mejor desenvolvimiento real de esta clase de procesos.

En todo caso, si finalmente se aprueban mayores poderes oficiosos del juez civil en materia probatoria (asumiendo la moda que liga la apuesta por la oralidad y la asignación de mayores poderes a los jueces), ello debería hacerse con muchísimo cuidado asegurando que la utilización de estos poderes siempre se limite a los hechos discutidos, a las fuentes de prueba que consten en el proceso, asegurando a las partes el principio de contradicción y el derecho de defensa, permitiéndoles rendir contra-prueba (Picó i Junoy).

Pero aun en un escenario normativo como ese (que contempla mayores poderes judiciales en materia de prueba), la tarea de probar las alegaciones fácticas incumbe fundamentalmente en las partes. Si se recogiera potenciada la herramienta de la iniciativa probatoria de oficio, la concreta regulación que de esto se haga debe seguir dando cuenta del rol protagónico de las partes, dejando al juez con un rol sólo complementario, respetando la iniciativa y responsabilidad de las partes en esta materia. Nadie mejor que las partes pueden conocer los medios de prueba acreditadores de la certeza de sus alegaciones fácticas, de allí el mayor celo que deben tener en la búsqueda de los elementos de prueba.

En la regulación de la práctica de las pruebas debiera seguirse un criterio similar. Así por ejemplo, tratándose de la testimonial, bien se ha dicho (Duce, Marín y Riego) que debiera privilegiarse el interrogatorio directo por las partes (nadie está en mejor posición que ellas para extraer la información relevante y ponerla a disposición del tribunal, tanto para evidenciar su credibilidad como para mostrar sus defectos), para luego pasar al interrogatorio del juez. Imponer al juez actuar, en primer lugar, implicaría afectar su imparcialidad ya que se le impone un rol protagonista (de litigante).

En este sentido, aparece como bastante razonable aquella disposición del ACPC que señala que el tribunal sólo podrá formular preguntas al testigo o perito que hubiere declarado en la audiencia con el fin que aclaren sus dichos, y no podrá decretar diligencia alguna de prueba.

Pero se debe rescatar que la nueva estructura procesal que hemos venido proponiendo y que ahora se recoge también por el ACPC, esperamos, terminará con la situación actual; creemos que a partir de la opción por la oralidad, la concentración y la efectiva intermediación judicial se avanzará hacia un mejor modelo.

Ojalá se concrete en Chile un proceso civil que se libere de los vicios del modelo escrito apostando con seriedad por la oralidad y sus reglas conexas; un proceso en dónde se respete la buena fe; un proceso con un juez efectivamente visible que pueda tomar de oficio las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo; pero no un proceso en el cual se confundan los roles de las partes y del tribunal en materia de prueba afectando el debido proceso, la imparcialidad del tribunal y la igualdad de armas.

4. ALGUNAS IDEAS FINALES

Constatamos en el proceso civil heredado de las LEC españolas del siglo XIX un modelo procesal profundamente escrito, cuyas características han sido las causantes de los principales problemas de la Justicia civil chilena, principalmente aquello que liga con su lentitud y déficit de calidad.

Entendemos que parte de la solución a este problema pasa, necesariamente, por la implementación de un cambio en la estructura formal del proceso, que sin descartar totalmente la regla escrita (reservada para las alegaciones iniciales de las partes y para aquellas actuaciones específicas que así lo requieran), incorpore con predominancia la regla procesal de la oralidad a través de la técnica de las audiencias.

Esta concreta opción debe ser complementada con la introducción de las modificaciones procesales que contribuyan a asegurar el éxito del modelo que se recoja. La racionalización del sistema de recursos va en esta dirección. Tampoco pueden ser olvidados los esfuerzos que deben realizarse en cuanto a la superación de las carencias cuantitativas y cualitativas de los recursos humanos y materiales, sin cuyo concurso las modificaciones procesales pueden experimentar dificultades de aplicación efectiva, tal como ha quedado patente con las reformas a la justicia de familia y a la justicia laboral. Todo esto sin olvidar el desafío de consagrar una mejor organización que permita gestionar más adecuadamente a los tribunales de la nueva Justicia Civil.

Bien claro lo tienen los autores del ACPC que señalan en la presentación de este documento que esta propuesta sólo podrá tener éxito y ser adecuadamente implementado en la medida en que se modifique la legislación orgánica para considerar el número de jueces necesarios, sin perjuicio de sustraerle de sus funciones todas las labores de carácter administrativo, y considerar los medios tecnológicos y los funcionarios que los operen para que se desarrollen en forma eficaz, segura y expedita las audiencias.

En consecuencia, se propone un método más serio de enjuiciamiento civil que ya se recoge con distintos matices en varios de los códigos de los países de nuestro entorno socio-cultural, en el Código Modelo para América Latina y en la mayoría de las leyes procesales de las naciones europeas, donde incluimos a la nueva LEC española.

Se propone una nueva estructura procesal, un verdadero proceso civil, con presencia efectiva de los distintos actores. La apuesta es en favor de la forma oral, principalmente en favor de la intermediación judicial efectiva y la concentración en el desarrollo tanto de la fase preliminar del proceso como en la fase de prueba. Concretamente, se recoge la articulación de un proceso civil tipo que sin perjuicio de las alegaciones iniciales escritas se concentre en dos comparecencias: una preliminar o preparatoria cuyas finalidades liguen con la (posible) conciliación de las partes, el saneamiento de los defectos procesales, la delimitación definitiva del objeto procesal y la proposición y admisión de las pruebas del juicio; y otra, con un carácter claramente angular, destinada fundamentalmente a la recepción y práctica concentrada de las pruebas admitidas y a la formulación de las conclusiones que la misma merezca a las partes. Ello, sin perjuicio del cauce procedimental que se prevea para aquellas cuestiones de baja cuantía o bien de escasa complejidad, donde la tutela exige especial rapidez, y por tanto, mayor simplicidad procedimental.

Estamos convencidos de que la oralidad debe abrirse paso también en el proceso civil. Sin embargo, debe abrirse paso razonadamente, sin excesos ni fanatismos, valorando la forma escrita para aquellos actos que la requieren, y con planteamientos y soluciones de carácter técnico y no ideológicas. Se debe abordar esta cuestión sin caer en los errores propios de quienes han exagerado la jerarquía de simples reglas formales vinculándolas con fenómenos que no terminaron de convencer en el terreno práctico. Deben prevalecer en el legislador chileno los criterios de conveniencia y oportunidad al momento de decidir el modelo, velando que las distintas piezas del proceso queden perfectamente engranadas, para obtener de ellas el mejor provecho posible. Estimamos necesario afrontar el relevante desafío de la introducción de la oralidad en nuestro sistema procesal civil sin caer en el error de materializar normativamente mitos abundantes en la doctrina.

En este sentido, si bien es cierto que en el marco de un proceso civil oral debe rescatarse la importante figura del juzgador (y debe elevarse su autoridad en lo que dice relación al orden, vigilancia e impulso del proceso, sin perjuicio de reconocérsele poderes ordenatorios y disciplinarios indispensables para evitar que el proceso se dilate innecesariamente o se desvíe a otros extremos por el litigante de mala fe) ello no debe implicar tener que gravar a los Tribunales con cargas que no debieran ni podrían asumir. Debe asumirse la oralidad del proceso sin complejos, pero sin excesos doctrinarios como los que provienen de aquellas posiciones que inspiradas en el fenómeno de la publicización o socialización del proceso pretenden otorgar al juez considerables poderes en materia de iniciativa probatoria los que junto con no pasar el *test* de la garantía de imparcialidad judicial, desprecian o al menos ignoran la realidad de la práctica forense.

Finalmente, sólo nos resta señalar que estimamos un deber realizar un aprovechamiento inteligente de las experiencias existentes de la oralidad. Debemos ser capaces, estando ya en el siglo XXI y con ya tres importantes reformas procesales en curso, de articular un nuevo y más razonable modelo procesal civil que, adecuándose a los tiempos que corren, privilegie los intereses de los justiciables y facilite una tramitación más rápida y efectiva del juicio civil.

BIBLIOGRAFÍA

En la preparación de esta exposición se ha consultado una serie de textos y documentos relativos al tema que nos convoca. Para quienes deseen profundizar recogemos un listado que puede ser de utilidad para abordar más detenidamente las distintas facetas involucradas.

- ALVARADO, A. "Imparzialità del giudice e Giusto processo" en: Cipriani, F. 2008. *Stato di diritto e garanzie processuali* (Napoli, Edizione Scientifiche italiane, Quaderni de Il giusto processo civile, 2).
- BONET, J. "El proceso civil español como modelo procesal de oralidad", Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, Nº 21, 2008.
- CAPPELLETTI, M. 1972. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, edit. EJEA (trad. de Santiago Santís Melendo).
- CAPPELLETTI, M. 1972. *Proceso oral y proceso escrito*. Buenos Aires, edit. Ejea (trad. de Santiago Santís Melendo).
- 1974. *Valor actual del principio de oralidad. La oralidad de las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, edit. EJEA (trad. de Santiago Santís Melendo y Thomás A. Banzhaf).
- CARROCA Pérez, A. 1997. *Derechos Humanos y Derecho Civil: Perspectiva Procesal*. Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial.
- CARPI, F., ORTELLS, M. (Coord.) 2008. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia, Universidad de Valencia, Tomos I y II.
- CARRERAS, J. "El Derecho procesal como arte", en Carreras, J. (junto a Fenech, M). 1962, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, edit. Bosch.
- CARÚS, J. 2003. *O princípio da oralidade. Procedimento por audiências no Directo Processual Civil Brasileiro*, Sao Paulo, edit. Revista dos Tribunais, Colecao Estudos de Directo de Processo, vol. 53.
- CHIOVENDA, G. 1924. "L'oralità e la prova". Rivista di Diritto Processuale Civile, I.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. "Sobre la LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Criterios inspiradores e innovaciones principales", en Revista Tribunales de Justicia, Nº 2, 2000.
- 2009. *Casación, oralidad y nuevo proceso civil (tres conferencias chilenas)* (en proceso de publicación por Ediciones Jurídicas de Santiago).

- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2003. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edic.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; PALOMO VÉLEZ, D. 2007. *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DUCE, M., MARÍN, F. y RIEGO C. "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en Cabezón, A. (Coord.). 2008, *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*. (Santiago, CEJA). Disponible en: http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/Justiciacivil2008_ceja.pdf.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. 2003. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ, V., MALDONADO, F. 2006. *Diagnóstico de la actual Judicatura Civil: Percepción social y análisis de trayectorias de causas*, Santiago, Proyecto reforma procesal civil de la sociedad para la cooperación técnica alemana GTZ-Chile.
- Informe de Foro para la reforma procesal civil, en Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, N° 21, 2008.
- LLUCH, X. "La audiencia previa: Entre el deseo y la realidad", en *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, N° 69, 2003.
- MATURANA, C. "Un moderno sistema probatorio para el proceso civil", en *Revista del Colegio de Abogados de Chile*, N° 24, 2002.
- MONTERO AROCA, J. 2001. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, J. (Coord.) 2008. *Proceso civil e ideología*, Santiago, edit. Metropolitana.
- NIÉVA, J. "Los problemas de la oralidad", en *Revista Justicia*, N° 1-2, 2007.
- NÚÑEZ OJEDA, R. "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (Fundamentos, historia y principios)", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, 2005.
- ORTELLS RAMOS, M. "Código Tipo y Reforma del proceso: Entre Derecho común y Derecho uniforme en América Latina". En: Schipiani, S. y Vaccarella, R. (Cd.). 1988. *Un "Codice Tipo" di procedura civile per L'America Latina*. Padova, CEDAM, Memoria del Congreso Internacional realizado en Roma 26/28 septiembre de 1988.
- PALOMO, D. 2008. *Oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo procesal civil español*. Santiago, edit. Librotecnia.
- PEREIRA, S. 2008. *El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil. Modelo teórico y relevamiento empírico*, Montevideo, edit. Amalio Fernández.
- SILVA, P., GARCÍA, J. LETURIA, F. (Coord.) 2006. *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Fundación Libertad y Desarrollo y Universidad Autónoma de Madrid.

**CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD
PROCESAL DE LOS GRUPOS DE CONSUMIDORES
AFECTADOS: SU TRATAMIENTO EN LA LEY
DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EN EL
ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN*

Doctora en Derecho, Universidad de Navarra, España

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

La persona debe gozar de protección jurídica, y de hecho todo el mecanismo tutelar que confiere el derecho procesal gira en torno a la persona. Ahora, para que actúe la protección de la persona a través del proceso se exige un presupuesto básico, que debe concurrir tanto en el demandante como en el demandado, relativo a lo que genéricamente se designa como *capacidad*. El Código de Procedimiento Civil reconoce expresamente este atributo en el artículo 303 N° 2, al señalar que constituye un elemento de la relación procesal que se puede examinar a través de las excepciones dilatorias “la falta de capacidad del demandante”.

En su dimensión procesal, la capacidad evoca al sujeto que puede solicitar la tutela jurisdiccional y quién puede ser condenado por una sentencia de condena, declarativa o constitutiva. El problema de la capacidad se reduce a determinar quiénes pueden solicitar tutela jurídica de parte de los órganos jurisdiccionales y quiénes pueden ser compelidos a la observancia del derecho a través de una sentencia judicial.

En el ámbito procesal se habla de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, en sintonía con el derecho sustantivo¹. Desde el punto

* Este trabajo se realiza dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 11080052, “Análisis crítico del procedimiento contemplado en la Ley 19.496, para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios”, del que la autora es investigadora responsable.

¹ La doctrina procesal está conteste en definir la capacidad procesal como una aptitud para poder realizar actos válidos en el proceso o la capacidad necesaria para actuar en juicio. En este sentido cfr. Calamandrei, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código*, vol. II, edit. Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 365.

de vista doctrinal existe unanimidad en cuanto a la delimitación genérica de estos conceptos, y en cuanto a que se trata de un atributo que se presume, esto es, todos tienen "la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso civil"². Pero desde el punto de vista práctico han surgido algunos problemas, que se refieren a la relación entre la personalidad jurídica y la capacidad y la relación entre la capacidad del derecho sustantivo y la capacidad en el ámbito procesal.

Para solucionar estos problemas debemos plantearnos si los conceptos de personalidad y capacidad jurídica son de significado unívoco o si bien tienen significado y alcance distintos.

Una postura niega que pueda existir capacidad sin personalidad jurídica, es decir, sólo podría predicarse capacidad de las personas físicas y de las jurídicas y, por lo tanto, la capacidad jurídica vendría a ser una proyección de la personalidad. En este sentido, un ente carente de personalidad no puede ser sujeto de derecho y agrupaciones sin personalidad no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones.

Para otra postura, puede existir capacidad sin personalidad destacando la virtualidad del concepto de subjetividad jurídica y así surgen entidades que no son personas jurídicas, pero a las que sí es dable imputarles ciertos efectos jurídicos.

Puede concluirse por tanto que personalidad y capacidad jurídica no son sinónimos ni términos unívocos, y que la subjetividad jurídica es anterior a la personalidad.

Tal como en el Derecho Civil se distingue la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio, en el Derecho Procesal se distingue la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.

La capacidad para ser parte es la aptitud genérica que una persona posee para ser demandante o demandado en un proceso, cualquiera que éste sea y aunque nunca llegue a litigar. No obstante ser un concepto procesal, nuestro Derecho tradicionalmente no lo regulaba, sin duda por partir de la idea –común durante mucho tiempo– de que coincide esencialmente con el de personalidad o capacidad jurídica del derecho sustantivo: la ley atribuía capacidad jurídica procesal o capacidad para ser parte a quienes las normas sustantivas reconocían personalidad o capacidad jurídica general. Con carácter general, se podía afirmar que la institución no tenía porqué presentar problemas ni con respecto a las personas físicas ni a las jurídicas. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia muy pronto detectaron las importantes lagunas que presentaba la falta de previsión legal de la capacidad para ser parte, porque la realidad ponía de manifiesto la existencia de determinados supuestos en los que,

² De la Oliva, A. (con Fernández López, M.A.), *Derecho Procesal Civil I*, edit. Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 423.

por razones prácticas o de justicia, era preciso reconocer capacidad para ser parte, capacidad para demandar o para ser demandados, a determinados entes no dotados formalmente de personalidad que, sin embargo, actuaban en el tráfico jurídico.

La solución, apuntada por la doctrina, vigente desde hace tiempo en el Derecho Comparado y propuesta ya por nuestro legislador en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y en otras normas aisladas, radicaba en desvincular progresivamente la capacidad para ser parte del concepto de personalidad³. La técnica del legislador ha sido la de distinguir las diferentes realidades sustantivas que subyacen a estos entes, reduciéndolos a tres grandes grupos: “las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración”; las demás entidades sin personalidad jurídica. Mientras las primeras tienen reconocida la capacidad para ser parte en todo caso, las segundas solo cuando la ley se la reconozca, excepto cuando estén formadas por una “pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”, en cuyo caso se les reconoce capacidad general para ser demandadas, “sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes”, y los grupos de consumidores o usuarios afectados, aunque solo en los casos que prevé la norma y que luego veremos.

2. CAPACIDAD PROCESAL DE LOS ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

En lo que respecta a nuestra legislación, el inciso 1º del artículo 545 del Código Civil establece que “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Precizando los alcances de esta definición legal, el artículo 547 establece además que “No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que hayan sido aprobadas por el Presidente de la República”.

Por lo tanto, cabe señalar que en el ámbito del derecho privado, carecen de personalidad jurídica todas aquellas entidades que no gozan de todos los atributos enumerados en la definición del Código Civil, o que, simplemente, no han sido objeto de un reconocimiento formal por parte de la autoridad legal o administrativa.

³ Señala en este sentido Romero Seguel, A., “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, 2002, pp. 785-786, que esta posición se explica “aceptando la premisa que mientras mayor sea el espectro de sujetos que puedan participar en una relación procesal, mayor eficacia tendrá la protección jurisdiccional de los derechos”.

Sin embargo, la realidad en esta materia desde siempre ha resultado ser mucho más compleja por la existencia de entidades que, no obstante carecer de personalidad jurídica en sentido estricto, participan en el tráfico jurídico como sujetos de derechos, siendo titulares de ciertos atributos o capacidades especiales.

La solución antes apuntada por la doctrina viene desde hace tiempo reconocida en el derecho comparado, y apunta a desvincular progresivamente la capacidad para ser parte del concepto de personalidad⁴.

En Chile, a nivel constitucional, un gran avance significó en esta materia el establecimiento del recurso de protección, debido a que reconoce la capacidad procesal no sólo de personas naturales o jurídicas, sino que también de todo ente, asociación, grupo, organización o movimiento cualquiera⁵.

Además, la capacidad procesal de entidades que carecen de personalidad jurídica ha sido reconocida de modo expreso por el ordenamiento en diversas normas. Así por ejemplo, el artículo 18 de la ley N° 17.322 (Fija normas para la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de las instituciones de previsión. Publicada en el Diario Oficial de 19 de agosto de 1970) establece que "las sociedades civiles y comerciales, las corporaciones y fundaciones y todas las personas jurídicas de derecho privado, las comunidades y todas las entidades u organismos particulares... deberán declarar ante las instituciones previsionales a que estén afiliados sus dependientes, los nombres de sus gerentes, administradores o presidentes, y comunicar los cambios en esas designaciones, dentro de los treinta días producidos. La persona declarada como representante del empleador se entenderá autorizada para litigar en su nombre con las facultades contempladas en el inciso primero del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, no obstante cualquiera limitación impuesta a sus poderes"⁶.

⁴ Como ha dicho De la Oliva Santos, A., *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, edit. Eunsa, Pamplona, 1971, p. 26, "la personalidad jurídica no agota el significado de la capacidad para ser parte, de forma que fuera de ella no pueda ésta concederse".

⁵ Señala el artículo 20 inciso 1° de la Constitución Política que "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

⁶ Del precepto transcrito se desprende que se ha incluido bajo la frase "y todas las entidades u organismos particulares" a los entes que carecen de personalidad jurídica, los cuales se entienden facultados para actuar en juicio, reconociendo capacidad procesal más allá del tecnicismo de la "personalidad jurídica".

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 28 de la ley N° 18.287 estipula que “si se tratare de fundaciones, corporaciones, comunidades, sociedades de hecho sin personalidad jurídica u otras entidades similares, podrá seguirse el procedimiento con su administrador o administradores o con quien o quienes tuvieran su dirección. Si no se pudiese determinar quien tuviere su administración o dirección, valdrá el emplazamiento hecho a cualquiera de sus miembros”.

En el ámbito del Derecho Laboral, el concepto de empresa del artículo 3° del Código del Trabajo permite demandar a entes de hecho, sin necesidad de acreditar la existencia de la personalidad jurídica.

Existen entes jurídicos que sin tener personalidad jurídica sí poseen capacidad procesal, en que comúnmente se trata de entes vinculados a personas jurídicas extinguidas o a patrimonios independientes, como ocurre con sociedades indebidamente constituidas, pero que no obstante ello pueden ser sujeto de actos procesales, activa o pasivamente. Así por ejemplo, la sociedad anónima disuelta subsiste como persona jurídica para los efectos de su liquidación, quedando vigentes sus estatutos en lo que fuere pertinente. En este caso la representa judicialmente la “comisión liquidadora”, la que tiene la capacidad procesal de la sociedad en liquidación⁷.

En lo que respecta a los patrimonios independientes, existen ciertos conjuntos de bienes a los que por estar separados de sus titulares el ordenamiento les reconoce capacidad procesal, principalmente debido a la indeterminación transitoria de sus dueños. El caso más típico es el de la herencia yacente⁸.

En la jurisprudencia también se ha aceptado esta separación entre capacidad y personalidad jurídica, siendo el ejemplo más elocuente el de la sociedad de hecho⁹.

A juicio de Romero, una legislación que no reconoce la capacidad procesal de entidades que carecen de personalidad jurídica provoca que su efectiva comparecencia en un juicio sea considerada como un asunto que afecta la validez del proceso, por la no concurrencia de un presupuesto básico para la constitución de una relación procesal. En consecuencia, sería procedente la excepción dilatoria interpuesta con ese objeto (art. 303 N° 2 del Código de Procedimiento Civil.), dando origen a patentes arbitrariedades¹⁰.

⁷ Artículos 109 y ss. de la Ley sobre Sociedades Anónimas.

⁸ Artículo 1240 del Código Civil, en concordancia con los artículos 481 y 490 del mismo Código.

⁹ Un ejemplo se aprecia en la sentencia de la Corte de Ap. de Santiago, *RDJ*, t. XCIII; secc. 2°, p. 1-5, que resolvió que la sociedad de hecho se equipara con la comunidad de bienes. Un fallo más completo es el de la CS. de 30 de junio de 1981, *RDJ*, t. LXXXVIII, secc. 2°, p. 93-113 (Fed. Estudiantes UFS).

¹⁰ Cfr. Romero Seguel, A., “La capacidad de las personas jurídicas: una explicación procesal”, *Responsabilidad civil de entidades corporativas*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 7, 2003, Universidad de los Andes, Santiago, pp. 293-318. Agrega el autor que un ejemplo de

En lo que respecta a nuestra actual legislación procesal civil, las normas sobre capacidad procesal contenidas en el Libro Primero, Título II del Código de Procedimiento Civil, sólo hacen referencia a que las personas naturales o jurídicas poseen capacidad para actuar en juicio. Es decir, implícitamente quedan excluidas de este reconocimiento las asociaciones o entidades que carecen de personalidad jurídica. En palabras de Arancibia, "una correcta interpretación de dichas normas a la luz de los preceptos constitucionales vigentes, tal como se ha visto, no debiera producir inconvenientes a la hora de reconocer la capacidad procesal de entes que carecen de personalidad jurídica en sentido formal"¹¹.

3. CONCEPTO Y CAPACIDAD DEL GRUPO

La jurisprudencia y la doctrina constatan cada vez con mayor frecuencia la formación de grupos de personas que se unen para la obtención de un fin sin que lleguen a constituirse en personas jurídicas y que realizan actos internos y externos de los que pueden surgir derechos y obligaciones.

En el Derecho español, antecedente de nuestra legislación, las primeras referencias a los grupos se contienen en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y posteriormente, el artículo 18.II de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Ley 29/1988), rompieron con la dualidad entre personas físicas y personas jurídicas, situando como posibles partes en el proceso a los grupos que defiendan o promuevan

lo señalado lo constituye el tratamiento procesal que el legislador otorga a la comunidad, denominación bajo la cual se comprenden distintas situaciones, que no han recibido siempre la misma consideración jurídica, generándose varias situaciones de interés. Conforme al art. 2304 la *comunidad* de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa es una especie de cuasicontrato. El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social (art. 2305). En nuestro derecho no existe una norma que reconozca, en general, la plena capacidad a las comunidades. La forma como está concebida la comunidad en el Código Civil es claramente insuficiente para los problemas procesales que surgen en la litigación con estos entes. En el plano legal, el artículo 2305 del CC es bastante parco sobre el tema que nos ocupa, estableciendo parcamente que "*el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social*". No se sienta una pauta alguna sobre la capacidad de la comunidad. Por otro lado, no deja de ser curiosa la remisión legislativa al contrato de sociedad, ya que la sociedad constituye una nueva persona jurídica, distinta de la de cada uno de los socios. De la combinación de los intereses aportados por los socios, surge un solo y nuevo derecho, pero único: el del ente social. Sin embargo, en la comunidad hay tantos derechos como interesados.

¹¹ Arancibia Mattar, J., "Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica", *Gaceta Jurídica*, N° 213, 1999, pp. 3-4. Agrega el autor que "En tal sentido, resulta mucho más afortunada la redacción empleada por la ley N° 18.120 sobre comparecencia en juicio, que habla de "parte o interesado" (art. 1° inciso 1°) (28)". Además, en el orden legal, dado que se trata de una legislación especial de carácter complementario, dictada con posterioridad al Código, podemos sostener que su enfoque debe primar por sobre aquel establecido en el Código de Procedimiento Civil.

intereses legítimos colectivos, ya sea que la situación afecte a intereses de miembros del grupo o bien el grupo se encuentre legalmente habilitado para la defensa o promoción de ciertos intereses colectivos. El primero de los preceptos citados dispone expresamente que "los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción"¹².

4. EL GRUPO DE CONSUMIDORES AFECTADOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El concepto de "grupo" puede prestarse a dudas y equívocos, puesto que no existe una definición legal ni tampoco se encuentra definido en su antecedente constitucional más próximo, esto es, el artículo 1º de la Constitución chilena, que reconoce y ampara a los grupos intermedios.

Lo que distingue al grupo es la falta de personalidad jurídica independiente; estamos ante un ente sin personalidad reunido para la consecución de un fin común y solidario. Se aportan varios datos en este sentido, tales como el significado que de esta palabra ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que lo define como una "pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado".

Lo que diferencia al grupo de las entidades legalmente constituidas es su característica de aposterioridad, porque sólo surge tras el acto que provoca el conflicto jurisdiccional y cobra existencia con ocasión de la afectación ilícita y dañosa de los derechos o intereses de cada uno de sus miembros, que es lo que les otorga la cohesión. En cambio, las entidades legalmente constituidas tienen existencia propia y anterior a la producción de los hechos que motivan el proceso, actuando en el tráfico por medio de ciertos sujetos que serán los que luego comparezcan por dicha entidad en juicio.

¹² La misma idea se repite en la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa española, que en su artículo 18.II, cuando dispone que tienen capacidad procesal en el orden jurisdiccional "Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente".

4.1. TRATAMIENTO PROCESAL DEL GRUPO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Ley N° 19.955, que modifica la Ley N° 19.496 sobre protección del consumidor y que introdujo los procedimientos colectivos para la defensa de consumidores y usuarios, consagra en su artículo 51 la legitimación de un grupo de 50 o más consumidores afectados para iniciar un procedimiento de este tipo.

La regulación de este supuesto de legitimación, a juicio de la doctrina, es muy poco satisfactoria e incluso, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.946, parte de ella sigue negándola.

Creemos que la exigencia de un número mínimo de afectados que conformen el grupo no constituye un requisito de legitimación, sino que de capacidad para que el grupo sea parte, y una vez cumplido este requisito de capacidad se encontrará debidamente legitimado. También obedece esta exigencia a la utilización del criterio de la suficiencia de representación del grupo, en atención a que los efectos de la sentencia se extenderán a quienes no hayan sido parte en el proceso. Además deben encontrarse debidamente individualizados los miembros que conformen este grupo. La ley tampoco define lo que debe entenderse por "grupo de consumidores afectados", y así siguiendo a la doctrina, por lo que puede hablarse de grupo de afectados "no siempre que exista un conflicto o problema jurídico que, de una forma u otra, sea tocante a más de una sola persona, sino cuando un determinado acto afecte de forma global, genérica y solidaria a los intereses de una colectividad determinada o indeterminada de personas; es decir, en esta expresión deben incluirse aquellos casos en los que lo que se pretende realmente es la tutela de un interés propiamente de grupo, entendido éste como interés genérico común a todos los miembros del mismo, que han sufrido una afección unitaria, y del cual son éstos titulares sólo en cuanto tales miembros del grupo"¹³.

La disposición tampoco establece cómo se configurará la representación del grupo, y a quién corresponde dicha representación. Así, esta exigencia plantea problemas tales como quién será el representante del grupo, cómo se elegirá a dicho representante y si es necesario que conste el consentimiento expreso de todos los que conforman el grupo en relación con el otorgamiento del poder.

Creemos también que hubiese sido interesante legitimar a otras entidades legalmente constituidas, distintas de las Asociaciones de Consumidores, que contemplaran entre sus fines la protección, educación y defensa del consumidor.

¹³ Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, edit. Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 308-309.

4.1.1. Situaciones en que el legitimado activo se desiste o pierde su calidad de legitimado

El artículo 53 B también plantea un problema en relación con esta materia puesto que dispone que cuando se produzca el desistimiento de uno de los legitimados activos o pierda su calidad de tal, se dará traslado al Servicio Nacional del Consumidor, quien podrá hacerse parte del juicio dentro de quinto día, resolución que deberá notificarse por cédula¹⁴.

Esta norma constituye un reflejo del interés público que el legislador ha querido ver en la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, puesto que limita el principio de disposición y obliga al juez a conferir traslado al SERNAC para que éste pueda hacerse parte en el proceso si lo considera conveniente.

No queda claro cuál es el rol que cumple el SERNAC haciéndose parte en el proceso puesto que la duda que surge es si el SERNAC actúa como un nuevo legitimado activo, en virtud de la legitimación que le confiere el artículo 51 N° 1 letra a), o si bien asume la legitimación que le cabía al demandante desistido o al legitimado que la ha perdido.

Se puede afirmar también que cuando el legislador se refiere al *desistimiento del legitimado activo* ha pensado en las asociaciones de consumidores, puesto que difícilmente ésta podrá dejar de cumplir con los requisitos que le exige el artículo 51 N° 1 letra b) una vez que se ha iniciado el proceso, y que cuando se refiere a un *legitimado activo que pierda su calidad de tal*, ha querido pensar en los grupos de consumidores afectados, que de no mantener el número mínimo de personas que la ley le exige, perdería esta legitimación activa¹⁵.

4.2. TRATAMIENTO PROCESAL DEL GRUPO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

A su vez, el Anteproyecto del Código Procesal Civil consagra en su artículo 29°, titulado "Capacidad para ser partes", la posibilidad de que sean parte en un proceso "los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya o actúe representado en la forma prevista por la ley"¹⁶.

¹⁴ Creemos que la ubicación de la norma contemplada en el inciso 4°, que regula las consecuencias del desistimiento de uno de los legitimados activamente, no corresponde, y hubiese sido oportuno que se regulara conjuntamente con la legitimación en el artículo 51, puesto que no dice relación con la conciliación ni con los modos anormales de terminación del proceso.

¹⁵ Nos remitimos a lo ya señalado a propósito de la exigencia de mínimos como requisito de capacidad.

¹⁶ En la legislación española, el artículo 7.3. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, distingue dos tipos de grupos, cuando se refiere a "los que resulten afectados o que estén legalmente

Los grupos de afectados suponen en nuestro país una innovación respecto de legislaciones procesales anteriores. Puede hablarse de grupo de afectados “no siempre que exista un conflicto o problema jurídico que, de una forma u otra, sea tocante a más de una sola persona, sino cuando un determinado acto afecte de forma global, genérica y solidaria a los intereses de una colectividad determinada o indeterminada de personas; es decir, en esta expresión debe incluirse aquellos casos en los que lo que se pretende realmente es la tutela de un interés propiamente de grupo, entendido éste como interés genérico común a todos los miembros del mismo, que han sufrido una afección unitaria, y del cual son éstos titulares sólo en cuanto tales miembros del grupo”¹⁷. Este vendría a ser el único caso en que un grupo de afectados se encuentra legitimado, puesto que, en situaciones similares, lo que en verdad existe son situaciones jurídicas plenamente individuales y por ello legitimaciones y pretensiones también individualizadas, que a su vez dependen de las circunstancias particulares de cada sujeto¹⁸. Y es en estos casos de auténtica legitimación de grupo cuando se plantean otros problemas, tales como su capacidad

habilitados para su defensa y promoción”. En relación con los grupos legalmente habilitados, la denominación que les otorga la ley no implica que no se trate de un grupo afectado, puesto que si no existe una afección de intereses legítimos, difícilmente podrá existir legitimación en el proceso, por lo que esta afirmación sólo podría tener sentido lógico en el caso de que se emplee la palabra grupo referida unas veces a personas jurídicas y otras a los propios grupos sin personalidad (o a un grupo de personas que actúan en defensa de un grupo –se supone que más amplio–), y es muestra de que este uso indiferenciado genera confusión semántica y jurídica.

¹⁷ Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, op. cit., pp. 308-309. En este sentido vid. también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 4 de noviembre de 1996, en donde señala que en la categoría de grupo de afectados “se incluye cualquier conjunto de personas determinadas o identificables que, poseyendo intereses comunes o convergentes, atiende a su consecución mediante una organización básica o elemental y una actuación conjunta y solidaria de sus miembros. Estas características, que convienen a colectivos más difusos, amplios y extendidos que el que aquí se analiza, no pueden dejar reconocerse, sin grave quiebra del principio de tutela judicial efectiva, en quienes, aun sin constituir una asociación con personalidad jurídica, se unen para la formación de una banda musical dedicada a la interpretación y ejecución de obras de esta naturaleza, integrando un grupo, perfectamente definido en su composición y en sus objetivos, y estatutariamente organizado para el desarrollo de una actividad conjunta y unitaria”.

¹⁸ En este punto se advierte cierta confusión en la doctrina. Así, Moreno Catena, V; Cortés Domínguez V; Gimeno Sendra, V., *Derecho procesal civil: parte general*, 3ª edic., edit. Colex, Madrid, 2000, p. 106, en relación con la regulación del artículo 7.3 de la mencionada ley señala que “se debe ser cauto a este respecto para evitar la dispersión, pudiéndose admitir la legitimación cuando se trate de grupos definidos, de afectados perfectamente individualizados, y que existan con anterioridad al conflicto; habrían de actuar en el proceso con una sola representación y defensa (en otro caso no se trataría de un grupo sino de una suma de individuos) y su pretensión debería ser única, por el total del daño causado a los miembros del grupo, quienes luego dividirían internamente la indemnización obtenida”. Cabe formularle algunas críticas a esta concepción, como la exigencia de que los miembros se encuentren perfectamente individualizados, puesto que en ese caso las pretensiones serán particulares e individuales por serlo los hechos en los que se fundan (las lesiones deberán ser probadas por cada sujeto que afirma haberlas sufrido y pretender su resarcimiento) y también pueden ser diversas en su cuantía, o sus causas o las excepciones que pueda hacer valer el demandado.

para ser parte y su representación, problemas a los que nos referiremos a continuación.

4.2.1. La capacidad procesal del grupo

De esta manera, en lo relativo a la capacidad del grupo en el ámbito procesal, pueden apreciarse dos posiciones al respecto. La primera de ellas les reconoce capacidad para ser parte, y en este sentido la parte está constituida por el grupo sin perjuicio de que los que precisan actuar son los entes que conforman el grupo por medio de un portador de su interés¹⁹. La segunda posición niega al grupo capacidad para ser parte y, en el caso de aceptar que existen derechos e intereses tutelables, habría que buscar mecanismos de protección de los mismos. En este sentido se pronuncia Silguero, quien al establecer una similitud entre la personalidad y la capacidad jurídica niega capacidad al grupo porque no tiene personalidad. Lo que el grupo poseería es legitimación, pero la capacidad propiamente tal corresponde a los individuos que integran el grupo²⁰.

Otorgando capacidad para ser parte al grupo de afectados, la Ley le ha concedido una cierta "personalidad procesal". Pero el otorgamiento de esta personalidad no es con carácter general, sino que la Ley la condiciona a que los integrantes del grupo cumplan con ciertos requisitos de carácter objetivo y subjetivo: tratarse de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso, que los individuos que componen el grupo sean determinados o fácilmente determinables, y que el grupo esté constituido por la mayoría de los individuos afectados.

¹⁹ Cfr. Gómez de Liaño González, F., "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia* 86, p. 571 y ss. Así lo ha reconocido la Jurisprudencia también, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 4 de noviembre de 1996, RJ 1996/8077, que señala expresamente: "Si una agrupación sin personalidad puede actuar a través de representante los derechos que conjunta o colectivamente asisten a todos sus miembros, difícilmente puede desconocerle capacidad para ser parte en los procesos que se vea compelida a entablar en su defensa y, a su representante, la necesaria capacidad para comparecer por ella en juicio con efectos vinculantes para todos sus integrantes. No en vano, una y otra constituyen simple transposición procesal de la capacidad material para ser sujeto de derechos y ejercerlos. Reconocida ésta, la capacidad para ser actora o demandada en juicio se impone como una consecuencia insoportable de dicha aptitud, aun cuando para ejercerla procesalmente aquellos colectivos hayan de actuar a través de quienes, a virtud de un expreso apoderamiento al efecto o de una representación tácitamente conferida con las funciones de gestión y dirección encomendadas por sus miembros, ostenten su representación".

²⁰ Cfr. Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, edit. Dykinson, Madrid, 1995, p. 144. Agrega el autor que "el grupo carece de capacidad y, en consecuencia, de la posibilidad de ser parte directa en el proceso. Por ello en su caso, tanto la apreciación de la capacidad como los efectos derivados de su falta, deben ser tenidos en cuenta respecto de quienes asuman las funciones de gestores u organizadores del conjunto de miembros individuales, pero no respecto del grupo en sí mismo considerado". Destacan por tanto dos ideas fundamentales: por una parte no puede establecer un paralelismo entre capacidad y personalidad y otra, la comparecencia y legitimación del grupo plantea problemas de difícil solución.

El artículo 29 del Anteproyecto reconoce, como decimos, la posibilidad de que los intereses de los consumidores y usuarios puedan ser tutelados no sólo por las asociaciones de consumidores sino también por los grupos de afectados y que éste actúe como parte en el proceso. Antes de la existencia de esta norma el principal problema para la actuación de los grupos lo constituía precisamente su falta de capacidad para ser parte, porque por mucho que tuvieran legitimación se trataba de entes sin personalidad y sin una estructura estable. Además, confiere al grupo una capacidad independiente de la capacidad que puedan tener los sujetos que lo integran, ello siempre que se constituya con la mayoría de los afectados, con lo que al margen de esta nota de representatividad, el Anteproyecto y la Ley de Protección del Consumidor no condicionan la legitimación ni la actuación del grupo a ningún otro requisito adicional. El legislador procesal civil se aparta en este punto de lo previsto en el sistema especial de protección del consumidor y en el sistema estadounidense de las *class actions*, donde la acción del grupo se configura siempre con carácter subsidiario: sólo se admite la actuación del grupo como tal cuando, por el elevado número de sus componentes, su defensa no puede articularse a través de la acumulación de acciones²¹. Pero, si el grupo es pequeño, en principio el sistema prefiere evitar las complejidades procesales derivadas de la legitimación del grupo y remitir la defensa conjunta de los diversos sujetos a los cauces tradicionales de acumulación de acciones. Será el juez quien decida, atendiendo a criterios de oportunidad y proporcionalidad, y con un amplio margen discrecional, acerca de la admisibilidad de las *class actions*²².

La disposición también plantea otros problemas jurídicos relevantes, ya que sólo confiere capacidad para ser parte a los "grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso", y que presenta controversia sobre si debe excluirse de este ámbito a los afectados por contaminación medioambiental, porque no se les reconoce la calidad de consumidores y usuarios²³.

²¹ En la sección (b) del artículo 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles del sistema norteamericano de *class actions*, se establece como presupuesto para dar inicio a un procedimiento de clase la circunstancia que la sustanciación de procesos separados iniciados por o en contra de individuos miembros de la clase pudiera crear riesgos en cuanto a que se pronuncien sentencias contradictorias para distintos miembros de la clase y que establecieran obligaciones incompatibles para la contraparte o se pronuncien sentencias que afecten a los individuos miembros de la clase y que afecten los intereses de miembros ausentes o que impidan o disminuyan sus posibilidades de defensa.

²² Bachmaier Winter, L., "Cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados", *Derecho del consumo. Acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 227. Señala, además, que este requisito se contiene en el artículo 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de 1938, que dispone que "*One or more members of the class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*".

²³ La tendencia debería ser a excluir a los afectados por contaminación medioambiental, puesto que existe un procedimiento especial para perseguir esta responsabilidad en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300). Por otra parte, la normativa del Anteproyecto no

Si el grupo se constituye en asociación, deja de ser aplicable la norma, puesto que pasa a ser una persona jurídica. Pero si no pierden esta calidad de grupo, en principio la ley les exige algún tipo de identificación, y en la mayoría de los casos deberán encontrarse representados, por lo que las partes vienen a ser los individuos que integran el grupo y no el grupo propiamente tal, y los miembros del grupo, en cuanto personas físicas, no carecerían de capacidad procesal. Pero no debe perderse de vista que la parte sigue siendo el grupo, y no sus integrantes, y las actuaciones seguirán siendo del grupo²⁴.

En cuanto al hecho dañoso, se exige identidad del hecho originador del daño sufrido por los afectados, y constituye un presupuesto de existencia del grupo. La identidad que se exige en todo caso es jurídica y no "naturalística"²⁵.

La capacidad del grupo para ser parte es relativa, porque si bien primeramente se señala que podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles, luego especifica que "para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya o actúe representado en la forma prevista en la ley". De este modo se impide al demandado reconvenir, y a juicio de Bachmaier²⁶, el hecho de que el grupo sólo pueda constituirse en parte activa se encuentra en coherencia con los fines que la ley persigue en esta materia, y que consisten en facilitar el acceso del consumidor a la justicia. Esta línea de pensamiento resulta más correcta también desde el punto de vista de la cosa juzgada.

El número 6 del artículo 29 ratifica lo señalado cuando establece como requisito que el grupo de consumidores "resulte afectado por un hecho dañoso"²⁷ ya que en ese sentido difícilmente un perjudicado podrá tener la calidad de demandado.

contribuye a clarificar el problema, por cuanto el artículo 29 hace referencia exclusivamente a los grupos de consumidores y usuarios afectados y el artículo 41 consagra la representación en caso de intereses colectivos y difusos, en donde sí incorpora la defensa del medio ambiente. No puede concluirse que se trate de normas excluyentes, pero tampoco puede observarse una correcta armonía normativa.

²⁴ Cfr. De la Oliva Santos, A., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 119, y Bellido Penadés, R., "La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia*, 2002, t. II, p. 4.

²⁵ Cfr. Garnica Martín, J., "Las partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas", *Poder Judicial*, núm.62, 2001, p. 266.

²⁶ Bachmaier Winter, L., "Cuestiones procesales...", op. cit., p. 229. En este mismo sentido, Samanes Ara, C., *Las partes en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 20, señala que "no sería lógico que la exigencia que establece a continuación lo fuese para demandar y no para ser demandada, por lo que cabe pensar que ello ocurre así porque los grupos sólo pueden actuar como demandantes".

²⁷ Importante resulta también determinar qué es lo que debemos entender por "afectado por un hecho dañoso". A juicio de García Tuñón, A.M., "Artículo 11", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. Lorca Navarrete, A.M.), edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 169, la solución ha de reconducirse hacia que tales sujetos, consumidores y usuarios en sentido legal, han de padecer directamente el daño o perjuicio, el cual podrá presentar cualquiera de las modalidades admitidas por el ordenamiento. Será ésta una pura cuestión de hecho, pero que se convierte en condicionante o requisito legal para la eficacia de la propia norma.

El grupo sólo está legitimado para la defensa de intereses colectivos, puesto que la ley exige determinación o facilidad en la determinación de los integrantes del mismo. Tratándose de intereses difusos, la legitimación sólo corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios. No se regula el procedimiento que permita establecer la concurrencia de este presupuesto de la determinación de sus miembros. Le corresponderá a la actora la carga y a la demandada la impugnación. A nuestro juicio, esta materia debió regularse en forma distinta, estableciendo un control judicial previo en la conformación del grupo, como ocurre en las *class actions*.

Como ya señalamos, la Ley N° 19.496 establece la exigencia de que el grupo se encuentre constituido por un número mínimo de cincuenta de los afectados. Este requisito se establece para asegurar que el grupo resulta lo suficientemente representativo, en atención a que los efectos de la sentencia dictada en el proceso se extenderán incluso a aquellos que no han sido parte en éste.

4.2.2. Adecuada representatividad del grupo

En el caso de las uniones sin personalidad el representante es el gestor, o sea el que actúa en nombre del grupo al momento de establecer las relaciones de las que procede el conflicto que constituye el objeto del proceso. En el caso de los grupos será muy difícil que exista esta figura del gestor porque hasta que se produzca el conflicto y el daño consiguiente, no se constituirá.

El artículo 29 dispone que el grupo de consumidores afectados por un hecho dañoso "se constituya o actúe representado en la forma prevista en la ley", y en este sentido, alude a la exigencia de una adecuada representatividad del grupo.

Al establecer el legislador ciertas exigencias para que una asociación de consumidores pueda iniciar un procedimiento para la defensa de intereses supraindividuales, introduce un criterio de representatividad adecuada²⁸ que resulta fundamental en los sistemas anglosajones de las *class actions* y de las *representative actions*, y que otras legislaciones como la brasileña

La admisibilidad del grupo como sujeto legitimado no sólo se vinculará a la prueba de su existencia como tal, sino también a la de su consideración de afectados o perjudicados por un hecho dañoso atribuible a la contraparte.

²⁸ También parece estar pensando en ella cuando en el artículo 8 e) de la Ley de Protección del Consumidor cuando establece entre las funciones de la asociación de consumidores el "representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los consumidores ante la autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan". Hacemos presente esta observación porque normalmente la asociación actuará provista de una legitimación ordinaria y no en representación de un tercero, lo que quiere decir fundamentalmente que la Asociación será la parte en el proceso con todas las consecuencias que ello conlleva. Creemos que en este sentido resultaba más exacta la redacción que daba la ley 19.496 en su artículo 8° letra d) a la función de "representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorgan el respectivo mandato".

han adoptado con éxito. Sin embargo, en legislaciones pertenecientes al derecho continental, especialmente en el derecho europeo, ha sido duramente criticado.

Suele confundirse la legitimación colectiva con situaciones de representación, y así, se ha intentado explicar a través de esta última los mecanismos de defensa procesal de los intereses supraindividuales²⁹. La doctrina y la jurisprudencia se han referido ampliamente a este tema, y se dice que surge como consecuencia de "la necesidad, señalada desde los inicios del tratamiento doctrinal de este tema, de recurrir a nuevos conceptos, estructuras y mecanismos para la defensa de los intereses que conciernen a enteras categorías o grupos de personas, superando los propios de una concepción tradicional del proceso; y, entre ellos, el de <<la vieja concepción, excesivamente restrictiva e individualista de la legitimación para demandar>>³⁰.

Es así como se ha adaptado el concepto de la "*adequacy of representation*" proveniente del sistema de las *class actions*³¹ y se ha establecido en los diversos ordenamientos jurídicos, lo que a su vez conduce a la figura del "*ideological plaintiff*" o demandante ideológico, que viene a ser el portador de los intereses del grupo afectado y que debe ser cualificado y estar en condiciones de representar de la mejor manera posible los intereses del grupo.

Pero esta representatividad se justifica para el caso de la defensa de intereses o derechos individuales plurales u homogéneos, no así para la defensa de intereses colectivos o difusos. Suele confundirse la legitimación colectiva con situaciones de representación. Así por ejemplo, Bujosa explica los mecanismos de defensa procesal de los intereses supraindividuales a

²⁹ Cfr. Bujosa Vadell L., *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 161 y ss.

³⁰ En este sentido, señala Gómez de Liaño, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Forum, Oviedo, 2000, p. 75, que la solución de la representatividad adecuada puede ir por dos caminos: en el ámbito del Derecho Continental se ha privilegiado la actuación de asociaciones en defensa de los intereses de grupo, las cuales deben cumplir una serie de criterios fijos legislativamente. En el derecho anglosajón en cambio y específicamente en la regulación de los EE.UU., se produce claramente un aumento de los poderes del juez que, no obstante, debe aplicar unos criterios establecidos en la Rule 23 (a) (4) FRCP.

³¹ En este sentido, Bujosa Vadell, L., *La Protección Jurisdiccional...*, op. cit., p. 186, señala que esta figura "se fundamenta en la no aplicación a situaciones nuevas de carácter y relevancia colectiva soluciones referidas a situaciones individualistas de contenido esencialmente patrimonialista" para agregar luego que "permite valorar la representatividad de la persona que actúa ante los tribunales en defensa de intereses de grupo no organizados sólo parcialmente". Son muchas las legislaciones que han adoptado este principio. Famoso es el caso francés y su Loi Royer, que dispone que las asociaciones de consumidores regularmente declaradas como teniendo expreso objeto estatutario la defensa de intereses de los consumidores, si son autorizadas a tal fin pueden ejercer acciones civiles ante cualquier jurisdicción en todos los casos que involucren "hechos que directa o indirectamente provoquen detrimento a los intereses colectivos de los consumidores", pero para ello la asociación debe estar debidamente certificada, teniendo el Ministerio Público el deber de ayudar a asegurar que esta certificación sólo se conceda a las asociaciones que son "representativas" de los consumidores a la luz del sistema francés.

través de la representación. Señala que la utilización de técnicas procesales que permitan la accionabilidad conjunta de posiciones individuales hace necesaria la existencia de un ente exponencial o de un representante porque, aunque cada miembro del grupo tenga personalidad propia, la colectividad por sí misma no puede actuar en el proceso por carecer de personalidad jurídica. Distingue luego varios supuestos, entre los que destaca el grupo determinado organizado en un ente representativo no personalizado, el grupo determinado no personalizado y un grupo indeterminado sin un ente representativo organizado³².

La doctrina y la jurisprudencia se han referido ampliamente a este tema, y se señala que surge como consecuencia de "la necesidad, señalada desde los inicios del tratamiento doctrinal de este tema, de recurrir a nuevos conceptos, estructuras y mecanismos para la defensa de los intereses que conciernen a enteras categorías o grupos de personas, superando los propios de una concepción tradicional del proceso; y, entre ellos, el de <<la vieja concepción, excesivamente restrictiva e individualista de la legitimación para demandar>>"³³.

Se plantea entonces la necesidad de construir un concepto totalmente nuevo de legitimación, ideológica más que jurídica: De allí que surja el concepto de <<ideological plaintiff>> o demandante ideológico, que porta el interés colectivo, de grupo o de clase, y que se funda en la necesidad de superación del garantismo individualista y del nacimiento de un nuevo tipo, social o colectivo, concebido como salvaguardia, no sólo del individuo en un proceso individualista, sino de los nuevos grupos y cuerpos intermedios.

De ahí entonces que para evitar abusos, el portador deberá ser cualificado o sometido a una selección. Debe ostentar una <<representación adecuada>>, de forma que si la parte ideológica es adecuadamente representativa de toda la clase o grupo a la que aquel interés corresponde, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos también respecto de las partes ausentes³⁴.

Garnica considera también que la acreditación de la representación no cumple con las mismas formalidades que en la representación clásica, sino que el juez cumple un rol fundamental en la comprobación y

³² Cfr. Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional...*, op. cit., p. 161 y ss.

³³ En este sentido, cfr. Bujosa Vadell, L., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *La Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Gómez de Liaño González, F.), edit. Forum, Oviedo, 2000, p. 75, para quien la solución de la representatividad adecuada puede ir por dos caminos: en el ámbito del Derecho continental se ha privilegiado la actuación de asociaciones en defensa de los intereses de grupo, las cuales deben cumplir una serie de criterios fijas legislativamente. En el Derecho anglosajón en cambio y específicamente en la regulación de los EE.UU., se produce claramente un aumento de los poderes del juez que, no obstante, debe aplicar unos criterios establecidos en la Regla 23 (a) (4) de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles.

³⁴ Cappelletti, M., "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, p. 1 y ss.

control de la misma. Así, en los EE.UU., para el caso de las *class actions*, se exige una certificación o autorización del juez que el representante del grupo debe obtener y que resulta esencial y es un juicio sobre los presupuestos de admisibilidad de la acción de grupo y de ella depende el mantenimiento de la acción³⁵.

Otra cuestión a plantearse es si el representante del grupo debe ser parte del mismo. La norma no señala nada a este respecto, pero debe entenderse que se trata de una exigencia implícita, puesto que la naturaleza de la acción del grupo exigiría que su representante tenga legitimación propia para reclamar, y es precisamente porque posee esta legitimación que no se exige una acreditación formal de su representación³⁶. Si el grupo recurre a alguna forma de representación externa, estaríamos ante una representación formal y voluntaria en sentido estricto.

Además, pueden observarse ciertos vacíos legales, como ocurre respecto de las facultades del representante del grupo, o de la suficiencia de su petición para desistir del proceso, transigir o realizar actos dispositivos sobre los intereses del grupo, tales como la renuncia de derechos³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANCIBIA MATTAR, J. "Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica", *Gaceta Jurídica*, Nº 213, 1999.
- BACHMAIER WINTER, L. "Cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados", *Derecho del consumo. Acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

³⁵ Cfr. Garnica Martín, J., "Las partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas", *Poder Judicial*, núm. 62, 2001, p. 270.

³⁶ Cfr. en este mismo sentido, Pérez Conejo, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales (estudio específico de la legitimación <<difusa>> en el proceso contencioso administrativo)*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 280, quien señala que el interés del grupo será defendido y satisfecho por la acción de uno solo de sus miembros.

³⁷ En opinión de Garnica Martín, J., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.), edit. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 172-173, debe admitirse la posibilidad del desistimiento, porque si se le reconoce poder para iniciar el proceso también debe reconocérsele para disponer de él. Se plantea también si puede llevar a cabo actos que impliquen disponer de los derechos pertenecientes a los integrantes del grupo, incluyendo la posibilidad de celebrar transacciones. Señala el autor que si se niega esta posibilidad se resta importancia a las acciones de grupo, porque se condiciona la validez del acuerdo a la aprobación de todos y cada uno de los integrantes del grupo y ello equivaldría a negar la facultad de transigir. Sería interesante exigir una aprobación judicial de la transacción de modo que el juez ejerza un control directo sobre el representante y valore si el acuerdo alcanzado es beneficioso para el grupo.

- BELLIDO PENADÉS, R. "La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia*, 2002, t. II.
- BUJOSA VADELL L. *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *La Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.), edit. Forum, Oviedo, 2000.
- CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código*, vol. II, edit. Ejea, Buenos Aires, 1986.
- CAPPELLETTI, M. "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995.
- DE LA OLIVA, A. (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.). *Derecho Procesal Civil I*, edit. Ramón Areces, Madrid, 1994.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, edit. Eunsa, Pamplona, 1971.
- GARCÍA TUÑÓN, A.M. "Artículo 11", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. LORCA NAVARRETE, A.M.), edit. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- GARNICA MARTÍN, J. "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.), edit. Atelier, Barcelona, 2000.
- GARNICA MARTÍN, J. "Las partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas", *Poder Judicial*, núm. 62, 2001.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Forum, Oviedo, 2000.
- "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia* 86.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, edit. Aranzadi, Navarra, 1999.
- MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ V.; GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil: parte general*, 3ª ed., edit. Colex, Madrid, 2000.
- PÉREZ CONEJO, L. *La defensa judicial de los intereses ambientales (estudio específico de la legitimación <<difusa>> en el proceso contencioso administrativo)*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- ROMERO SEGUEL, A. "El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, 2002.
- "La capacidad de las personas jurídicas: una explicación procesal", *Responsabilidad civil de entidades corporativas*, Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 7, 2003, Universidad de los Andes, Santiago.
- SAMANES ARA, C. *Las partes en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000.
- SILGUERO ESTAGNAN, J. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, edit. Dykinson, Madrid, 1995.

APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

GONZALO CORTEZ MATCOVICH

Doctor en Derecho, Universitat de València, España

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Concepción y

P. Universidad Católica de Chile

1. DELIMITACIÓN DEL PROPÓSITO

Las normas reguladoras del proceso cautelar tienen naturaleza procesal, pero no todas tienen el mismo contenido. Mientras hay unas normas que, en general, regulan la forma de la actividad jurisdiccional y, por sobre todo, que establecen las reglas de procedimiento y los diferentes requisitos externos de los actos procesales, hay otras que no se conforman con la regulación externa de las formas procesales, sino que, además, determinan los presupuestos, el contenido y los efectos de estos actos procesales, es decir, rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar¹. Empleando la terminología utilizada en materia de casación, se trata de normas procesales *ordenatoria litis* y *decisoria litis*, respectivamente.

Los comentarios que siguen están referidos a esta segunda clase de normas, es decir, a aquellas que tienen aptitud de producir el efecto de resolver la cuestión controvertida y, concretamente, a los presupuestos necesarios para la concesión de la tutela cautelar, de acuerdo a la regulación que de este instituto se contiene en el Anteproyecto de Código Procesal Civil².

¹ Ortells Ramos, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con Calderón Cuadrado), Granada, edit. Comares, 1996, p. 5.

² En adelante, simplemente ACPC.

2. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

2.1. EN GENERAL, SOBRE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA TUTELA CAUTELAR

Como se sabe, existe una discusión sobre la naturaleza de la actividad procesal conducente a la adopción de una medida cautelar que tiene incidencia inmediata en la ubicación sistemática de sus normas reguladoras. Si la actividad cautelar puede ser considerada —como algunos lo hacen— como un proceso en sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución, parece apropiado que sus normas tengan una ubicación separada y al mismo nivel de las disposiciones reguladoras de las otras dos clases de procesos. Si, por el contrario, la actividad cautelar es considerada como un mero complemento de los procesos de declaración y ejecución, no cabe pues destinarle un lugar específico separado de aquellos que regulan los procesos declarativos y de ejecución³.

El CPC, vigente desde el año 1902, con notable influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, pese a adolecer de importantes defectos en la regulación de la tutela cautelar, tuvo la virtud sistemática de reunir en un único título (el V del Libro II) las normas fundamentales sobre tutela cautelar⁴. No obstante la ubicación de estas normas, dada su naturaleza, resultan aplicables a toda clase de procedimientos, incluso al ejecutivo. Aunque la colocación de las normas en el Libro II nunca ha sido determinante para restringir su aplicación, lo deseable hubiera sido su inclusión en el Libro I, relativo a las *normas comunes a todo procedimiento*⁵.

En el plano de la regulación sistemática, si bien el texto prelegislativo sigue el planteamiento tradicional, refiriéndose a las medidas cautelares y no al proceso cautelar, se ha mejorado la ubicación, incluyéndose sus normas en el Libro I relativo a las Disposiciones Generales (arts. 174-193).

2.2. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Es ampliamente conocido, a pesar de la profunda variedad que puede existir entre las diversas formas de regulación de la tutela cautelar, que la procedencia de una medida cautelar está supeditada al cumplimiento de

³ Ortells Ramos, M., *Las medidas cautelares*, Madrid, edit. La Ley, 2000, pp. 42-45. Entre nosotros, Romero Seguel, A., *Curso de derecho procesal civil, La acción y la protección de los derechos*, Edit. Jurídica de Chile, 2006, pp. 55-56.

⁴ En el Título IV se regulan las medidas *prejudiciales* y entre éstas hay dos normas específicas relativas a las medidas *prejudiciales precautorias* (arts. 279 y 280 CPC).

⁵ Casarino Viterbo, M., *Manual de derecho procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. III, p. 387.

ciertos presupuestos o condiciones y que corresponden a la *apariencia de derecho* y al *peligro en la demora*. Ambos presupuestos, a los que suele agregarse el requisito de la *caución*, han sido tradicional y universalmente conocidos con las fórmulas latinas *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, y, a pesar de no tener siempre una formulación explícita en los textos legales, la doctrina ha sido unánime en exigirlos.

2.2.1. Regulación del presupuesto de la apariencia de derecho

Parece no existir discrepancias en entender que la expresión *fumus boni iuris* sirve para designar la indagación necesaria para comprobar la certidumbre de la situación jurídica cuya cautela se pretende.

La práctica generalidad de las medidas cautelares reguladas en el ordenamiento jurídico chileno, con la notable excepción del procedimiento de familia, exige para su adopción la previa petición de parte, pero esta sola solicitud no es en ningún caso bastante para que pueda adoptarse, sin más, una medida cautelar. Desde que las medidas cautelares comportan una intromisión en el patrimonio del sujeto pasivo de la medida, sin que esta injerencia esté justificada por una sentencia, es necesario que el juez se forme un juicio positivo previo sobre un resultado favorable para el actor. Naturalmente, menos razonable aún sería exigir que el material que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal. En este último caso –dice Ortells– no sólo se incurriría en una duplicación de la instrucción, sino que la medida no podría cumplir la función que tiene encomendada⁶.

En cuanto a la medida de dicha certidumbre ya pueden plantearse pareceres. Calamandrei se refería a los términos probabilidad, verosimilitud y certeza, afirmando que en el caso de las medidas cautelares la misma ley, para los efectos de simplificar y acelerar su adopción, autoriza al juez para prescindir de la certeza, siendo suficiente un juicio de verosimilitud.

Es decir, el fundamento de las medidas cautelares aparece así como un término medio entre la certeza, que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre, base de la iniciación de ese proceso; ese término medio es la verosimilitud.

En la regulación actual, este presupuesto se expresa en la exigencia impuesta al actor de *“acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”* (art. 298 CPC).

Se trata de una declaración de aplicación general, válida para cualquier clase de efecto cautelar que se pretenda. La mención legal contenida en el artículo 298 CPC se traduce en una doble referencia, dado que, por una parte, está aludiendo a los medios de acreditamiento y, por otra, al grado

⁶ Ortells Ramos, M., *Las medidas cautelares*, op. cit., p. 167.

de convicción que la aportación de dichos elementos debe estimular en la persona del juez, predisponiéndolo para que éste acuerde la adopción de una medida cautelar.

Cuando la ley exige que los *comprobantes* sean constitutivos de una “*presunción grave del derecho que se reclama en juicio*”, está imponiendo al juez un razonamiento presuncional que, naturalmente, ha de partir de un hecho ya acreditado que es el indicio; este indicio se lo proporcionan los antes mencionados “*comprobantes*”. Por otro lado, que la presunción sea *grave* quiere decir que debe tener fuertes probabilidades de ser verdad.

En suma, la existencia del derecho reclamado en juicio, como presupuesto cautelar, “*debe resultar o aparecer con fuertes probabilidades de verosimilitud en virtud de los comprobantes hechos valer por el sujeto activo...*”⁷.

Este es el criterio mantenido por la Corte de Apelaciones de Temuco, que ha sostenido que “*por lo expuesto en los fundamentos anteriores, el sujeto activo ha acreditado tener a lo menos un derecho aparente probado con la letra acompañada, y se tiene por presunción grave ya que tiene fuertes probabilidades de verdad y mientras que el demandado no pruebe que dicho documento es falso*”⁸.

Por consiguiente, la fórmula legal que se proyecte debe ser lo suficientemente demostrativa de este término medio exigible entre certeza e incertidumbre. No puede adoptar una medida cautelar sobre la base de una simple afirmación del derecho, pero tampoco se puede condicionar la concesión de la medida exigiendo certeza absoluta del mismo.

En la regulación proyectada, este presupuesto se regula en el art. 182 ACPC, bajo de la denominación de *FUMUS* en los siguientes términos “*Para ordenar las medidas de que trata este título deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil prima facie la existencia del derecho que fundamente su pretensión hecha valer en el proceso*”.

La disposición parece ser lo suficientemente demostrativa de aquel término medio exigible entre certeza e incertidumbre, que Calamandrei llamó *verosimilitud*.

Ese grado medio de convicción se comprueba por el empleo de las expresiones antecedentes que hagan *verosímil prima facie* la existencia del derecho. La palabra *verosimilitud* parece utilizarse como equivalente a probabilidad⁹. Es, por lo demás, el sentido que la doctrina más autorizada

⁷ Rojas Rodríguez, M., *Las medidas precautorias*, Santiago de Chile, edit. Librotec, 1965, p. 83.

⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, 15 de octubre de 1969, en *RDJ*, t. LXVI, sec. 2ª, p. 84.

⁹ Prescindiendo de la corrección terminológica de equiparar ambos términos, la relatividad de la idea *verosimilitud* entendida como probabilidad, es evidente. En ocasiones, nuestros tribunales aluden a la *verosimilitud* para designar un grado menor de probabilidad (“*no basta solo la verosimilitud para la condena, sino que ella solo puede y debe apoyarse en la convicción de la culpabilidad del acusado*”, Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de agosto de 2005, Rol N° 454-2005) y, en otras, se le utiliza como una probabilidad cualificada (“*es perfectamente posible darle verosimilitud a las declaraciones de la víctima*”, Corte de Apelaciones de La Serena, 24 de mayo 2007, Rol N° 93-2007).

le ha dado a este presupuesto: "...puede decirse que la existencia del derecho reclamado en el juicio debe resultar a aparecer con fuertes probabilidades de verosimilitud"¹⁰. *Prima facie*, es una expresión latina que significa "a primera vista," o "como primera impresión", bastante difundida en los sistemas del *Common law* para denotar la evidencia no refutada, en cuanto es suficiente para probar un asunto o un hecho particular.

La expresión "*antecedentes*" es más amplia que la de comprobantes y a pesar de que ya bajo el imperio del texto actual se había entendido que, pese al significado corriente de la expresión, no puede ni debe ser restringido a la prueba documental¹¹, sino que está referido a cualquier medio de prueba¹², es significativo que se explicita.

Dando un paso más, cabría agregar que esta amplitud de la expresión "*antecedentes*" podría dar pie para sostener que no sería estrictamente necesaria la aportación de un medio probatorio, bastando antecedentes suficientes que sean base de presunción grave del derecho que se reclama en juicio, como una autorizada opinión nacional ya lo había sostenido¹³.

Como dice Taruffo, la verosimilitud sirve para designar aquel aspecto de la afirmación de un hecho, que permite decir que se corresponde con una hipótesis plausible, aún cuando esa aserción no haya sido sometida aún a verificación probatoria¹⁴. No existe dentro del proceso cautelar una fase destinada a transformar esa hipótesis en declaración de certeza¹⁵.

También, y a pesar de tratarse de un tema ya resuelto¹⁶, el texto pre-legislativo aclara que no es preciso agregar una pluralidad de medios de acreditamiento, pues emplea las expresiones "*el o los*".

No me parece correcto que esta exigencia no contemple excepciones como lo prevé el texto vigente. Como se sabe, la exigencia general de acompañar los "*comprobantes*" tiene la importante excepción establecida en el artículo 299 CPC. De acuerdo a esta disposición, se permite "*en*

¹⁰ Rojas Rodríguez, M., *Las medidas precautorias*, op. cit., p. 83.

¹¹ Rojas Rodríguez, M., *Las medidas precautorias*, op. cit., pp. 83-87. En el mismo sentido Quezada Meléndez, J., *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago, Digesto, 1997, pp. 69-71.

¹² Corte de Apelaciones de Temuco, 15 de octubre de 1969, *RDJ*, t. LXVI, sec. 2ª, p. 84. La historia legislativa corrobora también esta interpretación: Véase la Sesión 50 de la Comisión Revisora, en Lazo, S., *Los códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil*, Santiago, edit. Poblete Cruzat Hnos., 1918, p. 252.

¹³ Rioseco Enríquez, E., *La prueba ante la jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, t. I, p. 16, para quien, aunque el asunto es claro en orden a que no se exige pluralidad de comprobantes, no es exacto en cuanto a "*que sea requisito estricto la aportación de un medio probatorio, ya que al discutirse el precepto en la Comisión Revisora del Proyecto de C. de P. Civil, se dejó constancia que la expresión "comprobantes" reemplazaba a la prueba semi-plena que antes se había propuesto. De modo que bastarían antecedentes suficientes que sean base de presunción grave del derecho que se reclama*".

¹⁴ Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer B., J, Milan), edit. Trotta, 1992, p. 188.

¹⁵ Calamandrei, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. Sentís Melendo), Lima, Ara Editores, 2005, p. 78.

¹⁶ Así, Quezada Meléndez, J., *Las medidas...* op. cit., p. 71 y la jurisprudencia que cita.

casos graves y urgentes" la concesión de medidas cautelares, aún faltando los aludidos comprobantes. Las medidas así decretadas sólo se conceden por un término que no excede de diez días, "*mientras se presentan dichos comprobantes*". Esta es una de las situaciones excepcionales en las que el legislador impone al juez la exigencia de caución para responder por los perjuicios que resulten. La doctrina nacional ha comentado favorablemente esta disposición¹⁷.

En el plano de la técnica legislativa, sería deseable que se hicieran esfuerzos por propender hacia una cierta uniformidad terminológica pues mientras en el proceso de familia se alude a este requisito a través de la *verosimilitud del derecho invocado* (art. 22 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia), en el proceso laboral se alude a la necesidad de *acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama* (art. 444 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.087). No parece que tenga demasiado sentido emplear nomenclaturas diferentes para aludir a una misma situación.

2.2.2. Regulación del presupuesto del peligro en la demora

Este presupuesto, como señala Ortells, quien se inscribe en la línea conceptual mantenida por Calamandrei¹⁸, se integra por aquellos riesgos que amenazan potencialmente la efectividad de la sentencia del proceso principal, derivados de la necesaria demora en emitirla¹⁹. Señala Serra, que "*más que ante un verdadero presupuesto de las medidas cautelares, nos encontramos ante el fundamento de éstas*"²⁰.

En la formulación actual, el CPC ha empleado técnicas legislativas diversas para la descripción de los presupuestos generales de procedencia de las medidas precautorias (peligro en la demora y apariencia de buen derecho). Mientras que —como se ha visto— el *fumus* aparece recogido en el art. 298 CPC, a través de una fórmula de aplicación general, válida para cualquier clase de efecto cautelar que se pretenda, el *periculum in mora*, en cambio, carece de una formulación general en la legislación nacional chilena, sino que por lo general aparece concretado para cada medida en particular.

¹⁷ Anabalón Sánderson, C., *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, t. III, 2ª edic., Santiago, Arancibia Hnos. Editores, 1963, p. 65; Rojas Rodríguez, M., *Las medidas...* op. cit., p. 294.

¹⁸ Calamandrei, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, edit. Cedam, 1936, p. 15. Afirma este autor que "l'interesse specifico che giustifica la emanazione di una qualsiasi misura cautelari: il quale sorge sempre dalla esistenza di un pericolo di danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale definitivo (*periculum in mora*)".

¹⁹ Ortells Ramos, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, op. cit., p. 14.

²⁰ Serra Domínguez, M., "Teoría general de las medidas cautelares" en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos Méndez), Barcelona, Industrias Graficas M. Pareja, 1974, p. 40.

El problema que plantean aquellas normas que no formulan referencia explícita al *periculum in mora*, es que permiten dar base para concluir que la omisión legislativa significa ni más ni menos que el legislador no exige para esta medida, en este caso concreto, más requisitos que la demostración específica del *fumus*. Al no aparecer expresado en la norma cautelar, debe entenderse que éste figura implícito en la misma y debe presumirse su concurrencia y, por consiguiente, escapa del control judicial. Así, tratándose de los bienes que son materia del juicio y dado que el artículo 296 CPC no formula exigencia alguna respecto de la concreción ni del acreditamiento del *periculum*, se ha entendido que en este caso la medida “*se impone siempre o es ineludible*”²¹.

No comparto este criterio. Hace tiempo que vengo sosteniendo que esté o no regulado de manera específica para cada medida, el *periculum in mora* sigue siendo presupuesto ineludible para la concesión de las medidas cautelares. Así se desprende con claridad de la lectura del art. 301 CPC, en cuanto señala que las medidas cautelares deberán hacerse cesar “...*siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar...*”. La ubicación del precepto, al final del título relativo a las medidas precautorias, es indicativo de que se trata de una norma de aplicación general para toda clase de medidas cautelares²². Aunque la ley no exija formalmente la concurrencia del *periculum in mora*, “*no impide que el demandado ponga de relieve la ausencia de peligro en el caso concreto, pues el juez debe, siempre, velar por que las medidas cautelares sirvan sólo para asegurar una futura y eventual condena, evitando que, como a veces se pretende –y en ocasiones se consigue–, las medidas cautelares se conviertan en un fin en sí mismas, cuyo principal objetivo es presionar sobre la voluntad del demandado*”²³.

También podría racionalmente argumentarse que la falta de previsión legislativa del presupuesto no nos debe llevar necesariamente a presumir su concurrencia, sino que el *periculum* debe deducirse de la finalidad y efectos de la propia medida. Consiguientemente, no puede descartarse *a priori* una razonable cuota de discrecionalidad judicial a la hora de ponderar las circunstancias reveladoras de aquel peligro²⁴, aunque razonablemente puede sostenerse que la falta de expresa previsión de esta condición debe excluir una exigencia muy rigurosa del presupuesto²⁵.

²¹ Anabalón Sánderson, C., *Tratado práctico...* op. cit., p. 85.

²² Cortez Matcovich, G., “La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno”, en *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N° 205, 1999, pp. 99-114.

²³ Fernández-Ballesteros, M.A., *Derecho procesal Civil III*, Madrid, edit. C.E. Ramón Areces, 1992, p. 341.

²⁴ Fairén Guillén, V., “La reforma del proceso cautelar español”, en *Temas del ordenamiento procesal II*, Madrid, edit. Tecnos, 1969, p. 906, advierte que la subjetividad en la determinación del peligro es uno de los mayores problemas del procedimiento cautelar, aunque reconoce que su presencia es ineludible.

²⁵ Ortells Ramos, M., *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 87.

La formulación legal debiera apuntar hacia que ninguna situación de peligro pueda quedar desprovista de una medida cautelar apta para contrarrestarla y que ninguna medida pueda ser concedida ni subsistir sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

La fórmula proyectada en el texto prelegislativo establece que:

“deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil prima facie el peligro de daño jurídico que para su pretensión entraña el que no se conceda de inmediato la medida solicitada”. (Art. 183 ACPC)

Parece adecuado que el presupuesto aparezca consagrado a través de una fórmula general, válida para cualquier medida cautelar que se pretenda obtener. Con ello se eliminan los inconvenientes planteados por aquellas normas que no exigen en términos explícitos la concurrencia del mencionado presupuesto.

Parece positivo también que se emplee la expresión “antecedentes”, que resulta más amplia que *medios de prueba*, según se ha explicado.

También es positivo que se explicita que no es precisa la prueba completa del *periculum*, sino verosimilitud del peligro. En efecto, cualquiera sea el régimen de determinación del peligro siempre está presente una dificultad añadida relativa a la forma de demostración de su concurrencia. En el sistema actual no existe norma relativa al grado de convicción del juez sobre este presupuesto para conceder la medida. Naturalmente que frente a una total ausencia de normativa sobre estos aspectos no queda otra salida que la de proponer soluciones que más se avengan con la naturaleza del procedimiento establecido para resolver la medida cautelar. En este orden de ideas, teniendo presente la celeridad que debe informar el procedimiento cautelar, no pueden formularse otras restricciones en lo que atañe a la actividad de alegación y prueba del presupuesto, que sean distintas de aquellas que emanan de la propia constrictión procedimental.

Para Calamandrei, en lo que atañe al presupuesto del peligro en la demora parece no haber limitaciones para su alegación y prueba pues ha de tenerse en cuenta que el “*juicio de probabilidad y verosimilitud*” a que se ha hecho referencia está reservado para la investigación acerca de la *apariencia de buen derecho*, mas no en lo referente al *periculum in mora*, en el que la cognición tiende a obtener certeza, no simple verosimilitud, acerca de la situación de hecho que hace temer la ineficacia de una eventual sentencia favorable al actor²⁶. Pero este mismo autor añade que una cognición completa y a fondo sobre este aspecto podría exigir una dilación incompatible con la urgencia de la providencia. Por esta razón se acepta que esta declaración de certeza del peligro puede obtenerse de diversas maneras²⁷.

²⁶ Calamandrei, P., *Introduzione...*, op. cit., p. 65.

²⁷ Idem.

Me parece, sin embargo, perturbadora la exigencia de *inmediatez* (“*que no se conceda de inmediato la medida*”) como condición para concesión de la medida. Es decir, si no se demuestra la necesidad de adopción inmediata de la medida, ésta debiera ser denegada, aun cuando haya necesidad de tutela cautelar.

Podría compartir la idea de que la sola ocasión del peligro no es suficiente para justificar la medida, requiriéndose además que el peligro se haya actualizado en un comportamiento o conducta del demandado, pero en este caso se restringe la procedencia de las medidas, a través de una exigencia añadida que se traduce en la demostración de una posibilidad inminente de daño jurídico.

Esta circunstancia supone una limitación adicional para la efectividad de la tutela cautelar que no está suficientemente justificada. Ello supone que situaciones de peligro en que la tutela no se requiere *de inmediato*, carecerían de protección cautelar conforme al articulado del Anteproyecto.

Adicionalmente, el texto prelegislativo contiene una regulación específica de este presupuesto a propósito de las medidas anticipativas, exigiendo en este caso acreditar el temor que “*de no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión*”. Se exige aquí una mayor concreción del peligro genérico de *daño jurídico* a que alude el art. 183 ACPC, lo que implica, desde luego, el despliegue de una actividad de acreditamiento del daño que temido más exigente que cuando se trata de medidas menos incisivas, lo que ciertamente limitará su concesión.

2.2.3. Regulación del presupuesto de la caución

Si la concesión de una medida cautelar responde a la existencia verosímil del derecho alegado y a una apreciación sumaria del peligro, naturalmente que esto no es garantía de una sentencia estimatoria. Si a esta falta de certidumbre se le agregan los avatares propios de la tramitación de todo pleito, es perfectamente posible que finalizado el proceso aparezca que el demandante no era en realidad titular del derecho o interés y que esa apariencia de derecho que en su momento haya resultado ser sólo eso, una “*apariencia*” que nunca llegó a convertirse en certeza.

El fundamento de la caución, como presupuesto de las medidas cautelares, obedece a la circunstancia de que se ha invadido la esfera jurídica del demandado, causándole perjuicios, sin que esta actuación haya venido precedida de una sentencia firme que otorgue certidumbre acerca del derecho del actor, sino que fue adoptada mientras éste se encontraba sólo en grado de probabilidad. Según Fernández, dado que la obtención de una medida cautelar supone una ventaja psicológica y económica en favor del actor, los riesgos de asumir un criterio amplio o restrictivo en

la concesión de tales medidas se equilibran en función de la adecuada ponderación del importe a la fianza²⁸.

La caución juega como la máxima garantía que un sistema de medidas cautelares debe conceder al demandado²⁹. Esta función de garantía se cumple primero, dando seguridad al demandado de que será resarcido de los perjuicios que pueda sufrir por la concesión de una medida que a la postre resulte infundada. De otra parte, sirve para contener solicitudes injustificadas de tutela cautelar³⁰. El juez, por su parte, se previene de una eventual responsabilidad derivada de la concesión de una medida infundada. Es, desde otro punto de vista, el costo de la apuesta a futuro que hace el actor.

En el ordenamiento chileno la caución no es, por regla general, presupuesto ni de la concesión ni para la ejecución de las medidas cautelares³¹. Más aún, en los escasos supuestos excepcionales que la contemplan, en alguno de ellos es meramente potestativo para el tribunal exigirla o no. Resulta muy llamativo que esta regulación no haya merecido hasta ahora una generalizada valoración crítica de parte de la doctrina nacional chilena, aunque pueden destacarse algunas opiniones aisladas que patrocinan una modificación de régimen adoptado en esta materia por el CPC³². Sin duda, esta defectuosa ordenación no merece sino una consideración negativa desde la perspectiva de la efectividad de la responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar³³.

La formulación legal debiera considerar que la caución es un elemento que sirve para restaurar el equilibrio entre las partes y que es un componente indispensable de un régimen efectivo de la responsabilidad de la tutela cautelar³⁴.

²⁸ Fernández-Ballesteros, M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, edit. Iurgium, 2001, pp. 699-700.

²⁹ Gutiérrez de Cabiedes, E., "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *El Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1974, p. 17.

³⁰ Alonso Furelos, J.M., "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", en *Justicia 1990-2*, p. 386, señala que a través de la caución se impide "que el actor utilice la tutela cautelar como medio de coacción psicológica del demandado, para obligar a éste a un arreglo no deseado".

³¹ En contra, la opinión de Jara Castro, E., "La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles", en *Reforma Procesal Civil (I)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Nº 32, pp. 187-192.

³² Pomés Andrade, J., *Las medidas cautelares* (Memoria de prueba), Santiago, edit. Universitaria, 1962, p. 45. Más recientemente Chiffelle Horsell, J., "Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar", en *Estudios de Derecho procesal* (Cuadernos de Análisis Jurídico), Universidad Diego Portales, Nº 29, pp. 215-217.

³³ Ortells Ramos, M., "Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Actualidad Civil*, 1996, Nº 42, p. 935, sostiene que "un régimen efectivo de esta responsabilidad requiere (...) no estimar suficiente, por regla general, la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino exigir una garantía patrimonial concreta y específica...".

³⁴ Cortez Matcovich, G., "La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma", en *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (coord. Romero Seguel, A.), Santiago, edit. LexisNexis, 2007, pp. 257-269.

La fórmula proyectada establece que "*La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen*" (art. 184 ACPC).

Al parecer, este requisito de la caución está considerado como presupuesto de la concesión de la medida cautelar y no como una condición previa para su ejecución. Es más, los términos en que aparece redactado el precepto dan a entender que el otorgamiento de la garantía es requisito previo a la solicitud de medida cautelar.

No creo que esa haya sido la intención de quienes redactaron la norma. La exigencia previa de *caución* habría que entenderla como previa a la resolución sobre la misma, lo que también puede conducir a situaciones no deseadas puesto que la efectiva constitución de la garantía en ningún caso impondría al juez su concesión y éste conserva autonomía para resolver sobre ella, de acuerdo a las previsiones legales y las circunstancias del caso concreto.

Por otro lado, dado que la disposición habla de *garantía suficiente*, el juez estaría facultado para disponer el reemplazo o mejoramiento de la caución ofrecida si la considera insuficiente, antes de pronunciarse sobre la procedencia de la medida.

Entiendo que sería una mejor solución imponer preceptivamente el ofrecimiento de caución en la solicitud cautelar y que el tribunal se pronuncie sobre ambas conjuntamente, sin perjuicio de facultarlo para que en caso necesario y en la misma resolución disponga el reemplazo o el aditamento de la garantía, como condición previa para la ejecución de la medida cautelar.

No se establecen en el texto prelegislativo parámetros o criterios para fijar la cuantía de la caución, pero entiendo que éste no puede ser otro que una apreciación provisional de los perjuicios previsibles en el patrimonio del sujeto pasivo con la medida, lo que está en directa relación con el contenido y efectos de la medida cautelar.

Consciente de que a menudo se trata de una labor dificultosa, se concede al juez la posibilidad de oír peritos para fijar el importe de dicha garantía. La opción parece plausible, pero sin duda que puede provocar una importante dilación que termine por afectar la efectividad de la tutela cautelar.

La solvencia no es un factor que se haya tenido en cuenta en esta materia y seguir este criterio añadiría una dificultad adicional, pues supone la necesidad de que el juez esté impuesto del activo patrimonial del solicitante de la medida.

No sustituye ni sirve para compensar la necesidad de acreditar la existencia de *periculum in mora* o la concurrencia de *fumus*.

En cuanto a la calidad de la caución, se admite que ésta sea en dinero efectivo o mediante una garantía real.

Desde luego, si se entiende que la exigencia imperativa y general de la caución obedece a la intención de reforzar el régimen de responsabilidad

derivada de la utilización de la tutela cautelar, lo cierto es que la regulación de dicho régimen en el ACPC es claramente insuficiente. Parece olvidar el prelegislador que un régimen efectivo de la responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar supone no solo la exigencia de una garantía patrimonial concreta y específica constituida por la caución. Exige, además, normas sustantivas y un procedimiento adecuado³⁵.

Respecto de la caución misma, no se establece la suerte de la misma una vez alzada la medida, ni el procedimiento para hacerla efectiva. Respecto del régimen de responsabilidad, en general, faltan unas normas sustantivas reguladoras de la responsabilidad, en función de las especialidades de la tutela cautelar y, por cierto, un régimen procedimental adecuado para obtener la declaración de responsabilidad y su cumplimiento.

3. EL PROBLEMA DE LAS MEDIDAS ESPECÍFICAS REGULADAS EN EL ACPC EN RELACIÓN CON LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.1. SOBRE LA CONFIGURACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TUTELA CAUTELAR

En general, las técnicas disponibles para la configuración de las medidas cautelares son variadas.

Una opción consiste en el establecimiento de una cláusula general y única en virtud de la cual se entrega a la decisión del tribunal la definición del contenido de la medida cautelar que la norma autoriza.

Otra alternativa de que dispone el legislador es la regulación de la tutela cautelar con la configuración de medidas específicas. Aquí se le ofrece al juez un catálogo de medidas disponibles en el que carece de libertad para seleccionar la que estime adecuada porque el sistema se preordena respondiendo a la concepción de que, a cada situación jurídica cautelada, y a cada tipo de riesgo por la demora, le corresponde una medida determinada.

Los dos sistemas descritos pueden integrarse básicamente de dos maneras distintas, configurando las que podrían denominarse normas mixtas.

Una alternativa es la regulación de medidas concretas y, a modo de cierre, el establecimiento de una cláusula más o menos general. Rige entonces el principio de que a cada forma de peligro corresponde una o varias medidas específicas, pero es el reconocimiento de que la previsión legislativa no puede agotar todas las situaciones imaginables dignas de tutela cautelar, lo que justifica una norma de cierre del sistema que de manera residual abarque todos aquellos supuestos.

³⁵ Así lo he sostenido antes en "La reforma del proceso cautelar", en *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente*, Pontificia Universidad Católica de Chile y Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006, pp. 521-553.

La segunda alternativa que ofrece la conjugación de los sistemas antes descritos consiste en instituir una norma cautelar de carácter general y, a modo meramente enunciativo, una enumeración de medidas específicas y determinadas. El rasgo fundamental que distingue esta regulación de la anterior y sobre el que debe insistirse, radica en el carácter estrictamente indicativo de la enumeración de las concretas medidas posibles.

3.2. LA OPCIÓN SISTEMÁTICA DEL CPC

El art. 298 CPC en su parte final expresa que: "*Podrá también el tribunal cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen*". A esta disposición, en forma reiterada, se le ha venido atribuyendo un contenido y una significación que, a mi entender, desbordan su capacidad y que difícilmente puede ostentar. Hay quienes han sostenido que, a través de este precepto, se "*le está reconociendo y confiando al juez explícitamente un poder cautelar general*"³⁶; otros han visto en la citada disposición la consagración de un "*amplio poder cautelar*"³⁷. En esta misma línea de razonamiento se ha afirmado que el CPC sería un "adelantado" en Latinoamérica en el tema del llamado "*poder cautelar del juez*"³⁸.

En contra de la opinión generalizada de la doctrina nacional chilena, resulta, por decir lo menos, discutible la tesis de que el régimen de tutela cautelar chileno, frente a los modelos teóricos disponibles, haya optado por implantar una potestad cautelar general en la parte final del art. 298 CPC. Por el contrario, como hace tiempo lo vengo sosteniendo, una visión sistemática y más rigurosa conduce a sostener –y no sin reparos– que la citada disposición podría presentar más bien un carácter residual, cumpliendo imperfectamente la función de completar el sistema de medidas del Código, pero en ningún caso absorbiendo las restantes medidas típicas³⁹. Parece poco probable que el legislador haya destinado

³⁶ Rojas Rodríguez, M., *Las medidas...*, op. cit., p. 61-62. En el mismo sentido Quezada Meléndez, J., *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago, Digesto, 1997, p. 45-46. En el mismo sentido, recientemente, Romero Seguel, A., "La tutela cautelar en el proceso civil", en *Documentos de Trabajo*, Universidad de los Andes, Nº 46, 2001, p. 27.

³⁷ Pomés Andrade, J., *Las medidas cautelares*, op. cit., p. 59. Entiende este autor que habría un poder cautelar general respecto de aquellas situaciones en que exista un peligro de difícil o imposible ejecución y existiría taxatividad respecto de aquellas en que el peligro reside en el retraso mismo en recibir la prestación. La distinción proviene de Calamandrei, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, edit. Cedam, 1936, pp. 55-58, aunque no hay antecedentes ni fundamentos que permitan afirmar que haya sido asumida por el legislador chileno.

³⁸ Pereira Anabalón, H., "Embargo y cautela en el proceso chileno", en *Gaceta Jurídica* Nº 157, p. 13.

³⁹ Cortez Matcovich, G., "La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno", en *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, Nº 205, enero-junio 1999, p. 103.

la disposición del art. 298 CPC –más bien una parte de él, la final– para desempeñar tan trascendental propósito, como lo es la atribución de una potestad cautelar general al juez, máxime cuando el precepto, lejos de ser categórico, alude a la referida potestad en forma casi accidental, para referirse a otro tema diverso como lo es la exigencia de caución. La historia del establecimiento del precepto no arroja ningún dato relevante sobre tan fundamental decisión legislativa.

En suma, la posibilidad de que el juez pueda decretar medidas precautorias indeterminadas está supeditada a que el legislador no haya dispuesto una norma que consagre una medida específica o típica, puesto que existiendo ésta se excluye la aplicación del art. 298 CPC⁴⁰.

3.3. LA OPCIÓN SISTEMÁTICA DEL ACPC

En el caso del ACPC, las normas contenidas en el Capítulo 4º (arts. 186 a 190), bajo la denominación de *Presupuestos Específicos*, revelan que la opción del texto prelegislativo se orientó hacia la inclusión de una norma cautelar de carácter general (art. 180 y art. 181 ACPC) y, a modo meramente enunciativo, una enumeración de medidas específicas y determinadas.

Esta técnica de señalamiento de prototipos de medidas adoptables puede resultar particularmente útil para aquellos sistemas en los que, como el nuestro, se pretende transitar de un sistema de determinación específica de las medidas cautelares procedentes hacia uno en que se deja a la discrecionalidad del juez⁴¹ y a las necesidades e imaginación de los litigantes la concreción de los efectos cautelares adecuados. Con esta técnica *se conservan ventajas y reducen inconvenientes permitiendo orientar tanto al solicitante como al juzgador respecto a las medidas disponibles, sin limitarles, por otra parte, el contenido al dejar una cláusula abierta donde se puede incluir cualquier cautela aunque no esté en concreto especificada*⁴².

Esta técnica puede presentar ciertos inconvenientes que, si bien es cierto pueden superarse con una bien pensada construcción legal, deben

⁴⁰ Luego de estas argumentaciones, quien insista en la tesis que se ha rebatido deberá, por lo menos, reconocer que este hipotético *poder cautelar general* ha sido establecido sin siquiera precisar sus presupuestos, contenido ni alcances. Véase Chiffelle Horsel, J., "Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar", en *Estudios de Derecho procesal* (Cuadernos de Análisis Jurídico), Universidad Diego Portales, N° 29, pp. 193 y ss.

⁴¹ Señala Serra-Domínguez, M., "Teoría general de las medidas cautelares" en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos Méndez), Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974, pp. 34-5 –a propósito del art. 1428 de la anterior LEC–, que "la discrecionalidad de la resolución judicial viene determinada por la discrecionalidad de la propia ley al utilizar "standars" jurídicos sin valor propio, que sólo acudiendo a la propia experiencia judicial pueden ser cubiertos. Cuando el art. 1428 LEC, por ejemplo, alude a 'las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias'... está formulando preceptos necesariamente incompletos que sólo el juez, con su prudencia, podrá completar".

⁴² Calderón Cuadrado, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, edit. Civitas, 1992, p. 97.

de tenerse muy presentes a la hora de configurar el catálogo de los ejemplos de las posibles medidas a adoptar.

En primer lugar, siendo efectivo que los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones, no lo es menos que en algún momento pueden llegar a justificar interpretaciones que constriñan su campo de acción. Por ejemplo, si los casos prototípicos propuestos por el legislador responden todos ellos a la misma idea de consagrar medidas de carácter meramente aseguratorio, como ocurre en el texto prelegislativo, podría llegar a proponerse que este rasgo debe informar a todas las medidas que se adopten al tenor de la cláusula general. Esta dificultad parece estar superada en la regulación que se proyecta especialmente por lo establecido en el art. 181 ACPC.

Otro posible inconveniente, que es útil considerar en el momento de elaborar estas medidas guías, radica en la tendencia que, tarde o temprano, termina apoderándose de quienes aplican la norma, de emplear en todas las ocasiones las medidas prototípicas señaladas por el legislador, desatendiendo la norma que consagra el poder cautelar general, que precisamente es la sustancial y pertinente. Es decir, aquellas medidas que primitivamente han sido concebidas para servir de orientación pueden terminar convirtiéndose en un catálogo cerrado de medidas disponibles, aun cuando, como sostiene Calderón, esto *"no sería siempre un auténtico inconveniente si con ello se asegurara la efectividad de la sentencia"*⁴³.

El problema más serio, a mi juicio, es que las medidas cautelares específicas mencionadas entre los artículos 186 a 190 ACPC precisan no sólo medidas (efectos) cautelares, sino también presupuestos para su concesión, podría entenderse que ambos son indisolubles, de modo que, a determinado presupuesto le corresponde esa medida y viceversa, con lo cual la potestad cautelar genérica puede verse severamente limitada. Así, cabe razonablemente preguntarse si será posible la concesión de la medida cautelar de retención de dinero o cosas muebles cuando se ejerza una pretensión de carácter real y no personal, que es la única que prevé el artículo 189 ACPC. Si se me responde que eso es posible por aplicación de las normas generales, entonces cabe preguntarse cuál es el sentido de una tan minuciosa regulación de medidas cautelares específicas.

En este mismo orden de ideas, puede plantearse si resulta posible conceder la medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos fuera de las hipótesis de peligro señalada en artículo 190 ACPC.

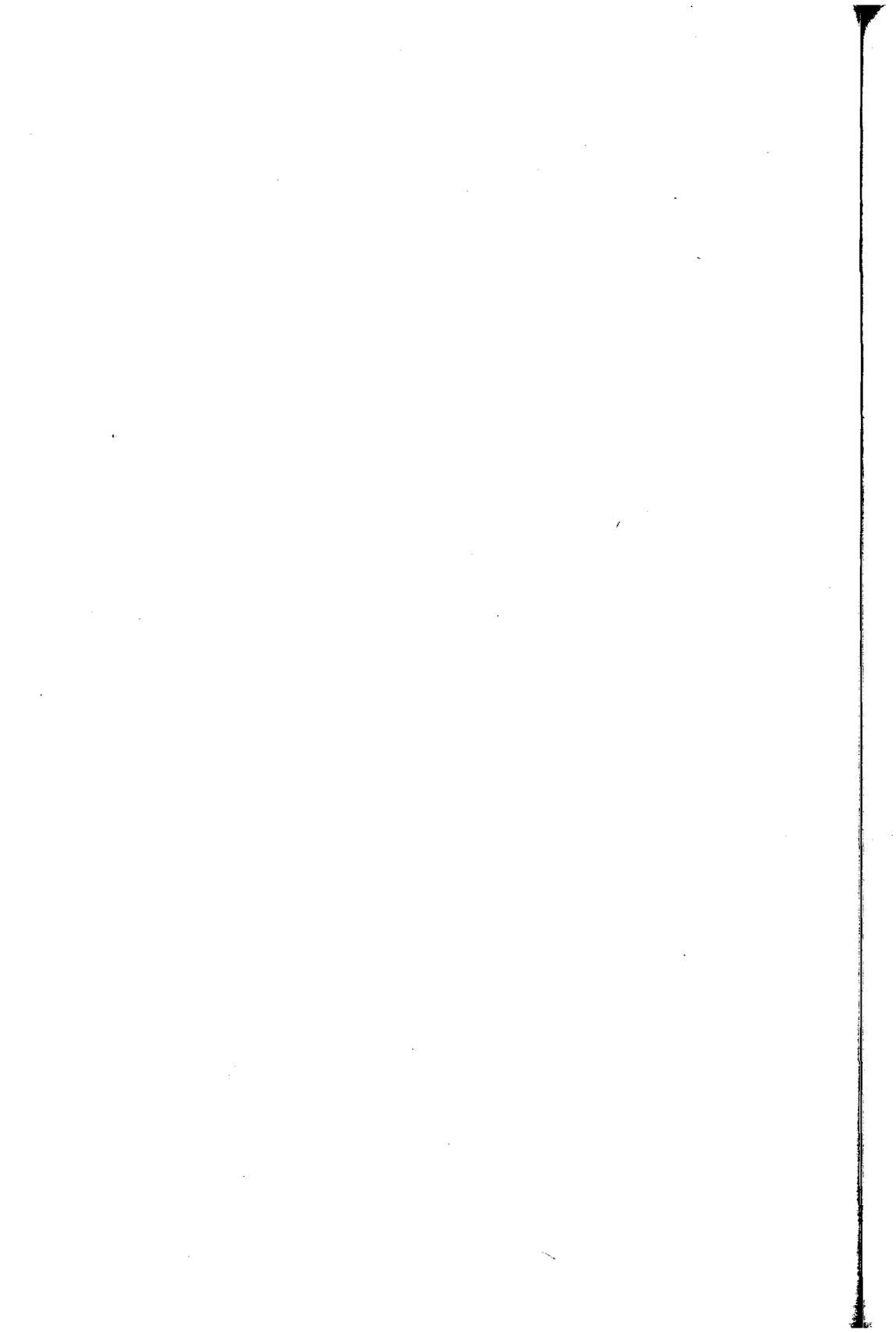
En fin, no parece coherente que al tribunal se le concedan amplias facultades para acordar medidas anticipativas (art. 181 ACPC) y, en cambio, para conceder medidas cautelares de menor incidencia en el patrimonio del sujeto pasivo se le constriña al cumplimiento de requisitos más severos.

⁴³ Idem.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO FURELOS, J.M. "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", en *Justicia* 1990-2.
- ANABALÓN SANDERSON, C. *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, t. III, 2ª edic., Santiago, Arancibia Hnos. Editores, 1963.
- CALAMANDREI, P. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares (trad. Sentís Melendo), Lima, Ara Editores, 2005.
- *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, edit. Cedam, 1936.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, Madrid, edit. Civitas, 1992.
- CASARINO VITERBO, M. *Manual de derecho procesal*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- CORTEZ MATCOVICH, G. "La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno", en *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N° 205, 1999, pp. 99-114.
- "La reforma del proceso cautelar", en *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente*, Pontificia Universidad Católica de Chile y Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006, pp. 521-553.
- "La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma", en *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (coord. Romero Seguel, A.), Santiago, edit. LexisNexis, 2007.
- CHIFFELLE HORSEL, J. "Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar", en *Estudios de Derecho procesal* (Cuadernos de Análisis Jurídico), Universidad Diego Portales, N° 29.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal II*, Madrid, edit. Tecnos, 1969.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, edit. Iurgium, 2001.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *El Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1974.
- JARA CASTRO, E. "La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles", en *Reforma Procesal Civil (I)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N° 32.
- LAZO, S. *Los códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil*, Santiago, edit. Poblete Cruzat Hnos., 1918.
- ORTELLS RAMOS, M. "Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Actualidad Civil*, 1996, N° 42.
- *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO), Granada, edit. Comares, 1996.
- *Las medidas cautelares*, Madrid, edit. La Ley, 2000.

- PEREIRA ANABALÓN, H. "Embargo y cautela en el proceso chileno", en *Gaceta Jurídica* N° 157.
- POMÉS ANDRADE, J. *Las medidas cautelares* (Memoria de prueba), Santiago, edit. Universitaria, 1962.
- QUEZADA MELÉNDEZ, J. *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago, Digesto, 1997.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, E. *La prueba ante la jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, t. I.
- ROJAS RODRÍGUEZ, M. *Las medidas precautorias*, Santiago de Chile, Librotec, 1965
- ROMERO SEGUEL, A. "La tutela cautelar en el proceso civil", en *Documentos de Trabajo*, Universidad de los Andes, N° 46, 2001.
- Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Teoría general de las medidas cautelares" en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con RAMOS MÉNDEZ), Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer B., J, Milan), edit. Trotta, 1992.



LA REBELDÍA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

JAIME CARRASCO POBLETE*

*Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de los Andes, Chile
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes*

1. INTRODUCCIÓN

Hemos considerado oportuno hacer un estudio respecto de la regulación de la rebeldía en el Anteproyecto de Código Procesal Civil, en adelante, ACPC, atendido que los efectos que ella genera son de gran importancia dentro del proceso.

La rebeldía constituye una institución propia del Derecho procesal que dice relación con la forma de reacción de las partes en el juicio y que, en las últimas reformas legislativas, ha cobrado relevancia, la cual pasaremos a explicar.

En primer lugar, se considera rebelde aquella parte que siendo legalmente emplazada de acuerdo a la ley no comparece al llamamiento de un tribunal y también a la parte que deja transcurrir un término legal o judicial sin evacuar un acto procesal (carga procesal), cuestión que acarrea un perjuicio en su propio interés¹.

* Actualmente cursando segundo año del programa de Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). El suscrito, además, es Becario del programa de Doctorado en Derecho, becas nacionales, que otorga la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (Conicyt).

¹ Véanse otras definiciones, entre otros, Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, edit. Librería Garnier Hermanos, París, 1891, p. 1481; De Pina, Rafael, *Manual de derecho procesal civil*, edit. Reus, Madrid, 1936, p. 333; Lira, José Bernardo, *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales y administrativos*, Imprenta el Correo, 4ª edic., Santiago, 1886, t. I, N° 231, p. 150; Benavente, Darío, *Derecho procesal. Disposiciones comunes a todo procedimiento*, edit. Universitaria, Santiago, 1965, p. 73; Rodríguez Garcés, Sergio, *Derecho procesal funcional*, edit. Vitacura, Santiago, 1993, t. I, p. 177; Verger Grau, Joan, *La rebeldía en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1989, p. 54; De la Oliva Santos,

Las consecuencias o efectos que produce la rebeldía de una o ambas partes en el proceso no pueden explicarse sin hacer mención a la naturaleza jurídica de la comparecencia y a los sistemas procesales que imperan, teniendo especialmente presentes el anglosajón, el germánico y el latino.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Existen diversas teorías que tratan de explicar el fundamento de la rebeldía. Las diferencias provienen básicamente de la forma como se ha concebido la comparecencia al proceso y así se puede distinguir la teoría de la obligación, de la renuncia, de la autodeterminación, de la inactividad y finalmente la de la carga procesal.

2.1. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN

Inicialmente, en Roma, en el período del *ordo iudiciorum privatorum* no existía un proceso en rebeldía o contumacial, ya que no era posible la existencia de un juicio sin la necesaria presencia de ambas partes. Para la instauración del juicio, una parte debía conminar a la otra para que vayan ante el magistrado (*in ius vocatio*) y aquel que resulte conminado, en caso que no viniera, incurre en una pena en virtud del edicto del pretor. Posteriormente, en la época clásica, ya era necesaria la celebración de la *litiscontestatio*, por lo que esta no podía llevarse a cabo si faltaba alguna de las partes², es decir, el principio de contradicción era absoluto y muy distinto al existente en la actualidad.

Gayo³ explica que “cuando se le hubiere hecho al adversario la ‘*in ius vocatio*’, y el asunto (*negotium*) no se hubiera podido finalizar en el mismo día, tiene el demandado que ofrecer un ‘*vadimonium*’, es decir, una promesa de comparecer en día determinado”.

Andrés, Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, edit. Centro de estudios Ramón Areces S.A., 2ª edic., Madrid, 2001, p. 261; Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, edit. Abeledo-Perrot, 9ª edic., Buenos Aires, 1991, t. I, p. 277; Arazí, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, edit. Astrea, 2ª edic., Buenos Aires, 1995, p. 247; Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, edit. Labor, Madrid, 1936, t. VIII, p. 89.

² Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* (traducido de la novena edición francesa por José Ferrandez González), edit. Albatros, Buenos Aires, 1958, p. 841; Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 20.

³ Gayo, *Institutas* (texto traducido por Alfredo Di Pietro), edit. Abeledo-Perrot, 5ª edic., Buenos Aires, 1997, p. 786 y 787. La Ley de las XII Tablas señala que “si se le requiere a alguien ante el magistrado, habrá de comparecer. En caso de no acudir, invóquense testigos, e inmediatamente después se le detendrá. Si anda poniendo trabas y tramando la huida, échesele la mano encima” (XII Tablas, 1. 1-2), “pasado el mediodía (sin comparecer más que una parte), díctese resolución a favor del que estuviere presente” (XII Tablas, 1.8) véase en Ruiz Castellanos, Antonio, *Ley de las doce tablas*, Ediciones Clásicas Madrid, 1992.

El período de las *legis actiones* y del procedimiento *per formula* se caracterizó por existir una división del proceso que contempla dos fases, la primera llamada *in iure*⁴ en donde se estaba ante el magistrado llamado pretor el cual delimitaba los alcances del conflicto mediante un acto o acuerdo procesal llamado *litiscontestatio*⁵. La segunda fase llamada *apud iudicem* se desarrollaba ante un *iudex privatus* designado por las partes de común acuerdo para que resuelva el conflicto (*iudicium*). Sólo en esta fase podía tener lugar la rebeldía de alguno de los litigantes, pero ella implicaba la pérdida del pleito para el rebelde, es decir, será condenado como *contumax*⁶. Así, la condena en contumacia sólo puede referirse al demandado atendida la estructura del procedimiento formulario en el cual se condena o se absuelve al demandado pero nunca se condena al demandante.

En consecuencia, tanto en el período de las *legis actiones* como en el *procedimiento formulario*, en la fase *in iure* no existía propiamente un proceso en rebeldía o contumacial, ya que se necesitaba la presencia de ambas partes para llevar adelante un juicio, por lo tanto la incomparecencia de una de las partes hacía imposible la constitución del pleito pero si se comparecía en la fase *in iure* y no en la *apud iudicem* el demandado estaría *indefensus*⁷.

⁴ Respecto a la fase *in iure* y a la comparecencia de las partes véase, Fernández de Buján, Antonio, *Derecho público romano*, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 9ª edic., 2006, pp. 443 y ss.

⁵ El contenido de este contrato consistía en que las partes sometieran a un *iudex* un programa con los puntos litigiosos, que se elaboraban en la fórmula. Mediante la *litiscontestatio* el litigio pasaba al dominio judicial (*res in iudicio deducta*) y se generaban dos efectos de los cuales, el primero era el consuntivo o extintivo, es decir, que una vez redactada la fórmula queda extinguida la acción de manera tal que no podrá ser deducida nuevamente ya que en adelante se consideraba como cosa juzgada; y el segundo era el efecto novatorio a través del cual la *obligatio* del demandado se extinguía, transformándose en un derecho a la sentencia y en la obligación de aceptarla. En este sentido véanse Samper Polo, Francisco, *Derecho romano*, Ediciones Universidad Internacional SEK, 2ª edic., Santiago, 1991, pp. 77 y ss.; Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 77-80; D'Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, edit. Euns, 10ª edic., Pamplona, 2004, pp. 158-160; Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico* (traducido de la versión inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), edit. Bosch, Barcelona, 1960, pp. 13-16; Arias Ramos, J., *Derecho romano*, edit. Revista de Derecho Romano, 9ª edic., Madrid, 1963, p. 200.

⁶ En este sentido véanse, entre otros, D'Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, op. cit., p. 161; Samper Polo, Francisco, *Derecho romano*, op. cit., p. 89; Murga Gener, José Luis, *Derecho romano clásico*, edit. Secretariado de publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2ª edic., 1983, p. 140.

⁷ Según explica Fernández de Buján, Antonio, *Jurisdicción y arbitraje en el derecho romano*, edit. Justel, Madrid, 2006, p. 78, la situación de *indefensus* daría lugar a una "atribución de la cosa litigiosa al demandante o a un reconocimiento de su derecho de crédito". Señala, además, que "hay que esperar al procedimiento cognitorio de la época postclásica para que se reconozca a través de la vía del denominado, por la moderna procesalística, pleito contumacial o en rebeldía la posibilidad que el magistrado dicte sentencia a favor del actor o del demandado que ha optado por no defenderse, en atención, en esta primera etapa de formalización del proceso, al principio de que no solo hay que alegar la existencia de un derecho, sino que hay que probar que efectivamente ese derecho o interés jurídico corresponde al actor".

Luego, en la *cognitio extraordinem* podemos hablar de rebeldía o contumacia en sentido estricto ya que si el demandado no comparecía, el demandante impetraba tres intimaciones oficiales, y la desobediencia a las mismas daba lugar al procedimiento contumacial o *eremodictum*, es decir, un juicio solitario, que se basaba en el principio *absens, si bona causa habuit, viniste*⁸. En este período (desde el siglo III d. C.) desaparece la división del proceso y todo el procedimiento se desarrollaba ante el magistrado, por lo que la *litiscontestatio* pasa a tener un carácter secundario y carece de sus efectos novatorio y consuntivo. En esta época la rebeldía no importaba la pérdida del pleito en forma automática, sino que el juez estaba obligado a formar su convicción con certidumbre, con las respectivas pruebas que le aportaba la parte compareciente. Sin embargo, la comparecencia de los litigantes seguía configurándose como una obligación, y su violación, es decir, la desobediencia a la orden del magistrado, se sancionaba con el *damnum litis* implícita en tener que soportar la iniciativa del demandante y en la imposibilidad para el rebelde de apelar la sentencia⁹.

En la *caída del imperio romano de occidente* en el año 476 d. C. se da paso al *proceso germánico* en donde se exige la cooperación de ambas partes en el proceso y la ausencia de una de ellas será objeto de severas sanciones puesto que la inactividad procesal es entendida como una ofensa a la autoridad. Aquí el proceso vuelve a tener dos partes; en la primera se determina el objeto del litigio y en la segunda se procede a probar lo afirmado.

⁸ D'Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, op. cit., p. 180 y ss; Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 20. Gayo, *Institutas*, op. cit., p. 787, señala que en la *cognitio extraordinem* se utilizaba la *litis denuntiatio* que consistía en un aviso conminatorio por escrito que se dirigía al demandado. Este procedimiento varía en la época de Justiniano utilizándose el *libellus conventionis*, en el cual se resumían por escrito las peticiones del actor, y un delegado judicial (*apparitor o executor*) lo entregaba al demandado, quien tenía el deber de presentarse. La comparecencia se podía afianzar por una caución (*cautio iudicio sisti*), y si no concurría podía seguir el juicio en rebeldía del demandado ausente. Por su parte, Hermogeniano, *Digesto*, 42, 1, 53, 1, señala que "*contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium appellatur, literis evocatus praesentiam sui facere contemnet*" que quiere decir "es contumaz el que llamado por escrito habiéndose publicado tres edictos, o en lugar de los tres, uno, que vulgarmente se llama perentorio, no quisiera comparecer". La traducción precedente véase en García del Corral, Ildefonso, *Cuerpo del derecho civil romano*, edit. Lex Nova, 2004, t. III, p. 370-371. Una traducción en sentido similar véase en *El digesto de Justiniano* (versión castellana por d'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García-Garrido y Burillo), edit. Aranzadi, Pamplona, 1975, t. III, p. 347, y también en Halperin, Gregorio, *Manual de latín para juristas, repertorio de adagios jurídicos*, edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 35.

⁹ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 20 y 21; d'Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, op. cit., p. 180 y ss; Samper Polo, Francisco, *Derecho romano*, op. cit., p. 101 y ss. Una explicación detallada sobre el procedimiento en contumacia en la época romana de la *cognitio extraordinem* véase en Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, op. cit., p. 166-170. Por su parte Fernández de Bujan, Antonio, *Jurisdicción y arbitraje en el derecho romano*, op. cit., p. 165, sostiene que "cabía, asimismo, que el proceso se tramitase en rebeldía, lo que se conoce con la denominación de contumacial, pudiendo dictarse sentencia a favor o en contra de la parte ausente".

El proceso en la época germánica se regía por la Ley Sállica, en donde el proceso comienza por un acto de citación de parte, llamada "*mannitio*", en la cual ya se advierte al demandado de las consecuencias de su incomparecencia. Si el demandado no comparecía, ya sea en cualquiera de las dos fases, esto podía concluir en su propia condena e incluso se podía declarar la "*bannum*", lo que implicaba la confiscación de sus bienes y la pérdida de sus derechos personales, con lo cual el contumaz quedaba fuera de la ley¹⁰.

La "*mannitio*" era un acto de citación que llevaba a cabo el propio demandante. Si el demandado no comparecía durante el plazo fijado, debía repetirse la citación hasta tres veces en intervalos de catorce noches, además por cada una de las citaciones se imponía al demandado una multa pecuniaria.

Posteriormente, en la Alta Edad Media la *litiscontestatio* sufre un gran golpe, provocado por las corrientes canónica y laica, las cuales proponían una mayor sumarización en los procesos, con lo cual se crearon nuevos juicios declarativos, prescindiendo de la *litiscontestatio*. Así ocurrió, por ejemplo, con la *Clementina Saepe*, en la cual el Papa Clemente V, en 1306, en la *Saepe Continguit*, suprime la *litiscontestatio*¹¹. Además en el Derecho Canónico el desoír la citación podía implicar, por lo menos en las causas graves, una desobediencia penada con la excomunión, por lo que se aplicaba el adagio *contumacial poena est gravissima, ergo gravissimum peccatum est*¹². Lo anterior es relevante ya que por un lado significó el derrumbe de las doctrinas contractualistas y cuasicontractualistas del proceso; y por otro su evolución da origen a los modernos procesos ordinario y sumario¹³.

Luego, en el Derecho español, las Partidas establecían multas al rebelde, y su cuantía dependía de la clase o calidad de la persona¹⁴. Además

¹⁰ Según Bachmaier Winter, Lorena, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Editorial Universidad Complutense, Madrid, p. 154, si el demandado se mantenía inactivo en la primera fase y no respondía a la *mannitio*, se presumía justificada la demanda y se procedía a la ejecución. Además el demandado era quien tenía la carga de la prueba, por lo que si no probaba la falta de fundamento de la pretensión del actor, procedía su condena.

¹¹ González, Atilio Carlos, *Silencio y rebeldía en el proceso civil*, op. cit., pp. 101-102.

¹² Verger Grau, Joan, *La Rebeldía en el proceso civil*, op. cit., p. 8.

¹³ González, Atilio Carlos, *Silencio y rebeldía en el proceso civil*, op. cit., p. 102.

¹⁴ Así, la ley VIII del título VII de la Tercera Partida señala "Que pena merece el que fuere rebelde en non venir al emplazamiento. Rebeldes y ha algunos ome, de manera que non quieren venir al emplazamiento que les fazen. E estos non deuen fincar sin pena, porque desprecian el mandamiento de aquellos, a quien deuen obedecer. E por ende dezimos que quando alguno fuere emplazado del Rey por su palabra, o por su Portero, o por su carta, si fuere Rico ome, o Concejo de algun hogar, u otro ome honrado, así como Arcobispo, o Obispo, o Maestre de alguna Orden, o Comendador, o Prior, o Abad, qualquier destos sobredichos, que non viniessen, o non embiassen al plazo, o fuere rebelde, non queriendo entrar en el pleyto sobre que fue emplazado, o se fuere de la Corte, o sin mandato del Rey; peche a el cient marauedis, porque le desprecio su mandamiento. E si fuer Infancon, u otro Cauallero, o ome honrado de Villa, peche treynta marauedis al Rey. E si fuere ome de menor guisa, peche diez marauedis..." Véase "Las Siete Partidas" en *Códigos españoles*,

el litigante compareciente puede seguir contra el emplazado rebelde la vía de asentamiento o de prueba, según elija¹⁵. Las leyes de las Partidas reconocían expresamente la existencia de este deber procesal y señalaban que "... los rebeldes non deben fincar sin pena, porque desprecian el mandamiento de aquellos a quienes deben obedecer"¹⁶ (ley VIII, título VII, Partida III), y que "... la rebeldía es como soberbia o desdén, o desmandamiento en non querer venir antel judgador, a quien debe obedecer como mayoral"¹⁷ (ley IX, título XXIII, Partida III). Así se considera a la comparecencia como una obligación, por lo cual se establecían varias medidas para lograrla¹⁸.

Ilustrándonos al respecto, Aragoneses¹⁹ señala que, para la teoría de la pena, el proceso constituía un medio de pacificación social, lo cual impli-

edit. Imprenta de la publicidad, Madrid, 1848, t. III, p. 94. En el mismo sentido lo señala el Fuero Juzgo libro II, título I, ley XXXI; Fuero Real libro II, título III, ley I; y Novísima Recopilación libro XI, título IV, ley VI. A mayor abundamiento, véanse, Espéculo, libro V, título XIV, ley VI; Fuero Juzgo libro II, título I, ley XVII; y Leyes de Estilo, ley XXI.

¹⁵ La vía de la prueba consistía en que se creaba una ficción de que el demandado estaba presente en los estrados del juicio, por lo que el proceso continuaba con su curso normal, y la sentencia que ponía fin al proceso contenía un pronunciamiento de carácter definitivo, en el cual se condenaba o absolvía al rebelde de acuerdo a la certidumbre y convicción de los medios de prueba presentados por el demandante, y producía cosa juzgada. La vía del asentamiento, semejante a la *missio in possessionem* romana, consistía en que una vez realizada la citación y constatada la ausencia injustificada del demandado, si se trataba de una acción personal, el demandante era puesto en posesión de los bienes del demandado en cuantía suficiente para satisfacer su derecho; y si la acción era real, se le entregaba la cosa objeto del litigio, pero como la acción quedaba imprejuizada, si el demandado comparecía dentro de un plazo determinado normalmente de un año desde la citación, recuperaba la posesión de sus bienes. Véanse en similares sentidos, Manresa, José María, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, edit. Reus, 4ª edic., Madrid, 1919, t. III, p. 544 y ss.; Bachmaier Winter, Lorena, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, op. cit., p. 157; Aragoneses Alonso, Pedro, "La inactividad de las partes en el proceso civil", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, Madrid, 1960, N° 3, p. 543; De Hevia Bolaños, Juan, *Curia Philípica*, edit. Lex Nova, Madrid, MDCCXCVII, t. I, p. 73.

¹⁶ Véase "Las Siete Partidas" en *Códigos españoles*, op. cit., t. III, p. 309.

¹⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸ En este sentido López Ortiz, José, *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1942-1943, t. XIV, p. 192 explica que de esta manera "los procedimientos de entablar el proceso incluyen la garantía de la comparecencia de las partes, con la sumisión al tribunal y el consiguiente compromiso de estar a lo juzgado [...]". Como garantía existía la fianza de comparecencia que se encontraba en los documentos de Celanova (cartas de 982, 995 y 1044); en los Usatges 28, 103 y 104; Fuero de Madrid, Leyes de Estilo (XXIII); leyes leonesas del año 1188; Fuero de Toledo, Fuero de Nájera, Fuero de Escalona, Fuero de Palencia, Fuero de Cuenca, etc., que consistía en que "el fiador se compromete a hacer comparecer en juicio al demandado; para ello con toda probabilidad se le constituye en depositario de una fianza que él mismo ha de poner en manos del demandante, caso que no haya logrado hacer comparecer al demandado". *Ibid.*, p. 196-197. El mismo autor explica que "la no comparecencia del demandado no desemboca en la primera Edad Media en un juicio en rebeldía; el demandado es coaccionado a comparecer mediante las medidas que se han venido exponiendo, multas y prendaciones, a no ser que acredite una disculpa, que más tarde suelen señalar los fueros..." *Ibid.*, p. 203. Mayores antecedentes sobre el desarrollo del proceso en la antigua España véase el mismo autor, op. cit., pp. 184-226.

¹⁹ Aragoneses Alonso, Pedro, "La inactividad de las partes en el proceso civil", op. cit., p. 542.

caba que la presencia de las partes era necesaria, por lo que la ausencia era un hecho ilícito, una verdadera resistencia al poder del juez.

Esta doctrina no encuentra fundamento alguno en la actual legislación chilena. El Código de Procedimiento Civil no establece penas contra el rebelde, por lo que se puede afirmar que no configura una resistencia al poder del órgano jurisdiccional. La rebeldía no importa una pena contra el rebelde, porque los litigantes no tienen obligación, sino el derecho (derecho subjetivo procesal) de actuar en el proceso para la defensa de su interés²⁰. Además, en nuestro sistema procesal civil, no existe la *ficta confessio* (como forma de entender la incomparecencia), es decir, no se tendrán por admitidos los hechos, por lo que podemos afirmar que la contraparte tendrá que probar su derecho o pretensión para obtener una sentencia favorable.

No cabe hablar de obligación ya que ella consiste en “un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinados y susceptibles generalmente de estimación pecuniaria”²¹. No hay una obligación de realizar un acto procesal, ya que la naturaleza del proceso es autónomo, es decir, la teoría de la obligación concuerda con su época en donde se entendía al proceso como una relación de carácter contractual, en donde para que existiera juicio debían comparecer las partes y celebrar el acuerdo procesal de la *litiscontestatio* pero hoy no es posible aplicarla.

2.2. TEORÍA DE LA RENUNCIA

Esta doctrina surge históricamente como contraria a la teoría de la pena o de la obligación, porque gracias a aquella se abandona el concepto de obligación de la comparecencia y de la defensa. Según la teoría de la renuncia²², la rebeldía consiste en la renuncia al derecho que la parte puede hacer valer en juicio, en la renuncia a oponerse a la pretensión del demandante²³.

Puede observarse que esta teoría es incompatible con nuestro derecho, especialmente en la posibilidad que existe de comparecer tardíamente, ya que según lo previenen los artículos 398 inciso 2º del COT y 202 del CPC, se puede comparecer en cualquier estado del juicio.

²⁰ Cordon Moreno, Faustino, *Apuntes de derecho procesal civil I*, Editorial Newbook Ediciones, Pamplona, 1996, p. 161.

²¹ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, t. X, p. 5. Véase también Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2005, t. I, p. 31.

²² El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define renuncia como “dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello”.

²³ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 24.

Por otra parte, sostener que el litigante rebelde renuncia a oponerse a la pretensión del demandante es errado e insostenible con los principios actuales de nuestro ordenamiento, ya que si el demandado no actúa, se presume –en el procedimiento ordinario del Libro II del CPC– que éste niega la pretensión del actor²⁴, sobre quien recae por consiguiente la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la misma.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al decir que el silencio del demandado rebelde no supone acatamiento, salvo disposición expresa que así lo ordene, correspondiendo que el actor pruebe los fundamentos de su acción²⁵; “la rebeldía del demandado no implica la aceptación por éste de los hechos expuestos en aquélla. En derecho no procede la aceptación tácita de la demanda”²⁶, por lo que el juez, si el demandado no contesta la demanda, la rebeldía de éste “...importa una presunción de que el rebelde no acepta por su parte los hechos enunciados en la demanda, por lo que procede recibir la causa a prueba y el juez de la causa queda habilitado para fijar los puntos de prueba, considerados como hechos substanciales materia de la controversia”²⁷.

2.3. TEORÍA DE LA AUTODETERMINACIÓN

Esta teoría formulada por el italiano Ríspoli²⁸ señala que “...el sujeto es libre de determinar su conducta procesal como más convenga a su interés, pero si decide permanecer inactivo se produce la preclusión, que no es una pena sino la consecuencia de su inactividad, del no ejercicio de su facultad de actuar”.

Es el litigante el que decide, por cualquier motivo que a él le parezca razonable, permanecer inactivo, por lo que la rebeldía sería el no ejercicio voluntario de la facultad de obrar.

Esta posición no es correcta ya que se basa en aspectos subjetivos que tuvo el demandado para no comparecer o realizar algún acto procesal. En efecto, la no comparecencia incluso puede entenderse como una táctica procesal o medida de conveniencia para el demandado. Para que exista rebeldía la no personación debe ser de carácter objetivo²⁹, es decir, basta el hecho de la no personación ya que la ley sólo se refiere a la no realización de un acto procesal dentro del plazo que corresponda.

²⁴ Rodríguez Papic, Ignació, *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 2006, p. 40.

²⁵ C.A. de Santiago, 27 de noviembre de 1997, *RDJ*, t. XLIV, sec. 2ª, p. 147; C.S., 25 de agosto de 1934, *RDJ*, t. XXXIV, sec. 1ª, pp. 81-82; C.A. Pedro Aguirre Cerda, 25 de octubre de 1996, *RDJ*, t. XCIII, sec. 2ª, p. 126.

²⁶ C.S. 30 agosto 1920, G, 1920, 2º sem., Nº 23, p. 97.

²⁷ C.S. 22 de marzo de 1999, *RDJ*, t. XCVI, sec. 7ª, p. 50.

²⁸ Rispoli, A., *Il processo civile contumaciale*, edit. Società Editrice Libreria, Milano, 1911, p. 244 y ss., citado por Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 25.

²⁹ Lorca Navarrete, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo Proceso Civil*, edit. Dykinson, Madrid, 2000, p. 221.

Nuestra opinión es que para efectos dogmáticos se deben distinguir las causas objetivas y las subjetivas de la incomparecencia, pero al juez no le interesa la voluntad de la parte que no comparece sino que solo constata el hecho objetivo de la no comparecencia, quedando a cargo de la parte perjudicada por no realizar un acto procesal la carga de alegar la restitución del plazo que en nuestro derecho está reducido a deducir la nulidad de lo obrado por causa mayor o caso fortuito.

Se critica esta teoría porque no resuelve los casos en que la rebeldía no ha sido querida por alguna de las partes, es decir, cuando existe una causa objetiva que justifica la falta de realización del acto procesal de parte.

2.4. TEORÍA DE LA INACTIVIDAD

Esta posición trata de salvar las objeciones que se le hacen a la teoría de la autodeterminación, y por lo tanto se construye sobre un punto de vista objetivo de la falta de comparecencia sin valorar el elemento subjetivo de la voluntariedad³⁰.

Así Chioyenda³¹ —explicando la rebeldía en el ordenamiento italiano— señala que "...en nuestro sistema la rebeldía del demandado no se considera como una reacción contra el poder del juez y como tal castigada; ni como una renuncia a la defensa; ni como una remisión a la justicia del magistrado; ni como una presunta ignorancia de la existencia del litigio, sino como lo que es en todo caso: una completa inactividad en la audiencia".

Esta teoría coincide con el artículo 78 del CPC, puesto que el juez no tiene que preguntarse las causales de la no realización de un acto procesal por alguna de las partes, sino que basta con el aspecto objetivo de la incomparecencia o de la no realización de aquel acto que debía realizarse, independientemente de si fue en forma voluntaria o no. Sin embargo, lo anterior no es absoluto, puesto que la ley también contempla casos en que la inactividad se produce por causas no imputables al litigante inactivo (artículos 79 y 80 del CPC).

2.5. TEORÍA DE LA CARGA

Esta doctrina, elaborada por Goldschmidt, establece que constituirse en juicio es una carga pero no una obligación. "El no desembarazarse de esa carga lleva como consecuencia, no una pena o sanción como ocurre, en general, con las obligaciones, sino una serie de desventajas para el demandado, principalmente la imposibilidad de producir eficazmente su defensa"³².

³⁰ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 26.

³¹ Chioyenda, José, *Principios de derecho procesal civil* (traducción de la 3ª edición italiana por José Casais y Santaló), edit. Reus, 3ª edic, Madrid, 1925, t. II, p. 215.

³² Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 26; Cordon Moreno, Faustino, *Apuntes de derecho procesal civil I*, op. cit., p. 161.

La carga procesal es un imperativo establecido en beneficio de una de las partes cuya inobservancia causa alguna consecuencia procesal desfavorable a su interés³³.

Goldschmidt³⁴ define carga procesal como aquella "necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad".

Según explica Goldschmidt³⁵, existen dos tipos de cargas, las denominadas perfectas y las menos perfectas. La carga es perfecta "cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía, se realizan con necesidad", verbigracia, cuando la parte deja de evacuar un acto procesal o no presenta un recurso dentro del término legal. "Cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía se producen sólo *arbitrio iuris*, entonces la carga es menos perfecta".

Los litigantes son libres de no personarse en juicio y de no tomar parte activa en la integración y desarrollo de la relación procesal. Con esto decimos que la rebeldía no es una situación antijurídica, ya que no se quebranta ningún deber jurídico, pero el hecho de no realizar un determinado acto procesal puede llevarnos a un estado dañoso a su interés.

No constituye obligación ya que la ley no prevé ningún medio para hacerla efectiva, sólo se trata de una carga procesal, y por consiguiente, las partes "no tienen la obligación sino el derecho de actuar en el proceso para la defensa de su interés"³⁶.

Según De la Oliva³⁷, "ha de entenderse por carga el constreñimiento a realizar una conducta (positiva o negativa) que un sujeto procesal experimenta a consecuencia de los inconvenientes o perjuicios que la no realización de tal conducta comporta legalmente o a causa de las ventajas que puede perder por no realizarla".

En nuestro ordenamiento jurídico la relación procesal queda perfeccionada desde que se notifica válidamente la demanda³⁸ (art. 1603 inc. 5°

³³ Respecto al concepto de carga procesal véase el análisis que hace Lagos Villarreal, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, edit. Fundación Mapfre, Santiago, 2006, pp. 11 y ss.

³⁴ Goldschmidt, James, *Teoría General del Proceso*, op. cit., t. VIII, p. 82.

³⁵ *Ibid.*, p. 99 y 100.

³⁶ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1943, t. II, p. 134 y 365.

³⁷ De La Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, *Derecho procesal civil*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4° edic., Madrid, 1995, t. I, p. 16.

³⁸ C.S., 15 de octubre de 1942, *RDJ*, t. 42, sec. 1ª, p. 113: esta sentencia explica que "existió juicio, relación procesal entre las partes desde que la demanda, presentada ante tribunal competente, ha sido válidamente notificada al demandado. Desde ese momento nacen relaciones jurídicas de carácter procesal que vinculan a las partes entre sí y a ellas con el tribunal, obligando a éste a tramitar y fallar la causa y a aquellas a aceptar y acatar todos los pronunciamientos y resoluciones emanados del juez".

y 1911 inc. 2° CC). Sólo desde ese momento hay litispendencia y por lo tanto existe juicio, al cual el demandado sólo tiene la carga de contestar la demanda y realizar los demás actos procesales que correspondan. Si no la quiere contestar se produce la contestación *ficta* de la demanda, con lo cual el demandante tendrá que probar su pretensión.

La rebeldía de alguno de los litigantes en el proceso importa la no realización de un determinado acto procesal, es la inobservancia de una carga que trae consecuencias desfavorables para la parte que no la realiza. En un plano práctico, varios actos procesales se comportan como cargas procesales en los términos antes explicados, verbigracia, la no contestación de la demanda puede significar la pérdida de la oportunidad procesal para deducir una excepción material; la no presentación de la lista de testigos en el plazo legal importa que la parte sea privada de un medio de prueba, y de la posibilidad de probar su título justificador del derecho; etc. En todo caso, el juicio continúa y el órgano jurisdiccional está obligado, en virtud del principio de inexcusabilidad, a ejercer su autoridad para resolver la contienda sometida a su decisión.

Sostenemos, junto con la mayoría de la doctrina nacional y extranjera, que la teoría más apropiada para explicar la naturaleza jurídica de la rebeldía es la de la carga procesal ya que es la que mejor se adapta a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que si dejamos de realizar algún acto procesal dentro del plazo que señala la ley o el tribunal, se produce la preclusión y nuestro interés puede quedar perjudicado.

No concordamos con la posición de Rodríguez³⁹ y Stohere⁴⁰ que sostienen que uno de los efectos del emplazamiento es que la notificación de la demanda crea para el demandado la obligación de comparecer ante el juez y defenderse, ya que no hay un deber de prestación de ningún tipo. En cambio Ortells⁴¹, a cuya opinión nos adherimos, sostiene que “el emplazamiento o la citación no generan para el demandado ninguna obligación ni deber; sino una carga procesal”. En nuestra doctrina nacional optan por esta posición Correa⁴² y Díaz⁴³.

³⁹ Rodríguez Papic, Ignacio, *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, op. cit., p. 39.

⁴⁰ Stohere Maes, Carlos Alberto, *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 6ª edic., 2007, p. 44.

⁴¹ Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil*, edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, 7ª edic., p. 310.

⁴² Correa Selame, Jorge, *Curso de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, t. III, p. 69.

⁴³ Díaz Uribe, Claudio, *Curso de derecho procesal civil*, edit. Lexis-Nexis, Santiago, 2006, t. II, p. 125.

3. NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL ACTUAL ¿ADMISIÓN O NEGACIÓN DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA?

En el derecho comparado se ha optado por dar un valor ya sea positivo o negativo a los hechos afirmados en la demanda para el evento en que se produzca la rebeldía del demandado. En síntesis, los sistemas jurídicos optan por aplicar la *ficta litiscontestatio* y otros la *ficta confessio*. Analicemos los distintos sistemas.

3.1. SISTEMA ALEMÁN

Este sistema se caracteriza por castigar la actitud rebelde, al establecer una presunción consistente en que el rebelde no tiene nada que oponer a la pretensión de su adversario. El Código de Procedimiento Civil alemán (ZPO) distingue cuál de las partes es rebelde, si lo es el demandante, el demandado o ambas⁴⁴.

El artículo 330 de la ZPO refiriéndose a la sentencia en rebeldía contra el actor dispone que "en caso de que el actor no comparezca en término a la audiencia, se debe entonces, a petición, pronunciarse sentencia en rebeldía que rechace la demanda del actor"⁴⁵.

Por su parte, el artículo 331 de la ZPO, refiriéndose a la sentencia en rebeldía contra el demandado sostiene "1) En caso que el actor solicite sentencia en rebeldía en contra del demandado incompareciente en término a la audiencia, deben tenerse por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. 2) En tanto la petición de la demanda sea fundada, ella debe ser reconocida; en caso contrario debe ser rechazado..."⁴⁶.

El efecto de la rebeldía del demandado es que el demandante queda excluido de probar su pretensión, por lo que se produce una admisión legal de los hechos o *ficta confessio* de manera que el actor queda liberado de la carga de probar sus alegaciones⁴⁷. Es decir, la rebeldía del

⁴⁴ Verger Grau, Joan, "De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y la nueva audiencia al demandado rebelde", op. cit., t. II, p. 2382, explica que "en Alemania, si las alegaciones fácticas de la demanda son suficientes para fundar una sentencia contumacial estimatoria, la ausencia del demandado se interpreta como una admisión de hechos y, a instancia del actor, se dicta sentencia estimando la demanda. Ahora bien, si el demandado se persona después de dictada sentencia, puede formular *oposición* a la misma en el plazo de dos semanas, en cuyo caso se reponen las actuaciones al momento del emplazamiento (artículos 331, 339 y 330 del ZPO). El demandante puede, sin embargo, optar por una sentencia definitiva, aun en ausencia del demandado, ateniéndose al resultado de las pruebas y a la fundamentación jurídica que aporte; y si las pruebas son suficientes y el emplazamiento es correcto, se dicta sentencia estimatoria con carácter definitivo [artículos 331.a) y 335 de la ZPO]. En idéntico sentido véase Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Alvaro. "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil"..., op. cit., pp. 20-23.

⁴⁵ Pérez Ragone, Alvaro J., Ortiz Pradillo, Juan Carlos, op. cit., p. 246.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 99.

demandado tiene como consecuencia que la presentación fáctica del demandante debe considerarse reconocida (art. 331 ZPO.), por lo que posteriormente el tribunal determinará si la petición reconocida del actor justifica la petición demandada y la hace concluyente. Si tal es el caso, el tribunal puede dictar una sentencia en rebeldía del demandado. Si la petición no es concluyente, entonces la demanda debe ser rechazada por infundada⁴⁸.

Samanes, refiriéndose a lo anterior, señala que “se entiende que no es justo imponer al actor la prueba de todas sus alegaciones, cuando éstas podrían ser parcialmente incontrovertidas si el demandado hubiese comparecido y admitido alguna de ellas”⁴⁹.

Finalmente, para el caso que ambas partes sean rebeldes, el artículo 251a, dispone: “1) ... que el tribunal puede decidir según el estado del expediente”⁵⁰. El párrafo segundo señala que “una sentencia según el estado del expediente puede ser pronunciada sólo cuando ya anteriormente se hizo una audiencia oral...”⁵¹. También otorga la oportunidad de solicitar una nueva audiencia dentro de cierto plazo cuando la incomparecencia no se produjo por su culpa y que la prórroga de la audiencia no pudo ser oportunamente solicitada. El párrafo tercero de dicha disposición señala finalmente que “cuando el tribunal no pueda decidir de acuerdo con el estado actual de los expedientes, y ello no es diferido, entonces ordena la paralización del proceso”⁵².

3.2. SISTEMA ANGLOSAJÓN

En cuanto a su estructura, el proceso anglosajón puede dividirse en tres etapas, a saber: a) iniciación del proceso; b) fase previa al juicio oral (*pretrial*); y c) juicio oral y conclusión del proceso (*trial*).

Según explica Bachmaier⁵³, la rebeldía cobra especial importancia en la etapa del *pretrial* y del *trial*. Dentro de la primera las partes tienen un deber de colaboración y ella tiene por objeto fijar el objeto del proceso, no existe intermediación y el juez sólo intervendrá cuando alguna de las partes obstaculice el desarrollo del proceso con su negativa a cooperar, en cuyo caso el juez establece una sanción y como medida más grave puede condenar en *default*. El *pretrial* está compuesto de dos etapas, el *discovery* y

⁴⁸ Leible, Stefan, *Proceso civil alemán*, edit. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1999, pp. 312 y ss.

⁴⁹ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 99.

⁵⁰ Pérez Ragone, Alvaro J., Ortiz Pradillo, Juan Carlos, op. cit., p. 218

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Una explicación bastante completa sobre el sistema anglosajón y especialmente del derecho norteamericano en Bachmaier Winter, Lorena, op. cit., pp. 9-146. En cuanto al sistema inglés consúltase Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Alvaro. “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”..., op. cit., pp. 31-34.

la *pretrial conference*. La primera dice relación con la revelación de todo el material probatorio de las partes y tiene por objeto delimitar el objeto del proceso, evitar la sorpresa, permitir y facilitar el hallazgo de pruebas entre las partes y finalmente propiciar un acuerdo de forma que se elimine la celebración del juicio. La *pretrial conference* consiste en una reunión entre el juez con los abogados de las partes y tiene por objeto preparar el desarrollo del juicio y las pruebas que se rendirán pero también tratar que las partes lleguen a un acuerdo. La incomparecencia o no colaboración en todas estas etapas da lugar a la aplicación de alguna sanción establecida en el artículo 37 de la FRCP (*Federal Rules Civil Procedure*) como puede ser la condena en costas, fijación formal de los hechos acerca de los cuales no se ofrece información pudiendo llegarse a la desestimación de la acción del actor con fuerza de cosa juzgada material o incluso la condena del demandado (*default judgment*) con el efecto de tener por admitidas las alegaciones del actor sin práctica de prueba.

De lo anterior se deduce que el sistema anglosajón establece consecuencias más adversas para el rebelde que el sistema alemán, toda vez que supone que tal situación configura una admisión de hechos.

Tal sistema se caracteriza por la falta de valoración jurídica del *libelo*, es decir, el juez va a estimar la demanda cuando es fundada en derecho pero no tendrá en consideración si la petición del actor es concluyente o fundada⁵⁴.

3.3. SISTEMA LATINO

Lo que caracteriza a este sistema de los dos anteriores es que el rebelde no es sancionado ni el actor favorecido con la situación de rebeldía, es decir, la rebeldía del demandado no trae consigo ni un presunto allanamiento ni una admisión de hechos, sino que el actor deberá probar los hechos en que fundamenta su pretensión. El actor es el que deberá probar los hechos que alegue, de igual forma que si el demandado estuviese personado y los negase⁵⁵. Por ello se habla que este sistema se basa en la *ficta litiscontestatio* y no en la *ficta confessio*.

Como vemos, el sistema latino es mucho más cauto al momento de generarse la rebeldía ya que no existe ningún prejuzgamiento acerca de la actitud de alguna de las partes en lo que se refiere a su compare-

⁵⁴ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., p. 99. Verger Grau, Joan, "De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y la nueva audiencia al demandado rebelde", op. cit., t. II, p. 2383, explica que "en los países anglosajones la sentencia dictada en rebeldía, *by default*, que comporta la estimación de la demanda por aplicación del principio de la *ficta confessio*, es susceptible de ser anulada a instancias del demandado si demuestra que no pudo comparecer por causa justificada". Consúltense también *Federal Rules of Civil Procedure*, RR. 43, 55, etc.

⁵⁵ Samanes Ara, Carmen, *La tutela del rebelde en el proceso civil*, op. cit., pp. 98-99.

cencia, conducta que el rebelde puede adoptar por razones objetivas o subjetivas.

El sistema latino es adoptado por diversas legislaciones como la francesa⁵⁶, italiana⁵⁷, española⁵⁸, chilena⁵⁹, uruguaya⁶⁰, etc.

4. CONSECUENCIAS DE NUESTRO ACTUAL SISTEMA PROCESAL CIVIL

Nuestro sistema procesal civil descansa claramente en el sistema latino como ya lo explicamos anteriormente. Por ello, el rebelde es protegido en cierta forma, puesto que su incomparecencia no da lugar a que se dicte en forma inmediata una sentencia en rebeldía. El actor deberá probar su pretensión a través de cualquiera de los medios legales de prueba que establece el Código de Procedimiento Civil, es decir, se aplica el proverbio *qui tacet non consentire videtur (quien calla no otorga)*.

Nuestra legislación procesal civil, en general, no sanciona ni castiga la rebeldía de alguna de las partes, salvo en ciertas ocasiones particulares como la confesión *ficta*, la incomparecencia frente a una gestión preparatoria de

⁵⁶ Véanse los artículos 9 y 467 y siguientes del Código de Proceso Civil francés. En explicación de Verger Grau, Joan, "De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y la nueva audiencia al demandado rebelde", op. cit., t. II, p. 2382-2383, "en Francia existen dos clases de sentencias: las contradictorias y las contumaciales, según si se dictan cuando ambas partes están personadas o en ausencia del demandado. En este caso, se estima la demanda mediante sentencia contumacial si es fundada y admisible, si el proceso es de instancia única y si la citación no se hizo en la persona del demandado. Por el contrario, si la sentencia es apelable o la citación al demandado fue personal, la sentencia tiene carácter de *contradictoria* y la eventual restitución al demandado se otorga a través del recurso de apelación, con dispensa de los plazos si se justifica la causa inimputable (artículos 472 y 473 de la NCPC). La sentencia contumacial es susceptible de *opposition*, que tiene por finalidad anularla y obtener un nuevo juicio; la contradictoria permite juzgar de nuevo el objeto del proceso en apelación. En ambos casos se puede obtener la *restitution de los plazos* para apelar o presentar oposición hasta un año después de notificada la sentencia (artículos 476, 540, 571 a 575 de la NCPC)". Véase también una explicación de la rebeldía en el derecho francés en Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Alvaro. "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil"..., op. cit., pp. 29-30.

⁵⁷ Italia sigue como España el sistema de la *ficta litiscontestatio*, pero permite que el demandado ausente por causa no imputable pueda comparecer y obtener, durante o después de la instancia y, en este caso, dentro de ciertos límites temporales, la restitución de los plazos (*rimessione in termini*). Con ella el demandado (también el demandante en fases posteriores a la primera comparecencia) puede personarse y, acreditando la inimputabilidad de su ausencia, proponer y practicar defensas y pruebas que, de otro modo, hubiesen precluido (artículo 294 del CPC). Al respecto véanse, Verger Grau, Joan, "De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y la nueva audiencia al demandado rebelde", op. cit., t. II, p. 2383; Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Alvaro. "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil", op. cit., pp. 30-31.

⁵⁸ El inciso 2º del artículo 496 de la nueva LEC de 2000 dispone que "la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario".

⁵⁹ A esta conclusión llega la doctrina y también la jurisprudencia al interpretar los artículos 318 y 320 del Código de Procedimiento Civil y 1698 del Código Civil.

⁶⁰ Véase el artículo 339 del CGP.

la vía ejecutiva, etc., lo que hace que la rebeldía sea una actitud válida que pueden adoptar las partes. Lo anterior sólo procede en aquellos sistemas que tengan por negado todo lo que diga el actor en su escrito de demanda. De lo contrario, habría que aplicar el sistema alemán o anglosajón en donde la comparecencia no es una carga sino que más bien una obligación o deber⁶¹ del demandado, cuestión que se explica por las diversas sanciones que establecen esas legislaciones a la rebeldía. No obstante lo anterior, si en el sistema alemán o anglosajón consideramos que la comparecencia es una carga, entonces la rebeldía en tales legislaciones se considera siempre voluntaria y por tal razón se explicarían sus drásticas consecuencias⁶².

En consecuencia, engendrada la rebeldía, se da por evacuado ficticiamente el trámite de la contestación (*ficta litiscontestatio*), lo que en ningún caso significa que el demandado se allane a la demanda. Ergo, si no se evacua “realmente” el trámite de contestación de la demanda, ella se tendrá por evacuada en forma simbólica o ficticia, de modo que la substanciación del proceso prosigue normalmente⁶³.

Una sentencia del año 1929 ilustra claramente que “...la contestación tácita es negativa y que, por tanto, queda trabada la *litis* con la demanda que afirma y la ficción legal de darla por contestada negativamente, de otro modo no podría haber la controversia que emana de los autos y que debe ser estimada por el Tribunal”⁶⁴.

De lo expuesto, se deduce claramente que en la especie la demanda sólo será acogida si el actor justifica sus pretensiones tanto en el hecho como en el derecho.

Resulta interesante lo anterior, puesto que si el actor no logra probar su pretensión, ya sea por la imposibilidad de prueba o por falta de medios para darla a conocer al tribunal, entonces el juez debe rechazar la demanda y por lo tanto el rebelde, que quizás permaneció en tal actitud durante toda la instancia, gane el pleito.

5. ¿EXISTE UN RECONOCIMIENTO LEGAL DE NUESTRO SISTEMA?

No existe ninguna norma que señale en forma clara y expresa que si el demandado no contesta la demanda, los hechos que afirma el demandante se tendrán por negados.

⁶¹ En nuestro medio, véase una explicación y distinción entre deberes, obligaciones y cargas procesales en Carretta Muñoz, Francesco, “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. XXI, N° 1, julio 2008, pp. 101-127.

⁶² Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, op. cit., t. IV, p. 109.

⁶³ En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de antaño hasta nuestros días, véase C.A. de Santiago, 6 agosto de 1904, *RDJ*, t. I, sec. 2ª, p. 508; C.S. 17 de abril de 2008, rol N° 2496-2006.

⁶⁴ C.S. 3 de octubre de 1929, *G.T.*, 1929, 2º sem., sent. 22, p. 102.

Al parecer, la regla anterior la ha creado la jurisprudencia en forma conjunta con la doctrina nacional⁶⁵.

La jurisprudencia, en las diversas ocasiones ha sostenido que “el silencio del demandado rebelde no supone acatamiento, salvo disposición expresa que así lo ordene, correspondiendo que el actor pruebe los fundamentos de su acción”⁶⁶, o sea, “la rebeldía del demandado no implica la aceptación por éste de los hechos expuestos en aquélla. En derecho no procede la aceptación tácita de la demanda”⁶⁷.

Otras sentencias han establecido que frente a la rebeldía del demandado, tal actitud “importa una presunción de que el rebelde no acepta por su parte los hechos enunciados en la demanda, por lo que procede recibir la causa a prueba y el juez de la causa queda habilitado para fijar los puntos de prueba, considerados como hechos substanciales, materia de la controversia”⁶⁸.

Entendiéndose la rebeldía como la no realización de un acto procesal de la parte legalmente emplazada y junto con ello como una negación de los hechos afirmados por el actor en su demanda, tal posición ha prevalecido desde antaño en nuestra jurisprudencia. Esta última, para determinar la regla anterior, se ha basado en los artículos 318 y 320 del Código de Procedimiento Civil. El primero de ellos indica que si el demandado contestó la demanda o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer (art. 318 CPC). Además, el artículo 1698 del Código Civil confirma lo anterior. Tal precepto, en su inciso primero establece que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o esta”, correspondiéndole al actor probar su pretensión, aunque el demandado sea rebelde.

⁶⁵ Entre otros, Carocca Pérez, Alex, *Manual de derecho procesal*, op. cit., p. 100; Rodríguez Garcés, Sergio, *Derecho procesal funcional*, op. cit., p. 177; Rodríguez Papic, Ignacio, *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, op. cit., p. 38-40; Casarino Viterbo, Mario, *Manual de derecho procesal civil*, op. cit., t. III, p. 84; Anabalón Sanderson, Carlos, *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, op. cit., p. 109.

⁶⁶ C.S., 25 de agosto de 1934, *RDJ*, t. XXXIV, sec. 1ª, pp. 81-82; C.A. de Santiago, 27 de noviembre de 1997, *RDJ*, t. XLIV, sec. 2ª, p. 147; Cfr. C.A. Pedro Aguirre Cerda, 25 de octubre de 1996, *RDJ*, t. XCIII, sec. 2ª, p. 126.

⁶⁷ C.S. 30 agosto 1920, *G.T.*, 1920, 2º sem., Nº 23, p. 97. En otra sentencia la Corte ha indicado que “cuando la demanda se tiene por contestada en rebeldía el demandado, cuyo ha sido el caso de autos, se entiende que este último ha controvertido todos los hechos en los que se sustenta la acción y corresponde acreditarlos, en consecuencia, al actor. Sin embargo, esa rebeldía no impide al demandado rendir la prueba que estime pertinente para el esclarecimiento de esos hechos y, de ordinario, controvertir las afirmaciones del demandante”, C.S. 29 de noviembre de 2007, rol 1351-2006. Véanse también; C.S. 8 de agosto de 1991 (Legal Publishing Nº 11419); C.S. 21 de noviembre de 2001, rol Nº 3385-2001 (Legal Publishing Nº 22976); C.S. 10 de octubre de 2001, rol Nº 3527-2001 (Legal Publishing Nº 22527), C.S. 4 de junio de 2002, rol Nº 1638-2001; C.S. 26 de septiembre de 2006, rol Nº 1976-2006 (Legal Publishing Nº 35569); C.S. 23 de enero de 2008, rol Nº 5255-2007.

⁶⁸ C.S. 22 de marzo de 1999, *RDJ*, t. XCVI, sec. 7º, p. 50.

6. LA REBELDÍA COMO ESTRATEGIA PROCESAL. UNA FORMA VÁLIDA DE REACCIÓN DEL DEMANDADO EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA PROCESAL CIVIL

Un tema de gran interés es el de la rebeldía como estrategia procesal.

Como se ha explicado, la rebeldía es una actitud válida⁶⁹ que puede utilizar el demandado, ello debido a que nuestro ordenamiento procesal civil se basa en el sistema latino, esto es, en la *ficta litiscontestatio*, en el cual la rebeldía se entiende como una forma de incomparecencia o de no realización de actos procesales de parte, pero no como una forma de incomparecencia voluntaria que deriva en el reconocimiento de los hechos que el actor afirma en su demanda.

La rebeldía es una actitud lícita que puede asumir el demandado, y que debido a las consecuencias que ella genera, la podemos visualizar como una forma de defensa en juicio o como una estrategia procesal, en donde incluso el rebelde puede llegar a ganar la *litis*. Lo anterior se funda en la consecuencia probatoria que genera tal actitud en lo que se refiere a la inversión de la carga de la prueba cuando existen presunciones *iuris tantum* a favor del demandado, puesto que el demandante deberá probar su pretensión y, en su caso, desvirtuar la presunción *iuris tantum*, es decir, la inactividad del demandado no se considera una admisión legal ni lógica de los hechos de la demanda, salvo excepciones.

Al respecto, Peñailillo⁷⁰ nos ilustra explicando que "cuando el demandado, emplazado legalmente no comparece, no por eso el demandante, que ha formulado una alegación, quedará relevado de su prueba. Quien calle nada otorga. El demandante deberá siempre demostrar al tribunal la efectividad del derecho que se pretende le asiste".

Además, el mismo autor indica que si el demandado es rebelde, no quiere decir que no existan hechos pertinentes, substanciales y controvertidos, sino que, por el contrario, si el demandado nada dice no está asintiendo al demandante, es decir, el silencio no es aquiescencia⁷¹.

La rebeldía puede entenderse como una estrategia procesal. Sin embargo, tal actitud no siempre resulta beneficiosa, puesto que es posible que genere consecuencias que perjudican al demandado. En principio,

⁶⁹ En este sentido se pronuncian, entre otros, Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 318; Satta, Salvatore, *Derecho procesal civil*, op. cit., t. I, p. 365; Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, op. cit., t. I, p. 278; Fenochietto, Carlos Eduardo, *Curso de derecho procesal*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 70; Arazi, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, op. cit., p. 247; Bachmaier Winter, Lorena, *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, op. cit., pp. 160 y 161; Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, op. cit., t. III, p. 70.

⁷⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 61.

⁷¹ *Ibid.*, p. 62.

la rebeldía produce ciertos efectos perjudiciales para el demandado⁷², a saber:

- a) Pierde la facultad de contestar la demanda;
- b) Pierde la oportunidad de reconvenir al demandante (art. 314 CPC);
- c) Queda imposibilitado de probar hechos impositivos o extintivos, toda vez que debieron previamente ser expuestos en la contestación (art. 305 CPC);
- d) Se tendrán por reconocidos los instrumentos privados adjuntos a la demanda (arts. 255, 346, 348 CPC).

No obstante las consecuencias perjudiciales que puede ocasionar la rebeldía, éstas no implican la pérdida del litigio. Además, la rebeldía no siempre genera consecuencias desfavorables puesto que en ciertas ocasiones la parte rebelde puede utilizar su actitud para invertir la carga de la prueba en contra del demandante, en aquellos casos en que exista alguna presunción que pueda invertir el peso de la prueba en contra de la parte contraria⁷³.

Creemos que podemos asumir una estrategia procesal de rebeldía en todos aquellos casos en que el actor puede estar demandando maliciosamente y que no contará con los medios de prueba pertinentes para fundamentar su pretensión, o en todos aquellos casos en que no contemos con medios de prueba suficiente para contradecir lo aseverado por el demandante. Tal actitud jurídica también resultaría beneficiosa en aquellos casos en que se ha impuesto una presunción *turis tantum*, la cual invierta la carga de la prueba siendo más complejo para el actor probar los hechos en que funda su pretensión.

7. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El ACPC contiene varias normas que dicen relación con la rebeldía, a saber, los artículos 48, 92, 254, 262, 265, 266, 277, 292, 314, 327, 387, 396, 474, 477, 482, 489, 512, 517 y 519, por nombrar los más importantes. Concentraremos el análisis en las disposiciones que dicen relación con el procedimiento ordinario, el procedimiento sumario y las relativas al juicio ejecutivo y a las tercerías. Respecto de las demás disposiciones, no son posibles explicarlas atendida la extensión del presente trabajo, por lo que desde ya solicitamos la comprensión del lector.

⁷² Fenochietto, Carlos Eduardo, op. cit., p. 71.

⁷³ Véase una explicación de las presunciones en cuanto alteran la carga de la prueba en Peñailillo Arévalo, Daniel, op. cit., pp. 64-67.

7.1. CONSECUENCIAS DE LA INCOMPARECENCIA

En el Libro II (procesos declarativos), título I (la demanda), capítulo II (del emplazamiento), el artículo 254 del ACPC está titulado como “consecuencias de la incomparecencia” y establece que en caso que el demandado no comparezca dentro del plazo se seguirá el proceso en su rebeldía con las consecuencias que la ley determine según los casos para cada procedimiento⁷⁴. De esta forma, la ley (ACPC o, en su caso, la ley especial), en cada procedimiento deberá establecer cuáles serán los efectos de la rebeldía de alguna de las partes.

Así, respecto del procedimiento sumario, el art. 387 inc. 2° establece que la audiencia a la que se llama “vista” no se suspenderá por la inasistencia del demandado, pero sí establece, para ambas partes, consecuencias como la admisión de hechos en caso que una proponga y se admita el interrogatorio de la otra. La misma disposición establece el desistimiento de la demanda en caso de rebeldía activa y la continuación del juicio en caso de rebeldía pasiva. Luego, el artículo 389, titulado “inasistencia de las partes al comparendo”, repite lo establecido en el artículo 387 inc. 2°.

Respecto a los procedimientos ejecutivos regulados en ACPC, el artículo 396 se refiere a la citación a reconocimiento de firma, estableciendo en caso de rebeldía pasiva que se dará por reconocida la firma; el artículo 409 se refiere a la no oposición del ejecutado disponiendo la continuación de la ejecución, dándose por concluida con eficacia de cosa juzgada la tramitación del cuaderno ejecutivo; y finalmente los artículos 474, 477, 482 y 489 referentes a las tercerías de dominio, posesión, prelación y pago establecen, en caso de rebeldía pasiva en no contestar la demanda, la admisión de hechos alegados en la demanda.

En el inciso 2° del artículo 254, refiriéndose a los “procesos declarativos” se establecen las consecuencias de la incomparecencia del demandado, disponiendo la misma regla que existe en la actualidad, esto es, que se entenderán negados los hechos afirmados por el actor en su demanda, es decir, atendida esta disposición, en los procesos declarativos se

⁷⁴ Artículo 254.- Consecuencias de la incomparecencia.

Cuando el demandado debidamente emplazado no comparezca dentro del plazo correspondiente, se seguirá el proceso en su rebeldía con las consecuencias que la ley determine según los casos para cada procedimiento.

En los procesos declarativos, la rebeldía del demandado importará una negación de los hechos afirmados por el actor en su demanda, pero no podrá rendir prueba en juicio al no haberla ofrecido en la contestación, a menos que se trate de pruebas supervenientes o referidas a hechos nuevos a los mencionados por la contraparte en la demanda, en cuyo caso podrán ser propuestas posteriormente.

El proceso se seguirá en rebeldía del demandado por el sólo ministerio de la ley y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten durante el curso del proceso, las que producirán efectos a su respecto desde que se pronuncien, con excepción de la sentencia definitiva que deberá ser notificada por cédula.

El demandado rebelde podrá comparecer en cualquier estado del proceso, respetando lo que se hubiere actuado con antelación dentro del mismo.

mantiene aquel proverbio *qui tacet non consentire videtur (quien calla no otorga)*.

Sin embargo, el mismo inciso 2° establece una limitación al rebelde en cuanto no podrá rendir prueba en juicio al no haberla ofrecido en la contestación, a menos que se trate de pruebas supervenientes o referidas a hechos nuevos a los mencionados por la contraparte en la demanda, en cuyo caso podrán ser propuestas posteriormente. Nótese que la contestación de la demanda se realiza por escrito y debe evacuarse en forma previa a la audiencia preliminar en la cual se deben ratificar los escritos de discusión, pero no se puede contestar la demanda en la misma audiencia.

Así, el rebelde – y en especial el demandado – al reaccionar en forma pasiva lo que comprende no contestar la demanda, no importa consecuencias adversas para él, salvo en lo que dice relación con su carga procesal de defenderse, por lo que tocará al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión. En principio, podría pensarse que el rebelde puede adoptar dicha actitud como una forma de estrategia procesal pero tal actitud resulta perjudicial atendido que la norma establece que si el demandado no señala, en la contestación, las pruebas de que piensa valerse, *no podrá rendir prueba en autos*, salvo si tales pruebas son supervenientes o referidas a hechos nuevos a los mencionados por la contraparte en la demanda.

Somos del parecer que esta forma de regular y limitar los derechos del rebelde es de una técnica legislativa deficiente y contradictoria. Si la incomparecencia del demandado se entiende bajo el sistema de la *ficta litiscontestatio* resulta contradictorio que en forma posterior se le impida al rebelde rendir prueba que destruya la rendida por la contraria. En efecto, en principio la actitud pasiva del demandado es válida y lícita, toda vez que ella corresponde a una carga procesal, por lo que consideramos no acertado establecer sanciones consistentes en impedir la aportación de prueba por parte del demandado en caso que sea rebelde. Además, si el demandado es rebelde entonces el demandante es el único que puede probar (los hechos de su pretensión), cuestión que pugna con el principio de igualdad de armas (quedando el rebelde en la indefensión). En efecto, este principio esencial no se cumple y el demandado rebelde nada puede hacer durante el proceso ya que no le es permitido rendir prueba. Consideramos que la disposición es contradictoria, desigual y no contribuye a la celeridad del juicio ni menos a lograr una decisión jurisdiccional justa.

Nos preguntamos, ¿cuál es la razón de establecer un sistema de *ficta litiscontestatio* para posteriormente negar la posibilidad que el rebelde pueda aportar pruebas que alteren, modifiquen o extingan la pretensión del actor? ¿No habrá querido el prelegislador establecer un sistema de admisión de hechos? ¿Porqué en un procedimiento declarativo en el cual la discusión debe ser amplia, dotadas las partes de posibilidad de aportar todas las pruebas de que disponen, y teniendo en cuenta que se establece para el

caso de rebeldía pasiva la *ficta litiscontestatio*, posteriormente se niega la aportación de prueba? Así, la letra del artículo 254 ACPC adopta el sistema latino de la *ficta litiscontestatio*, pero en la práctica ese sistema no tiene ningún sentido. En efecto, el demandante, en caso de rebeldía pasiva, casi tiene asegurado el juicio probando los hechos de su pretensión, sin importar si el demandado dispone de prueba que la destruya o enerve, o que al menos la modifique o altere, pudiendo pensar que la pretensión del actor no será estimada en caso que éste no pueda probarla por falta de material probatorio, o porque el *petitum* de ella es completamente inaccionable.

Si el demandado no contesta la demanda la única posibilidad de rendir prueba será en caso que éstas sean supervenientes o referidas a hechos nuevos a los mencionados por la contraparte en la demanda, en cuyo caso podrán ser propuestas posteriormente. Esta posibilidad, a nuestro entender, no es acertada atendido que lo ortodoxo será que en la audiencia preliminar no se amplíe la demanda, por lo que el demandado al no haber contestado no podrá, salvo casos excepcionales, rendir ninguna prueba que acredite hechos que modifiquen o extingan la pretensión deducida por el actor. Además, no será fácil determinar cuándo la prueba que quiere rendir el rebelde estará dentro de la excepción contemplada en la disposición, por lo que creemos que dicha discusión ocasionará pérdidas de tiempo y dilación en la referida audiencia preparatoria.

Por otra parte, la disposición sólo se refiere a que no se podrá rendir prueba *a menos que se trate de pruebas supervenientes o referidas a hechos nuevos a los mencionados por la contraparte en la demanda*, pero no se refiere al caso en que la prueba exista pero aún no se descubra, o no se posee por la parte que la quiera rendir, cuestión que también causará un perjuicio al demandado rebelde.

Posteriormente, el inciso 3º establece una sanción en cuanto al régimen de notificaciones al rebelde, esto es, que no será necesario notificarle las resoluciones judiciales, las cuales producirán sus efectos desde que se pronuncian. La referida disposición parece razonable y no es novedosa en nuestro ordenamiento ya que lo que se hizo fue copiar el actual inciso 1º del artículo 202 del CPC que establece la misma sanción para el apelado rebelde que no se hace parte en segunda instancia y mientras no lo haga. Esta forma de *notificación ficta* se ha impuesto ya en otras reformas legislativas especialmente aquellas que dicen relación con los procedimientos laborales (arts. 426, 451 inc. 2º CT) y de familia (arts. 59 inc. 3º y 61 inc. 2º). Lo innovador de la norma es que la referida sanción no es aplicable respecto de la sentencia definitiva, la cual deberá notificarse por cédula, cuestión que puede ser discutible pero, en principio, nos parece razonable⁷⁵.

⁷⁵ Así, por ejemplo, en materia de procedimiento de familia la sentencia definitiva se notifica por carta certificada (art. 23 inc. 5º Ley 19.968).

Por último, el inciso final de la referida disposición establece que el rebelde podrá comparecer en cualquier estado del proceso respetando lo obrado con anterioridad a su comparecencia. Atendido lo mencionado en los párrafos anteriores ¿de qué sirve que el demandado rebelde comparezca al proceso si su derecho a aportar prueba pertinente no es posible ejercerlo por impedírsele la propia ley? La única hipótesis que encontramos posible será la referida a tratar de inhabilitar a un testigo de la parte contraria, objetar la prueba rendida por la contraria por razones de falsedad, falta de integridad, etc., o para alegar la nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento o fuerza mayor. Insistimos, no resulta razonable que, en principio, no se sancione la incomparecencia del rebelde, y que posteriormente se establezcan limitaciones probatorias y finalmente indicar que el rebelde puede comparecer en cualquier estado del juicio aceptando lo obrado con anterioridad. La verdad es que tratamos de buscar razones dogmáticas que permitan explicar las limitaciones, especialmente probatorias que establece el art. 254 ACPC, pero no logramos encontrarlas.

En consecuencia, reiteramos, si el demandado no contestó la demanda, la regla general será que no podrá proponer ninguna prueba en la audiencia preliminar y, posteriormente, no tiene sentido que comparezca a la audiencia de juicio salvo en cuanto a limitar y controlar las formalidades de la prueba rendida por el actor. A nuestra razón, la norma es contradictoria ya que si la incomparecencia se explica y funda en el sistema de la *ficta litiscontestatio*, es decir, no existe un allanamiento ni una admisión tácita ni una *ficta confessio*, entonces debe permitirse al rebelde poder defenderse. Es más, consideramos que esta limitación probatoria burla el derecho de defensa y consecuentemente el derecho al debido proceso, por lo que creemos que perfectamente podría ser tachada como una disposición inconstitucional. Preguntamos al prelegislador ¿qué sentido tiene, en caso de rebeldía pasiva, tener por negados los hechos expuestos por el actor en su demanda si no se permite al rebelde aportar prueba?; ¿no será más razonable permitirle probar?; y finalmente ¿impedir que una parte pueda probar, aunque sea rebelde, si se trata de un procedimiento declarativo, no se estará vulnerando el debido proceso?

7.2. LA CARGA DE CONTROVERTIR LOS HECHOS AFIRMADOS EN LA DEMANDA Y LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS POR EL ACTOR Y SU SANCIÓN

Dentro del Libro II (procesos declarativos), título I (la demanda), capítulo III (de la contestación y la reconvencción), el artículo 262 se titula “la carga de controvertir los hechos afirmados en la demanda y los documentos acompañados por el actor y su sanción”.

Sorprendentemente, en este artículo⁷⁶ se establecen sanciones distintas a las establecidas en el artículo 254 ACPC. En efecto, según el artículo 262 ACPC el demandado tiene la carga procesal de controvertir los hechos afirmados por el actor en la demanda debiendo pronunciarse sobre la veracidad de los hechos alegados en el libelo y sobre la autenticidad de los documentos que en ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida.

Luego, el inciso 2º establece que *“su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.”*

La cuestión no es fácil de explicar atendido que la norma da para diversas interpretaciones. En efecto, en primer lugar lo que nos interesa a nosotros es determinar qué quiere decir la expresión *“su silencio”*. El artículo está dentro del capítulo III que se refiere a la contestación y a la reconvencción. El problema se produce si la expresión *“su silencio”* se debe entender como que contestó la demanda pero no dijo nada, es decir, no controvertió los hechos, o si se refiere a la no contestación de la demanda. De otra forma, lo que tratamos de determinar es si esa expresión supone la existencia de una contestación o si realmente se refiere al caso en que no se contestó la demanda. Dejamos planteada la interrogante para efectos de lo que expondremos a continuación.

Luego el inciso final establece que excepcionalmente el juez no aplicará la sanción atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no conoce o se recuerda algún hecho o circunstancia alegada por el actor.

Analizando esta norma con detención, en primer lugar vemos que el artículo 254 del ACPC concibe la no comparecencia del demandado bajo el sistema de la *ficta litiscontestatio*. Sin embargo, posteriormente el artículo 262 del ACPC señala que si el demandado contestó la demanda pero no controvertió los hechos expuestos por el actor se produce la admisión de hechos salvo circunstancias excepcionales.

Recapitulando, ¿qué debe entenderse por la expresión *“su silencio”*? Consideramos que la expresión se refiere al silencio en cuanto a que se contestó la demanda pero no se controvirtieron los hechos, es decir, supone que existe materialmente una contestación de la demanda pero en la cual no se controvirtieron los hechos expuestos por el actor en su demanda.

⁷⁶ Artículo 262. La carga de controvertir los hechos afirmados en la demanda y los documentos acompañados por el actor y su sanción.

En la contestación de la demanda deberá el demandado pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida.

Su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.

Sólo en circunstancias excepcionales podrá el tribunal no aplicar la regla precedente, atendiendo a razones debidamente fundadas expuestas para invocar que no conoce o se recuerda algún hecho o circunstancia alegada por el actor.

La conclusión anterior la deducimos de la totalidad de la disposición, que en su conjunto se refiere a la contestación de la demanda. Por otra parte, el artículo se refiere explícitamente a la carga de controvertir los hechos afirmados en la demanda y los documentos acompañados por el actor y su sanción, lo que da a entender que la norma supone una contestación en la cual no se cumplió con las cargas establecidas en el título del mismo artículo. Además, si se entendiera que la expresión "su silencio" se refiere a la no contestación de la demanda, dicha disposición estaría en abierta contradicción con lo establecido en el artículo 254 que si trata sobre las consecuencias de la incomparecencia.

Consideramos que la interpretación anterior es la que mejor cuadra con el verdadero sentido de la disposición, y preferimos señalarla para efectos de que no existan confusiones al respecto. El artículo 262, en principio, supone una actitud activa, es decir, contestar la demanda, pero dentro de la cual pueden generarse consecuencias por la rebeldía en controvertir los hechos, por lo que la norma sí es interesante desde el punto de vista de la rebeldía del demandado ya que se pone en el caso de incumplimiento de la carga procesal de controvertir los hechos del actor y los documentos que este último acompañó.

Entonces, desde una perspectiva estratégica más vale no comparecer que contestar la demanda sin controvertir los hechos, puesto que en la primera el efecto es la *ficta litiscontestatio* con posteriores limitaciones probatorias pero en la segunda la consecuencia es la admisión de hechos, cuestión que descarta la actividad probatoria.

Así, puede decirse que el legislador sanciona más severamente el hecho que el demandado conteste la demanda pero no controvierta los hechos que la no comparecencia del mismo. Esto resulta dudoso ya que, *prima facie*, puede sostenerse que quien comparece habiendo sido emplazado, aunque no controvierta los hechos, manifiesta una cierta cooperación en el juicio, en cambio el que no quiere comparecer en nada coopera. Dejamos planteada la discusión pero consideramos que esta opción legislativa no es la adecuada para la realidad de nuestro país. Si el artículo 254 ACPC se refiere a la no comparecencia, es decir, a la inactividad total del demandado y establece como consecuencia la negación de los hechos expuestos por el actor en su demanda (*ficta litiscontestatio*) no se puede establecer que para el caso que el demandado comparezca y conteste la demanda, aunque no controvierta los hechos, éstos se tengan por admitidos sin más trámite.

Hacemos presente que dicha sanción no es facultativa para el juez sino que es imperativa. La norma es clara ya que señala –refiriéndose al demandado– que "*su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos*". Así, ante esta hipótesis, al juez sólo corresponde tener por admitidos los hechos, es decir, tenerlos por ciertos, excluir la etapa de prueba y fallar el asunto sometido a su decisión, lo cual no implica la

obtención de una sentencia estimatoria, ello porque el juez debe analizar el elemento jurídico de la pretensión deducida y si el *petitum* del libelo del actor es posible de ser reconocido o tutelado jurídicamente (condiciones de la acción).

Lo anterior resulta fácil en caso que los hechos sean expuestos claramente por el demandante y cuando este haya aportado documentos que sean pertinentes para resolver el litigio, pero no resulta fácil si la demanda del actor no es determinante y si ningún documento acompañó a ella. ¿Qué hace el juez en estos casos? ¿Puede continuar el juicio y esperar que el demandante acompañe documentos en forma posterior, o debe resolver la cuestión de inmediato?

Al parecer, la norma no es mala pero debió entregar en forma facultativa al juez la posibilidad de fallar la cuestión sin más trámite o de continuar el proceso y no hacer aplicable la sanción de admisión de hechos. En nuestro país, al menos resulta discutible que un juez pueda resolver una cuestión litigiosa con el solo hecho de examinar una demanda. Y nótese que la norma quizás debiera ser discrecional pero no arbitraria.

A nuestro entender, la idea de la norma es buena pero deben establecerse limitaciones a la misma.

7.3. INASISTENCIA INJUSTIFICADA DEL ACTOR A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El Libro II (procesos declarativos), título I (la demanda), capítulo IV (de la audiencia preliminar), el artículo 266 establece las consecuencias en caso que el actor no comparezca a la audiencia preliminar.

La citada norma señala que "*la inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión. Igual sanción tendrá la inasistencia del demandado respecto de la reconvención*".

En este caso la ley es muy severa al establecer las consecuencias de la rebeldía activa, ya se trate de la demanda principal o de la demanda reconvenicional. La norma es clara y las consecuencias de la rebeldía son fatales para la parte activa ya que se declarará desistida la demanda (o la demanda reconvenicional, en su caso).

Sin embargo no queda claro si este desistimiento produce efectos de cosa juzgada, porque de ser así ello constituiría una sanción de enorme magnitud contra el demandante rebelde. En principio, si se trata de un desistimiento este debería implicar la pérdida de la acción.

Además, se trata de un desistimiento "tácito" *ope* ley, cuestión que no es acertado atender que los desistimientos deben ser siempre expresos. En estricto rigor, consideramos que la sanción debió ser la declaración de deserción de la pretensión por incumplimiento de la carga procesal de comparecer a la audiencia preliminar, o una hipótesis de abandono del

procedimiento con plazo especial que hace perder todo lo obrado en el juicio pero que no impide volver a discutir la cuestión.

No obstante lo anterior, la referida sanción no será aplicable a todos aquellos casos en que el actor no comparezca a la audiencia fundado en circunstancias o hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito. En efecto, a lo imposible nadie está obligado.

En definitiva, la cuestión es discutible pero consideramos muy elevada la sanción contra el demandante rebelde.

7.4. AUSENCIA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE JUICIO

Dentro del Libro II (procesos declarativos), título I (la demanda), capítulo V (de la audiencia de juicio), párrafo 1° (los objetivos y principios de la audiencia de juicio), el artículo 277 ACPC regula las consecuencias que produce la rebeldía de las partes a la audiencia de juicio.

Lo que nos interesa de esta norma es lo dispuesto en el inciso primero y en el inciso final ya que se refiere a la rebeldía pasiva y activa, respectivamente, y que consiste en no comparecer a la audiencia de juicio.

El artículo mencionado en su inciso 1° dispone que *“la audiencia de juicio no se suspenderá ni se dejará de diligenciar la prueba por ausencia del demandado, salvo el caso de que, por única vez, el Tribunal entienda procedente prorrogarla por existir razones de fuerza mayor que afecten a una de las partes”*.

Por su parte, el inciso final señala que *“la inasistencia no justificada del actor a la audiencia de juicio, se tendrá como desistimiento de su pretensión. Igual sanción tendrá la inasistencia del demandado respecto de la reconvencción”*.

Como se aprecia, el prelegislador quiso sancionar drásticamente al demandante rebelde que no comparece a la audiencia de juicio estableciendo el desistimiento de su pretensión. Sin embargo, la rebeldía del demandado en no comparecer a la audiencia de juicio no implica ninguna sanción, salvo que haya demandado reconvenionalmente ya que en dicho caso se entenderá desistido de su demanda reconvenional.

Finalmente, respecto a la inasistencia injustificada del actor, parece que la intención del legislador es clara ya que establece el desistimiento de la pretensión, lo que implica que el actor (o el demandante reconvenional, en su caso) no podrá volver a deducir su pretensión, perdiendo el derecho a solicitar nuevamente la tutela jurisdiccional de su derecho.

En principio, nos parece razonable que el prelegislador trate de asegurar la comparecencia de las partes, imaginamos que lo que se pretende es la cooperación de las partes durante todo el proceso y tratándose de un procedimiento oral ello sólo se logrará si las partes comparecen y están presentes durante las fases del proceso. Una cuestión distinta consiste en si las sanciones que se establecen, especialmente para el actor rebelde, son pertinentes y razonables.

7.5. SANCIÓN POR LA FALTA DE COLABORACIÓN EN LA DECLARACIÓN DE PARTES

Dentro del Libro II (procesos declarativos), título I (la demanda), capítulo V (de la audiencia de juicio), párrafo 6° (declaración de las partes), el artículo 277 ACPC regula la sanción por la falta de cooperación de las partes en la prueba de reconocimiento.

En efecto, la disposición señala que *“si la parte debidamente citada no comparece a la audiencia de juicio, personalmente o debidamente representada, o si compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. En la citación se apercibirá al interesado acerca de los efectos que producirá su incomparecencia, su negativa a declarar o si diere respuestas evasivas, determinándose los hechos sobre los cuales se requiere su declaración”*.

Esto es lo que se conocía en el CPC con el nombre de absolución de posiciones y cuya incomparecencia de la parte citada producía la denominada *ficta confessio*.

Al respecto, el sistema establecido en el ACPC cambia el sistema del CPC en varios aspectos. En efecto, atendido que se trata de un sistema oral, si la parte no comparece a la audiencia de juicio para el interrogatorio, entonces se podrán tener por reconocidos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. Ya no será necesario esperar que la parte no comparezca por segunda vez a la audiencia para poder obtener una *ficta confessio*.

Además, nótese que en el sistema del ACPC la confesión ficta o reconocimiento ficto, por llamarla de alguna forma, no es imperativo, sino que facultativo para el tribunal, cuestión que consideramos un acierto, toda vez que permite valorar de mejor forma aquellos medios de prueba que son “reales” de aquellos que son “fictos”, en caso que exista contradicción entre ellos.

Por otra parte, ya no será necesario apercibir a la parte para que se produzcan los efectos de esa prueba, y el plazo para rendir dicha prueba será sólo la audiencia de juicio, no cabiendo otro momento procesal para dicha declaración.

Cabe hacer presente al prelegislador la dispersión de opciones que se han utilizado para regular la confesión ficta o el reconocimiento tácito o ficto, o como se le quiera denominar. Esto constituye una preocupación en nuestro sistema procesal y veamos esto a la luz de la reforma laboral, de familia y el ACPC.

Por una parte, el legislador laboral, ante la rebeldía de una de las partes en comparecer a la audiencia de juicio, establece que *“...podrán presumirse efectivas, en relación a los hechos objeto de prueba, las alegaciones de la parte contraria en la demanda o contestación, según corresponda”* (artículo 454 N° 3 inciso 1° CT).

Por otra parte, el legislador de familia estableció que “*si la parte, debidamente citada, no comparece a la audiencia de juicio, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración...*” (art. 52 de la Ley N° 19.968).

Actualmente, si se comparan los diversos tipos de *ficta confessio*, podemos decir que en el nuevo procedimiento laboral el legislador señala que “...*podrán presumirse efectivas, en relación a los hechos objeto de prueba, las alegaciones de la parte contraria en la demanda o contestación, según corresponda ...*”; el legislador de familia sostiene que “...*el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos...*”; el legislador procesal civil actual (CPC) establece que “...*se le tendrá por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados...*”; y finalmente el prelegislador del ACPC dispone que “...*el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones...*”.

La cuestión anterior no es baladí y debe ser aclarada ya que actualmente las diferencias entre estas figuras radican en lo siguiente: por ejemplo, si se compara la *confesión ficta* —por así llamarla en forma genérica— del nuevo procedimiento laboral con el procedimiento civil actual, se demuestra que en el aquel no se trata de una confesión sino de una presunción cuya aplicación es facultativa para el juez, toda vez que la norma utiliza la expresión verbal “podrán” y, por otra parte, el valor probatorio de esta prueba es distinta a la que se utiliza en materia civil puesto que el tenor literal de la norma señala que “...*podrán presumirse efectivas...*”, por lo que se trata de una presunción a nuestro juicio *iuris tantum*. Además, los efectos de la presunción *iuris tantum* en materia laboral ya no dicen relación con el pliego de posiciones sino que con los hechos expuestos por la parte contraria en los escritos de demanda o contestación, respectivamente. Por ello ya no se puede hablar de prueba de absolucón de posiciones sino de confesión provocada, atendido que ya no existe el pliego de posiciones.

Si se compara la *ficta confessio* regulada en materia de familia y en el ACPC, estas son similares, ambas señalan que “...*el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos...*”. Pero lo que no se comprende es con aquella hipótesis referente al juicio sumario (art. 387 inc. 2° ACPC) en el cual se dispone que “en la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio”.

A nuestro razonar, no es lo mismo decir que ante la incomparecencia de la parte a la audiencia que tiene por objeto el interrogatorio de parte, se tengan los hechos por “reconocidos”, “admitidos”, “por confesos”, “presumidos”, etc. Las diferencias desde el punto de vista dogmático son

fuerzas y tampoco es fútil que dichas consecuencias producidas por la rebeldía de una de las partes sean aplicadas en forma imperativa por la ley o en forma facultativa por el juez.

Tampoco resulta trivial determinar respecto de qué hechos serán los que se tendrán por reconocidos. En efecto, en el CPC se refiere a las posiciones, en materia laboral hace alusión a los hechos contenidos en la demanda o en la contestación según sea el caso, el ACPC señala que se trata de los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. Así, nuevamente se demuestra que el prelegislador y también el legislador no han tenido claridad para determinar esto en forma categórica, existiendo en la actualidad diversos "contenidos de hechos".

Somos del criterio que esta dispersión de formas de regulación debe desaparecer, es decir, se debe optar por una de ellas, atendido que dentro de poco todos estos procedimientos responderán a la oralidad, por lo que no encontramos razones —o al menos no las hemos encontrado— para que en situaciones similares existan diversas fórmulas de regular esta cuestión.

7.6. REBELDÍA EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO

Dentro del Libro IV (procedimientos especiales), título I (procedimiento sumario), los artículos 382 y siguientes del ACPC regulan el procedimiento sumario. En cuanto a este procedimiento y atendido el objetivo de este trabajo, sólo nos referiremos a ciertas cuestiones que nos parecen de interés.

En relación a la prueba de interrogatorio de partes (art. 387 inc. 2º ACPC) nos remitimos a lo analizado en el apartado anterior.

En lo referente a la segunda parte del inciso 2º del artículo 387, se regula la rebeldía activa y pasiva estableciendo fuertes consecuencias para el rebelde. En efecto, respecto al actor, se señala que "*...asimismo, se prevendrá al demandante que si no asiste al comparendo y el demandado no alega interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto por desistido a aquél de la demanda, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditarle los daños y perjuicios sufridos*".

Nuevamente el ACPC sanciona drásticamente la rebeldía del actor, pero en este caso establece otras consecuencias que aun agravan más la cuestión, toda vez que señala que las costas serán de su cargo, y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditarle los daños y perjuicios sufridos. Es decir, si el actor no comparece a la audiencia se le tendrá por desistido de su demanda, sanción que, como dijimos en su oportunidad, da lugar para discutir si corresponde o no, atendida la severidad que ella trae aparejada (pérdida de la acción). No obstante ello, la condena en costas resulta razonable, atendido que

si fue el demandante quien inició el juicio y por su incomparecencia termina perdiéndolo, parece justo que sea él quien pague las costas procesales y personales. Lo que no encontramos acertado es disponer que el demandante deba indemnizar perjuicios al demandado cuando este lo pide y acredita. Esto me parece desacertado ya que los perjuicios que pudo asumir el demandado, producto de la existencia de un juicio en su contra, dicen relación con las costas que deben ser de cargo del demandante, pero considero no corresponde que el demandado, además de las costas, pueda pedir que se le resarzan los perjuicios, ya que ello involucrará mayores gastos judiciales y no contribuye a la celeridad del sistema judicial.

En cuanto a la rebeldía pasiva, la mencionada norma señala que "... al demandado se le prevendrá que de no comparecer se le declarará en rebeldía, y sin volver a ser citado, continuará el juicio".

Como se aprecia la rebeldía pasiva no tiene mayores consecuencias desfavorables, el proceso continuará sin la presencia del demandado y no se le citará más en el juicio. En el procedimiento sumario cabe señalar que las consecuencias de la actitud pasiva del demandado no se comportan como una admisión de hechos, sino que sigue la regla general establecida para los procedimientos declarativos (art. 254 ACPC), esto es, la incomparecencia del demandado se entenderá como una negación de los hechos expuestos por el actor (*ficta litiscontestatio*). Lo que sí ocurrirá es que una vez que el actor comparezca a la audiencia, y ante la no comparecencia del demandado, aquel pedirá que se rinda respecto de este prueba de interrogatorio, y ante la rebeldía del demandado el actor logrará la producción de un reconocimiento ficto o de una *ficta confessio*.

Una cuestión no resuelta por el prelegislador es qué ocurrirá en caso que ninguna de las partes comparezca a la audiencia de estilo. Es decir, cuáles son las consecuencias de la rebeldía bilateral. En la actualidad y atendido el impulso procesal de parte, si ninguna de las partes comparece a la audiencia ella no se realiza ya que nadie impulsará al tribunal a que se llame al comparendo a viva voz. Doctrinalmente, existen diversas posturas que explican las consecuencias de la rebeldía bilateral.

Sucintamente, una postura, la cual suscribo, señala que, frente a la incomparecencia de ambas partes, se debe aplicar el principio de la preclusión. La aplicación de tal principio es completamente perjudicial para el demandado, pues no podrá ejercer su derecho de defensa. Para el actor, su inactividad también genera consecuencias ya que pierde la oportunidad de solicitar al tribunal que acceda provisionalmente a la demanda.

Una posición contraria es la sostenida por Salas Vivaldi, quien señala que la realización de la audiencia es un trámite imprescindible y, por ello, la inasistencia de ambas partes determina que el tribunal debe fijar una nueva audiencia. Su postura la funda en varios preceptos que regulan el juicio sumario, pero el más importante lo extrae del inciso 2º del artículo 262 del CPC que señala que "...con todo, en los procedimientos que

contemplan una audiencia para recibir la contestación de la demanda, se efectuará también en ella la diligencia de conciliación, evacuado que sea dicho trámite” (inc. 2º del art. 262 CPC). Salas Vivaldi sostiene que la audiencia para contestar la demanda se trataría de un elemento imprescindible del emplazamiento que, de faltar, dará lugar a la causal de nulidad del artículo 768 N° 9 en relación con el N° 1 del artículo 795 del CPC⁷⁷. En la forma anterior lo ha entendido la jurisprudencia⁷⁸.

Creemos necesario que el prelegislador debe solucionar este problema atendido que en algunos casos se aplica la tesis de la preclusión y en otros la tesis impuesta por don Julio Salas Vivaldi, la cual consideramos mayoritaria. Es del caso que esta discusión doctrinal y también jurisprudencial debe ser resuelta claramente por el prelegislador, ya que no son menores los casos en que se produce esta forma de incomparecencia bilateral.

Finalmente, hacemos presente al prelegislador que el artículo 389 ACPC repite textualmente lo ya analizado respecto de la incomparecencia del actor y del demandado, por lo que no tiene sentido su existencia, permitiéndonos sugerir su eliminación.

7.7. LA REBELDÍA EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

Dentro del Libro IV (procedimientos especiales), título II (juicio ejecutivo), los artículos 395 y siguientes del ACPC regulan el procedimiento ejecutivo.

La rebeldía en los procedimientos ejecutivos se comporta en forma distinta que en los declarativos, razón por la cual ya no se seguirá la regla del artículo 254 ACPC, sino que se aplicaran reglas especiales que se encuentran establecidas dentro del procedimiento ejecutivo, específicamente para ciertas gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, para el mismo juicio ejecutivo y para las tercerías, las cuales analizaremos a continuación.

Respecto a la gestión preparatoria de reconocimiento de firma en instrumento privado, el inciso 2º del artículo 396 señala que “*si el citado no comparece, o sólo da respuestas evasivas, se le dará por reconocida la firma*”. Ergo, si el citado no comparece ante la presencia judicial, entonces se dará por reconocida la firma y, junto con ello, la ejecución quedará preparada. Esto no ha sufrido cambios, por lo que el mencionado artículo 396 es muy similar al actual 435 CPC. La rebeldía del citado a la presencia judicial en una gestión preparatoria no puede adoptarse desde una perspectiva de táctica o estrategia procesal puesto que tal cuestión no es posible por los drásticos efectos que genera tal comportamiento tanto en el supuesto que establece el CPC como el ACPC.

⁷⁷ Salas Vivaldi, Julio, “Situaciones de interés en el proceso sumario”, en *Estudios de derecho procesal*, editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 325-344.

⁷⁸ C.A. Valparaíso, *G.J.*, 1988, N° 94, p. 58.

En caso que no sea necesario acudir a las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, el prelegislador establece que el juicio comenzará por demanda cuando exista un título ejecutivo que dé cuenta de una obligación líquida o determinada, actualmente exigible y cuya acción no esté prescrita (art. 395 ACPC). Una vez despachada la ejecución, se notificará la demanda ejecutiva y, en su caso, se requerirá de pago, ante lo cual el ejecutado sólo podrá oponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución en que se despache la ejecución, fundado en alguna de las 8 excepciones perentorias establecidas en el artículo 406 ACPC, o el alguna de las 5 excepciones procesales del artículo 408 ACPC. Este último artículo, en su inciso final dispone que *“si el ejecutado no formulare oposición, se certificará ese hecho en el proceso y se continuará delante con la ejecución, dándose por concluida con eficacia de cosa juzgada la tramitación del cuaderno ejecutivo”*.

Luego, el artículo 409 establece una audiencia especial para el caso que se hayan rechazado o subsanado los defectos formales de la ejecución, pero exista oposición por motivos de fondo. En este caso, el inciso 3º del art. 409 regula la rebeldía pasiva y dispone que *“si no compareciere a la audiencia de juicio el ejecutado el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y se continuará adelante con la ejecución”*, y el inciso 4º contempla las consecuencias de la rebeldía activa sosteniendo que *“si no compareciere a la audiencia de juicio el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición a la ejecución”*.

En el caso del juicio ejecutivo, si existe oposición de fondo, es decir, excepciones perentorias, parece razonable que ellas se resuelvan en una audiencia, en la cual se aplicarán las reglas de la audiencia preliminar y de juicio del procedimiento ordinario. En lo que se refiere a la rebeldía de las partes, consideramos acertada la forma de conocimiento y resolución de la oposición del ejecutado y, por tanto, también estamos de acuerdo con las consecuencias que produce la rebeldía activa o pasiva en comparecer a dicha audiencia. Sin embargo el legislador no regula el caso de rebeldía bilateral, pero entendemos que tal situación quedará subsumida en la rebeldía pasiva, es decir, que en tal caso se entenderá que el ejecutado se desiste de la oposición.

Por otra parte, nos parece que la oposición de fondo debe ser resuelta en una sola audiencia y no aplicar las reglas de la audiencia preliminar y de juicio del procedimiento ordinario ya que con ello se retrasa en gran forma la ejecución. Ergo, creemos conveniente que el prelegislador debió establecer que en caso que existan excepciones perentorias el juez citará a una audiencia de juicio para la prueba y resolución de las mismas, a la cual las partes deberán comparecer con todos los medios de prueba y, en dicho caso, aplicar las mismas consecuencias de la rebeldía para el caso que alguna o ambas partes no asistan.

Lo que no compartimos con el ACPC es que mantiene de una u otra forma, al menos implícitamente, la mal denominada sentencia ficta. En

efecto, el artículo 408 en su inciso final dispone que “*si el ejecutado no formulare oposición, se certificará ese hecho en el proceso y se continuará adelante con la ejecución, dándose por concluida con eficacia de cosa juzgada la tramitación del cuaderno ejecutivo*”.

La disposición cambia la redacción del artículo 472 del CPC, pero implícitamente dice lo mismo, es decir, si el ejecutado no se opone a la ejecución no será necesario dictar sentencia, se continuará adelante con la ejecución y se dará por concluida con eficacia de cosa juzgada la tramitación del cuaderno de apremio. Así, se cometen los mismos errores que no se previeron cuando se reformó el artículo 472 CPC modificado por la Ley N° 7760 de 1944. En efecto, no es posible señalar que en caso de rebeldía del ejecutado en oponer excepciones se dará por concluida con eficacia de cosa juzgada la tramitación del cuaderno ejecutivo. Nos preguntamos ¿qué resolución es la que produce cosa juzgada?, ¿si no existe ninguna resolución que se pronuncie sobre el fondo del asunto, cómo puede sostenerse dogmáticamente que exista cosa juzgada?, ¿acaso no constituye un exceso dogmático sostener lo que dice la norma?

En la realidad actual de nuestro CPC, Romero⁷⁹ señala que con la Ley 7.760 de 1944 que modificó el artículo 472 del CPC se generó una situación peculiar que la doctrina erróneamente ha calificado de “sentencia ficta”. Explica que “lo que allí produce la rebeldía del ejecutado es simplemente una mutación en la naturaleza del juicio ejecutivo ordinario, que de contar con una eventual fase de declaración o conocimiento, por la simple omisión del deudor, pasa a convertirse en un juicio ejecutivo puro, esto es, de ejecución en sentido estricto. Allí no hay técnicamente una sentencia, resultando un auténtico exceso dogmático estimar que este acto existe en forma ficta.”

Antes de la reforma mencionada existía una doble revisión en cuanto a la procedencia de la ejecución. En efecto, en primer lugar el tribunal podía controlar o analizar, en virtud de lo dispuesto en los artículos 441 y 442 del CPC, si el título tenía mérito ejecutivo y si este no se encuentra prescrito. Así, eventualmente, si el tribunal cometía un error al despachar la ejecución, o si el emplazamiento del ejecutado demoraba por diversas razones, cuestión que podía producir la prescripción de la acción ejecutiva, si el ejecutado era rebelde, igualmente existía una nueva revisión del título, sus requisitos y procedencia de la acción ejecutiva, al momento de dictar sentencia de pago o de remate⁸⁰.

⁷⁹ Romero Seguel, Alejandro, “El control de la ejecución en el caso de la mal denominada sentencia ficta” en *Revista chilena de derecho*, vol. 32, N° 2, p. 376.

⁸⁰ Así lo declaró la jurisprudencia anterior a la vigencia de la Ley 7.760 de 1944. A modo ejemplar, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1906 dispuso: “El juez ante quien se inicia una ejecución debe examinar el título en que se funda y resolver si reúne o no los requisitos legales para que tenga fuerza ejecutiva. Igual deber pesa sobre el tribunal de segunda instancia, aunque no se hayan deducido excepciones o se las haya opuesto fuera de término, al conocer de la apelación correspondiente”. Véase, C.A. de Santiago, 28

Actualmente, este segundo momento para revisar esta cuestión no se produce, por lo que la actitud de rebeldía puede, perfectamente, producir casos de ejecuciones injustas⁸¹. El ACPC tampoco soluciona esta cuestión, la cual no es un efecto de la rebeldía, sino de un error del tribunal al despachar una ejecución que jamás debió disponer. Así, la ejecución injusta es primeramente imputable al tribunal, y en segundo lugar al mismo ejecutado que debió oponer la excepción de prescripción en vez de mantenerse inactivo.

Contemporáneamente nos adherimos a la tesis de Romero en cuanto la mal denominada "sentencia ficta" no produce cosa juzgada material o substancial⁸². En efecto, al haberse suprimido en 1944 la obligación de dictar sentencia, como era la idea original del Código de Procedimiento Civil, a la ficción que recoge el artículo 472 no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 478 del mismo cuerpo legal, que dispone que la sentencia recaída en el juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el juicio ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado⁸³.

En consecuencia, actualmente el mandamiento de ejecución y embargo lleva implícitamente consigo la posibilidad fáctica y jurídica inherente a la sentencia judicial, puesto que en caso de inactividad o rebeldía del ejecutado en oponer excepciones que en derecho correspondan, éste hace las veces de sentencia de término para consumir la ejecución⁸⁴. De otra forma, la no comparecencia del deudor frente a la ejecución que se inició en su contra hace presumir la efectividad y vigencia de la deuda, sin que sea necesario dictar sentencia definitiva, en su rebeldía, continuando el procedimiento de apremio por el solo ministerio de la

marzo 1906, *RDJ*, t. IV, sec.1ª, p. 305. En este mismo sentido, véase C.A. de Valparaíso, 12 diciembre 1932, *RDJ*, t. XXXI, sec. 2ª, p. 80.

⁸¹ Sin embargo, la doctrina extranjera, especialmente la argentina y colombiana, sostiene que nuestra interpretación no es justa, en el sentido que no sería coherente con lo dispuesto por el legislador en situaciones similares— cual sería, por ejemplo, la incontestación de la demanda o su respuesta evasiva o su negación genérica—, situaciones donde, empero, el juez no tiene el deber de estimar esta actitud como reconocimiento a la verdad de los hechos, sino que puede o no hacer tal estimación de acuerdo a su criterio y según las circunstancias. Además señalan que la falta de alternativas puede llevar a resoluciones injustas puesto que podrían embargarse y rematarse bienes del ejecutado cuya liquidación es errónea, o que establece intereses usureros, etc., véanse, Novellino J., Norberto, González, Atilio Carlos, *El silencio y sus efectos en los procesos judiciales*, op. cit., pp. 250 y ss.; Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal civil*, edit. Temis, 2ª edic., Bogotá, 1994, t. IV, pp. 113 y ss.

⁸² En sentido contrario a la opinión de Romero, véase C.S. 6 diciembre 1990, *RDJ*, t. LXXXVII, sec.1ª, p. 214, al disponer que "al no haberse deducido excepciones por ninguno de los demandados en el primitivo juicio, la sentencia que ordenó despachar el mandamiento constituye la sentencia de término del cuaderno principal, de acuerdo a lo previsto por el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil". En este mismo sentido véase también C.A. de Concepción, 11 diciembre 1954, *RDJ*, t. LI, sec. 2ª, p. 76.

⁸³ Romero Seguel, Alejandro, "El control de la ejecución en el caso de la mal denominada sentencia ficta", op. cit., p. 377.

⁸⁴ Pereira Anabalón, Hugo, "La fase de conocimiento en el juicio ejecutivo", en AA.VV., *Juicio ejecutivo. Panorama actual*, edit. Conosur, Santiago, 1995, p. 45; Espinosa Fuentes, Raúl, *Manual de Procedimiento Civil*, op. cit., p. 78.

ley sin mayores trámites, equivaliendo el mandamiento de ejecución a la sentencia definitiva condenatoria de pago o de remate según sean los bienes embargados, pero sólo para efectos de la realización de los bienes embargados y el pago de la deuda respectiva.

Consideramos que, actualmente, la interpretación que debe primar del artículo 472 del CPC es la que postula Romero. En efecto, si el ejecutado es rebelde y consecuentemente no opone excepciones entonces esa mal denominada sentencia ficta no produce cosa juzgada substancial, por lo que el rebelde debe tener la posibilidad de poder recurrir e impugnar dicha resolución por alguna de las vías legales. No es posible que la jurisprudencia y la doctrina, en virtud de una reforma al artículo mencionado, cuestión que se produjo hace ya más de 60 años, continúen postulando que el mandamiento de ejecución y embargo produce cosa juzgada material y que por lo tanto no puede ser revisado o impugnado por las vías legales, dando lugar a claras hipótesis de ejecuciones injustas.

Lo anterior lo explicamos porque consideramos que el ACPC resuelve las cuestiones antes debatidas de la misma forma como lo han hecho la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, a nuestro entender, erradamente, por lo que planteamos que ello no puede continuar subsistiendo. En efecto, el prelegislador debe poner énfasis en las siguientes cuestiones: establecer alguna forma o recurso especial para poder revisar la ejecución injusta y disponer claramente qué es lo que produce cosa juzgada en caso que el ejecutado sea rebelde en oponer excepciones.

Al menos dejamos planteado que pudiese existir la posibilidad que el juez de la causa, en caso de rebeldía del ejecutado en oponer excepciones, de oficio o a petición de parte pueda revisar si al momento de producirse la litispendencia *in genere* la acción ejecutiva está o no prescrita, pudiendo dejar sin efecto todo lo obrado en caso que sí lo esté.

Respecto a la certificación que se hará de la situación consistente en que el ejecutado no opuso excepciones, creemos no corresponde. En efecto, los plazos son fatales, por lo que no concierne que el juez tenga que certificar tal situación, lo cual produce un entramamiento al sistema judicial. Consideramos que esto no es necesario ya que la misma parte es la que deberá estar preocupada e interesada que su escrito conste en los autos.

Finalmente, en relación a las tercerías de dominio, posesión, prelación y pago se establece que en caso que los demandados no contesten la demanda de tercería, entonces se tendrán por admitidos los hechos expuestos por el tercerista en su demanda. Así lo disponen los artículos 474, 477 inciso final, 482 y 489, todos del ACPC. Consideramos que esta técnica legislativa es acertada, toda vez que en caso que los demandados no contesten la demanda se produce una admisión de hechos, que releva la prueba de los hechos por parte del demandante, por lo que el juez debe determinar si la pretensión deducida es posible de ser reconocida jurídicamente (accionabilidad), y analizar las demás condiciones de la

acción (causa de pedir y legitimación), y en caso que se cumplan, estimar la demanda de tercera. Hacemos presente que la sanción establecida para el caso de rebeldía de los demandados es la admisión de los hechos, cuestión distinta de un allanamiento tácito, de una *ficta confessio*, y de una presunción *turis tantum*. Para terminar, analicemos esto.

Cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la admisión de hechos. En efecto, podría pensarse que los efectos de ella pueden asimilarse a los de la *ficta confessio*, o tratarse de una presunción *turis tantum* o finalmente constituir un allanamiento tácito⁸⁵. Veremos que esto no es así y demostraremos que se trata de instituciones con efectos diversos.

Respecto a la admisión de hechos (expresa o tácita) y el allanamiento conviene hacer las siguientes precisiones. Según explica Ortells⁸⁶, "el allanamiento es un acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, reconociendo que debe ser estimada, y que tiene como efecto, en virtud del principio dispositivo y siempre que no exceda de los límites de éste, vincular al juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión". Siguiendo a Ortells⁸⁷, podemos decir que las diferencias entre allanamiento y admisión de hechos son las siguientes:

- a) El allanamiento sólo lo puede realizar el demandado mientras que la admisión de hechos puede hacerse por ambas partes;
- b) La admisión de hechos por el demandado, aunque se refiera a todos los hechos alegados por el actor y no vaya acompañado de formulaciones de defensas, sólo tiene como consecuencia hacer innecesaria la prueba de esos hechos, pero no conduce necesariamente a una sentencia estimatoria, en cambio el allanamiento importa una sentencia favorable al actor;
- c) Como consecuencia de lo anterior, la admisión de hechos como su nombre lo indica se refiere a los hechos, en cambio el allanamiento se refiere a la pretensión procesal; y
- d) La admisión de hechos puede ser tácita o presunta, mientras que el allanamiento debe ser expreso⁸⁸.

⁸⁵ Véase esta distinción respecto del derecho argentino en González, Atilio Carlos, *Estudios de derecho procesal*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1990, t. I, pp. 36-64.

⁸⁶ Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 451. Véase también en este sentido a Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, edit. Temis, 5ª edic., Bogotá, 2002, t. I, p. 623. Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, *Tratado de derecho procesal civil*, edit. Aranzadi, 1982, Pamplona, p. 856, lo define como "una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella o en otro momento".

⁸⁷ Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal Civil*, op. cit., p. 451-452.

⁸⁸ Con respecto al allanamiento tácito, Fornaciari, Mario Alberto, *Modos anormales de terminación del proceso*, edit. Depalma, 1987, t. I, p. 133, refiriéndose al derecho argentino, se pronuncia por la negativa, no obstante explica que la doctrina está dividida en este tema, y explica que la incomparecencia del demandado no constituye forma alguna de allanamiento. Tal actitud puede producir una declaración de rebeldía, empero ésta no altera la secuela

De esta forma quedan de manifiesto las diferencias existentes entre la admisión de hechos y un allanamiento. Ergo, la admisión de hechos no es un allanamiento ya que, por una parte, aquella no involucra la pretensión sino que sólo se refiere a los hechos y no al derecho, en cambio ésta compromete la pretensión y al juez que conoce del litigio; el allanamiento sólo puede realizarlo el demandado y debe ser expreso y en este caso no lo hace el demandado sino que es la ley la que establece la sanción y no es expreso sino que tácito. Por ello, la admisión tácita de hechos es una figura distinta al allanamiento⁸⁹.

Ahora analicemos y comparemos la admisión tácita de hechos con la confesión ficta.

La confesión es un medio de prueba que siempre versa sobre hechos personales de la parte y que la perjudican, en cambio la admisión de hechos sea que provenga de un acto de alegación o de una ficción legal (*fictio iuris*) se refiere a los hechos constitutivos de la pretensión y tiene como fin excluir la rendición de prueba sobre aquellos hechos que han sido admitidos. Bachmaier considera que "la admisión es, por tanto, un medio de fijación de hechos no probatorio, pues con ella no se aporta ningún conocimiento o ciencia acerca de la veracidad de los mismos, a diferencia de lo que sucede en la confesión"⁹⁰. De esta forma la referida autora concluye que los hechos que se tienen por confesados pueden ser contrastados con otros medios de prueba, pero los hechos que se tienen por admitidos no pueden ser contradichos por otros elementos probatorios pues no son objeto de la prueba⁹¹. Nosotros consideramos acertada esta afirmación.

Así, la admisión de hechos (expresa) es un acto procesal por el cual una parte reconoce la verdad de los hechos expuestos por la contraria y cuyo efecto es que esta última quede relevada de probar los hechos admitidos por la primera, resultando innecesaria cualquier forma de prueba de los hechos admitidos, los cuales el juez debe tenerlos por acreditados. Con la admisión tácita ocurre el mismo efecto y se diferencia de la expresa en que ella se aplicará en los casos que señala la ley.

Por otra parte y desde el punto de vista de las solemnidades de validez, De la Oliva indica que "distinta es la confesión judicial de la admisión de hechos o confesión "llana" de los mismos, pues además de no prestarse ésta bajo juramento o promesa, abarca hechos perjudiciales y favorables,

regular del proceso, pudiendo generar presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración de contumacia.

⁸⁹ Ramos Méndez, Francisco, *Derecho procesal civil*, edit. J.M^a. Bosch, 5^a edic., Barcelona, 1992, t. I., p. 501, explica que "la admisión de hechos (refiriéndose a la expresa) es una de las posibilidades de defensa del demandado, pero no implica ni mucho menos el éxito de la demanda, sino sólo la fijación de un determinado hecho como incontrovertido. Máxime si se tiene en cuenta que, aun admitido un hecho, puede negarse su consecuencia jurídica".

⁹⁰ Bachmaier Winter, Lorena, op. cit., p. 288.

⁹¹ *Ibíd.*

no exige las formalidades propias de la confesión en juicio y es siempre "a priori" respecto de la confesión propiamente dicha, en la medida en que la admisión contribuye a delimitar la controversia fáctica y, por tanto, el principal *objeto* de la prueba"⁹².

A nuestro entender, la admisión de hechos libera o redime a la parte a quien favorece de probar los hechos constitutivos de su pretensión o de su reacción, es decir, juega un papel de relevo de prueba y no de inversión de carga de la prueba, cuestión que impide discutir los mismos hechos en una fase probatoria posterior.

En cuanto a la admisión de hechos (tácita) y la *ficta confessio* ellas pueden asimilarse, ambas se refieren a hechos y no al derecho, pero la primera releva de la prueba a la parte que beneficia en cambio la segunda constituye un medio de prueba que debe ser valorado y puede ser desvirtuado por prueba contraria⁹³. Además, ambas se diferencian del allanamiento en cuanto éste es un acto del poder de disposición de las partes que siempre debe ser expreso, en cambio aquellas no lo son.

Con respecto a si la admisión de hechos se puede equiparar a una presunción *iuris tantum* la respuesta es negativa, atendido lo expuesto sobre la confesión. En efecto, la admisión de hechos hace innecesario que la causa se reciba a prueba, en cambio la presunción *iuris tantum* podrá ser destruida aportando prueba en contrario e implica necesariamente una valoración de la prueba.

En definitiva, como se aprecia, los efectos que produce la admisión de hechos son distintos a los que produce el allanamiento, la confesión ficta y la presunción *iuris tantum*. Por ello conviene distinguirlos y delimitar sus efectos.

Finalmente, hacemos presente que el hecho que un tribunal pueda tener por admitidos los hechos expuestos en la demanda, en virtud de la rebeldía del demandado en contestarla, no implica la obtención de una sentencia estimatoria, ello porque el juez debe analizar el elemento jurídico de la pretensión deducida y si el *petitum* del libelo del actor es posible de ser reconocido o tutelado jurídicamente.

8. NUESTRA VISIÓN DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Consideramos que la regulación de la rebeldía en el ACPC en parte es acertada pero en otras es deficiente y contradictoria. Creemos que es acertado establecer hipótesis en las cuales se puede entender a la rebeldía

⁹² De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel. *Derecho procesal Civil...*, op. cit., t. II, p. 305.

⁹³ Esto lo decimos en el sentido que si existen dos plenas pruebas el juez es quien debe hacer un análisis comparativo de la prueba rendida, y preferir, como lo dispone el artículo 428 del CPC, la que crea más conforme con la verdad.

como una admisión de hechos (sea imperativa o facultativa), o como una *ficta confessio*, etc., lo cual dependerá de la política legislativa que se adopte, pero ello tiene limitaciones, como lo es el derecho a un debido proceso y especialmente el derecho de defensa del rebelde.

Así, consideramos que el ACPC no puede, por una parte, entender la comparecencia bajo el sistema de la *ficta litiscontestatio* para después limitar las posibilidades de prueba del rebelde, máxime si se le permite comparecer en cualquier momento del juicio.

La opción del legislador debe ser más clara. En efecto, o se mantiene el sistema de la *ficta litiscontestatio* sin ninguna limitación probatoria, o se cambia por un sistema más innovador como puede ser la admisión de hechos o la *ficta confessio*.

Lo que no puede ocurrir es dejar al rebelde en una posición desventajosa que no pueda hacer nada en el juicio, no debe limitarse la posibilidad de que este pruebe los hechos que puedan alterar, modificar o extinguir la pretensión del actor.

De esta forma, señalamos al prelegislador que una buena opción es la contemplada en el artículo 299.4 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, de 1988, es lo correcto al disponer que "*la rebeldía del demandado determinará que el Tribunal deba tener por admitidos los hechos alegados por el actor, en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos, la que deberá igualmente ser diligenciada, en todo lo que el Tribunal considere necesario, salvo que el proceso se refiriere a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2° del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone.*"

El CPCMI establece, por una parte, la admisión de hechos alegados por el actor pero establece límites que consisten en que esos hechos serán admitidos siempre que no resultaren contradichos por la prueba rendida en autos, con lo cual, de una u otra forma, lo que indica es que la admisión de hechos será provisional mientras el rebelde no aporte hechos nuevos que modifiquen o extingan la pretensión del actor y, en caso que nada haga, claro está que esa admisión provisional será finalmente definitiva y se plasmará en la sentencia definitiva siempre que lo pedido sea accionable o susceptible de ser reconocido y amparado por el derecho.

Consideramos que tanto la *ficta litiscontestatio* pero sin limitaciones probatorias para el rebelde como la admisión de hechos establecida en el artículo 299.4 del CPCMI son válidas. Estas son las formas de entender la no comparecencia de alguna de las partes, sistemas que válidamente puede adoptar el Anteproyecto, pero consideramos no acertado establecer un nuevo sistema, el cual es confuso, con reglas de excepción que quedarán a criterio del juez y menos establecer sanciones o limitaciones probatorias y una admisión de hechos sin ninguna limitación.

Insistimos, el ACPC debe establecer una opción clara y que pueda ser explicada dogmáticamente. Resulta interesante la explicación que hacen

Orellana Torres y Pérez Ragone⁹⁴, en cuanto “la rebeldía mereció la atención del “Foro para la Reforma de la Justicia Civil de Chile” propugnando la incorporación del sistema de la *ficta confessio*. Así se dijo “*Por fin, es indispensable regular el silencio o rebeldía procesal, en cuanto a si implica una admisión o por el contrario una negación de los presupuestos fácticos de la pretensión. Así como en los procesos modernos se sanciona la incomparecencia del actor a la audiencia preliminar o preparatoria de un juicio oral con la pérdida de su derecho material, se sanciona de contrario al demandado con una presunción de aceptación provisional de los hechos afirmados por el actor, disuasivos ambos suficientemente poderosos de un abuso del sistema jurisdiccional. Lo anterior requiere una posición normativa hasta la fecha entregada a confusas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales... ”.*”

Sin embargo, el ACPC regula la incomparecencia bajo el sistema de la *ficta litiscontestatio* con limitaciones probatorias que consideramos inapropiadas, que no contribuyen al fin justicia y que crean una nebulosa que no es posible comprender cabalmente.

Si se quiere innovar en esta cuestión, debe tenerse en cuenta el nuevo procedimiento laboral. En efecto, recuérdese que en materia laboral el legislador fue mucho más innovador al regular la rebeldía atendido que estableció para el caso que el demandado no conteste la demanda o no niegue o controvierta los hechos expuestos por el actor, podrá el juez, al momento de dictar sentencia definitiva, tener por admitidos los hechos. La opción en materia del nuevo procedimiento laboral es más moderada atendido que no siempre se producirá la admisión de hechos. En efecto, ella es facultativa o discrecional para el juez, pero no arbitraria, por lo que ante demandas absurdas o cuyos hechos constitutivos de la pretensión no sean verosímiles el juez deberá no aplicar la admisión tácita de hechos establecida en el artículo 453 N° 1 inciso 6° del CT y consecencialmente recibir la causa a prueba, obligando al demandante a probar los hechos de su pretensión.

El ACPC no establece esta posibilidad. En efecto, nos preguntamos cuál será la actitud del juez si el demandado no contesta la demanda o no niega los hechos expuestos por el actor, los cuales resultan ser increíbles o al menos dudosos, exagerados, absurdos, contradictorios o incluso falaces. Y recuérdese que el artículo 254 ACPC establece limitaciones probatorias en perjuicio del demandado que no compareció. De lo anterior concluimos que el rebelde tiene escasas, por no decir ninguna, posibilidad de defenderse aportando pruebas al proceso que desvirtúen los hechos del actor.

⁹⁴ Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Alvaro. “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”, en Revista *Ius et Praxis*, 2007, vol. 13, N° 2, p. 42 y 43.

Una cuestión de importancia es la regulación que el prelegislador debe hacer respecto de la no comparecencia de las partes a la prueba de interrogatorio de partes. A nuestro parecer, se debe terminar con la dispersión normativa que existe actualmente debiendo delimitarse bien el alcance y las consecuencias que generará la no comparecencia de la parte citada al interrogatorio. No es posible que para un caso se establezcan ciertas consecuencias y que para otros de igual naturaleza se dispongan otras sanciones como queda de manifiesto al comparar la prueba de interrogatorio de partes establecida en la Ley de Tribunales de Familia y la contemplada en el nuevo procedimiento laboral, como asimismo al analizar la misma prueba respecto del procedimiento ordinario con el sumario establecidos en el ACPC, y finalmente las contempladas en el CPC y en el antiguo proceso laboral a propósito de la confesión provocada y su consecuencial *ficta confessio*.

En cuanto al procedimiento sumario, este sigue la misma regla que el procedimiento ordinario, es decir, en caso de rebeldía del demandado se tendrán por negados los hechos expresados por el actor en su demanda. En este sentido, no hay cambios respecto de la regulación actual. Lo que sí resulta innovador aunque discutible, al menos en cuanto a la sanción aplicable, es aquella que dice relación con la rebeldía activa. En efecto, consideramos que no existe un desistimiento tácito –como pretende la ley– sino que una causal de deserción de la pretensión por incumplimiento de la carga procesal de comparecer a la audiencia. Creemos que la sanción debe ser modificada y aclarados los efectos que producirá la misma.

Respecto del procedimiento ordinario regulado en el CPC existe la posibilidad de entender la rebeldía como una forma de estrategia o táctica procesal. En lo que respecta a ese mismo procedimiento ahora regulado en el ACPC, la rebeldía táctica no tiene cabida atendidas las diversas consecuencias y limitaciones probatorias que produce la no comparecencia del demandado al proceso. Así, puede decirse que el ACPC respecto del procedimiento ordinario acabó con la rebeldía táctica.

Respecto al juicio ejecutivo, consideramos acertada –aunque con ciertas discrepancias– la forma de regular la incomparecencia del ejecutado. Creemos que será importante que la ley aclare el efecto de cosa juzgada que se pretende dar en caso de no comparecencia del ejecutado y, además, regular la hipótesis de posibles ejecuciones injustas en el sentido que se explicó.

Por otra parte, parece conveniente que en los procedimientos ejecutivos se establezca la regla de que quien calla otorga, es decir, se deja de lado aquel proverbio aplicable a los procedimientos declarativos y que reza de la siguiente forma: *qui tacet non consentire videtur (quien calla no otorga)*.

Respecto a las tercerías, nos parece razonable que se establezca la admisión de hechos en caso de no contestación de la demanda por parte

de los demandados. De esta forma se ahorra tiempo e implica dar celeridad a la tramitación de las tercerías.

Finalmente, independiente del sistema que se adopte, siempre se hace necesario que las partes cuenten con un sistema de medios de impugnación que puedan dejar sin efecto estas fatales consecuencias producidas por la rebeldía, sea activa o pasiva, ya que de lo contrario no se protege al litigante que por causas ajenas, que no le son imputables, no compareció a ejercer los actos procesales (cargas procesales) que le correspondían.

Esperamos que estas pocas ideas al menos sean tenidas en cuenta al momento de discutir el ACPC, ya que lo que se trata es contribuir a crear procedimientos adecuados a la realidad nacional, que fomenten la celeridad, pero que no olviden el derecho de defensa y las limitaciones propias que se deben tener en cuenta al regularlos. Esperamos ellas sea útiles para los miembros del foro como también para todos los juristas, la ciencia del derecho y especialmente para los legisladores que tendrán la posibilidad de discutir el Anteproyecto una vez que sea presentado como proyecto de ley.

BIBLIOGRAFÍA

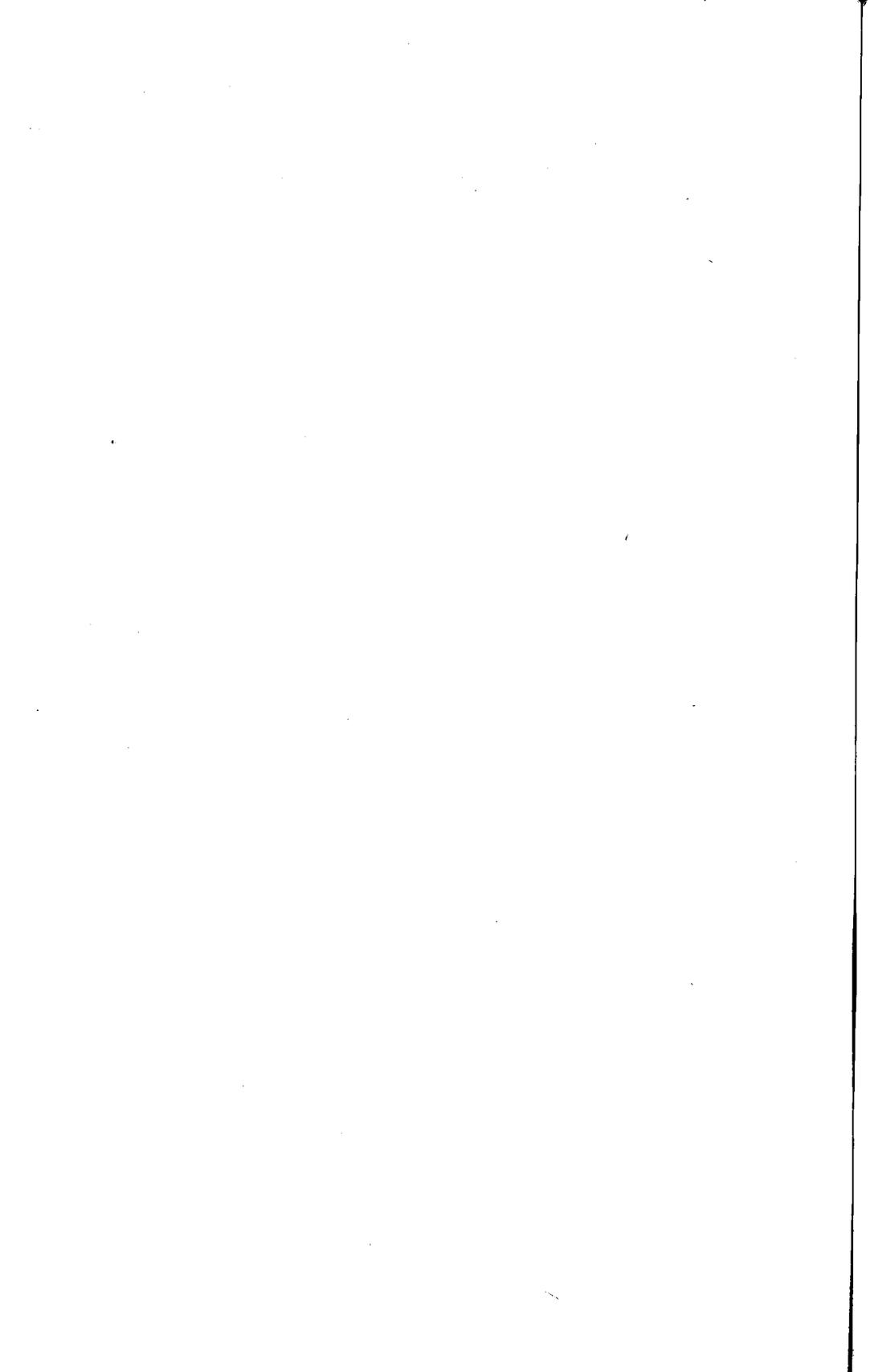
- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2005.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. "Valor jurídico del silencio", en *Revista de derecho y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1941, t. XXXVIII, 1ª parte
- ALESSANDRI, FERNANDO. *Curso de derecho procesal, reglas comunes a todo procedimiento y juicio ordinario*, edit. Nascimento, 3ª edic, Santiago, 1940.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1943.
- ANABALÓN SANDERSON, CARLOS. *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, edit. Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1946, t. II.
- *Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954.
- ARAGONESES ALONSO, PEDRO. "La inactividad de las partes en el proceso civil", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, 1960, Madrid, Nº 3.
- ARAZI, ROLAND. *Derecho procesal civil y comercial*, Astrea, 2ª edic., Buenos Aires, 1995.
- ARIAS RAMOS, J. *Derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid, 1963, 9ª edic.
- AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de derecho procesal civil*, edit. Temis, 2ª edic., Bogotá, 1994, t. IV.
- BACHMAIER WINTER, LORENA. *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1994.

- BENAVENTE, DARÍO. *Derecho procesal, reglas comunes a todo procedimiento*, Editorial Universitaria, Santiago, 1965.
- *Derecho procesal. Juicio ordinario y recursos procesales*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 1992.
- CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de derecho procesal Civil* (traducción de la 1ª edic. italiana por Santiago Sentís Melendo), edit., E.J.E.A., Buenos Aires, 1986, vol. II.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del proceso civil* (traducción de la 5ª edic. italiana por Santiago Sentís Melendo), edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1973, vol. II.
- *Sistema de derecho procesal civil* (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), edit. Uteha, Buenos Aires, 1944, t. IV.
- CARROCA PÉREZ, ALEX. *Garantía constitucional de la defensa procesal*, edit. J. Mª. Bosch y Ediciones Jurídicas Olejnik, Barcelona, 1998.
- *Manual de derecho procesal*, edit. Lexis Nexis, Santiago, 2003, t. II.
- CARRETTA MUÑOZ, FRANCESCO. *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile), vol. XXI, N° 1, julio 2008, pp. 101-127.
- CASARINO VITERBO, MARIO. *Manual de derecho procesal civil*, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edic., Santiago, 2005.
- CHIOVENDA, JOSÉ. *Instituciones de derecho procesal Civil*, tr. del italiano Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1954.
- *Principios de derecho procesal civil* (traducción de la 3ª edición italiana por José Casais y Santaló), edit. Reus, 3ª edic, Madrid, 1925 edit. Reus, 3ª edic, Madrid, 1925.
- CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, t. X.
- COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *Los actos procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, t. II.
- "Algunos aspectos en torno a la ineficacia de los actos procesales en el Derecho chileno", en *Revista de derecho procesal de la Universidad de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973 (junio), N° 5.
- CORDON MORENO, FAUSTINO. *Apuntes de derecho procesal civil*, edit. Newbook Ediciones, Pamplona, 1996.
- *Introducción al derecho procesal*, edit. Eunsa, Navarra, 1994.
- CORREA SELAME, JORGE. *Curso de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006.
- COUTURE, EDUARDO. *Estudios de derecho procesal civil*, edit. Depalma, 3ª edic., Buenos Aires, 1998.
- *Fundamentos del derecho procesal civil*, edit. Depalma, 4ª edic., Buenos Aires, 1993.
- *Vocabulario jurídico*, edit. Depalma, 5ª edic., Buenos Aires, 1993.
- CUENCA, HUMBERTO. *Derecho procesal civil*, edit. Ediciones de Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968.

- *Proceso civil romano*, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- DÁVILA MILLAN, MARÍA ENCARNACIÓN. *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, edit. Bosch, 3ª edic., Barcelona, 1997.
- DE HEVIA BOLAÑOS, JUAN. *Curia Philípica*, edit. Lex Nova, Madrid, 1797, t. I.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho procesal civil*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 4ª edic., Madrid, 1995.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, 2ª edic.
- DE PINA, RAFAEL. *Manual de derecho procesal*, edit. Reus, Madrid, 1936.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general del proceso*, edit. Universidad, Buenos Aires, 1984, t. I.
- *Teoría general de la prueba judicial*, edit. Zavalía, 6ª edic., Buenos Aires, 1988.
- DÍAZ URIBE, CLAUDIO. *Curso de derecho procesal civil*, edit. Lexis-Nexis, Santiago, 2006.
- DONATO, JORGE. *Juicio ejecutivo*, edit. Universidad, Buenos Aires, 1989.
- D'ORS, ALVARO. *Derecho privado romano*, edit. Eunsa, 10ª edic., Pamplona, 2004.
- ESCRICHE, JOAQUÍN. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, edit. Librería Garnier Hermanos, París, 1891.
- ESPINOZA FUENTES, RAÚL. *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2002.
- FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO. *Curso de derecho procesal*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, ANTONIO. *Derecho público romano*, edit. Thomson-Civitas, 9ª edic., Madrid, 2006.
- *Jurisdicción y arbitraje en el derecho romano*, edit. Iustel, Madrid, 2006.
- FORNACIARI, MARIO ALBERTO. *Modos anormales de terminación del proceso*, edit. Depalma, 1987.
- GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO. *Cuerpo del derecho civil romano*, edit. Lex Nova, 2004.
- GAYO. *Institutas* (texto traducido por Alfredo Di Pietro), edit. Abeledo-Perrot, 5ª edic., Buenos Aires, 1997.
- GOLDSCHMIDT, JAMES. *Teoría general del proceso*, edit. Labor, Madrid, 1936, t. III.
- GONZÁLEZ, ATILIO CARLOS. *Silencio y rebeldía en el proceso civil*, edit. Astrea, 2ª edic., Buenos Aires, 1995.
- *Estudios de derecho procesal*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1990, t. I y III.
- HALPERIN, GREGORIO. *Manual de latín para juristas, repertorio de adagios jurídicos*, edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1946.
- LAGOS VILLARREAL, OSVALDO. *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, edit. Fundación Mapfre, Santiago, 2006.
- LEIBLE, STEFAN. *Proceso civil alemán*, edit. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1999.

- LIRA, JOSÉ BERNARDO. *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales y administrativos*, edit. El Correo, 4ª edic., Santiago, 1886, t. I.
- LÓPEZ ORTIZ, JOSÉ. *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1942-1943.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA. *Tratado de derecho procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, edit. Dykinson, Madrid, 2000.
- MANRESA, JOSÉ MARÍA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, edit. Reus, 4ª edic., Madrid, 1919.
- MURGA GENER, JOSÉ LUIS. *Derecho romano clásico*, edit. Secretariado de publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2ª edic., 1983.
- NOVELLINO, NORBERTO J., GONZÁLEZ, ATILIO CARLOS. *El silencio y sus efectos en los procesos judiciales*, edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- ORELLANA TORRES, FERNANDO y PÉREZ-RAGONE, ALVARO. "Radiografía de la rebelión en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva 'justicia civil'", en *Revista Ius et Praxis*, 2007, vol. 13, Nº 2, pp. 13-44.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*, edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, 7ª edic.
- PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, 9ª edic., Buenos Aires, 1991, t. I.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. *La prueba en materia sustantiva civil, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- PEREIRA ANABALÓN, HUGO. "La fase de conocimiento en el Juicio Ejecutivo" en AA.VV., *Juicio ejecutivo. Panorama actual*, edit. Conosur, Santiago, 1995.
- *Derecho procesal del trabajo*, edit. Jurídica Conosur, Santiago, 1984.
- PÉREZ RAGONE, ALVARO J., ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS. *Código procesal civil alemán (ZPO)*, traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, Edit. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- PEIT, EUGENE. *Tratado elemental de derecho romano* (traducido de la novena edición francesa por José Ferrandez González), edit. Albatros, Buenos Aires, 1958.
- PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, LEONARDO. *Tratado de derecho procesal civil*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1982.
- RODRÍGUEZ GARCÉS, SERGIO. *Derecho procesal funcional*, edit. Ediciones Vitacura, Santiago, 1993, t. I y II.
- RODRÍGUEZ PAPIC, IGNACIO. *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 2006.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. *La acumulación inicial de acciones*, edit. Conosur, Santiago, 2000.
- "El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, 1998, vol. XXV, Nº 2.
- *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- "La tutela cautelar en el proceso civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, t. XCVIII.

- “Curso de derecho procesal Civil. La acción y la protección de los derechos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- “El control de la ejecución en el caso de la mal denominada sentencia ficta”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, Nº 2, pp. 375-380.
- RUIZ CASTELLANOS, ANTONIO. *Ley de las doce tablas*, Ediciones Clásicas Madrid, 1992.
- SALAS VIVALDI, JULIO. *Los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edic, Santiago, 1999.
- *Estudios de derecho procesal*, editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.
- SAMPER POLO, FRANCISCO. *Derecho romano*, Ediciones Universidad International SEK, Santiago, 2ª edic., 1991.
- SANTA CRUZ SERRANO, VÍCTOR. *Ensayo sobre la teoría de las nulidades procesales en el Código de Procedimiento Civil chileno* (Memoria de Grado), edit. Imprenta Chile, Santiago, 1936.
- SAMANES ARA, CARMEN. *La tutela del rebelde en el proceso civil*, edit. José María Bosch, Barcelona, 1993.
- *Las partes en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2001.
- “De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde”, en AA.VV., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil* (coord. Cordón Moreno, Faustino; Muerza Esparza, Julio; Armenta Deu, Teresa; Tapia Fernández, Isabel), edit. Aranzadi, Navarra, 2001.
- SATTA, SALVATORE. *Derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, t. I.
- SCHULZ, FRITZ. *Derecho romano clásico* (traducido de la versión inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), edit. Bosch, Barcelona, 1960.
- SOZA RIED, MARÍA DE LOS ANGELES. *Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor*, edit. Dykinson S.L., Madrid, 2008.
- STOHEREL MAES, CARLOS ALBERTO. *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 6ª edic., 2007.
- TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- *El proceso en acción*, edit. Libromar Ltda., Santiago, 2000.
- VERGER GRAU, JOAN. “De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y la nueva audiencia al demandado rebelde”, en Lorca Navarrete, Antonio María (dir.), *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, t. II.
- *La rebeldía en el proceso civil*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- “La rebeldía en el arbitraje”, en *Anuario de justicia alternativa*, edit. J.M. Bosch, 2001, t. II, pp. 65-102.
- VON BÜLOW, OSKAR. *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1964.



ALGUNAS OBSERVACIONES A LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España

Profesor Derecho Procesal

Universidad de los Andes

1. LA BASE DOGMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LA RELACIÓN PROCESAL

Tradicionalmente se ha definido al tercero en forma negativa, esto es, como aquel sujeto que no es parte de la relación jurídica.

Sin embargo, en el ámbito procesal surge la necesidad de delimitar positivamente el concepto, básicamente, para resolver una serie de problemas que se presentan en relación a los efectos que una sentencia puede provocar en la situación jurídica de ciertos terceros.

Para concretar lo anterior en el campo teórico se propone distinguir entre tercero en sentido metajurídico o vulgar y tercero en sentido técnico¹.

- i) Tercero en sentido metajurídico o vulgar son todas aquellas personas a las que no alcanzan, ni podrían alcanzar en ningún caso, los efectos directos o indirectos del litigio. Todas estas personas que no tienen ninguna relación con los derechos de que en el proceso se trata, no están –ni necesitan estar– protegidas por el ordenamiento jurídico, ni siquiera éste ha de tenerles en cuenta, precisamente porque, por ser ajenos al litigio, no tienen ningún interés en él. Y sin interés la protección no es posible ni necesaria. A estas personas podrá llamárseles como ajenos o extraños al proceso.

¹ En esta explicación seguimos a Fernández López, Miguel Ángel, *La tercería de dominio*, Madrid, edit. Montecorvo, 1980, pp. 255-256.

- ii) Terceros en sentido técnico son aquellos que, sin ser parte, se encuentran respecto del objeto del proceso o de los derechos que en él se ventilan en una determinada relación que el ordenamiento procesal considera o debe considerar en alguna hipótesis de *intervención*. En torno a este sujeto se debe contemplar algún mecanismo para hacer valer los derechos que son inherentes a su calidad.

Ahora, la forma de implementar la intervención de los terceros en sentido técnico admite varias soluciones, que, en general, buscan responder a la variedad de situaciones en las que este sujeto se puede encontrar respecto de los efectos de la cosa juzgada. Sobre el particular la doctrina ha propuesto distinguir²:

- 1º) Terceros a los que el contenido de la sentencia que se pronuncie en el proceso entre las partes puede ocasionarles algún perjuicio en su situación jurídica, ya sea de hecho o jurídico.
- 2º) Terceros que por ser titulares de una relación jurídica-material conexa o prejudicial con a lo menos una de las partes, la sentencia que se dicte en el proceso actuará como un hecho jurídico constitutivo, modificativo o extintivo de su derecho o interés legítimo.

Esta situación se vincula con lo que la moderna doctrina civil conoce como contratos conexos. En términos generales, la figura del contrato conexo ha servido para resolver los problemas de actos o contratos que no obstante estar celebrados separadamente buscan un determinado fin económico compartido entre un grupo de personas naturales o jurídicas. Existen áreas de negocios donde los ejemplos de cadenas de contratos son indiscutidas, como ocurre, entre otros casos, en materia de suministro energético. Para que exista esta categoría se debe dar un nexo entre un grupo de contratos al punto que lo que suceda en uno repercute necesariamente en los otros contratos coligados o conexos³.

² Entre otros, han sistematizado esta materia, entre otros, Montero Aroca, Juan, *La Intervención Adhesiva Simple, Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, Barcelona, edit. Hispano Europea, 1972, pp. 189-190; *La Legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, edit. Civitas, 1994, pp. 75-76; López-Fragoso, Tomás, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Madrid, edit. Marcial Pons, 1990, pp. 9-268; Cabañas García, Juan Carlos, *La tutela judicial del tercero*, Madrid, edit. Difusa, 2005, pp. 25-351.

³ En nuestra doctrina el profesor Pizarro Wilson ha profundizado en esta situación jurídica, señalando que "el contrato actualmente sobrepasa las relaciones entre las partes contratantes. La imbricación de las relaciones contractuales coloca en relación a las partes y terceros y al fijar la aplicación del estatuto contractual de manera exclusiva, las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil son fundamentales". El mismo autor concluye que "las cadenas de contratos presentan una estructura lineal y los miembros detentan una doble calidad jurídica al interior de la cadena". Sobre el tema, Pizarro Wilson, Carlos. "El efecto relativo de los contratos: partes y terceros", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, edit. LexisNexis, 2007 (A. Guzmán B. coord.), pp. 551-567; López Santa María, Jorge, "Las

- 3º) Terceros que pueden ser titulares de la misma relación jurídica que ha sido deducida por una de las partes en el proceso⁴.
- 4º) Terceros que pueden ser titulares de una relación jurídica incompatible con la que es objeto del proceso entre las partes (por ejemplo, el tercero es el propietario de la cosa cuyo dominio controvierten el demandante y el demandado en el proceso pendiente).

En el terreno de los principios, cada uno de estos terceros debería contar con algún instrumento procesal que permita lograr, según el caso, alguno de los siguientes objetivos:

- i) Que estos terceros puedan ejercer su derecho de defensa en el proceso pendiente, cuando son portadores de un interés que legitima jurídicamente su actuación en la discusión que conforma el objeto del proceso; y
- ii) Para vincularlos con los efectos de la sentencia que se pronuncie en una determinada relación procesal, admitiendo, según el caso, su intervención voluntaria o provocada.

El punto de partida en este tema proviene de la revisión al que ha sido sometido el dogma tradicional contenido en el Digesto, que proclama que la cosa juzgada al tercero ni le perjudica ni le aprovecha (*res judicata tertio neque nocet neque prodest*)⁵. Por distintas razones tal postulado ha sido replanteado, invitando a reconocer que en ciertos casos la situación jurídica de los terceros no queda amparada por el efecto relativo de la sentencia judicial consagrado en el art. 3º inc. 2º del Código Civil.

Como los efectos de una sentencia judicial en ciertos supuestos pueden incidir en la situación jurídica del tercero, aparece la necesidad que ellos adquieran voluntaria o forzosamente la calidad de parte en un proceso pendiente.

Dicho de otra forma, se trata de situaciones donde una determinada decisión judicial actúa frente al tercero como un *hecho jurídico*, que provoca algún efecto directo o reflejo que el ordenamiento procesal no puede eludir.

cadenas de contratos o contratos coligados”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 19 (1998): “Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado”, p. 159; Figueroa Yáñez, Gonzalo, “El efecto relativo en los contratos conexos”, en *Nuevas Tendencias del Derecho* (VV.AA.), Santiago, edit. LexisNexis, 2004, pp. 67-81; Bustamante Salazar, Luis, “Los contratos conexos”, en la misma obra colectiva anterior, pp. 329-350.

⁴ Un ejemplo de esta situación se da en el art. 133 bis de la LSA. Los socios que no demandaron ejerciendo la acción derivativa les interesa el resultado del proceso iniciado por el socio o los socios —que reúnan el 5% de las acciones emitidas— o el director de la sociedad.

⁵ La CS. ha resuelto en decenas de sentencias que el efecto de cosa juzgada no puede hacerse extensivo a personas que no tomaron parte en la relación procesal por no haber sido legalmente emplazadas. (CS. 24 de agosto de 1939, *RDJ*, t. XXXVII, sec. 1º, p. 229; CS. 29 de mayo de 1951, *RDJ*, t. XLCVIII, sec. 1º p. 139; 31 de agosto de 1992, *RDJ*, t. XXCIX, sec. 1º, p. 136).

2. BREVES REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO

La intervención procesal designa a realidades jurídicas muy disímiles, teniendo como factor común que un tercero, hasta entonces ajeno al proceso pendiente, entre a participar en él junto a las partes originarias.

En la doctrina y legislación coexisten dos orientaciones sobre el contenido que se debe dar al derecho de los terceros a participar en procesos pendientes.

Según la iniciativa a participar en el proceso, se distingue entre intervención voluntaria e intervención provocada (también denominada como forzada o coactiva). En la voluntaria el tercero legitimado concurre libremente al proceso en curso para defender sus derechos o intereses; en la intervención provocada, en cambio, el tercero deviene al juicio a petición de parte o del juez, bajo la amenaza de producirse en su contra algún efecto jurídico si no comparece a dicho proceso.

A lo anterior hay que agregar mecanismo de comunicación para que los terceros tomen conocimiento de la existencia del proceso y procedan a ejercer sus derechos, dependiendo de su situación jurídica y el grado de vinculación que tengan con el objeto del proceso⁶.

Con el ánimo de ilustrar la variedad de opciones técnicas que permite este tema examinemos algunos ordenamientos extranjeros en esta materia.

2.1. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS

Distingue entre la intervención voluntaria y la provocada (arts. 331 a 338).

La intervención voluntaria puede ser principal o adhesiva.

⁶ El objeto del proceso es el asunto respecto del que las partes solicitan la protección jurisdiccional de su derecho. Como lo explica De la Oliva, "en sentido propio [el objeto del proceso], es aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal: la del juzgador y la de las partes. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la *cosa* (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que un proceso trata: la *res qua agitur*, la «cosa de que se trata», que en los procesos civiles regidos por el denominado principio dispositivo es, a su vez, la *res in iudicio deducta* («la cosa llevada a juicio»); De la Oliva Santos, Andrés, *El objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, edit. Thomson, 2005, pp. 23-24. Sobre este tema, Berzoza Francos, María Victoria, *Demanda «causa petendi» y objeto del proceso*, prólogo de M. Serra Domínguez, Córdoba, edit. El Almendro, 1984; Guasp Delgado, Jaime, *La pretensión procesal*, Madrid, edit. Civitas, 2ª edic., 1985; Pedraz Penalva, Ernesto, "Objeto del proceso y objeto litigioso", en *Presente y Futuro del Proceso Civil*, Barcelona, edit. J.M. Bosch, 1998 (coord. Picó I Junoy, Joan), pp. 41-87 (con una síntesis de la doctrina italiana, española y alemana); Tapia Fernández, Isabel, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, edit. La Ley, 2000, pp. 9-128; Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, edit. Thomson-Aranzadi, 8ª edic., 2008, pp. 243-262; Picardi, Nicola, *Manuale del Processo Civile*, Milán, Giuffrè Editore, 2006, pp. 81-84.

La intervención será principal cuando a través de ella el tercero ejercite una pretensión en su propio beneficio. Sólo será admisible cuando el interviniente tenga derecho de acción respecto de dicha pretensión.

La intervención será adhesiva cuando a través de ella el tercero apoye las pretensiones de una parte.

A su turno, el CPC francés regula la intervención fijando los elementos que califica de comunes a todas "las llamadas a terceros" y luego fija un estatuto especial para la denominada llamada en garantía (arts. 331 a 338).

Como principio rector el art. 331 establece que "podrá llamarse a un tercero al proceso, a los efectos de que pueda resultar condenado, por aquella parte que disponga frente a él de acción a título principal".

"Podrá ser igualmente llamado al proceso por aquella parte que ostente un interés en que la sentencia también despliegue sus efectos frente a él" (art. 331).

El artículo 332 dispone que "el tribunal podrá requerir a las partes para que llamen al proceso a todos aquellos interesados cuya presencia le parezca necesaria para poder resolver el litigio".

"En materia de jurisdicción voluntaria, podrá decretar la llamada al proceso de las personas cuyos derechos o cargas pudieran verse afectados por la resolución que hubiere de dictarse".

Dentro de las disposiciones especiales fija una serie de pautas para la figura que denomina como "llamadas en garantía (art. 334)⁷.

2.2. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ITALIANO

El Código de Procedimiento Civil italiano ha contemplado una regulación de este tema dentro del ejercicio de la acción. A la hora de reconocer el derecho intervención distingue entre la voluntaria (art. 105) y la intervención forzada a petición de parte o por orden del juez (arts. 106 y 107). También contempla la extromisión del llamado en garantía (arts. 108 y 109).

Esta normativa ha tenido gran repercusión en algunos códigos más modernos, que han seguido de cerca la solución italiana en este tema.

⁷ Completan esta regulación los siguientes preceptos: Art. 335 "El litigante que formulase la llamada en garantía simple seguirá siendo parte principal del proceso". Artículo 336 El litigante que formulase la llamada en garantía formal podrá solicitar del tribunal su extromisión del proceso y que el garante ocupe su posición en él como parte principal. No obstante, el beneficiario de la garantía, a pesar de su extromisión del proceso como parte principal, podrá permanecer en él en defensa de sus derechos; el demandante inicial podrá solicitar también su permanencia en defensa de los suyos. Artículo 337 La sentencia dictada frente al garante formal podrá, en todo caso, ejecutarse frente al beneficiario de la garantía siempre que se le hubiera notificado. Artículo 338 Sólo podrán reclamarse las costas del beneficiario de la garantía si el garante formal fuese insolvente y el beneficiario de la garantía hubiese permanecido en el proceso, aunque fuera a título adhesivo.

La construcción italiana de la intervención voluntaria se hace en base a las relaciones que puede tener el tercero en el objeto del proceso, considerando que este sujeto al menos puede verse afectado por la eficacia refleja de la sentencia judicial puede producir en la esfera de un tercero⁸.

2.3. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2001 contempla una regulación de este tema dentro de la pluralidad de partes. Distingue esta legislación entre intervención voluntaria y provocada.

Concretamente, el artículo 13 dispone: "Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.- 1. Mientras se encuentre pendiente un proceso podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito" (...).

En cuanto a los efectos, el numeral 3 del referido artículo dispone que "admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa".

"También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes por plazo de cinco días".

"El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte".

En cuanto a la intervención provocada, el artículo 14 de la LEC la ha considerado de la siguiente forma:

"1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, esté dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes".

"2. Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas":

⁸ Sobre el particular el art. 105 del CPC dispone, "*ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune de esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo*". "*Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse*".

“1.^a El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda o, cuando se trate de juicio verbal, antes del día señalado para la vista”.

“2.^a El tribunal oír al demandante en el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda. Acordada la notificación, se emplazará al tercero para contestar a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado. Si se tratase de un juicio verbal, el tribunal por medio de providencia hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso”.

“3.^a El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda quedará en suspenso desde la solicitud a que se refiere la regla 1.^a y se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda”.

“4.^a Si comparecido el tercero, el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18”.

2.4. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY

El Capítulo IV regula la intervención de terceros considerando una serie de figuras como la intervención del coadyuvante y la litisconsorcial (en lo que respecta a la voluntaria); la excluyente y la denuncia del litigio o incluso el llamamiento de terceros para evitar el fraude procesal.

Dentro de esta normativa conviene destacar los siguientes preceptos:

La intervención voluntaria se da en los siguientes supuestos:

“48.1 Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella”.

“48.2 Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial que podría verse afectada por la sentencia a dictarse y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso”.

Luego, el artículo 49 reconoce a la intervención excluyente, disponiendo que “quien pretenda en todo o en parte la cosa o el derecho controvertido podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y al demandado, para que en el mismo proceso se la considere.

En cuanto a los requisitos y forma de la intervención se ha dispuesto que los terceros deberán fundar su intervención en un interés directo, personal y legítimo. La solicitud se ajustará a las formas previstas para la demanda, en lo que fueren aplicables, y deberá ser acompañada de toda la prueba correspondiente. La oportunidad de la intervención sólo

podrá producirse en la instancia hasta la conclusión de la audiencia de prueba para sentencia; la excluyente sólo en la primera instancia; la coadyuvante y litisconsorcial también durante el curso de la segunda instancia (art. 50).

Dentro de la intervención forzada el derecho uruguayo contempla la "intervención necesaria por citación", en virtud de la cual "el demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer, tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado" (art. 51).

También se contempla una norma de litisdenunciación en los siguientes términos: "Denuncia de terceros. El demandado, en un proceso en el que considere que otra persona, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida, debe denunciarlo, indicando su nombre y domicilio, a los efectos de que se la noticie del pleito, bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que correspondieren por su omisión" (art. 53).

Una solución digna de considerarse en el Código general del Proceso es el llamamiento de oficio del tercero para evitar que se consuma un fraude o colusión. Para tal efecto se dispone que "en cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el tribunal de oficio o a petición del Ministerio Público o de parte, ordenará la citación de las personas que puedan ser perjudicadas para que hagan valer sus derechos, pudiéndose, a tal fin, suspender el proceso hasta por cuarenta días".

2.5. LA ZPO (CÓDIGO PROCESAL CIVIL ALEMÁN)⁹

Se preocupa de este tema en el Título 3 del Libro I, parágrafos 64 a 77. Allí se reconoce la figura de la intervención principal, la intervención adherente o del coadyuvante, la intervención litisconsorcial, la denuncia de la litis y la citación de terceros en situaciones vinculadas relativas al derecho de dominio.

2.6. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ

Este Código, cuya vigencia data de 1993, contempla en el Capítulo VII la regulación de la intervención de terceros, la extromisión y la sucesión procesal.

⁹ Hemos consultado la traducción al castellano realizada por Pérez Ragone, Álvaro-Ortiz Pradillo, Juan Carlos, *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, edit. Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 168-169.

El artículo 97 acepta la intervención del coadyuvante, disponiendo que "quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella".

"Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia".

"El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido".

También se acepta la intervención litisconsorcial, disponiendo que ella se da cuando "quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta" (art. 98).

Por su parte, el art. 99 regula la intervención excluyente principal, permitiendo que "quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado. Esta intervención sólo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia".

"El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, ésta su sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose similares facultades probatorias a las partes. La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia".

Como norma de control para aceptar la intervención, dentro de los requisitos y trámite común de las intervenciones, el art. 101 dispone, "los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demandada, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes".

"El Juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Sólo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que éste se halle al momento de su intervención".

Dentro de los mecanismos que puede generar el derecho a intervenir se contempla en el artículo 102 la denuncia civil. Para tal efecto se reconoce que "el demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho

discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso"¹⁰.

3. LA REGULACIÓN DEL TEMA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Esta materia se contiene en el Título V del Libro Primero, con el nombre de "la intervención de terceros". Allí se distinguen tres tipos de intervención: la voluntaria, la forzada y la excluyente.

a) La intervención voluntaria

El artículo 47 del Anteproyecto permite que quien no figura originalmente como parte en un proceso judicial pueda intervenir en el mismo, siempre que justifique tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo. Se precisa que "se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos".

b) La intervención forzosa (art. 48)

En este caso se dispone que "si la pretensión ejercida en un proceso judicial corresponde también a otro u otros sujetos determinados que no

¹⁰ Complementan el cuadro anterior otros preceptos que conviene considerar:

Art. 104.- Aseguramiento de pretensión futura.- La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él. El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103.

Art. 105.- Llamamiento posesorio.- Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103.

Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el Juez emplazará con la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado.

Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.

Art. 106.- Llamamiento en caso de fraude o colusión.- Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el Juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el Juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días.

Art. 107.- Extromisión.- Excepcionalmente, en cualquier momento el Juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.

han comparecido en dicho proceso, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de aquellos, quienes deberán expresar si se adhieren o no ella. Para estos efectos el tribunal citará a una audiencia especial a la que deberán concurrir las partes y los sujetos, debidamente representados, cuya intervención ha sido requerida”.

“Si dichos sujetos se adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litisconsorcio que se ajustará a las normas dadas para esta última figura. Si expresan su determinación de no adherirse caducará su derecho. Si nada dicen les afectará el resultado final del proceso”.

c) La intervención excluyente (art. 49)

Esta figura se ha regulado indicando que “quien pretenda en todo o en partes la cosa o el derecho controvertido en un proceso judicial podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y al demandado, para que en el mismo proceso se la considere. En este caso se considerará a las primitivas partes como demandados en relación con el interviniente”.

4. ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES AL ANTEPROYECTO

El hecho de considerar un título especial para esta temática se debe apuntar como un logro en comparación a la técnica del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de algunas observaciones que la propuesta legislativa merece en varios puntos que pasamos a examinar.

4.1. EL MOMENTO PROCESAL PARA INTERVENIR

La propuesta establece que la intervención voluntaria sólo se puede solicitar en primera instancia, antes de la audiencia de juicio oral (art. 47 inc. final).

A nuestro entender se debe ampliar el derecho a intervenir en la segunda instancia o incluso para el conocimiento de los recursos previstos en el Anteproyecto. El interés jurídico que puede tener un tercero no desaparece por el hecho de haber tenido lugar la audiencia del juicio oral.

La existencia de una regla de preclusión para que tercero acepte todo lo obrado hasta ese minuto es un límite suficiente para poder permitir su ingreso durante todo el curso de la relación procesal.

La restricción que se quiere imponer a la intervención voluntaria es un retroceso, puesto que con el Código de Procedimiento Civil era pacífico que el tercero podía ingresar incluso en sede de casación.

En suma, mientras exista proceso pendiente no se debe limitar el ingreso de terceros a la relación procesal, con tal que cumplan con la exigencia de legitimación que justifica su participación.

4.2. LA LEGITIMACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA

Uno de los temas más difíciles de solucionar en materia procesal es el relativo a la participación de los terceros en las relaciones jurídicas y los medios de impugnación que a estos se debe reconocer para proteger sus derechos e intereses frente a procesos pendientes¹¹. La variedad de soluciones existentes en el derecho comparado, conforme ya se anticipó, hacen patente la dificultad existente para poder delimitar esta materia adecuadamente.

El mismo trance lo padecieron nuestros codificadores del Siglo XIX, cuando discutieron sobre la norma de legitimación del tercero coadyuvante. En efecto, en la sesión 38 de 20 de noviembre de 1900 el señor Yáñez indicó que *“considera que la definición que contiene el inciso segundo ofrece el inconveniente de establecer que en una incidencia de mero trámite, como es el de pronunciarse sobre la entrada al pleito de un tercero, pueda dictarse una resolución que afecta la naturaleza de la acción como es la calificación de si el tercero tiene un derecho o una mera expectativa. Agrega que este prejuzgamiento no existiría refiriéndose sólo al interés actual, como lo hace la primera parte del artículo, pues este interés actual, que en general es una cuestión de hecho, no altera la naturaleza i alcance de los derechos que el tercero pretende ejercitar. Por último hace notar que la definición indicada daría lugar a dificultades en la marcha del juicio, por cuanto las partes se inclinarían a negar la existencia del derecho del tercero i a pedir que fuera éste calificado de mera expectativa. Los señores Montt, Richard i Vergara creen que las dificultades de que ha hablado el señor Yáñez se presentarían de igual manera con la definición objetada o sin ella i que, en cambio, hai positiva ventaja en conservarla sino se quiere que pueda darse un alcance que la lei no ha querido a lo que ella entiende por interés actual”*¹².

El Anteproyecto establece como norma de legitimación que el tercero que solicita su ingreso al proceso pendiente debe justificar tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo. Acto seguido, precisa que “se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un

¹¹ Una síntesis del problema, entre la abundante bibliografía, cfr. González, Atilio Carlos, “La legitimación de los terceros en el proceso civil”; Tessone, Alberto José, “En torno de la legitimación para recurrir”, ambos trabajos publicados en *La Legitimación* (AA.VV.), Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1996, pp. 271-278, pp. 295-323; Alsina, Hugo, “Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 4, 1957; Attardi, Aldo, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale*, 1990, N° 2; Couture, Eduardo J., “Legitimación procesal del tercero coadyuvante”, en *Estudios de Derecho Procesal*, t. III, Buenos Aires, edit. Depalma, 1989; Ferré Marti, José María, *Protección procesal del tercero en el derecho canónico*, Barcelona, 1982.

¹² *Actas de la Comisión Mixta de senadores y diputados*, Santiago, edit. Imprenta Nacional, 1901, p. 17.

derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos" (art. 47).

Por la complejidad que tiene este tema ninguna norma puede fijar con exactitud los casos donde se justifica la necesidad de aceptar la intervención voluntaria de un tercero. La variedad de lo que se entiende por tercero en sentido técnico es demostrativa de la dificultad técnica que debe enfrentar el legislador.

Todo el esfuerzo que se haga en esta materia contribuirá a que el juez pueda resolver con mayor objetividad jurídica si acepta o no al peticionario que solicita su ingreso a un proceso pendiente.

Desde otro punto de vista, para determinar si el tercero tiene la legitimación que lo admite en un proceso pendiente obliga a verificar qué vínculo tiene este sujeto con el objeto del proceso fijado por las partes en torno a alguna de las situaciones legitimantes: las obligaciones, a conflictos de derecho de familia, a discusiones sobre la titularidad extinción o modificación de un derecho subjetivo real o personal; a conflictos relativos al ejercicio de derechos potestativos; a conflictos vinculados a un interés, esto es, a una situación que está en vía de convertirse en un derecho subjetivo, cuando el legislador lo reconozca formalmente. Para cada uno de estos casos se debe examinar si el tercero tiene o no la legitimación que permita reconocerle la calidad de "justa parte" en ese conflicto con la posibilidad de ejercer los derechos procesales inherentes a su condición de parte.

En relación al Anteproyecto, la exigencia que el tercero justifique tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo no parece demasiado amplia, permitiendo que con ella se cometan excesos al habilitar que a un proceso pendiente puedan intervenir terceros motivados en defensa de intereses filantrópicos o puramente ideológicos. A nuestro entender, una forma más acertada de poder dar un cauce objetivo a la fórmula propuesta es recuperar la calificación de tercero coadyuvante como la hipótesis de intervención voluntaria en nuestro proceso civil declarativo, por las razones que pasamos a explicar.

4.3. LA SUPRESIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE TERCERO COADYUVANTE

El Anteproyecto no contempla en la regulación de la intervención voluntaria la denominación del tercero como coadyuvante. El artículo 47 pretende cubrir todas las hipótesis de intervención voluntaria con la fórmula de *"tener un interés actual y legítimo en el resultado del mismo"*.

Dicha propuesta debe ser enmendada calificando al tercero como coadyuvante, básicamente por las siguientes razones:

- i) El coadyuvante ha sido la figura más clásica de intervención en nuestro medio¹³. Aunque la doctrina ha discutido sobre el alcance de esta figura, en nuestro medio se acepta que se trata de un tercero que puede ingresar al juicio pendiente por encontrarse en una determinada posición jurídica que le habilita para poder ingresar voluntariamente a colaborar con una de las partes, a fin de contribuir a que se dicte una sentencia favorable a su situación jurídica.
- Por su condición el coadyuvante no puede ejecutar actos de disposición del objeto del proceso, como el desistimiento, el allanamiento a la demanda u otro equivalente jurisdiccional, atendido que su rol es colaborar con una de las partes. Por la misma razón, su ingreso no produce una ampliación del objeto del proceso (una acumulación de acciones)¹⁴. Su actuación queda subordinada a la parte que coadyuva, salvo que se dé un fraude por colusión entre las partes, donde el coadyuvante puede instar autónomamente, perdiendo su rol de colaborador de una de las partes.
- ii) Al prescindirse de la calificación de coadyuvante se deja de contar con un concepto que permite un control más objetivo del derecho a intervenir.
- iii) Si se clarifica que la intervención voluntaria es en calidad de coadyuvante se podrán aplicar una serie de pautas que habían ido clarificando en nuestro ordenamiento el rol de este tercero. A modo de referencia, se había resuelto que: a) el coadyuvante puede actuar para la defensa de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales¹⁵; b) que por estar regulado en las normas comunes a todo procedimiento esta intervención se podía dar también en procesos especiales, como es el caso del recurso de protección¹⁶ o en materia de reclamo de ilegalidad municipal¹⁷, entre otros casos.
- iv) Se evitará que el Código Procesal Civil entre en inconsistencias con las referencias que en normas especiales se hacen al coadyuvante¹⁸.

¹³ Sobre el tema, cfr. González Vidal, Alberto, *La intervención del tercero coadyuvante en el proceso civil chileno*, Memoria de Prueba, Universidad de los Andes, 2000.

¹⁴ Distinta es la situación si este tercero, cuando interviene coadyuvando al demandado, amplía el objeto del proceso deduciendo en tiempo y forma una reconvencción contra el demandante original.

¹⁵ En tal sentido, una antigua sentencia de la Corte Suprema, de 8 de julio de 1925, resolvió que para admitir a este tercero el artículo 24 [actual 23] del Código de Procedimiento Civil, ni ninguna otra ley exige que el derecho comprometido en juicio en que intente coadyuvar, sea únicamente el de dominio sobre la cosa litigada o de una cuota de ella (CS, 8 de julio de 1925, *RDJ*, t. XXII, sec. 1ª, p. 265).

¹⁶ C. de Ap. de San Miguel, 27 de julio de 1995, *RDJ*, t. XCII, sec. 5ª, p. 219.

¹⁷ CS, 18 de diciembre de 1985, *RDJ*, I. LXXXIII, vol. 111, sec. 5ª, p. 259.

¹⁸ Sin el ánimo de agotar este tema, el legislador ha regulado esta forma de intervención en los siguientes casos: a) En materia de quiebras. El art. 64 inc. 3º de la Ley Nº. 18.175 sobre Quiebra establece que, "la administración de que es privado el fallido pasa de derecho al síndico, quien la ejercerá con arreglo a las disposiciones de esta ley. En consecuencia, no podrá el fallido comparecer en juicio como demandante ni como demandado, en lo relacionado con los bienes comprendidos en la quiebra, sin perjuicio de tenersele como

4.4. LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO PRINCIPAL O EXCLUYENTE

Esta figura se recoge en el artículo 49 del Anteproyecto, en una orientación similar a la que contemplaba el más que centenario Código de Procedimiento Civil¹⁹.

Lo característico de esta figura es que un tercero deduzca en un proceso pendiente una acción en contra de los sujetos que dieron origen a la relación procesal, formulando una petición de protección jurídica que es incompatible con el derecho que discuten las partes. El ejemplo típico se da cuando Ticio y Cayo se disputan la propiedad de una cosa, y aparece en ese proceso Decio alegando que él es el dueño de esa especie.

A diferencia de lo que ocurre con el coadyuvante, que está en una relación de colaboración con una de las partes, el interviniente principal o excluyente promueve una pretensión incompatible con la formulada como objeto del proceso por las partes originales. Por lo anterior, dicha actuación implica necesariamente la deducción de una nueva acción, que amplía el objeto del proceso, generando una hipótesis de acumulación sobrevinida de acciones.

En nuestra práctica forense esta figura no ha sido muy utilizada, seguramente por la regla de preclusión que afecta a este tercero, el que debe aceptar todo lo obrado hasta antes de su presentación. En rigor, a este tercero le conviene más demandar en un juicio separado, evitando de ese modo el efecto preclusivo de sus derechos procesales recién indicado.

Como el efecto relativo de la sentencia judicial le permite al tercero accionar autónomamente contra los que tiene derechos incompatibles, esta figura seguirá teniendo una importancia más teórica que práctica, pero no por ello se debe dejar de regular en el nuevo ordenamiento procesal.

coadyuvante...". El inc. 5º del citado artículo dice además que "el síndico podrá figurar como parte coadyuvante en los juicios de separación de bienes y de divorcio en que el fallido sea demandado o demandante". b) En materia de juicios relativos al daño al medio ambiente. El art. 54 inc. 1º de la Ley Nº 19,300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, dispone que "son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio".

¹⁹ El CPC regula en el art. 23 esta figura disponiendo que, "si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cosa litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el tribunal sus gestiones en la forma establecida por el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre".

4.5. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN FORZADA

El artículo 48 del Anteproyecto se refiere a la intervención forzosa, señalando que “si la pretensión ejercida en un proceso judicial corresponde también a otro u otros sujetos determinados que no han comparecido en dicho proceso, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de aquellos, quienes deberán expresar si se adhieren o no a ella. Para estos efectos el tribunal citará a una audiencia especial a la que deberán concurrir las partes y los sujetos, debidamente representados, cuya intervención ha sido requerida”.

“Si dichos sujetos se adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litisconsorcio que se ajustará a las normas dadas para esta última figura. Si expresan su determinación de no adherirse caducará su derecho. Si nada dicen les afectará el resultado final del proceso”.

La redacción del precepto del Anteproyecto está inspirada en el art. 21 del CPC, norma que para involucrar a terceros a un proceso pendiente dispone que *“si una acción ejercitada por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan concurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella”*.

A su turno, dicha norma es una originalidad del Código de Procedimiento Civil. No se conoce en el derecho comparado una figura similar. El origen se remonta al Proyecto de Vargas Fontecilla; la razón que llevó a legislar sobre el particular obedeció a una práctica forense anterior a la codificación sobre la citación de terceros al juicio que por producir demoras y atrasos en la tramitación se quiso suprimir con el precepto indicado²⁰.

Como se puede apreciar, en dicho precepto se dispone un acto de comunicación para los terceros que por su situación jurídica pueden tener interés en accionar en un proceso ya comenzado. Dicha facultad resulta especialmente útil para corregir la defectuosa configuración de litisconsorcio necesario activo²¹.

A nuestro entender existen varios inconvenientes para optar por la supresión de la propuesta o introducirle una clara mejora técnica.

- i) Tal como está redactada la propuesta, ella no pasa de ser un instrumento que permite ampliar el componente subjetivo de la relación procesal, en su manifestación de activa. Sin embargo, ello quebranta el principio que el ejercicio de la acción es un acto soberano de su titular²². Dicho

²⁰ Una síntesis de la doctrina y jurisprudencia, cfr. Cid Botetano, Carlos, *El artículo 21 del Código de Procedimiento Civil*, Memoria de Prueba, Universidad de los Andes, 2001.

²¹ Sobre el tema, cfr. C. de Ap. de Santiago, 19 de mayo de 1959, *RDJ*, t. LVI, sec. 2ª, p. 29.

²² En la jurisprudencia se ha resuelto que *“la manifestación del tercero de su voluntad de no adherirse al juicio a que ha sido convocado, produce ipso iure la pérdida de la acción, cualquiera que sean los resultados posteriores del juicio; la sentencia que en él recaiga producirá*

de otra forma, resulta contrario al principio dispositivo que se imponga a una persona la obligación de adherirse a una demanda propuesta por otros. De hecho, la propuesta no clarifica qué significa jurídicamente la adhesión a la demanda, ¿es una simple ampliación subjetiva de la relación procesal o el citado puede formular su acción?

- ii) Si se quiere mantener la norma habría que reconducirla exclusivamente al fenómeno del litisconsorcio necesario. Es en esta figura donde sí se hace necesario tener que integrar una relación procesal nacida defectuosamente al no haber demandado todos los que debieron hacerlo.

5. LA NECESIDAD DE INCORPORAR UNA NORMA DE *LITISDENUNCIACIÓN*

En su descripción más simple, la *litisdenunciación* es un acto de comunicación que busca poner en alerta a un determinado tercero sobre la existencia de un juicio cuyo resultado le puede acarrear alguna consecuencia desfavorable²³.

La finalidad de la *litisdenunciación* es que el tercero tome conocimiento de la existencia del proceso, para que haga valer sus derechos conforme a las peculiaridades y efectos jurídicos previstos para su caso por el legislador.

Como se explicaba, el tercero en sentido técnico abarca distintas situaciones jurídicas. El interés de un tercero para ingresar a un proceso pendiente para defender sus derechos requiere que a lo menos se contemple un instrumento procesal que le permita tomar conocimiento de la existencia del proceso pendiente.

Como lo han resuelto otros ordenamientos, la comunicación podrá generarse a petición de parte o por el juez de la causa, dejando siempre al tercero definir si interviene o no para la defensa de sus derechos.

En este punto se debe considerar que la denuncia del litigio cuenta con un reconocimiento en nuestro ordenamiento, demostrando que su incorporación en una norma general no es una excentricidad académica. Dentro de los ejemplos de esta figura están:

- a) El artículo 11 de la Ley N° 18.101 sobre arrendamientos urbanos; allí se dispone que para hacer oponibles a los subarrendatarios lo obrado y la sentencia recaída en los juicios de desahucio, de restitución o de

cosa juzgada a su respecto aún cuando no le sea notificada" (C. de Ap. de Santiago, 11 de julio de 1947, *RDJ*, t. XLV, sec. 2ª, p. 24).

²³ Su origen remoto se encuentra en el derecho romano, y se recoge en varios ordenamientos procesales con carácter general, dentro de la intervención de terceros en juicio (*V. gr.* art. 172 Ordenanza Procesal Civil Alemana). Cfr. Fernández Barreiro, Alejandrino, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, edit. Universidad de Navarra, 1969, pp. 296 ss.

terminación del arrendamiento por falta de pago de la renta, seguidos contra el arrendatario, les deberá ser notificada la demanda²⁴.

En este caso el acto de comunicación permite que los efectos de la sentencia vinculen a estos terceros, los que verán extinguidos sus derechos en el evento que su arrendador pierda el juicio. Asimismo, este aviso de pendencia del proceso les permitirá a los subarrendatarios intervenir voluntariamente en la relación procesal, obviamente como coadyuvantes de su subarrendador.

- b) El artículo 29 inc. 2º de la Ley Nº 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local; conforme a este precepto, para que la sentencia condenatoria pueda surtir efecto respecto del tercero civilmente responsable, debe ponerse en conocimiento de la denuncia o querrela seguida ante el juez de Policía Local, mediante una notificación judicial, antes de la dictación de la sentencia. En este caso, la *litisdenciación* constituye un trámite imprescindible para que en un ulterior proceso se pueda hacer efectiva la obligación de garantía que pesa sobre el tercero civilmente responsable. Si tal comunicación no se practicó el tercero podrá asilarse en el efecto 'relativo de la sentencia, sin perjuicio de que en juicio ulterior el actor acredite los elementos de responsabilidad civil en contra de este tercero que no recibió noticia del proceso²⁵.

6. LA OPOSICIÓN DEL TERCERO A LA COSA JUZGADA

Como se explicaba, en nuestro derecho ha sido tradicional explicar la cosa juzgada respecto de terceros acudiendo a la regla contenida en el Digesto: la cosa juzgada, al tercero, ni le perjudica ni le aprovecha.

Sin embargo, esa regla ya había sido relativizada en nuestro ordenamiento al introducirse la oposición del tercero a la cosa juzgada²⁶, en los

²⁴ C. de Ap. de Concepción, 6 de mayo de 1996, *RDJ*, t. XCIII, sec. 2ª, p. 49.

²⁵ En este sentido, CS. 4 de octubre de 1972, *RDJ*, t. LXIX, sec. 1ª, p. 161. La regla anterior se ve matizada si en el juicio posterior se demanda conjuntamente al tercero con el responsable del accidente (que fue condenado por la infracción), evento en el cual el tercero civilmente responsable no podrá poner en duda la existencia del hecho que constituye el delito o la infracción, ni la responsabilidad del condenado, en virtud de lo que dispone el artículo 178 del CPC, que reconoce eficacia a la sentencia condenatoria penal en los juicios civiles (En este sentido, cfr. C. de Ap. de Concepción, 23 de mayo de 1990, *RDJ*, t. LXXXVII, sec. 2ª, p. 104).

²⁶ La figura denominada como oposición del tercero a la cosa juzgada tiene sus orígenes más próximos en las Ordenanzas francesas de Villers-Cotterets de 1539, de Moulins de 1566 y de Lemoignon de 1667, y remotamente en el Derecho Romano o en el Derecho Germánico. Actualmente esta figura también existe en Francia, Italia, y en el Derecho Canónico, y la pueden ejercitar los terceros cuando una sentencia *inter alios* haya perjudicado sus derechos o intereses jurídicos. Cfr. Font Serra, Eduardo, "La oposición de tercero a la cosa juzgada", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, I. Colegio de Abogados, año LXXIX, Nº 3, pp. 677 y ss.

términos previstos en el art. 234 inc. 2º del CPC. Allí se establece que “el tercero contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia...”.

El Código de Procedimiento no contempló originalmente la oposición del tercero a la cosa juzgada. Su recepción se debe a la Ley Nº 7.760, publicada el 5 de febrero de 1944. Lamentablemente en la historia de la ley no quedó constancia de las razones que llevaron a aceptar esta singular manifestación de intervención en juicio.

A diferencia de lo que ocurre en otros códigos de procedimiento, en nuestro ordenamiento la oposición del tercero ha sido considerada un incidente y no como un medio de impugnación autónomo. Esta opción obliga a considerar a esta figura como una forma de intervención en un juicio pendiente.

El Anteproyecto reconoce esta figura en el art. 221, en idénticos términos que el Código de Procedimiento Civil. Ahora, nos parece necesario que se aproveche esta oportunidad para poder clarificar en qué hipótesis se puede dar esta situación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, HUGO. “Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 4, 1957.
- ATTARDI, ALDO. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale*, 1990, Nº 2.
- BERZOZA FRANCO, MARÍA VICTORIA. Demanda «causa petendi» y objeto del proceso, prólogo de M. Serra Domínguez, Córdoba, edit. El Almendro, 1984.
- BUSTAMANTE SALAZAR, LUIS. “Los contratos conexos”, en *Nuevas Tendencias del Derecho* (VV.AA), Santiago, LexisNexis, 2004.
- CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. *La tutela judicial del tercero*, Madrid, edit. Difusa, 2005.
- CID BOTETANO, CARLOS. *El artículo 21 del Código de Procedimiento Civil*, Memoria de Prueba, Universidad de los Andes, 2001.
- COUTURE, EDUARDO J. “Legitimación procesal del tercero coadyuvante”, en *Estudios de Derecho Procesal*, T. III, Buenos Aires, edit. Depalma, 1989.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. *El objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, edit. Thomson, 2005.
- FERRÉ MARTI, JOSÉ MARÍA. *Protección procesal del tercero en el derecho canónico*, Barcelona, 1982.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL. *La tercería de dominio*, Madrid, edit. Montecorvo, 1980.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO. *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, edit. Universidad de Navarra, 1969.
- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. “El efecto relativo en los contratos conexos”, en *Nuevas Tendencias del Derecho* (VV.AA), Santiago, LexisNexis, 2004.

- FONT SERRA, EDUARDO. "La oposición de tercero a la cosa juzgada", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona: I. Colegio de Abogados, año LXXIX, Nº 3.
- GONZÁLEZ, ATILIO CARLOS. "La legitimación de los terceros en el proceso civil", en *La Legitimación* (AA.VV.), Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1996.
- GONZÁLEZ VIDAL, ALBERTO. *La intervención del tercero coadyuvante en el proceso civil chileno*, Memoria de Prueba, Universidad de los Andes, 2000.
- GUASP DELGADO, JAIME. *La pretenión procesal*, Madrid, edit. Civitas, 2ª edic., 1985.
- LÓPEZ-FRAGOSO, TOMÁS. *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Madrid, edit. Marcial Pons, 1990.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. "Las cadenas de contratos o contratos coligados", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 19 (1998): "Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado".
- MONTERO AROCA, JUAN. *La Intervención Adhesiva Simple, Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, Barcelona, edit. Hispano Europea, 1972.
- *La Legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid: Civitas, 1994.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, edit. Thomson-Aranzadi, 8ª edic., 2008.
- PEDRAZ PENALVA, ERNESTO. "Objeto del proceso y objeto litigioso", en *Presente y Futuro del Proceso Civil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1998 (coord. Picó i Junoy, Joan).
- PÉREZ RAGONE, ÁLVARO-ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS. *Código Procesal Civil Alemán* (ZPO), edit. Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- PICARDI, NICOLA. *Manuale del Processo Civile*, Milán, Giuffré Editore, 2006.
- PIZARRO WILSON, CARLOS. "El efecto relativo de los contratos: partes y terceros", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, edit. LexisNexis, 2007 (A. Guzmán B. coord.).
- TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, Madrid, edit. La Ley, 2000.
- TESSONE, ALBERTO JOSÉ. "En torno de la legitimación para recurrir", en *La Legitimación* (AA.VV.), Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1996.

DEBER DE TRANSPARENCIA PATRIMONIAL Y EFECTIVIDAD DE LA EJECUCIÓN: COROLARIO DEL IMPERATIVO DE COOPERACIÓN PROCESAL

ÁLVARO PÉREZ RAGONE*

Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania

Profesor de Derecho Procesal Civil

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción pensada sin posibilidad de que lo decidido se cumpla actual o potencialmente, implica la negación del funcionamiento del Estado de Derecho. Si el derecho a un juez, un buen juez y un proceso justo y oportuno pincelaron y delinearon al proceso civil de fines del siglo XX, el centro de atención se desplaza en el siguiente milenio. Obtener un pronunciamiento con las condiciones antes mencionadas ya no es suficiente, si no puede cumplirse, cuando la sola voluntad de la parte vencida (ahora deudor) sea un obstáculo. Absurdo sería pensar en las bondades de una solución justa y oportuna, si no puede cumplirse¹.

El amplio catálogo de derechos materiales no serían sino solo promesas de derechos si carecieran de la virtualidad de ser efectivamente resguardados. "Efectivamente" significa con posibilidad incluso de cumplimiento agrediendo patrimonial o personalmente al obligado a una prestación. El problema es mucho más antiguo de lo que parece. Aristóteles había escrito sobre él en la política clásica. Para Aristóteles, la ausencia de la autoridad ejecutiva socava la sociedad civil. La obligatoriedad de las sentencias parece ser otra premisa tabú y a veces utópica. Cuando de tutela efectiva del

* Este trabajo forma parte del Proyecto iniciación N° 11070054 titulado "Estudio histórico, comparado y dogmático de las conductas no cooperativas de las partes en el proceso civil (rebeldía-contumacia-default) de cara a su reformulación para una nueva y eficiente Justicia civil chilena" (2007-2008).

¹ Guinchard, S., *La garantie de l'exécution de la décision du Juge*, in Droit Processuel, 2009, pp. 1015 y ss.; comp. Pellegrini Grinover, A., *Cumprimento da sentença*, in Temas atuais da Execução civil (Hom. Donaldo Armelin), 2007, San Pablo, pp. 1-10.

crédito se trata, aún debe recorrerse un camino donde muchas variables temporales e incluso de potencialidad satisfactiva de un crédito que se ejecuta –ya no se discute– quedan en manos y arbitrio del deudor.

La humanización de la ejecución sería una razón para generar marcos formales y detallados que encaucen la actividad coercitiva y ejecutiva del Estado en la jurisdicción ejecutiva para resguardar derechos fundamentales. Esto es aceptable en la medida que, para la protección de la dignidad del deudor, no se ofenda la dignidad de la otra parte como ciudadano que busca el restablecimiento de sus derechos violados. Los principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad rigen para ambos extremos. Ahora bien, en la ejecución, a diferencia de la etapa declarativa o de conocimiento, ya no se discute. Las partes procesales son acreedor/ejecutante-deudor/ejecutado y parte de este presupuesto donde un título indubitado ya porque surgió de un proceso anterior y tiene la legitimidad procesal para simplemente hacerse cumplir, ya porque la propia ley estableció la misma calidad (ejecutabilidad) a determinados títulos y eso sienta el fundamento de la ejecución. Se parte de la asimetría de las partes frente al Derecho sustantivo, una de ellas está en situación de antijuridicidad y debe satisfacer el crédito a la otra. Tuvo la oportunidad de hacerlo voluntariamente. Ya no se discute, se ejecuta. Ignorar esta visión de la ejecución en lo más elemental de su tésis es fomentar la crisis del derecho sustantivo.

Pues la ejecución parece haber sido dejada mucho tiempo de lado por el legislador. Es claro que no siempre se acude a ella. Pero no puede ignorarse que integra también el derecho fundamental de acción.

2. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA EJECUCIÓN

La ejecución es el proceso mediante el cual se efectivizan las pretensiones del acreedor contra el deudor mediante la coerción estatal. Únicamente puede tener lugar en función de una prestación, esto es, una obligación de pago, de hacer, no hacer, tolerar o de emitir una declaración de voluntad. Se funda en una sentencia que parcial o totalmente contenga una condena². Así, se distingue entre ejecución por prestaciones dinerarias, para la restitución de cosas, sobre la base de prestaciones de hacer, de no hacer, de tolerar y finalmente para el otorgamiento de una declaración de voluntad. La ejecución fundada en prestaciones dinerarias es, a su vez, subdivisible de acuerdo con los bienes patrimoniales del deudor sujetos a ella y que puedan ser agredidos, es decir: cosas muebles, créditos y otros derechos patrimoniales y bienes inmuebles³.

² Rosenberg Gaul, Schilkén, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Múnich, 1997, 11.ª ed., § 1, I, págs. 1-7; Prütting, Stichelbrock, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Stuttgart, Boorberg, 2002, págs. 29-30.

³ Comp. con Hernández, E., *La ejecución judicial y sus alternativas en España y México*. Barcelona, 2008.

El derecho de la ejecución se caracteriza por una relación de agresión patrimonial en la esfera del requerido (deudor), sobre la base de una petición del requirente (acreedor). Debido a la afectación posible de importantes derechos fundamentales, desde el derecho de propiedad hasta la libertad personal, la ejecución se encuentra no solo regulada en detalle, sino sometida al principio de formalidad⁴. Los sujetos que intervienen en la ejecución son, por un lado, los órganos de ejecución (no se reducen únicamente a un tribunal de ejecución), las partes (acreedor y deudor) y los terceros. Los dos primeros son necesarios, mientras los últimos son contingentes.

2.1. ÓRGANOS

Los órganos de ejecución llevan a cabo las distintas medidas de ejecución a instancias del acreedor y con base en la distribución de la competencia funcional por distintos órganos que ejercen función jurisdiccional. Pensar en un oficial de ejecución, que es el órgano de ejecución externa que desempeña las funciones atinentes a la notificación, citación y medidas de ejecución, y ejerce una función estatal jurisdiccional, es una alternativa válida para una tarea desjudicializada aunque "jurisdiccional". Este funcionario puede bien intervenir teniendo a su cargo la ejecución con base en pretensiones dinerarias para la realización del embargo, la efectivización de la prenda judicial de cosas muebles y la ejecución de prestaciones de restitución de cosas, y está autorizado al uso de la fuerza pública. Otro órgano de ejecución –el más importante– es el tribunal de ejecución, de actuación paralela al anterior órgano mencionado. Como tal se desempeña el juzgado en cuya circunscripción tiene lugar el proceso de ejecución.

Los distintos operadores del sistema registral desempeñan también un rol en la publicidad de las distintas medidas de agresión o conservación patrimonial. Como puede verse, no existe un órgano, ni menos un tribunal único, que realiza la ejecución, sino varios posibles que actuarán según la pretensión a ejecutar, el objeto asiento de agresión y las medidas ejecutivas a realizarse.

2.2. PARTES PROCESALES Y TERCEROS

El sujeto interviniente en la ejecución que posee una pretensión titularizada cuya ejecución solicita es el *acreedor* (nótese que no se denomina actor). Es el dueño del proceso de ejecución donde rige al máximo el principio dispositivo. El deudor (y no demandado) es la otra

⁴ Stürner, R., "Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung", en *ZZP*, N° 99, 1986, pág. 291; Gaul, "Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht", en *ZZP*, N° 112, 1999, pág. 135.

parte, es decir, contra quien se realiza la ejecución; es quien figura como obligado en la pretensión contenida en el título y está en una posición susceptible de ser agredido patrimonialmente. La doctrina mayoritaria designa a las partes según el título y la cláusula ejecutiva (concepto formal de parte). Así es acreedor ejecutante aquel para el cual el título es ejecutable, mientras que deudor ejecutado es aquel contra el cual el título se ejecuta⁵.

Los otros sujetos eventuales de la ejecución son los terceros. Por un lado, el tercero deudor que interviene en los casos en los cuales la ejecución de una pretensión dineraria no se reduce a la relación entre el acreedor y deudor, y puede intervenir el tercero que es deudor del deudor ejecutado. Así se le podrá prohibir que realice un pago al deudor ejecutado. Aparte del tercero deudor pueden existir otros deudores cuyos derechos patrimoniales pueden verse afectados por la actividad ejecutiva que desempeña el órgano de ejecución sobre el patrimonio del deudor: las tercerías.

Pero no se agota allí el abanico posible de terceros relevantes para la ejecución. En el mismo plano deben ubicarse aquellos quienes en su rol dentro de las relaciones con el ejecutado tienen parte de ese acervo patrimonial que pueda servir para la satisfacción del crédito del ejecutante o conoce dónde ubicarlo⁶. Todos estos terceros tienen un deber de cooperación con el Estado en la función jurisdiccional ejecutiva. Es claro que debe sopesarse su relación sustantiva con el deudor frente a la relación procesal de cooperación, sin embargo, ello nunca en desmedro de la eficacia de la ejecución⁷.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PROGRESIVA DE LAS ETAPAS DEL PROCESO: LA EJECUCIÓN COMO TAREA PENDIENTE

Es posible ver la paulatina constitucionalización de todas las fases del proceso. Desde la de conocimiento combinada con la cautelar para arribar en el último lustro a la ejecución. Las garantías del pleno contradictorio, debido proceso, audiencias, las bondades de la oralidad son imposiciones pensadas y funcionales para la etapa de conocimiento y no de "trasplante" directo y sin adecuación a la ejecución⁸. Se superó ya el *executio non est iudicandum, sed exsequendum y iurisdictio in sola*

⁵ Baur F. Stürner, R., *Zwangsvollstreckung-, Konkurs-, Vergleichsrecht*, Heidelberg, 1995, N° 155; Blomeyer, H., *Zivilprozessrecht-Vollstreckungsverfahren*, Berlín, 1975, § 8 I.

⁶ Un estudio detallado con énfasis en el Derecho Concursal, pero de aplicación a la ejecución individual puede verse en Heese, M., *Gläubigertinformation in der Insolvenz*, Tübingen, 2008, pp. 10-47.

⁷ de Oliveira, C. A. Alvaro, *Formas de tutela jurisdiccional no chamado processo de conhecimento*, *Revista Ajuris*, 100 (dez. 2005):59-72, esp. pp. 69-71.

⁸ La idea en Perrot, R-Théry, P., *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000, p. 9,

notione consistit, es que *jurisdictio* sin *coertio et executio* es norma individual (sentencia) muerta⁹.

La prohibición de autotutela exige que la jurisdicción, en el ámbito de la ejecución, cuente con los medios idóneos para lograr material y no solo identificando la sentencia de condena como el punto final del ejercicio de la jurisdicción¹⁰. Ante todo, una primera aproximación dogmática al objeto de nuestro estudio revela un problema terminológico, derivado de la utilización indiscriminada, incluso por los mismos autores, de palabras distintas para referirse a nuestra institución: búsqueda, descubrimiento, localización, selección, fase de localización, elección, individualización¹¹.

3.1. EL PATRIMONIO DEL EJECUTADO Y SU TRANSPARENCIA

Así creando coherencia terminológica y semántica corresponde distinguir la investigación de datos relativos al deudor-ejecutado, entre ellos la información patrimonial. No siempre una investigación patrimonial conduce necesariamente a localizar y hallar bienes. El ejecutado puede ya no tener bienes, quizás porque intencionalmente los ocultó o los enajenó. Allí pueden darse distintas alternativas dentro de los sistemas de ejecución. Un segundo obstáculo, ya con bienes localizados es que estos deben ser idóneos para satisfacer el crédito del ejecutante: bienes inembargables, imposibles de ser realizados son ejemplos¹². Ahora, lograr acceder a una información adecuada puede conseguirse por varios medios y poniendo los costos e impulsos en los distintos sujetos de la ejecución. Una de esas alternativas es acudir al propio ejecutado como quien mejor conoce su patrimonio y/o a los terceros con él vinculados en tanto relacionados actualmente o en el pasado con aquel¹³.

⁹ Verde, G., "Attualità del principio "nulla executio sine titulo"", en *Rivista di Diritto Processuale*, 4/1999, pp. 963-988, (p. 967).

¹⁰ Ramos Méndez, F., Derecho y proceso, op. cit., p. 277; Serra Domínguez, M., "Jurisdicción", en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 20-62.

¹¹ Así, para Comoglio, la individualización tanto puede consistir en la identificación material o espacial de bienes como en la identificación jurídica u ontológica de bienes embargables (equivalente a la determinación de su aptitud jurídica abstracta para ser embargados). Comoglio, L.P., "L'individuazione dei beni da pignorare", *Rivista di Diritto Processuale*, 1/1992, pp. 83-134 (pp. 84 y 91). Le sigue Merlin, E., "L'individuazione dei beni da pignorare e la "trasparenza" dei patrimoni: riflessioni "de iure condendo"", *Giurisprudenza italiana*, 1993, 4, pp. 205-228; comp. por cierto con Satta (v. S. Satta, "La ricerca delle cose da pignorare", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, (pp. 150-164), p. 151; Id., "Cose e beni nell'esecuzione forzata", *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, pp. 347-361 (p. 361).

¹² Leroy, E., "L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européenne et les garanties des droits de la défense-Transparence patrimoniale", en AA.VV., M-T Caupain-G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Paris, Larcier, 2000, pp. 273-402.

¹³ En detalle ver el estudio de Hess, B. *Study on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*, disponible en http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm (última visita 1 de febrero de 2008). Igualmente comparar DOCE N° C 012, de 15 de enero 2003; COM (2006) 618 final, disponible en la página web oficial de la Unión Europea: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0618es01.pdf (última visita 1 de febrero de 2008).

La transparencia patrimonial impone partir de lo público y de acceso posible para todo eventual interesado, a toda la información relevante y necesaria para conocer el estado patrimonial del ejecutado, abarca varios aspectos íntimamente vinculados: a) el domicilio del ejecutado, b) el activo patrimonial del ejecutado y c) el pasivo patrimonial del ejecutado¹⁴. El rol instrumental de la coerción para lograr la ejecución impone tener presente el rol de la proporcionalidad de los medios en tanto a la agresión patrimonial y afectación a varios derechos fundamentales del ejecutado, sin olvidar el derecho de crédito del ejecutante y el necesario correlato del derecho de acción a perfeccionarse en la ejecución.

La ejecución depende en su éxito o fracaso de la técnica legislativa procesal que viabilice la investigación patrimonial y genere incentivos negativos y positivos para lograr una adecuada transparencia patrimonial del ejecutado. Poniendo en relación la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho a la ejecución con la eficacia de la investigación y transparencia patrimonial es posible reafirmar el importante y delicado rol del legislador¹⁵.

Importante doctrina ha llegado a afirmar que existe un principio de adecuación de la ejecución a sus objetivos, que exige, entre otras cosas, (1) que se pongan a disposición del ejecutante los instrumentos necesarios para la identificación de bienes embargables y (2) que permitan el logro del fin al que están destinados¹⁶. El Tribunal Constitucional español se ha manifestado sobre la ejecución como relevante en tanto las resoluciones no queden como “meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”, o bien “el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria”¹⁷.

Bajo el epígrafe “II.3 Transparencia del patrimonio”, la Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 1997 reconoce que los distintos métodos existentes entre los países de la Unión para la investigación del patrimonio del ejecutado no constituyen una situación satisfactoria “y que la eficacia de las vías de ejecución en la Unión Europea exige una acción coordinada”. En esta línea, “la Comisión estima oportuno reflexionar, habida cuenta del interés que presenta el sistema, sobre la generalización de la obligación de declaración de patrimonio como medio de localizar los elementos activos y pasivos de éste”. Krings, E., “Le droit des saisies dans l’Union Européenne”, en De Leval, G. (ed.), *Seizure and overindebtedness in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1997, especialmente pp. 18-20.

- ¹⁴ Kennett, K., “*Aperçu comparatifs des différents modes d’exécution forcée des obligations pecuniaires dans l’Union Européenne*”, en AA.VV., J. Isnard-J. Normand (dirs.), *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice-Le droit processuel et le droit de l’exécution*, Paris, 2002, pp. 255-265 (p. 264).
- ¹⁵ Así especialmente Sentencia Hornsby contra Grecia de 19 de marzo de 1997, demanda número 18357/91, apartado 40, seguida por la Sentencia Estima Jorge contra Portugal de 21 de abril de 1998, demanda número 24550/94, apartado 35. Con posterioridad, los mismos pronunciamientos pueden encontrarse en la Sentencia Burdov contra Rusia de 7 de mayo de 2002, demanda número 59498/2000, apartado 34 y Sentencia Jasiuniene contra Lituania de 6 de marzo de 2003, demanda número 41510/1998, apartado 27.
- ¹⁶ Catteau, Ch. “Le juge de l’exécution et l’exécution forcée”, en AA.VV., J. Isnard y J. Normand (dirs.), *Nouveaux droits...*, op. cit., p. 33; Tarzia, G., “Il giusto processo di esecuzione”, *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 329-350 (p. 330-331).
- ¹⁷ STC 37/2007, de 12 de febrero, FJ 4º; STC 145/2006, de 8 de mayo, FJ 3º; STC 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2º.

3.2. EL DEBER DE TRANSPARENCIA COMO COROLARIO DE LA COOPERACIÓN PROCESAL EN LA EJECUCIÓN

Los deberes de cooperación y transparencia tienden a coadyuvar a la efectividad de la ejecución. No en vano las reformas en los ordenamientos comparados tanto en las medidas coercitivas como en remisiones a penalización de determinadas conductas han sido exitosamente plasmadas para sancionar la ocultación de activos.

Ocultación de bienes, aplicación incorrecta de las normas sobre secreto bancario, la timidez en la aplicación de vinculación en línea y la deficiente aplicación de medidas coercitivas y las sanciones son incompatibles con los derechos fundamentales y la protección del acreedor en la ejecución civil. La ocultación de activos o información relevante y útil relacionada con ellos no solo ofende y afecta los derechos del acreedor/ejecutante, sino burla al óptimo funcionamiento de la jurisdicción. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, oportuna y adecuada y derecho fundamental a la dignidad humana se ven inmediatamente agredidos, incluso en forma más evidente que una dilación temporal en un juicio declarativo. El acreedor con un derecho indiscutido debe aún controlar y verificar la veracidad del dónde y cuándo del patrimonio a ejecutar. Sin posibilidad de objeto patrimonial a agredir, ese título sigue siendo y finalmente será una promesa incumplida del sistema jurídico procesal en evidente contradicción con el derecho sustantivo y la Constitución Política.

Carnelutti enseña que no es suficiente para que el éxito del proceso ejecutivo, que el patrimonio del deudor se conserve y obviamente existe, es necesario, además, que sea ostensible. Si existe y pertenece al deudor, y resulta imposible acceder a él para el órgano jurisdiccional, es como si no hubiera nada. El sistema procesal debe prever el peligro de la ocultación o distracción patrimonial. Ellas son conductas por parte de terceros o del mismo deudor que obstaculizan la dinámica ejecutiva. Así como en la etapa de conocimiento la posibilidad coercitiva contra el testigo que rehúsa comparecer o el peso de la consecuencia para la parte que guarda silencio en una audiencia de confesión, con mucha mayor razón debe partirse de deberes y sanciones idóneas frente a la inconducta procesal en la ejecución¹⁸.

El deber de transparencia, el patrimonio se basa en el derecho a la información de los tribunales estatales por un lado y el derecho del acreedor a la tutela de su derecho. Ignorar este deber como un anexo necesario a los derechos enunciados por el legislador sustantivo a favor del acreedor frente al deudor, implica, por ejemplo, convertir en inoperante el gran abanico del Derecho de las Obligaciones.

¹⁸ Carnelutti, F., *Instituzioni del processo civile italiano*, vol. III, Roma, 1956, pp. 32-48.

3.3. LOS DATOS RELEVANTES EN LA TRANSPARENCIA

La búsqueda de la dirección del deudor es, a menudo, el punto de inicio del procedimiento de ejecución. Es cierto que en la mayoría de los casos el acreedor ya sabe la dirección del deudor, porque tiene relación contractual con el deudor o porque ya fue, otrora, su demandado. Pero no siempre la dirección es un dato simple de obtener. Allí es que comienza el rol cooperativo de terceros a tener utilidad, claro siempre que ello esté adecuadamente regulado. La funcionalidad de la información aislada del Registro civil, de los organismos de Registro inmobiliario y automotor o para ejercicio de Derechos político-electorales, órganos de fiscalización de los permisos de conducción y anexos tributarios de estos para llegar finalmente el contenido en las entidades financieras no suele conducir a resultados óptimos. Sí la información cruzada de todos aquellos.

No dista mucho la situación del acreedor ejecutante, cuando de saber sobre qué ha de ejercer su derecho de ejecución y agresión patrimonial mediatizada por el Estado se trata. La posición de un acreedor que busque información acerca de la situación financiera de un deudor antes de iniciar el procedimiento de ejecución es similar a la situación descrita anteriormente¹⁹.

Como simple anécdota del proceso civil comparado, mientras en Inglaterra el abanico de posibilidades para ordenar el cumplimiento de este deber en cabeza del deudor y terceros es amplio; al igual que en Luxemburgo y Alemania donde el acreedor puede obtener información de terceros puede accederse a ello en base a decisiones mandamentales provisorias, incluso títulos ejecutivos provisorios, en otros países como España las limitaciones y centralización en el tribunal, parcialmente desdoblado en el secretario y la necesidad de una actuación fundada del tribunal no facilitan la tarea de acceso a la información²⁰.

Fuera del procedimiento de ejecución, los terceros no están obligados a revelar información acerca de la situación financiera del deudor. La situación de hecho es todo lo contrario. Secreto profesional (como el secreto bancario) puede impedir que terceros suministren información. La regulación del secreto profesional y un consecuente, si así se lo quiere ver de la práctica profesional financiera, como es el secreto bancario pueden ser superados si el deudor consiente. Existen algunas situaciones, especialmente en el contexto de comenzar una relación de negocios o al solicitar un crédito, que los deudores tienen un interés a divulgar información acerca de su solvencia. En consecuencia, la autorización para

¹⁹ Verde, G., *La riforma dei libri III e IV del codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento al febbraio 2006*, in Verde, G.-Capponi, B., *Profili del processo civile*, Napoli 2006, p. 460 ss.

²⁰ Stamm, J., *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 2007,

la recolección de datos acerca de la solvencia de los consumidores se suele dar en la práctica. No se entiende entonces cuál sería el obstáculo para que esa misma información pueda ser empleada para y dentro de la ejecución por el órgano competente y el acreedor²¹.

Los sistemas informáticos y la tecnología de la información contemporáneos al servicio de aquel que desea emprender una relación comercial para conocer la *bonitas* en solvencia de su contraparte no es objetada por aquel que desea endeudarse y consecuentemente “transparenta” su conducta y patrimonio como futuro deudor. Nada se diferencia esta situación de manejo de información con la de aquel que ya es acreedor, no dispone normalmente del acceso a la masa de información de un acreedor más profesionalizado y con tecnología como manejo adecuado de costos. Pero éste puede brindar la información necesaria y adecuada a aquel si ello se encausa en un proceso de ejecución actual o inminente²².

Consecuentemente, pueden distinguirse modelos de declaración tomando diferentes criterios: el primero obliga al deudor a divulgar todos sus activos mientras que el segundo restringe esta obligación a los activos suficientes para la recuperación de lo requerido por el acreedor. La primera alternativa parecería adecuarse a principios básicos de la ejecución singular y de las medidas cautelares: ello es el principio de proporcionalidad. Sin embargo, de la perspectiva del acreedor, puede ser que sea desventajoso, porque su “opción libre” entre diversos activos, conforme a la ejecución, será limitada por la “preferencia” del deudor. Además, visto de la perspectiva del deudor, puede limitar el acceso, pensando en no solo un acreedor, sino en varias oportunidades que develaría “partes” de su activo²³.

4. CONCLUSIONES

Como conclusiones creo necesario decir dónde está Chile y hacia dónde navega. Dejo al lector subsumir estos datos meramente descriptivos en los párrafos antes desarrollados.

El CPC chileno sigue la visión disfuncional de la ejecución o designa los bienes el acreedor antes de interponer la demanda o en el momento de traba del embargo (lo que supone que previamente “investigó” ese

²¹ En detalle, *Libro Verde Efectiva ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea: la transparencia de la Bienes del deudor* (COM (2008) 128 final), de 06/03/2008.

²² Comp. Maier, I., *Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus Sicht des schweizerischen*, ZZP-121. Band-Heft 3-2008, p. 296 y ss.

²³ En detalle sobre el tema, Miccolis, G., *Pignoramento, ricerca dei beni da pignorare, estensione del pignoramento*, in AA.VV., *La modifichie al codice di procedura civile previste dalla l.n. 80 del 2005*, in Foro Italiano 2005 V, p. 111 y ss.; Munhoz de Mello, R., *La nuova disciplina degli obblighi del terzo debitore ex art. 546 C.P. C.*, en *Rivista di Diritto Processuale*, LXII, 2007, p. 133 y ss.

patrimonio (art. 443) o (art. 447)). Por cierto si ello no es posible “puede” hacerlo el deudor (art. 448). Ante la inutilidad de estas vías, será el ministro de fe quien “pueda” designar los bienes a embargar. El marco de la justicia civil contrasta con el existente en materia laboral²⁴, de familia²⁵ y tributaria²⁶.

En la reforma a la Justicia Civil chilena no ha pasado desapercibida la necesidad de mecanismos para obtener la información patrimonial relevante sobre el ejecutado. Es éste quien debe presentar una manifestación íntegra de su patrimonio, aunque en determinados casos, pero con posibilidad de que se le apliquen medidas de coerción. Además, se combina con esta disposición tanto la facultad del tribunal para investigar el patrimonio del ejecutado como el deber de cooperación de terceros públicos y privados para informar y cooperar con la actividad investigadora del tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUR, F-STÜRNER, R. *Zwangsvollstreckung, Konkurs-, Vergleichsrecht*, Heidelberg, Müller, 1995.
- BLOMEYER. *Zivilprozessrecht-Vollstreckungsverfahren*, Berlín, 1975.
- CATIEAU, Ch. “Le juge de l’exécution et l’exécution forcée”, en AA.VV., Isnard J. y Normand J. (dirs.), *Nouveaux droits ans un nouvel espace européen de justice*, Paris, 2002.
- CARNELUTTI, F. *Instituzioni del processo civile italiano*, vol. III, Roma, 1956.
- COMOGLIO, L.P. “L’individuazione dei beni da pignorare”, *Riv. Dir. Proc.*, 1/1992, pp. 83-134.
- DE OLIVEIRA, C. A. ALVARO. *Formas de tutela jurisdiccional no chamado processo de conhecimento*, *Revista Ajuris*, 100 (dez. 2005), pp. 59-72.
- KRINGS, E. “Le droit des saisies dans l’Union Européenne”, en G. de Leval (ed.), *Seizure and overindebtedness in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1997.

²⁴ El art. 444 del Código del Trabajo faculta al juez para toda diligencia que tienda a la singularización del patrimonio de los obligados.

²⁵ Art. 5. Ley 14.908 en Derecho de Alimentos: El juez, al proveer la demanda, ordenará que el demandado acompañe, en la audiencia preparatoria, las liquidaciones de sueldo, copia de la declaración de impuesto a la renta del año precedente y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica. En el evento de que no disponga de tales documentos, acompañará, o extenderá en la propia audiencia, una declaración jurada, en la cual dejará constancia de su patrimonio y capacidad económica. La declaración de patrimonio deberá señalar el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, individualizando lo más completamente posible, si los tuviere, sus activos, tales como bienes inmuebles, vehículos, valores, derechos en comunidades o sociedades.

²⁶ El art. 171 del CT faculta al recaudador fiscal para exigir del contribuyente ejecutado una declaración jurada. La nueva regulación del proceso en los jueces tributarios y aduaneros a comienzos del 2009 no ignora esta problemática.

- GUINCHARD, S. *La garantie de l'exécution de la décision du Juge*, in Droit Processuel, 2009.
- HEESE, M. *Gläubigerinformation in der Insolvenz*, Tübingen, 2008.
- HERNÁNDEZ, E. *La ejecución judicial y sus alternativas en España y México*. Barcelona, 2008.
- HESS, B. *Study on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*, disponible en http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm (última visita 1° de febrero de 2008). Igualmente comparar DOCE n° C 012, de 15 de enero 2003; COM (2006) 618 final, disponible en la página web oficial de la Unión Europea: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0618es01.pdf (última visita 1 de febrero de 2008).
- KENNETT, W. "*Aperçus comparatifs des différents modes d'exécution forcée des obligations pecuniaires dans l'Union Européenne*", en AA.VV., Isnard, J. -Normand, J. (dirs.), *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice-Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Paris, 2002, pp. 255-265.
- LEROY, E. "*L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européenne et les garanties des droits de la défense-Transparence patrimoniale*", en AA.VV., M-T Caupain-G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Paris, Larcier, 2000, pp. 273-402.
- *Libro Verde Efectiva ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea: la transparencia de la Bienes del deudor* (COM (2008) 128 final), de 06/03/2008.
- MAIER, I. *Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus Sicht des schweizerischen*, ZJP-121. Band-Heft 3-2008.
- MERLIN, E. "*L'individuazione dei beni da pignorare e la 'trasparenza' dei patrimoni: riflessioni 'de iure condendo'*", *Giurisprudenza italiana*, 1993, 4, pp. 205- 228.
- MICCOLIS, G. *Pignoramento, ricerca dei beni da pignorare, estensione del pignoramento*, in AA.VV., *La modifiche al codice di procedura civile previste dalla l.n. 80 del 2005*, in *Foro Italiano* 2005 V, p. 111 y ss.; MUNHOZ DE MELLO, R., *La nuova disciplina degli obblighi del terzo debitore ex art. 546 C.P. C.*, *Rivista di Diritto Processuale*, LXII, 2007.
- PERROT R.-THÉRY P. *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978.
- ROSENBERG GAUL, SCHILKEN. *Zwangsvollstreckungsrecht*, Múnich, 11ª edic., 1997.
- PRÜTTING, H., STICKELBROCK, B. *Zwangsvollstreckungsrecht*, Stuttgart, 2002.
- SATTA, V. "*La ricerca delle cose da pignorare*", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965.
- "*Cose e beni nell'esecuzione forzata*", *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. "*Jurisdicción*", en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969 (pp. 20-62).

STAMM, J. *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen, 2007.

STÜRNER. "Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung", en *ZZP*, N° 99, 1986, p. 291; GAUL, "Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht", en *ZZP*, N° 112, 1999.

TARZIA, G. "Il giusto processo di esecuzione", *Riv. Dir. Proc.*, pp. 329-350.

VERDE, G. "Attualità del principio 'nulla executio sine titulo'", en *Rivista di Diritto Processuale*, 4/1999, pp. 963-988.

— *La riforma dei libri III e IV del codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento al febbraio 2006*, in VERDE, G.-CAPPONI, B., *Profili del processo civile*, Napoli 2006.

