



Universidad de

los Andes

Facultad de

Derecho

Justicia civil:

perspectivas para una reforma
en la legislación chilena

**CRISTIÁN MATURANA MIQUEL Y RENÉE RIVERO HURTADO
MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN
ALBERTO GONZÁLEZ VIDAL
GONZALO CORTEZ MATCOVICH
ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
HERNÁN CORRAL TALCIANI
MAURICIO DUCE JULIO
IVÁN HUNTER AMPUERO
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
DIEGO PALOMO VÉLEZ
NANCY DE LA FUENTE HERNÁNDEZ
MIGUEL OTERO LATHROP
CARLOS DEL RÍO FERRETTI
ÁLVARO PÉREZ RAGONE
FERNANDO ORELLANA TORRES
MACARENA VARGAS PAVEZ**

**MAITE AGUIRREZABAL G.
EDITOR**



2 0 1 2

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 23



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena

Cristián Maturana Miquel y Renée Rivero Hurtado
Maite Aguirrezabal Grünstein
Alberto González Vidal
Gonzalo Cortez Matcovich
Andrés Bordalí Salamanca
Hernán Corral Talciani
Mauricio Duce Julio
Iván Hunter Ampuero
Alejandro Romero Seguel
Diego Palomo Vélez
Nancy de la Fuente Hernández
Miguel Otero Lathrop
Carlos del Río Ferretti
Álvaro Pérez Ragone
Fernando Orellana Torres
Macarena Vargas Pavez

Maite Aguirrezabal G.
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 23 (2012)
Justicia civil: perspectivas
para una reforma en la legislación chilena

CIP - Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación
chilena / Cristián Maturana Miquel ... [et al.]; Maite
Aguirrezabal G., editor.
p.; cm. (Cuadernos de Extensión Jurídica; 23)

1.- Derecho Procesal Civil – Chile. I.- Maturana
Miquel, Cristián. II.- Aguirrezabal Grünstein, Maite, ed. II.- ser.

CDD 22
347.8305

2013

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: Jorge Baraona González

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

Secretario de redacción: Gustavo Balmaceda Hoyos

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-80-8

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 226.039

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.

© 2012 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL Y RENÉE RIVERO HURTADO

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Chile

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de Chile

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

ALBERTO GONZÁLEZ VIDAL

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

GONZALO CORTEZ MATCOVICH

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Concepción

Pontificia Universidad Católica de Chile

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Profesor Derecho Procesal

Universidad Austral de Chile

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

MAURICIO DUCE JULIO

Profesor de Derecho Procesal

Universidad Diego Portales

IVÁN HUNTER AMPUERO

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad Austral de Chile*

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes*

DIEGO PALOMO VÉLEZ

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Talca*

NANCY DE LA FUENTE HERNÁNDEZ

*Profesora de Derecho Procesal
Universidad Diego Portales*

MIGUEL OTERO LATHROP

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile*

CARLOS DEL RÍO FERRETTI

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad Católica del Norte*

ÁLVARO PÉREZ RAGONE

*Profesor de Derecho Procesal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

FERNANDO ORELLANA TORRES

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad Católica del Norte*

MACARENA VARGAS PAVEZ

*Profesora de Derecho Procesal
Universidad Diego Portales*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
UN NUEVO SISTEMA PROCESAL CIVIL: UNA NECESIDAD SOCIAL IMPOSTERGABLE O UN ANTOJO MERAMENTE ACADÉMICO <i>Cristián Maturana Miquel, René Rivero Hurtado</i>	
Introducción	17
I. Diagnóstico de nuestra justicia civil actual	20
II. Estado actual de la reforma del sistema procesal civil.....	23
III. Los desafíos que debe enfrentar una reforma procesal civil.....	26
IV. El sistema procesal civil como instrumento para el logro de los valores del derecho.....	30
V. Los modelos estructurales y funcionales de un moderno sistema procesal civil	31
VI. El moderno sistema procesal civil.....	32
ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL <i>Maite Aguirrezabal Grünstein</i>	
I. Precisiones conceptuales	39
II. Capacidad y representación procesal de los entes sin personalidad jurídica	41
III. Una referencia especial a la capacidad y repre- sentación de los grupos	45
IV. Representación procesal del ausente	51
LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA INTERVENCIÓN ADHESIVA LITISCONSORCIAL <i>Alberto González Vidal</i>	
I. Planteamiento de la cuestión.....	55
II. El tercero coadyuvante en el proyecto	56
III. La hipótesis del artículo 18 N° 2 de la ley que crea los tribunales ambientales	59
IV. La intervención adhesiva litisconsorcial.....	64
V. Conclusiones	68

OBSERVACIONES AL PROCEDIMIENTO PREVISTO PARA RESOLVER
SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO
PROCESAL CIVIL

Gonzalo Cortez Matcovich

I. Delimitación del objeto.....	69
II. Referencia a la regulación de la actividad procesal cautelar en el Código de Procedimiento Civil.....	70
III. Regulación del procedimiento cautelar en el Proyecto de Código Procesal Civil.....	71
IV. El régimen de ejecución de las medidas cautelares.....	82

FUNCIÓN DEL PROCESO Y LA PRUEBA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO
PROCESAL CIVIL. REPERCUSIONES PARA LAS PARTES Y PARA EL JUEZ

Andrés Bordalí Salamanca

Introducción	87
I. Función del proceso civil	90
II. Función de la prueba civil.....	94
III. Rol, derechos y deberes del juez y las partes en una concepción adversarial atenuada del proceso civil.....	97
IV. Conclusiones	105

SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO
PROCESAL CIVIL

Hernán Corral Talciani

I. La carga de la prueba y sus repercusiones en el Derecho Civil.....	107
II. La actual situación.....	108
III. La modificación judicial de la carga de la prueba propuesta por el proyecto de Código Procesal Civil.....	109
IV. Críticas a la teoría de las “cargas dinámicas”	111
V. Críticas a la regla proyectada.....	115
VI. Una solución menos riesgosa.....	116

LA PRUEBA PERICIAL Y SU ADMISIBILIDAD EN EL PROYECTO DE
CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Mauricio Duce J.

I. ¿Quién es perito? y ¿Qué hace un perito en un juicio oral?.....	121
II. El contexto actual y los riesgos en el uso de la prueba pericial	124

III. El cambio de paradigma: La concepción de la prueba pericial en el actual y la propuesta de nuevo proceso civil.....	129
IV. Los tres criterios especiales de admisibilidad de la prueba pericial a juicio oral.....	134
V. ¿Qué condiciones se requieren para tener un debate efectivo de admisibilidad?.....	145
VI. Observaciones finales	147
 LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PCPC	
<i>Iván Hunter Ampuero</i>	
Introducción.....	149
I. Aplicación judicial del derecho: La tensión entre <i>justicia procedimental</i> y <i>justicia de la decisión</i>	151
II. La legitimación del poder jurisdiccional a través de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.....	157
III. La motivación de la sentencia y la aplicación judicial del derecho.....	162
IV. Conclusiones	172
 ¿EJECUCIÓN PROVISIONAL SIN CAUCIÓN? (EL PROCESO Y LOS DADOS)	
<i>Alejandro Romero Seguel</i>	
I. La justificación teórica del cambio	173
II. Estadísticas y juicio de probabilidad.....	175
III. La pretendida extensión de la ejecución provisional.....	181
IV. La pretendida regla general de los efectos de los recursos.....	182
V. Las sentencias que causan ejecutoria como argumento.....	183
VI. La injustificada supresión de la caución	184
VII. La necesidad de restablecer la caución y su diversidad de modalidades	185
VIII. El oficial de ejecución.....	188
 LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE NUEVO CPC	
<i>Diego Palomo Vélez</i>	
I. El punto de partida: Oralidad, eficiencia y ejecución provisional de las sentencias.....	197

II. Una decisión polémica del Proyecto: Ejecución provisional sin necesidad de caución	204
III. Rol del juez y modelo <i>ope legis</i> con oposición limitada en cuanto a sus causales	210
IV. Planteamiento de cierre. Algunas dudas y propuestas	214
LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PCPC	
<i>Nancy de la Fuente Hernández</i>	
Introducción	219
I. Fundamento, finalidad y límites	221
II. Evaluación de la ejecución provisional en la ley española	222
III. La ejecución provisional en el PCPC	223
IV. La caución	229
V. Medidas de restitución	232
VI. Conclusiones	234
LOS RECURSOS Y LA CORTE SUPREMA	
<i>Miguel Otero Lathrop</i>	
Preámbulo	237
I. Finalidad de la jurisdicción y proceso	237
II. Los hechos y su importancia	238
III. Los medios probatorios	239
IV. Interpretación de la prueba	241
V. Valoración de la prueba	244
VI. Legislación chilena sobre valoración de la prueba	246
VII. La sentencia definitiva	248
VIII. Recursos contra la sentencia definitiva de primera instancia	252
IX. Recursos contra la sentencia de segunda instancia	255
X. La garantía constitucional del debido proceso	259
XI. Igualdad ante la ley y en su aplicación	262
XII. Funciones de una corte suprema	263
XIII. La casación de fondo en Chile	264
XIV. Conclusiones	266
XV. Sugerencias	268

FUNCIÓN Y FINALIDAD DE LOS RECURSOS DE NATURALEZA CASACIONAL: CONCEPTOS ÚTILES PARA EL DISEÑO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Carlos del Río Ferretti

I. Función y finalidad de los recursos de naturaleza casacional	271
II. Bases para análisis	274
III. Dos ejes fundamentales	276
IV. Regulación propuesta en Proyecto de Código Procesal Civil respecto de la configuración de los motivos del recurso extraordinario y del diseño de la selección de asuntos.....	280

DERECHO A LA TUTELA EJECUTIVA DEL CRÉDITO: ENTRE MITOS, TEMORES Y REALIDAD

Álvaro Pérez Ragone

I. Planteos iniciales	285
II. La jurisprudencia comunitaria e interamericana en derechos humanos y la ejecución civil.....	289
III. El diagnóstico y la propuesta de cambio en Chile...	294
IV. La adecuación de la proyectada nueva ejecución civil chilena a los parámetros de eficacia, transparencia, celeridad y cercanía al ciudadano.....	300
V. La necesaria coordinación entre la ejecución singular con la universal	308
VI. Conclusiones	309

ALGUNOS ASPECTOS DEL INICIO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Fernando Orellana Torres

311

REFLEXIONES EN TORNO AL DISEÑO DE SISTEMAS DE EJECUCIÓN CIVIL

Macarena Vargas Pavez

Introducción	317
I. Sistemas de ejecución civil y políticas públicas....	318
II. El Código de Procedimiento Civil y sistemas “balanceados” de ejecución	320
III. ¿Qué podemos esperar de la Reforma Procesal Civil?	326
IV. Conclusiones	331

PRESENTACIÓN

Con fecha 12 de marzo de 2012 se firmó el proyecto para discutir en el Congreso Nacional el Código Procesal Civil. Esta iniciativa pretende reemplazar al Código de Procedimiento Civil vigente desde el 1 de marzo de 1903.

El presente Cuaderno de Extensión Jurídica contiene un conjunto de estudios que aportan una mirada crítica sobre los aspectos más relevantes del Proyecto de Código Procesal Civil, en actual tramitación.

El primer trabajo de los profesores Cristián Maturana y Renée Rivero se refiere a aspectos generales de la reforma procesal civil y a la necesidad de su implementación; también describe los principales aspectos de un sistema procesal civil moderno.

En seguida, la profesora Maite Aguirrezabal se refiere al problema de la capacidad procesal y la representación en el proyecto, haciendo especial énfasis en la regulación de la capacidad de las entidades de hecho, los grupos y los ausentes.

Luego, el profesor Alberto González se refiere a la necesidad de incorporar la intervención adhesiva litisconsorcial y criticando la forma cómo el proyecto regula la intervención de terceros en el proceso.

A continuación, el profesor Gonzalo Cortez se refiere a la regulación de la tutela cautelar, efectuando un análisis crítico del procedimiento destinado a lograr la obtención de las distintas medidas contempladas en el proyecto y su ejecución.

El profesor Andrés Bordalí aborda la función del proceso y de la prueba en el proyecto donde expone su visión sobre cuál es la concepción del Ejecutivo en el Proyecto de Código Procesal Civil en relación con la función del proceso y la prueba civil, al rol y los poderes y derechos del juez y las partes.

En este mismo ámbito, el profesor Hernán Corral aborda el debatido tema de la carga probatoria dinámica, señalando los inconvenientes que acarrearía su incorporación, ofreciendo, además, soluciones alternativas desde el ámbito del derecho civil.

En el ámbito probatorio también, el profesor Mauricio Duce analiza la prueba pericial y su admisibilidad en el nuevo proceso civil proyectado, donde asume que, debido a

las características propias de la prueba pericial y el escenario y contexto en el cual se está proponiendo un nuevo sistema procesal civil, es necesario regular con mucha claridad exigencias adicionales de admisibilidad para esta prueba respecto a otras reglas que hoy existen.

En seguida, el profesor Alejandro Romero se hace cargo de la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, criticando la justificación teórica del cambio, con especial énfasis en los problemas que surgen en relación al debido proceso y la defensa de las partes un sistema de ejecución provisoria sin caución.

En esta misma línea, el profesor Diego Palomo realiza una explicación general del modelo en el cual se enmarca esta propuesta específica; damos cuenta de los aspectos fundamentales sobre los cuales se levanta la regulación que se propone, para terminar con el planteamiento de algunas consideraciones que advierten sobre algunos riesgos o peligros que puede entrañar la asunción de un instituto como éste sin los resguardos que la razonabilidad y la experiencia acumulada en otros países exigen.

La profesora Nancy de la Fuente, a su vez, enfoca la ejecución provisional de la sentencia desde el punto de vista de su naturaleza como título ejecutivo, fijando sus fundamentos, finalidad y límites que deben ser considerados cuando se plantea una regulación de este tipo.

El profesor Miguel Otero se refiere al rol de la Corte Suprema en el nuevo proceso civil, efectuando un análisis de distintas instituciones procesales que convergen en el sistema recursivo y el rol de nuestro tribunal Supremo.

El profesor Carlos del Río hace especial referencia a la función y finalidad del recurso de casación, a los cambios propuestos en el proyecto, con especial atención a los sistemas de selección de asuntos y cómo ello afectará el ius litigatoris y el ius constitutionis.

Ya en el ámbito del proceso de ejecución, el profesor Álvaro Pérez analiza los mitos y verdades en torno a la tutela judicial del crédito, resaltando el derecho de ejecución como un derecho fundamental que no siempre encuentra una adecuada protección en la legislación positiva.

En seguida, el profesor Fernando Orellana se refiere a algunos aspectos relevantes en el inicio de la ejecución civil. Se explican las diferencias con el actual procedimiento ejecutivo, al incorporar la figura del Oficial de Ejecución como un pilar fundamental de este nuevo edificio procesal.

Para finalizar, la profesora Macarena Vargas desarrolla algunas pautas teóricas para implementar un sistema de ejecución, con especial referencia al rol que juegan las partes en este nuevo procedimiento, los derechos y deberes que ellas poseen y la forma en que éstos deben ser cautelados.

Agradecemos a los profesores de Derecho Procesal que desinteresadamente contribuyeron a hacer esta obra realidad y que constituye un verdadero aporte a la discusión de la reforma del proceso civil y su implementación.

Especiales agradecimientos nos merece, también, la participación de los alumnos de nuestra Facultad de Derecho, Camila Jaureguiberry y Nicolás Looff, quienes han participado activamente en la coordinación y revisión de este trabajo.

*Maite Aguirrezabal Grünstein
Directora del Departamento de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes*

UN NUEVO SISTEMA PROCESAL CIVIL: UNA NECESIDAD SOCIAL IMPOSTERGABLE O UN ANTOJO MERAMENTE ACADÉMICO

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

*Profesor de Derecho Procesal y Director del
Departamento de Derecho Procesal de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
Miembro de la Comisión Intraministerial de la
Reforma Procesal Civil del Ministerio de Justicia.*

RENÉE RIVERO HURTADO

*Profesora de Derecho Procesal,
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.*

INTRODUCCIÓN

Desde inicios de la década del 90 se han experimentado en forma creciente reformas de carácter orgánico y procedimental del sistema procesal en nuestro país como jamás se conociera en los siglos XIX y XX.

En materia orgánica se aumentó el número de ministros de la Corte Suprema de 17 a 21¹, se contempló la especialización de sus Salas² y se creó la Academia Judicial³ para la habilitación y perfeccionamiento de funcionarios, jueces y ministros del Poder Judicial.

A mediados de esa década del 90 se ingresó a tramitación legislativa un nuevo Código Procesal Penal⁴, como las reformas constitucionales⁵ y aprobación de nuevos cuerpos legales para la creación del Ministerio Público⁶, la Defensoría Penal Pública⁷, los jueces de garantía y tribunales orales y se promulgaron las leyes adecuatorias de diversos cuerpos legales⁸. Ello permitió que el año 2000 comenzara la aplicación, implementación y puesta en marcha gradual de dicha reforma, iniciándose en la IV y IX

¹ Véase Leyes N° 19.541 y N° 19.541 de 1997, que modificaron el actual inciso segundo del artículo 78 de la C. Pol.

² Véase art. 99 del C.O.T., reemplazado por la Ley N° 19.374, de 18 de febrero de 1995.

³ Véase Ley N° 19.346 de 1994.

⁴ Véase Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000.

⁵ Véase Ley N° 19.519 de 16 de Septiembre de 1997.

⁶ Véase Ley N° 19.640 de 15 de octubre de 1999.

⁷ Véase Ley N° 19.718 de 10 de marzo de 2001.

⁸ Véase Leyes N° 19.665 de 2000 y N° 19.708 de 2001.

Región el 1 de diciembre de 2000, para culminar el 16 de junio de 2005 en la Región Metropolitana⁹.

Dicha labor reformadora se acentuó con el pasar de los años, para permitir la adecuación de la justicia a estándares internacionales y, por otra parte, facilitar una mayor eficacia en la protección de los derechos de las personas.

Es así, como el año 2004 se aprobó una radical reforma a la justicia de familia¹⁰, estableciendo procedimientos orales, concentrados y más accesibles para la gente, incorporando mecanismos alternativos de solución de los conflictos como la mediación¹¹, en algunos casos en forma previa y obligatoria a la vía judicial.

La implementación inmediata de esa reforma a lo largo del país sin la mediación como filtro inicial del procedimiento, así como la decisión de eliminar la asistencia letrada obligatoria, sin contarse con los medios y la capacitación previa necesaria, generó serios inconvenientes, los cuales con el trabajo dedicado y abnegado de los miembros del Poder Judicial y las modificaciones legales posteriores necesarias¹² podemos estimarlos superados en gran medida a la fecha.

Atendiendo al fenómeno de la internacionalización de nuestro país, que nos obliga idealmente a tener sistemas de solución de conflictos de carácter homogéneos en un mundo globalizado, es que se introdujo el sistema de arbitraje internacional que contempla la Uncitral a través de la ley que se aprobara el año 2004¹³.

Por otra parte, el año 2005 se reformó el sistema de la justicia laboral, creándose nuevos tribunales del Trabajo que separan en las principales Regiones las labores de cobranza laboral y previsional, las que se entregan a tribunales especializados en esas materias¹⁴. Dicha reforma laboral ha permitido que juicios que demoraban en resolverse como promedio tres años se resuelvan en la actualidad entre tres y seis meses, encontrándose hoy el nudo crítico más bien en la ejecución.

En materia de Libre Competencia se modificó el D.L. 211 para crear el órgano de la Fiscalía Nacional Económica con una nueva estructura y funciones para proteger el mercado, y un Tribunal de Libre Competencia para conocer de los conflictos que se promuevan en dichas materias¹⁵.

Asimismo, se han creado los Tribunales Tributarios y Aduaneros¹⁶, contemplando Salas especializadas en las Cortes de Apelaciones, con una

⁹ Véase art. 8 transitorio de la C. Pol y 4º transitorio de la Ley N° 19.640 de 15 de octubre de 1999.

¹⁰ Véase Ley N° 19.968 de 30 de agosto de 2004.

¹¹ Véase Título V de las Ley N° 19.968.

¹² Véase Leyes N° 20.152 de 9 de enero de 2007 y N° 20.286 de 15 de septiembre de 2008.

¹³ Véase Ley N° 19.771 de 29 de septiembre de 2004.

¹⁴ Véase Ley N° 20.022 de 30 de mayo de 2005.

¹⁵ Véase Ley N° 19.911 de 14 de noviembre de 2003.

¹⁶ Véase Ley N° 20.322 de 27 de enero de 2009.

implementación en forma gradual, la que aún se encuentra en marcha, superándose con ello los diversos cuestionamientos de constitucionalidad que al anterior sistema procesal tributario se le formularan tanto por nuestra Corte Suprema como posteriormente por el Tribunal Constitucional.

Además, se ha dictado recientemente una nueva normativa para la regulación medioambiental, la que contempla la existencia de órganos especializados como son los Tribunales Ambientales para conocer de esas materias¹⁷.

Finalmente, y quizás lo más importante, se modificó nuestra Carta Fundamental¹⁸ con el fin de concentrar en el Tribunal Constitucional¹⁹ el control preventivo, y ahora también el control represivo, a través del requerimiento de inaplicabilidad. Adicionalmente, en caso de haberse acogido previamente un requerimiento de inaplicabilidad de un precepto legal, con base a semejante declaración previa es posible que posteriormente el Tribunal Constitucional, de oficio o con motivo de un requerimiento, emita un pronunciamiento de carácter general de inconstitucionalidad, el que posee un efecto derogatorio de ese precepto legal.

Dicha modificación no privó a nuestra Corte Suprema del ejercicio de las facultades conservadoras para velar por la protección de los derechos fundamentales a través del conocimiento de las acciones de amparo y protección en contra de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que importen una privación, perturbación o amenaza.

Sin perjuicio de ello, no cabe duda que dicho ejercicio de acciones constitucionales será cada vez más poco usual si consideramos que existen en la actualidad procesos orales concentrados que no hacen necesaria su utilización por contemplar dentro de ellos medidas que importan una mayor, expedita y eficiente tutela como acontece en el proceso penal con el control de detención; diversos procesos que se han contemplado para la protección de algunos de los derechos fundamentales en procesos independientes como acontece con el procedimiento de tutela laboral²⁰, el amparo para la protección de datos informáticos²¹; o las reclamaciones por actos discriminatorios²².

Es así como, a través de este intenso proceso de reformas vivido en los últimos años, se ha consolidado en nuestro país la aprobación de procedimientos orales, concentrados, con plena vigencia del principio de inmediación, sana crítica y fundamentación de la sentencia; considerando en el aspecto orgánico la plena dedicación de los jueces al ejercicio de

¹⁷ Véase Ley N° 20.660 de 28 de junio de 2012.

¹⁸ Véase Ley N° 20.050 de 26 de agosto de 2005.

¹⁹ Véase Ley N° 17.997, modificada por la Ley N° 20.381, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el DFL N° 5 de 1 de junio de 2010, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, publicado en el Diario Oficial de 10 de agosto de 2010.

²⁰ Véase arts. 485 y ss. del Código del Trabajo.

²¹ Véase Art 16 de la Ley N° 19.628 de 28 de agosto de 1999.

²² Véase Ley N° 20.609 de 24 de julio de 2012.

lo netamente jurisdiccional, a la cual desean dedicarse en cuerpo y alma para satisfacer con ello en mejor forma su verdadera vocación, apartándolos de las labores meramente de carácter administrativas, las que son entregadas a personas de dedicación exclusiva y con mayor especialidad en el ejercicio de estas actividades.

Frente a esa evolución debemos apreciar cual es el diagnóstico de nuestra justicia civil actual, considerando y utilizando para ello los parámetros internacionales que existen en estas materias.

I. DIAGNÓSTICO DE NUESTRA JUSTICIA CIVIL ACTUAL

De todos es sabido que nuestro Código de Procedimiento Civil posee una antigüedad y se inspira en principios propios de una sociedad superada, generando con ello una serie de prácticas que conducen a una administración de justicia lenta, cara y lejana al ciudadano, no alcanzando con ello índices que demuestren una confianza en la forma en la cual opera.

Los procedimientos son escritos y de lato conocimiento, disgregada su tramitación en diversas etapas, componiéndose cada una de ellas de diversos trámites que se alargan en el tiempo, conduciendo a la primacía del soporte de papel, para consagrar como máxima subconsciente del sistema el viejo y superado axioma *lo que no consta en el expediente, no consta en el mundo*.

En la actualidad nos encontramos en presencia de un sistema procesal civil en que apreciamos una falta de contacto del juez con las partes por primar en forma plena la escrituración, existiendo una práctica de delegación de funciones en terceros para que se verifique la rendición de la prueba, lo que nos conduce a que rija para su valoración el superado sistema de la prueba legal o tasada.

Los jueces se encuentran no sólo dedicados al ejercicio de labores propias jurisdiccionales, sino que deben también afrontar numerosas actividades de índole administrativa, con medios tecnológicos bastante superados, que conducen a la mediación o delegación en terceros la realización de actividades como algo de suyo natural.

Dentro de estas labores que no revisten una naturaleza propiamente jurisdiccional se encuentran las labores de cobranza, que ocupan la mayoría de la carga de los tribunales en cuanto a su ingreso, en los cuales, por regla general, no existen verdaderos conflictos que resolver al no verificarse una oposición del ejecutado, sino que más bien lo que se genera es que los jueces sean los agentes de la mera persecución y liquidación de bienes para dar curso con su producto al pago de los créditos.

En consecuencia, resulta patente que todo lo anterior nos conduce a la desconcentración y dispersión de actuaciones, con proliferación de incidentes, descansando el avance del proceso en las partes, todo lo que

nos conduce a la mediación y a la desconcentración para la tramitación y resolución de los procesos y a la pasividad del juez frente a lo que sucede en los múltiples expedientes que se acumulan materialmente ante él.

El sistema recursivo no valora lo actuado por los tribunales de la instancia, sometiendo a su revisión la mayoría de las resoluciones que se dictan a lo largo de su tramitación, incluyendo las mayoría de las resoluciones intermedias, y respecto de la sentencia definitiva nadie puede considerar que la ejecución provisional forma parte de su ADN por estimarse de la naturaleza que se contemple el efecto suspensivo.

La segunda instancia es considerada una etapa con bastante más amplitud de una mera labor revisora, puesto que se permite renovar el debate en forma acotada haciendo valer algunas nuevas excepciones, prevé la posibilidad de rendir nuevas pruebas y admite la anulación de oficio por parte del tribunal de lo actuado en la instancia, pronunciando como regla general sentencias de reemplazo.

Demostrando esta visión de carácter jerárquico más que funcional de la labor de los tribunales de alzada es que se contempla aún la institución de la consulta para la revisión de las sentencias que se pronuncian en forma desfavorable al interés fiscal en los juicios de Hacienda, como si la instancia recursiva no fuera un acto de parte como prolongación del derecho de acción y de defensa; y la protección debiera más bien brindarse en el peor de los casos al más débil que litiga con el Fisco.

Las sentencias pronunciadas por el tribunal de alzada pueden ser impugnadas nuevamente para la búsqueda ante la Corte Suprema de una nueva solución para el caso concreto, sustentada en la superada distinción en cuestiones de hecho y de derecho.

De allí que la Corte Suprema posea un gran volumen de asuntos para su conocimiento que la acerca a un tribunal de instancia, ejerciendo una labor de filtro negativo a través del sistema de la admisibilidad, lo que genera irremediablemente como resultado la existencia de una falta de uniformidad en la jurisprudencia no solo por la cantidad de recursos que debe resolver, sino que por hacerlo privilegiando siempre el *ius litigatoris* para la solución del caso concreto, que hace que las sentencias se pronuncien mirando el pasado más que con una visión general y prospectiva.

Ante la falta de recursos en contra de las resoluciones y como corolario de una consideración de estructura jerárquica más que funcional, se contempla aún la existencia del recurso de queja como vía de impugnación, máximo exponente para el ejercicio de la vía disciplinaria, últimamente acotado sólo a determinadas resoluciones y a la improcedencia de recursos ordinarios o extraordinarios en contra de ellas.

Con ello no se alcanza a separar claramente la función jurisdiccional de la disciplinaria, lo que deriva en un cuestionamiento serio respecto de la forma en que se consolida la exigencia del respeto de la independencia para la decisión de los asuntos.

Claramente el acudir a esta vía es una demostración patente de la construcción insatisfactoria del sistema recursivo como de la deficiente delimitación de la función que debe cumplirse en cada etapa por los distintos órganos jurisdiccionales para la solución de los conflictos y el cumplimiento de los diversos objetivos que deben satisfacerse en el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas del debido proceso.

Todo lo anterior se ve agravado, desde un punto de vista orgánico, con la estructura vertical y jerarquizada de nuestro Poder Judicial –herencia de la monarquía colonial española–, el que detenta no sólo el ejercicio de la función jurisdiccional, sino que, además, concentra la administración de Justicia así como el régimen disciplinario y de gobierno interior y el control de la gestión de los tribunales y jueces que lo integran.

De este modo, a diferencia de lo que ocurre, si bien con matices, en la mayoría de los sistemas europeos en los que se considera de la esencia para una adecuada garantía del principio de independencia, especialmente la interna, la separación de dichas funciones en órganos o poderes diferentes, como se ha sostenido por diversos autores, en nuestro ordenamiento éstas se concentran en un mismo poder estatal, el que no solo está llamado a juzgar los conflictos de intereses de relevancia jurídica, sino que, junto con ocuparse de las cuestiones domésticas que implica toda administración de Justicia en cuanto al uso de recursos materiales y humanos, ejerce funciones de gobierno, control y disciplina, poniéndose con ello en entredicho la real independencia e imparcialidad con que los tribunales actúan en el ejercicio de su función propia como es la jurisdiccional²³. Efectuada esta breve descripción, que se asienta en la mera observación de lo que ocurre en la realidad y en las leyes que conducen a nuestros jueces civiles al deber de actuar conforme a un modelo antiguo superado, cabe sólo preguntarnos, siguiendo a BENTHAM, “si todas esas reglas de procedimiento se dirigen a las cuatro finalidades: 1. rectitud en las decisiones; 2º celeridad; 3º economía; 4º eliminación de los obstáculos superfluos”²⁴.

Pareciera –siguiendo a Bentham– que “en cuanto a los fines que he llamado colaterales, de celeridad, economía y eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho con su solo enunciado: mas adaptar el procedimiento a esos fines y conformar la práctica, es una labor que re-

²³ Sobre esta materia en particular y en general sobre la organización judicial en Chile, véase por todos COUSO, JAVIER Y ATRIA, FERNANDO (Edit.), *La Judicatura como organización*, Expansiva-IEJ, Santiago de Chile, 2007; ATRIA, FERNANDO, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 2005; BORDALÍ, ANDRÉS, “Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 2, 2009, pp. 215 -244 e “Independencia y responsabilidad de los jueces”, en *Revista de Derecho*, vol. XIV, U. Austral de Chile, Valdivia, 2003 y VARGAS, JUAN ENRIQUE y CORREA, JORGE, *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1995.

²⁴ BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, p. 11.

quiere del legislador una habilidad y una firmeza extraordinarias, porque en esa carrera hay que luchar más que en ninguna otra con seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración en decir que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como el deseo de multiplicar los gastos, dilaciones y vejaciones mediante el agregado de todo lo que puede haber resultado ininteligible. Esos vicios no han sido, sin embargo, el efecto de un plan adoptado por los tribunales; han sido la consecuencia de aquellos intereses de que acabo de hablar, de aquellos intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública esta muda o impotente sobre abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas”²⁵.

II. ESTADO ACTUAL DE LA REFORMA DEL SISTEMA PROCESAL CIVIL

A mediados de marzo, el Presidente de la República ha ingresado a la Cámara de Diputados el proyecto de ley en el cual somete un nuevo Código Procesal Civil a la aprobación del Congreso Nacional, en adelante PNCPC.

Con la presentación de este proyecto se da inicio en la sede legislativa a un trabajo iniciado el año 2005 por el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que primeramente con la presentación de un anteproyecto de Bases y luego del Anteproyecto de Código Procesal Civil, permitió con la posterior participación de los más diversos académicos, universidades, abogados, jueces y funcionarios del Ministerio de Justicia, que se discutiera y redactara el texto definitivo de dichos documentos²⁶.

Nos encontramos en presencia pues de un largo proceso que ha generado un anteproyecto y dos proyectos de ley sobre Código Procesal Civil, todos los que han sido conocidos por la comunidad, y en el cual se han recibido observaciones de los más diversos actores como abogados, jueces, académicos y miembros del ejecutivo durante más de tres períodos gubernamentales.

Esta reforma estimamos que debería contar con una pronta aprobación para dar satisfacción a las siguientes necesidades, expuesta al fluir del computador y sin por ello estar ordenadas en un orden decreciente de importancia a continuación:

²⁵ BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. 1, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

²⁶ Todos esos antecedentes históricos pueden ser consultados en el Mensaje de actual proyecto de ley de Código Procesal Civil, Boletín N° 8197-07, en actual tramitación ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

1°. SATISFACER EL REQUERIMIENTO CIUDADANO

La reforma del sistema procesal civil es una necesidad compartida por las diversas autoridades políticas, jueces, académicos y medios de comunicación, quienes con ello no hacen más que reflejar un necesario y sentido sentimiento ciudadano en la materia.

La muestra patente de ello es la aprobación unánime de la idea de legislar en esta materia por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, previo a un trabajo continuo de semanas durante todo este año para conocer, analizar y escuchar a diversos actores del sector académico, forense y judicial, para luego y recientemente entrar a analizar y pronunciarse respecto de su articulado.

2°. SATISFACER UNA NECESIDAD ECONÓMICAMENTE NECESARIA

En un mundo globalizado resulta imprescindible contar con un sistema eficiente, transparente y moderno para la resolución de conflictos civiles y comerciales, puesto que en caso contrario, no resultará posible cumplir con los parámetros de organizaciones internacionales en la materia, como el OCDE del cual formamos parte²⁷.

3°. SATISFACER UNA NECESIDAD JURÍDICAMENTE IMPRESCINDIBLE

La legislación procesal civil es supletoria de las restantes. Hoy ello no es posible si el antiguo proceso civil está inspirado en principios propios del siglo XIX y muy distintos a los que inspiran a los modernos procedimientos orales que rigen actualmente en nuestro sistema procesal penal, de familia y laboral, los que no se verán consolidados en tanto no se reforme el sistema procesal civil.

4°. SATISFACER UNA NECESIDAD POLÍTICA INDISPENSABLE

La pronta y cumplida administración de justicia, la que sólo puede ser brindada por procedimientos orales eficientes, es la única forma de garantizar la existencia de un debido proceso para la solución de los conflictos en una sociedad moderna.

La pronta y cumplida administración de justicia es una función pública que debe ser garantizada por el Estado.

²⁷ Véase Informe de DECKER, KLAUS Y OTROS, *Mejorando el desempeño de las instituciones de justicia. Experiencias recientes de países miembros de la OCDE relevantes para América Latina*, 2011. Disponible en <http://www.inej.edu.ni/novedades/mejorando-el-desempeno-de-las-instituciones-de-justicia-por-klaus-decker-christian-mohlen-david-f-varela-documento-del-banco-mundial-2500.html>.

Una sociedad democrática no es aquella en que solamente se reconocen derechos, sino fundamentalmente aquella en que se protegen eficientemente esos derechos. No debemos olvidar que una justicia que se retarda, importa en definitiva, una justicia que se deniega.

5°. DAR INICIO A UNA LABOR IMPORTANTE, PERO NO SUFICIENTE POR SÍ MISMA PARA CONFORMAR UN NUEVO SISTEMA PROCESAL CIVIL

El Nuevo Código Procesal Civil es una piedra fundamental para la construcción del nuevo sistema de justicia civil.

Sin embargo, faltan otros cuerpos legales que deben ser aprobados, como la ley de arbitraje, medios alternativos de solución de conflictos, asuntos judiciales no contenciosos, leyes de modificaciones orgánicas, leyes adecuatorias, etc. Sin perjuicio, a ello debemos agregar la designación de nuevos jueces, afrontar labores de capacitación, hacer frente a la instalación de tecnologías adecuadas para que el sistema funcione, etc.

En consecuencia, la presentación del PNPC importa sólo un paso, pero de trascendental importancia, en la larga maratón que debemos emprender para alcanzar la meta de establecer un nuevo sistema procesal civil.

6°. DEMOSTRAR LA EFICIENCIA Y MADUREZ DE NUESTRO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Un nuevo sistema procesal requiere de un Poder Ejecutivo que lo promueva, un Poder Legislativo que lo apruebe y un Poder Judicial que lo aplique una vez aprobado, pudiendo esperar confiados en que concurren actualmente esas condiciones para que pueda ocurrir todo aquello.

7°. NOS DA LA POSIBILIDAD DE UNIRNOS EN UN PROYECTO PAÍS, QUE POR LO MISMO DEBE SER APOYADO POR LOS MÁS DIVERSOS SECTORES DE LA POBLACIÓN

En una sociedad democrática, madura y moderna, proyectos trascendentes para el país no pueden más que ser apoyados por las universidades –como generadoras de ideas–, por los empresarios –como generadores de proyectos que deben contar con medios eficaces para la protección de sus derechos–, por los medios de comunicación –como principales actores de información y educadores cívicos–, por los ciudadanos –como detentadores de los derechos fundamentales– y, en general por todos, dado que el proceso constituye la “garantía de todas las garantías” para contar con un eficaz y eficiente Estado de Derecho.

III. LOS DESAFÍOS QUE DEBE ENFRENTAR UNA REFORMA PROCESAL CIVIL

Los desafíos que debe enfrentar una reforma procesal civil no son otros que cumplir, en forma muy clara y eficiente, con la delimitación de las funciones que deben desempeñar los tribunales ante los cuales acuden los ciudadanos para satisfacer sus necesidades de justicia. El modelo se debe estructurar para responder y satisfacer los principios modernos que inspiran un sistema de administración de justicia como son los del contradictorio o igualdad de oportunidades, oralidad, intermediación, concentración, continuidad, impulso de tribunal, sana crítica y fundamentación de las sentencias.

Para el respeto y vigencia de esos principios debemos considerar un empoderamiento del primer grado jurisdiccional, contemplando la existencia de tribunales con pluralidad de jueces, pero unipersonales en su funcionamiento, dedicados exclusivamente a su misión y vocación de impartir justicia, sin que se contemple por ello su participación en otras labores ajenas a esa noble misión. Ante esos tribunales se concentra el debate, la rendición de las pruebas y la decisión de los asuntos, que conducen como regla general a la ejecución provisoria de lo resuelto.

Con el fin de cumplir con semejante objetivo resulta imprescindible contemplar la existencia de un sistema de ejecución adecuado, donde todas las labores que no son propiamente jurisdiccionales, como requerimiento de pago, embargo, aprobaciones bases de remate, remate de bienes, otorgamiento de escrituras públicas, negociación, liquidación y pago de crédito, sean entregadas para realización a terceros denominados oficiales de ejecución, pero sometidos a un control permanente respecto de la forma de ejercicio de sus funciones de naturaleza jurisdiccional dentro del proceso, sin perjuicio de la rendición de cauciones y de controles generales de funcionamiento de naturaleza administrativa y gremial que se deberían contemplar en el modelo. De allí existirían controles efectivos tanto particulares como generales que salvarían y despejarían todas las dudas y cuestionamientos que se han formulado, a menos que ellas persigan la mantención de la insostenible situación actual.

Frente a lo resuelto por el tribunal de la instancia debe contemplarse un sistema recursivo para ante los tribunales de alzada que permita la existencia de un derecho de impugnación exento de formalidades, que le delimite su misión a solo una labor de una revisión acotada de lo resuelto en la instancia, velando por el respeto esencial del derecho fundamental del debido proceso. Frente a la ejecución provisional se contempla la existencia de medidas cautelares para los efectos de suspender los efectos o paralizar el cumplimiento de las sentencias, si es que se demuestra la existencia de antecedentes graves que justifiquen la adopción de semejante medida.

Finalmente, respecto de nuestra Corte Suprema debemos optar por delimitar sus funciones para brindarle una identidad clara y definida dentro

de nuestro ordenamiento jurídico, la que entendemos que no pasa por la solución de conflictos específicos y concretos propio más bien de los tribunales, sino que por la de uniformar nuestra jurisprudencia en cuanto a la aplicación del derecho y velar como último y más importante garante del sistema nacional por el respeto de los derechos fundamentales, seleccionando los asuntos en que debe intervenir para sentar como misión propia de un tribunal Supremo los criterios generales jurisprudenciales que han de regirnos.

Todo el ejercicio de esas actividades importa que se deban contar con modernos medios tecnológicos y de infraestructura para permitir un desarrollo de las audiencias expedito y eficiente, siendo la señal del mismo la superación del viejo expediente como soporte del sistema.

La efectividad de todo nuevo sistema pasa por la capacitación no sólo de los jueces, sino que también de los abogados que deben ejercer ante un nuevo proceso, lo que importa también un desafío para las universidades en cuanto a la revisión de la metodología de enseñanza como para los medios de difusión para darlo a conocer adecuadamente a la comunidad, sin perjuicio de contemplar los controles éticos necesarios por los colegios profesionales, inexplicablemente postergados en su regulación legislativa.

Todo lo anterior debe de ser posible por estar ya inmersos ante una nueva realidad atendida las reformas que se han realizado para introducir los sistemas procesales orales en materia penal, de familia y laboral, reformas de cuya aprobación e implementación debemos ser capaces de sacar provecho de la experiencia dejada y evitar cometer errores que pongan en encrucijada el éxito de este desafío.

Con todo, para arribar a la meta con éxito, no debemos descuidar el camino. La tramitación legislativa y aprobación del Nuevo Código Procesal Civil y de la Reforma en su conjunto importa un desafío enorme en tanto se trata, sin lugar a dudas, de una de las reformas más grandes que hemos operado en nuestro país al importar un cambio sistémico e integral del ordenamiento supletorio en su conjunto.

Lo anterior requerirá no sólo de voluntad política y la asunción por parte del gobierno de turno de un liderazgo férreo que lo lleve a su aprobación y efectiva implementación más allá de los réditos políticos, sino que requerirá, además, de un esfuerzo conjunto de todos los operadores del sistema, académicos, universidades, jueces, funcionarios teniendo siempre presente, tal como señala RAMOS MÉNDEZ, que “en una ordenación procesal de los litigios civiles, el centro de atención es, debe ser, el ciudadano y no el Estado”, el cual, como usuario y cliente del sistema “es el que justifica todo el montaje”²⁸.

²⁸ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, “La concepción del proceso civil fuera de Francia: el caso español”, en *Justicia* 2006, pp. 42 y 43.

De olvidar este objetivo fundamental, y como si de una profecía autocumplida se tratara, esperamos no ocurra lo mismo que en España con la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (en adelante LECiv 2000), experiencia que no podemos dejar de tener presente. Al respecto, no está de más recordar los avatares y problemas que generó la sustitución de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la de 2000, la cual, tal como relata este mismo autor, reprodujo “alguno de los grandes fantasmas de nuestra historia pasada y confirma lo difícil que es entre nosotros poner de acuerdo a todo el mundo, o a la mayoría, para efectuar reformas en materia procesal o judicial”.

Y es que, en efecto, pese a que “la necesidad de la reforma se arrastraba desde el mismo momento de la promulgación de la ley anterior” (...) y era “seguramente lo único en que había unanimidad desde siempre” (...) “a partir de ahí, el cómo, el cuándo, el alcance de la reforma y todo lo que lleva consigo sustituir una ley tan extensa y de tan inmediata aplicación fueron incógnitas que tardaron en despejarse ciento diecinueve años”.

A fines de los 90, cuando al fin la reforma a la LECiv fue incluida como prioridad gubernamental, la discusión de un tema que se entendía ser por excelencia exclusivamente técnico y contar con el apoyo y consenso tanto político como de los operadores del sistema, se transformó en una encarnizada lucha política donde “lo que primó fue el puro mercadeo de votos para cuestiones varias, con la LECiv como moneda de cambio”. Finalmente, luego de ardua discusión, algunos partidos entendieron que no era posible oponerse a una reforma tan trascendental y dieron su voto, arribando a un texto definitivo que puso fin al largo reinado de la LECiv de 1881.

Sin embargo, tal como pone de relieve Ramos, en la discusión parlamentaria no se alcanzó las mayorías necesarias para aprobar una serie de reformas orgánicas que requerían de quórum especial. Así, “quedó coja de nacimiento la ley en una cuestión tan importante como los recursos. Y hasta hoy, viviendo con un régimen transitorio o provisional, como en tiempos pasados”^{29 30}.

²⁹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, “La concepción del proceso civil fuera de Francia: el caso español”, *op. cit.*, pp. 38 a 40.

³⁰ Concretamente, se trata de la regulación de los recursos extraordinarios, en particular la relativa al recurso extraordinario por infracción procesal para cuyo funcionamiento se requería modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial en tanto se atribuía su conocimiento a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia. Al no reunirse el quórum necesario para la aprobación de dichos cambios, se estableció un régimen transitorio (a través de la Disposición Final 16° de la LECiv 2000), en espera de dicha reforma, la cual, sin embargo, hasta la fecha no se ha producido. De este modo, tal como señala la doctrina, el régimen original proyectado en esta materia por la LECiv 2000 no ha podido nacer a la vida hasta el día de hoy siendo sustituido por un “régimen transitorio que presenta diferencias sustanciales (...) cuya vocación de permanencia ha quedado suficientemente consolidada en el tiempo”. SANZ HERMIDA, ÁGATA, “De nuevo sobre la necesaria reforma del recurso extraordinario por infracción procesal”, en *El Recurso de Casación Civil*, BONET NAVARRO, JOSÉ (Dir.) y MARTÍN PASTOR, JOSÉ (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2010, p. 329.

Junto con lo anterior, debe también tenerse presente, a nuestro juicio, la experiencia española en cuanto a las reformas orgánicas necesarias que debió haber acompañado la implementación de la LECiv 2000. Y es que, como se sabe, recién el año 2009 y pese a haber sido aprobadas el año 2003, el Ministerio de Justicia español ha iniciado la implementación y puesta en marcha de la denominada Oficina Judicial.

Esta tardía incorporación de criterios de eficiencia y gestión en la administración de Justicia a través de la creación de las Unidades Procesales de Apoyo Directo, los denominados Servicios Comunes Procesales y las Unidades Administrativas, así como la utilización de modernos medios tecnológicos, sin duda ha sido la causa, en gran parte, del retraso que sufre la impartición de justicia en España, pese a contar con una Ley de Enjuiciamiento civil de las más modernas de Europa³¹.

Con todo lo anterior, queremos poner simplemente de relieve la importancia de que en un proceso de reforma como este se avance en forma sistémica e integral, realizando las modificaciones y adecuaciones orgánicas necesarias al nuevo sistema de enjuiciamiento y que no se pierdan de vista los objetivos de bien común y proyecto país que ella tiene, los que trascienden cualquier interés de carácter político o de otro tipo.

La situación y el diagnóstico de lo que ha sido el proceso de reformas en nuestro país así como el hecho de contar con un proyecto que ha sido producto de un trabajo mancomunado en el que ha intervenido diversidad de actores y operadores jurídicos durante más de 8 años, nos conduce a pensar que ello así será y que primará el diálogo y el debate técnico centrado en la concreción de un proyecto que permitirá una mejor justicia para todos los ciudadanos.

³¹ La reforma para la implantación de la nueva Oficina Judicial en España tuvo su origen en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se diseña un nuevo modelo que permita la aplicación de criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones.

Su implementación se materializó con la promulgación de la Ley 13/2009 y de la Ley Orgánica 1/2009, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, complementaria de la primera. El proceso de implementación se ha realizado gradualmente comenzando en una primera fase en las ciudades de Murcia, Ciudad Real, Cáceres, Burgos, Madrid y Palmas de Mallorca y continuando luego en una Segunda fase en las ciudades de León, Cuenca y Badajoz.

La necesidad de un cambio sustancial en el modelo organizativo de la Administración de Justicia se puso de relieve por las principales fuerzas políticas en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, en el que se sentaron las bases de un nuevo modelo de Oficina Judicial y que se basó en el diagnóstico del que ya se daba cuenta en el denominado "Libro Blanco de la Justicia" que puso de manifiesto la necesidad de una reforma profunda en la organización de los tribunales que venía siendo advertida desde hacía tiempo tanto por los usuarios del sistema como por los operadores del mismo. Para más antecedentes, véase ampliamente <http://oficinajudicial.justicia.es/portaloj/>.

IV. EL SISTEMA PROCESAL CIVIL COMO INSTRUMENTO PARA EL LOGRO DE LOS VALORES DEL DERECHO

El derecho procesal constituye en la actualidad la rama del derecho encargada del estudio de los órganos jurisdiccionales y de los procedimientos conforme con los cuales deberá actuarse en forma racional y justa para obtener una sentencia que resuelva el conflicto.

El debido proceso se ha constituido así en la garantía de todas las garantías en el Estado moderno, dado que en caso de privación o desconocimiento de los derechos fundamentales, es el medio a través del cual debe buscarse que se brinde la debida tutela.

El desarrollo del proceso debe tener presente que –como instrumento que es, no obstante su trascendencia– debe siempre velar por alcanzar la mayor materialización posible de los valores de la justicia, bien común o paz social y seguridad jurídica que inspiran al Derecho.

La justicia debe propenderse a alcanzar a través de procedimientos que permitan acceder a una pronta y eficaz tutela jurisdiccional, puesto que procedimientos lentos y caros importan en la realidad una verdadera denegación de justicia.

Además, los procesos deben velar para que los conflictos se resuelvan aproximándose en la mayor medida a la verdad de los hechos, dado que una sentencia que se emita apartándose de la realidad no será una que haga justicia.

Finalmente, la resolución de los conflictos debe realizarse dando aplicación al derecho, teniendo presente para ello que en el mundo actual seguimos reconociendo la trascendencia de la ley, sin perjuicio de la concurrencia actualmente de diversos principios y reglas que integran el derecho.

En consecuencia, frente a una sentencia que se aparte de los hechos o que se fundamente contrariando el derecho deben contemplarse los recursos para los efectos de subsanar semejante vicio que importa en definitiva no brindar la justicia requerida.

El bien común o la paz social se construye al reconocer el debido proceso como el instrumento legítimo para la solución de los conflictos, siendo en el mundo civilizado el medio que sustituye a las antiguas vías de hecho que permitían alcanzar la justicia en definitiva solo mediante el uso de la fuerza más que de la razón.

Finalmente, la seguridad jurídica requiere que contemplemos los mecanismos para que la balanza de la justicia se utilice con igualdad en la aplicación del derecho, lo que solo se alcanzará si logramos que ella se logre sin que exista una violación esencial de los derechos fundamentales y con la existencia de una uniformidad jurisprudencial que nos asegure una igualitaria aplicación del derecho para asuntos que sean semejantes entre sí.

Además, el uso moderado y preciso de la espada será necesario como símbolo de la fuerza para hacer cumplir las sentencias en forma eficaz impidiendo la existencia de decisiones de papel, y por otra parte, contemplando procedimientos ejecutivos adecuados y eficaces para el respeto del crédito que ha sido desconocido en cuanto consten en documentos indubitados.

V. LOS MODELOS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES DE UN MODERNO SISTEMA PROCESAL CIVIL

En una sociedad moderna, el proceso debe desarrollarse respetando las garantías previstas en la Constitución y los diversos tratados internacionales para la existencia de un debido proceso, ante un órgano jurisdiccional independiente de los otros poderes del Estado, y que reconozca la existencia del juez imparcial como único adjudicador para la solución del conflicto.

La función privada que debe cumplir el proceso es la concepción del mismo como garantía individual que ampara al individuo para la resolución de conflictos intersubjetivos, dando con ello adecuada, pronta y efectiva respuesta a las pretensiones que se hubieren hecho valer dentro del mismo.

La función pública del proceso considera que el mismo debe desarrollarse ante un órgano jurisdiccional como depositario de la soberanía y por ello representante del Estado, que como tal debe cumplir con un cometido público no sólo en resguardo de los intereses privados, sino que también, como hemos visto, para la satisfacción de las necesidades públicas como es el logro de los valores del derecho.

De allí que el juez debe ser un personaje activo en el desempeño de la función pública que se le encomienda, que conduzca el proceso respetando la igualdad de oportunidades como el contradictorio de las partes, para que hagan valer sus pretensiones y excepciones, ofreciendo y rindiendo las pruebas que sean necesarias para la solución del conflicto.

Dado que el conflicto en el proceso civil versa por lo general acerca de materias disponibles, su solución puede ser alcanzada por las partes a través de mecanismos que no revistan una naturaleza jurisdiccional como son las diversas salidas alternativas autocompositivas, o bien, a través de los mecanismos de mediación y de arbitraje.

Esas materias deberán ser reguladas en diversas leyes especiales, las que confiamos sean eficaces por representar ellas importantes salidas alternativas necesarias para la eficacia de los procedimientos orales.

Es así, tal como señala la exposición de motivos del Mensaje del PNCPC, que es rol del Estado hacerse cargo no solo de la vía adjudicativa, la que no puede imponerse al justiciable como única solución, sino que también de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Necesitamos de una cultura que más que la "litigiosidad tribunalicia" promueva una de

solución eficaz de los conflictos, promoviendo la utilización de vías distintas alternativas al proceso, para velar así por la eficiencia no sólo de éste, sino que de Derecho mismo al permitir la vigencia y respeto del crédito.

Con todo, tal como señala Taruffo³² al hablar de las respuestas frente a la crisis de efectividad de los sistemas procesales y se reitera en el Mensaje, estos mecanismos no pueden ser mirados como un sustituto de la jurisdicción ni una justificación que permita al Estado impartir una justicia de menor calidad.

Por el contrario, de lo que se trata es de poner a disposición de los ciudadanos vías de solución más adecuadas a la naturaleza y magnitud del conflicto que les afecta, más rápidas y desformalizadas, pero siempre con la posibilidad de acudir a un proceso civil que les permita satisfacer sus pretensiones con igual eficacia y rapidez. El procedimiento para el desarrollo del debido proceso debe ser oral, desformalizado y simple, teniendo el juez las atribuciones y responsabilidades de gestión en la dirección para conducirlo a una pronta y eficaz solución del conflicto.

Los procedimientos que se contemplen deberán ser pocos y de fácil comprensión y tramitación.

Es así como estimamos que se deben contemplar como procedimientos declarativos solo uno ordinario y un sumario, confiado que en el futuro todo conflicto deba ser tramitado conforme a esas normas, evitándose la proliferación de los diversos procedimientos que existen actualmente en diversas leyes especiales. Pareciera ser que toda ley quisiera ser reina postulando a tener en su feudo su propio procedimiento.

El procedimiento oral deberá contemplar un esquema procedimental simple, que contemple dos fases.

Una primera fase estará destinada a la preparación y delimitación del conflicto que debe resolver el tribunal como la determinación de las pruebas que deberán rendirse, en caso de haberse previamente podido sanear los vicios o no haber arribado a su solución de común acuerdo.

La otra fase, que será la de juicio, nos conducirá a la rendición de las pruebas y posterior e irremediamente al pronunciamiento de la sentencia que resuelva el conflicto, al no ser posible que se emitan pronunciamientos procesales por haberse saneado previamente todo vicio que permitan la posterior renovación en el mismo u otro proceso.

VI. EL MODERNO SISTEMA PROCESAL CIVIL

El sistema procesal no es más que el conjunto de normas, principios y reglas que regulan la estructura de los órganos jurisdiccionales y la forma

³² TARUFFO, MICHELE, "Racionalidad y crisis de la ley procesal", en *DOXA* 22, 1999, p. 316.

en la cual deberán actuar los jueces, las partes y los terceros dentro del proceso para arribar a la justa y racional composición de la litis.

Los factores que se consideran para estructurar un sistema coherente y eficiente son los principios, los que se aplican en forma de primacía más que de exclusión unos de otros, considerando para ello la eficacia de la función a desarrollarse dentro del proceso, sin perjuicio que la aplicación preferente de uno de ellos condiciona la posterior consagración de otros por la vinculación y deferencia que existe entre ellos.

Encontrándonos ante un sistema civil, en el cual prima el principio de la autonomía de la voluntad y la disposición de los derechos no cabe duda que debe darse aplicación al principio dispositivo, en orden a que el inicio del proceso solo se puede generar a través del ejercicio de la acción y que la reacción como oposición depende asimismo de la voluntad del demandado.

Ese axioma hace inmediatamente considerar que el conflicto se encuentra integrado por la pretensión que hace valer el actor y por la oposición del demandado a través de las excepciones, y atendido a que ese límite es fijado por las partes debe ser respetado por el tribunal en virtud del principio de la congruencia, sin que se pueda pronunciar más allá o fuera de lo pedido por las partes³³.

Finalmente, las partes pueden renunciar a las pretensiones o excepciones que pudieren hacer valer, ya sea a través del desistimiento por parte del actor o del allanamiento por parte del demandado, sin perjuicio de la posibilidad de encontrar siempre soluciones autocompositivas bilaterales³⁴.

De lo anterior fluye con claridad que el juez nunca puede dar inicio al proceso, introducir pretensiones ni excepciones, aportar hechos diversos a los afirmados por las partes, ni puede apartarse de ellos al momento de resolver el conflicto en virtud del principio de congruencia. Si no se respetaran estas reglas, estaríamos ante un serio atentado contra la imparcialidad, porque en tal caso se convertiría en parte, asumiendo un rol incompatible en el proceso. De todos es sabido, que los papeles de juez, parte y testigo son roles incompatibles dentro del proceso.

En lo que dice relación con el impulso procesal en el procedimiento oral, no cabe duda que este debe corresponder al tribunal, quien debe conducir el proceso para la pronta solución del conflicto, programando para ello las audiencias respectivas. La radicación de este impulso en el tribunal es indispensable, puesto que si así no fuera sería impensable concebir una adecuada y efectiva administración del funcionamiento de los tribunales como la programación de las audiencias que deben realizarse para su progreso³⁵.

³³ Véase arts. 2, 201, 253, 257, 267, 271, 272, 275, 276 y 362 PNCPC.

³⁴ Véase arts. 155 y 266 PNCPC.

³⁵ Véase arts. 3, 5, 66, 67, 68, 69, 71, 114, 277, 280, 341, 343, 344, 345, 347, 365, 369, 389 PNCPC.

Excepcionalmente se permite a las partes suspender el procedimiento, con miras a la composición de la litis, ya sea para alcanzar vías auto-compositivas o por existir la necesidad mutua de mayores plazos para la realización de sus actuaciones en el proceso³⁶.

En lo que dice relación con la aportación de prueba, como regla general su ofrecimiento y rendición es responsabilidad de las partes, respetando siempre el derecho de contradicción en el proceso de rendición, considerado como el mejor control acerca de su veracidad, calidad y precisión para acreditar los hechos del proceso.

Dado que la actividad probatoria recae principalmente en las partes, aquel que no hubiere sobrellevado la carga de la prueba verá en definitiva cómo sus pretensiones o acciones serán rechazadas por el tribunal al momento de pronunciar sentencia, proscribiéndose con ello la institución del *non liquet*. Dicho principio claramente se encuentra enfocado como una regla general hacia los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones y no solo con un enfoque limitado a las obligaciones como se considera en la actualidad en un ya superado concepto³⁷.

Excepcionalmente, si consideramos que la dictación de sentencias que se aproximen a la verdad en cuanto a los hechos y la justa decisión del conflicto no responde solo a un interés privado, sino que también público, se contempla excepcionalmente y en forma limitada, en la audiencia preliminar, la facultad de decretar pruebas de oficio respecto sólo de hechos que hubieren sido afirmados por las partes, las que se encontraran sometidas al mismo régimen de contradictorio en su rendición³⁸.

En el procedimiento oral la existencia de un contradictorio es de la esencia, la que se resguarda brindando una igualdad de oportunidades para hacer valer las pretensiones y excepciones, acompañando los documentos y ofreciendo las pruebas que deberán rendirse para acreditar los hechos que la fundamentan, contemplando para ello la existencia de un término de emplazamiento razonable.

Sin embargo, como reseñamos, el contradictorio cumple también un papel esencial en lo que dice relación con la rendición de la prueba, porque serán principalmente las partes las encargadas de demostrar su veracidad y eficacia en la audiencia de juicio, permitiendo al tribunal adquirir el estándar de convicción que le permita dar los hechos por probados en la sentencia.

En cuanto a la publicidad relativa a las partes del proceso, rige casi sin contrapeso este principio, puesto que sin el mismo no podría darse aplicación al contradictorio, que es una condición esencial para la validez y eficacia de la prueba que debe ser rendida en el proceso³⁹.

³⁶ Véase arts. 113 y 114 PNCPC.

³⁷ Véase arts. 254, 255, 256, 273, 276, 288, inciso 1°, 289, 290, 291 y 294 inciso 1° PNCPC.

³⁸ Véase art. 280, N° 9, 288, inciso 2° y 294 inciso 2° PNCPC.

³⁹ Véase arts. 9, 72, 83, 285, 364, 415 PNCPC.

En cuanto a la aplicación de la oralidad, concentración y continuidad, no cabe duda que ella recibe importante aplicación, dado que el procedimiento está previsto que sea desarrollado en audiencias, dentro de la cual se deberán rendir las pruebas que permitan pronunciar las decisiones. Si no existiera la oralidad, se impediría que rijan la inmediación que debe permitir el contacto directo del juez con la prueba, como única manera de permitirnos arribar a una valoración racional de la prueba⁴⁰.

Sin perjuicio de ello, se considera que la escrituración puede regir sin problema alguno en materia de los actos de parte de postulación como de los recursos que deben ser conocidos por tribunales diversos al que pronuncia la resolución impugnada. Asimismo, se estima que la sentencia definitiva debe ser escrita, por la importancia que tiene la fundamentación de ella como factor de control endoprocesal de la prueba racional, que nos debe conducir a que rijan el sistema de la sana crítica como sistema de valoración objetivo del mérito probatorio⁴¹.

El principio de la buena fe resulta esencial para que nos encontremos ante un *fair trial*, por lo que se deben proscribir todo acto o conducta realizada con fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, que claramente son contrarias a la buena fe, para lo cual se han previsto diversas medidas en el proceso⁴².

Para los efectos de prevenir la colusión entre partes se ha contemplado la integración del litisconsorcio activo⁴³ como la comunicación de la *litis*⁴⁴.

En materia probatoria se contempla la exclusión de la prueba que se hubiere obtenido con infracción de los derechos fundamentales o infringiendo las normas que regulan el procedimiento⁴⁵. Respecto de la sentencia definitiva se prevé en la apelación la impugnación por una causal específica en caso de no haberse respetado los derechos y garantías procesales de las partes⁴⁶, como en el recurso extraordinario se prevé la concurrencia del interés general cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la constitución política de la república o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁴⁷.

Finalmente, se contempla la revisión de la sentencia ejecutoriada que se hubiere obtenido con medios fraudulentos⁴⁸.

⁴⁰ Véase arts. 6, 7, 8, 65, 66, 67, 131, 280, 284, 285, 341 y ss., 350, 364 y ss. PNCPC

⁴¹ Véase arts. 132, 162, 253, 270, 275, 351, 370, 375, 382, 401, 408, 433, 438, 540, 545 PNCPC.

⁴² Véase arts. 5, 45, 50, 71, 79, 133, 168, 175, 196, 444, 446 PNCPC.

⁴³ Véase art. 35 PNCPC.

⁴⁴ Véase art. 40 PNCPC.

⁴⁵ Véase arts. 280 N°10, 281, letra c) y 292, PNCPC.

⁴⁶ Véase art. 381, letra h) PNCPC.

⁴⁷ Véase art. 409, letra a) PNCPC.

⁴⁸ Véase art. 222 PNCPC.

En lo que dice relación con la prueba se consagra el sistema de libertad probatoria, ya que afortunadamente el desarrollo actual supera en forma creciente con los avances tecnológicos a los diversos soportes como medios existentes que nuestra ley nos enumera, por lo que ni el más imaginativo legislador podría proveer su existencia con la debida antelación ni menos podrá determinarnos su valor probatorio.

Para la valoración de la prueba se consagra la primacía del sistema de la sana crítica, lo que a estas alturas no constituye novedad alguna, si consideramos que el mismo se ha instalado desde hace años en los sistemas procesales penales, de familia y laboral.

En consecuencia será el juez quien deberá valorar la prueba, pero no desde una dimensión íntima, sino que debidamente fundamentada en la decisión respectiva, de manera que nos lleve a conocer las razones objetivas que le condujeron a la determinación de los hechos, proscribiendo las opiniones subjetivas, las que siempre escapan a todo control.

Claramente por razones de certeza jurídica y respetar la regulación sistémica de los contratos, se mantienen aún algunas normas propias del sistema de la prueba legal, como son las destinadas a consagrar la máxima que el contrato solemne se prueba por su solemnidad, el valor probatorio de los instrumentos públicos y de las presunciones legales. De este modo, se consagra la primacía de la sana crítica como sistema general, pero atenuada, manteniendo subsidiaria y excepcionalmente el sistema de apreciación legal o tasada⁴⁹.

El sistema recursivo pasa por delimitar claramente las funciones que deben cumplir los tribunales dentro de un sistema oral.

Los tribunales de alzada deben conocer de un recurso desformalizado, pero delimitado en sus funciones, que permita revisar la fundamentación de la sentencia como el respecto del derecho aplicado para arribar a la decisión del asunto. En consecuencia, no cabe en este sistema recursivo renovar el debate introduciendo nuevas pretensiones o excepciones, rendir nuevas pruebas, y sostener la revisión de mérito de pruebas que requieran indefectiblemente la presencia directa del juez ante quien se rinde como el manejo de todo el material probatorio rendido en una audiencia para conducirnos a una nueva fijación de los hechos⁵⁰.

Las sentencias pronunciadas por estos tribunales serían inimpugnables para pretender la búsqueda de un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema respecto del conflicto específico, dado que la centralidad del debate del juicio oral es inexistente si consideramos la intervención de tres tribunales que intervengan en la solución del caso concreto.

De allí, que se considera que la Corte Suprema debe conocer los asuntos que requieran pronunciamiento en que exista una primacía del

⁴⁹ Véase arts. 286, 287, 288, 294, 295, 297, 306 PNCPC.

⁵⁰ Véase arts. 267, 272, 274, 276, 362, 371, 396 PNCPC.

interés general o *ius constitutionis*, justificándose por ello que se le dote de atribuciones para seleccionar los asuntos que conocerá en la búsqueda de fijar criterios uniformes jurisprudenciales, para velar por la aplicación correcta del derecho y la promoción y respeto de los derechos fundamentales. Debemos tener presente que la existencia de una multiplicidad de asuntos que conozca un tribunal dificulta que se pueda alcanzar la uniformidad de jurisprudencia⁵¹.

En síntesis, creemos que el país debe tener un sistema procesal uniforme para la solución de los conflictos, en el que si consideramos los principios que los inspiran, debería ser posible alcanzar ese objetivo.

Lo que sí consideramos inexplicable es que existan sistemas diversos como acontece con el actual sistema procesal civil, según hemos visto, en relación con los sistemas penales, familiar y laboral, y que los nuevos sistemas orales se contemplen de forma tal que tengan instituciones disímiles dentro de ellos, como acontece con el régimen recursivo.

Semejante falta de claridad respecto de estas materias, podrá llevarnos a considerar, por ejemplo, la existencia de una diversidad recursiva, lo que no es justificable si tenemos incluso una misma estructura de tribunales para su funcionamiento.

En todo caso, en un mundo globalizado, la eficiencia de los sistemas jurídicos, y en especial la eficiencia de las resoluciones judiciales, está adquiriendo una importancia cardinal en el mercado y en la competencia entre jurisdicciones⁵².

Por eso, como nos señalara CHIOVENDA, solo podemos señalar respecto de nuestro sistema procesal civil, que: No podemos continuar manteniendo un derecho general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados⁵³.

Confiamos que podamos prontamente poner nuestro sistema procesal civil a la altura de los modernos sistemas procesales, en aras del bien de nuestra sociedad, más que de aspiraciones académicas, que por cierto también existen en ese sentido.

⁵¹ Véase arts. 405 y ss. PNPCP.

⁵² TARUFFO, MICHELE, "Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil", en CARPI, FEDERICO y ORTELLS, MANUEL (Editores), *Oralidad y Escritura en un proceso civil eficiente*, Tomo I, Eds. Universitat de Valencia, 2008 p. 205.

⁵³ Palabras de CHIOVENDA, pronunciadas en 1909, promoviendo la implantación de procedimientos orales en Italia.

ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN
*Profesora de Derecho Procesal,
Universidad de los Andes*

I. 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 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 quien 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 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

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, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 365.

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 por qué 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, por razones prácticas o de justicia, era preciso reconocer capacidad para

² DE LA OLIVA, A., (CON FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.), *Derecho Procesal Civil I*, Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 423.

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.

II. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LOS ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

En lo que respecta a nuestra legislación, el inciso 1° 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”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 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° 17.322⁶ 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”⁷.

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 28 de la ley N° 18.287⁸ estipula que “si se tratare de fundaciones, corporaciones, comunidades, socieda-

⁴ Como ha dicho DE LA OLIVA SANTOS, A.; *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, 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 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.

⁷ 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”.

⁸ Sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

des de hecho sin personalidad jurídica u otras entidades similares, podrá seguirse el procedimiento con su administrador o administradores o con quien o quienes tuvieren su dirección. Si no se pudiere 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 3º del Código del Trabajo permite demandar a entes de hecho, sin necesidad de acreditar la existencia de la personalidad jurídica.

También 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 vigente sus estatutos en lo que fuere pertinente. En este caso la representa judicialmente la “comisión Liquidadora”, pero la que tiene la capacidad procesal es la sociedad en liquidación⁹.

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 yacente¹⁰.

En la jurisprudencia también se ha aceptado esta separación entre capacidad y personalidad jurídica, siendo el ejemplo más elocuente el de la sociedad de hecho¹¹.

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 arbitrariedades¹².

⁹ Artículos 109 y ss. de la Ley sobre Sociedades Anónimas.

¹⁰ Artículo 1240 del Código Civil, en concordancia con los artículos 481 y 490 del mismo Código.

¹¹ Un ejemplo se aprecia en la sentencia de la Corte de Ap. de Santiago, *RDJ* t. XCIII; secc. 2ª, 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. 2ª, pp. 93-113 (Fed. Estudiantes UFS).

¹² Cfr. ROMERO SEGUEL, A., “La capacidad de las personas jurídicas: una explicación procesal”, *Responsabilidad civil de entidades corporativas*, Cuaderno de Extensión Jurídica N° 7, 2003, Universidad de los Andes, Santiago, pp. 293-318. Agrega el autor que un ejemplo de 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 siem-

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”¹³.

El proyecto innova en este sentido, ampliando y reconociendo capacidad procesal a las entidades sin personalidad jurídica, cuando en el artículo 16, titulado “capacidad para ser parte” reconoce la posibilidad de ser partes a “las masas patrimoniales, los patrimonios separados, las comunidades, las sociedades de hecho, y en general, las entidades sin personalidad jurídica”, disponiendo además en el artículo 17 que por ellas comparecerán al proceso “aquellas personas que según la ley tengan su administración”, y agregando la posibilidad de que se solicite la designación de un curador *ad litem*¹⁴.

pre 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.

¹³ 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.

¹⁴ Así, el artículo 18 del proyecto dispone que cualquiera que tenga interés legítimo podrá pedir el nombramiento de un curador *ad litem* para menores de edad, incapaces, ausentes, personas jurídicas o demás casos señalados en el numeral 3° del artículo 16, que sean o hayan de ser parte en el juicio, si carecieren de representante legal, apoderado con facultades para representarla o éstos estuvieren ausentes.

III. UNA REFERENCIA ESPECIAL A LA CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LOS GRUPOS

En torno al problema de la capacidad de los entes sin personalidad jurídica, debe también hacerse referencia a la capacidad de los grupos.

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 promocionen 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”¹⁵.

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 a posterioridad, 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

¹⁵ 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”.

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

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 interés¹⁶. 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 grupo¹⁷.

El proyecto reconoce en el inciso final del artículo 17, el derecho a la protección judicial de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, otorgando de modo indirecto capacidad para ser parte al grupo de afectados. Es decir, la Ley le ha concedido una cierta “personalidad procesal” puesto que dispone que la protección de estos intereses podrá ser impetrada por “aquellas personas o instituciones facultadas

¹⁶ Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia* 86, pp.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 desconocérsele 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 ejercitarlos. Reconocida ésta, la capacidad para ser actora o demandada en juicio se impone como una consecuencia insoslayable 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”.

¹⁷ Cfr. SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dyckinson, 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.

por la ley”, en el entendido que el término “persona” considere al grupo como capacitado¹⁸.

El principal problema para la actuación de los grupos estaba constituido precisamente por 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, no se condiciona 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 acciones¹⁹.

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*²⁰.

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 deben excluirse de este ámbito a los afectados por

¹⁸ La redacción actual en la materia supone una restricción en relación con la redacción que la figura poseía en el Anteproyecto de Código Procesal Civil. Así, el artículo 29 de dicho Anteproyecto reconocía, como decimos, la posibilidad de que los intereses de los consumidores y usuarios puedan ser tutelados no sólo por las asociaciones de consumidores, sino que también por los grupos de afectados y que éste actúe como parte en el proceso.

¹⁹ 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.

²⁰ 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*”.

contaminación medioambiental, porque no se les reconoce la calidad de consumidores y usuarios²¹.

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 grupo²².

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”²³.

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, 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 justicia²⁴. Esta línea de pensamiento resulta más correcta también desde el punto de vista de la cosa juzgada.

3.1. 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

²¹ 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 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.

²² 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, II, p. 4.

²³ Cfr. GARNICA MARTÍN, J., “Las partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas”, *Poder Judicial*, núm.62, 2001, p. 266.

²⁴ BACHMAIER WINTER, L., “Cuestiones procesales...”, *op. cit.*, p. 229. En este mismo sentido, SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, 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”.

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.

Al establecer el legislador ciertas exigencias para que un grupo de consumidores pueda iniciar un procedimiento para la defensa de intereses supraindividuales, introduce un criterio de representatividad adecuada²⁵ que resulta fundamental en los sistemas anglosajones de las *class actions* y de las *representative actions*, y que otras legislaciones como la brasileña 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 supraindividuales²⁶.

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”²⁷.

Es así como se ha adaptado el concepto de la “*adequacy of representation*” proveniente del sistema de las *class actions*²⁸ y se ha establecido

²⁵ También parece estar pensando en ella cuando en el artículo 8 e) de la Ley de Protección del Consumidor 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 las 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 8º 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 otorguen el respectivo mandato”.

²⁶ Cfr. BUJOSA VADELL L., *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, páginas 161 y ss.

²⁷ En este sentido, señala GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Forum, Oviedo, 2000, página 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 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 Rule 23 (a) (4) FRCP.

²⁸ En este sentido, BUJOSA VADELL, L., *La Protección Jurisdiccional...*, página 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

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.

Se funda en la necesidad de superación del garantismo individualista y de 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.

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 organizado²⁹.

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 ausentes³⁰.

En la acreditación de la representación, no se cumple con las mismas formalidades que en la representación clásica, sino que el juez cumple un rol fundamental en la comprobación y 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 acción³¹.

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 teniendo como expreso objeto estatutario la defensa de intereses de los consumidores, si son autorizadas a tal fin, pueden ejercitar 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.

²⁹ Cfr. BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional...*, op. cit., pp. 161 y ss.

³⁰ CAPPELETTI, M., “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, pp. 1 y ss.

³¹ Cfr. GARNICA MARTÍN, J., “Las partes en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas”, *Poder Judicial*, núm.62, 2001, p. 270.

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 representación³². 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 derechos³³.

IV. REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL AUSENTE

En lo que respecta a este punto, el proyecto de Código no regula de modo sistemático la representación procesal del ausente, a diferencia de lo que sucede con el Código de Procedimiento Civil que actualmente nos rige.

Así, en nuestra actual legislación se designa como ausente para los fines procesales a la persona que ha abandonado el territorio de la república.

Existen diversas disposiciones legales que se preocupan de la materia como por ejemplo el art. 367 del Código Orgánico de Tribunales y los arts. 11, 285, 844, 845 y 846 del Código de Procedimiento Civil.

Estos preceptos permiten distinguir las siguientes situaciones:

- a) Si se teme que la persona contra la cual se entablará una acción se ausente, puede exigírsele a esa persona y en el carácter de medida prejudicial, que constituya en el lugar donde va a entablarse el juicio un apoderado que la represente y que responda por las costas y

³² 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)*, 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.

³³ 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.; RIFÀ SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.), 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.

multas en que eventualmente pueda ser condenada, todo ello bajo el apercibimiento, si no lo hace, de nombrársele un curador de bienes³⁴.

- b) Si el ausente no ha dejado constituido un procurador y se ausenta, debe distinguirse si se conoce o no su paradero.

Si se ignora el paradero del ausente se puede solicitar el nombramiento de un curador de bienes del ausente, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 473 del Código Orgánico de Tribunales y 845 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso que se sabe el paradero de este ausente debe notificársele personalmente la demanda mediante el correspondiente exhorto internacional, o bien puede solicitarse que asuma su representación el Defensor Público.

- c) Si el ausente dejó constituido mandatario debe distinguirse a su vez si el mandatario está o no facultado para obrar en juicio.

En este sentido, representa válidamente en juicio al ausente su apoderado o procurador, siempre que el que tenga un interés en ello acredite que el procurador ha aceptado el mandato expresamente o haya ejecutado una gestión cualquiera que importe aceptación³⁵.

Si ha dejado un encargado con poder general de administración de bienes: también en este caso representa válidamente en juicio al ausente siempre que acredite las dos circunstancias antes señaladas, o sea, aceptación expresa o tácita del mandato, y si ha dejado procurador autorizado para obrar en juicio, pero se le ha negado expresamente la facultad de contestar nuevas demandas: debemos determinar si se conoce o no el paradero del ausente y volver a las reglas generales sobre la materia³⁶.

Si ha dejado procurador general o especial o encargado con administración general de bienes, pero éstos no aceptan el mandato o se trata de demandar en juicios o negocios a los cuales no se refieren expresamente dichos mandatos dejados por el ausente: en este caso se está en la misma situación del ausente que no hubiere dejado mandatario, o sea: si se sabe su paradero, será necesario notificarlo por medio de exhorto internacional en conformidad a las reglas generales o que asuma voluntariamente su representación el defensor público respectivo, y si no se sabe será necesario nombrarle un curador de bienes.

Si ha dejado procurador autorizado para obrar en juicio, pero el mandato dice relación con uno o más negocios determinados: representará válidamente al autor dicho apoderado, siempre que el juicio verse sobre los negocios antes referidos y se pruebe que el mandatario ha aceptado expresa o tácitamente el mandato.

³⁴ Artículo 285 del Código de Procedimiento Civil.

³⁵ Artículo 11 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil.

³⁶ Contempladas en los artículos Art. 367 inc. 2° COT y 11 inc. 2° CPC y 846 CPC.

Pues bien, en lo que respecta al proyecto de Código Procesal Civil y como ya se señaló, no existe una regulación sistemática como la que acabamos de detallar, limitándose el proyecto a referirse a los ausentes en dos disposiciones.

Así, en el artículo 18 del Proyecto, cuando se refiere a la designación de un curador *ad litem*, dispone que Cualquiera que tenga interés legítimo podrá pedir el nombramiento de un curador *ad litem* para menores de edad, incapaces, ausentes, personas jurídicas o demás casos señalados en el numeral 3° del artículo 16, que sean o hayan de ser parte en el juicio, si carecieren de representante legal, apoderado con facultades para representarla o éstos estuvieren ausentes.

También a propósito de la agencia oficiosa, el artículo 20 del proyecto que “Se podrá comparecer a nombre de una persona de quien no se tenga representación, siempre que concurran las siguientes condiciones:

- a) Que la persona por quien se propone actuar se encuentre impedida de hacerlo o esté ausente del país.
- b) Que quien comparezca sea, ascendiente, descendiente, pariente por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado o cónyuge de la persona por quien se comparece. Podrá también comparecer quien tuviere la condición de abogado o una persona capaz que tenga con el ausente algún interés común y coincidente, que justifique su actuación en la causa.
- c) Que el compareciente preste caución suficiente, tanto para asegurar que su gestión será oportunamente ratificada por el representado, como para responder, si procediere, por los daños y perjuicios que resulten de la falta de dicha ratificación”.

LA NECESIDAD DE INCORPORAR LA INTERVENCIÓN ADHESIVA LITISCONSORCIAL

ALBERTO GONZÁLEZ VIDAL
*Profesor de Derecho Procesal,
Universidad de los Andes*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Proyecto de Ley que contiene el Código Procesal Civil (en adelante “el Proyecto”) dispone en su artículo 37 que:

Terceros. Podrán intervenir en un proceso, con posterioridad a su iniciación, como terceros, quienes hagan valer en él pretensiones armónicas, independientes o incompatibles con las deducidas por las partes. En el primer caso se les denominará terceros coadyuvantes o adhesivos, terceros independientes, en el segundo, y terceros excluyentes, en el último.

Admitida su intervención, las resoluciones que se dicten en el proceso producirán a su respecto los mismos efectos que en relación a las partes principales.

La disposición transcrita establece que la denominada institución de “la intervención de terceros en el proceso” puede realizarse bajo tres modalidades. A saber, como tercero coadyuvante o adhesivo, como tercero independiente o como tercero excluyente. Es decir, el Proyecto mantiene los mecanismos de intervención que ya reconoce el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC).

A nuestro juicio las formas de intervención de terceros que reconoce el Proyecto no son suficientes para dar una adecuada respuesta a la realidad jurídica y a los problemas que actualmente se presentan. En efecto, se nota la omisión de una forma diversa de intervención, aquella que es denominada en el derecho comparado como “intervención adhesiva litisconsorcial”.

Esta figura, de enorme utilidad para una eficaz tutela judicial, no puede ni debe confundirse con la intervención adhesiva o del tercero coadyu-

vante. Si bien ambas intervenciones son voluntarias, colocándose el sujeto interviniente junto a una de las partes, sus presupuestos, finalidades y facultades son diferentes.

En el presente trabajo razonaremos en torno a lo anterior. Pondremos especial énfasis en el hecho de que los terceros coadyuvantes carecen de facultades de disposición del objeto debatido, mientras que el interviniente adhesivo litisconsorcial tiene facultades más amplias a este respecto.

En palabras sencillas, y como explicaremos en este trabajo, el interviniente que lo hace en calidad de coadyuvante no podrá oponerse, con el objeto de precaver un fraude, a que las partes directas celebren un equivalente jurisdiccional. En cambio, si al tercero se le reconoce la calidad de adhesivo litisconsorcial, podrá surgir tal posibilidad.

II. EL TERCERO COADYUVANTE EN EL PROYECTO

El artículo 37 del Proyecto indica que el tercero coadyuvante o adhesivo es aquel interviniente en proceso pendiente, que es titular o hace valer en el juicio pretensiones armónicas con alguna de las partes. Por su parte, el artículo 38 advierte que sólo se autorizará su intervención bajo la condición de que justifique detentar un interés actual en el resultado del proceso. A este efecto y manteniendo la regla del CPC, el Proyecto indica que “[s]e 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”.

En su ya clásica definición, Montero Aroca indica que el tercero coadyuvante es aquel “tercero, hasta entonces extraño al proceso, que interviene en él, no pretendiendo para sí la cosa o el derecho en litigio, sino para coadyuvar a la victoria de una de las partes”¹. En otras palabras, el tercero coadyuvante “no es titular de la relación jurídica litigiosa, pero sí es titular de otra relación jurídica conexa que se puede ver afectada de una manera indirecta o refleja por la sentencia que se dicte, por lo que el tercero tiene un interés directo en el resultado del proceso”².

De acuerdo con estos conceptos, se ha aseverado que el tercero coadyuvante es un sujeto ajeno al proceso, que sobreviene a él encontrándose éste pendiente, con el objetivo de colaborar con una de las partes.

Pero debe dejarse claro: esta colaboración no es altruista o filantrópica. Al decir de De la Oliva, “la razón de ello debe buscarse en la idea apuntada de que el interviniente adhesivo simple no interviene altruista-

¹ MONTERO AROCA, JUAN, *La intervención adhesiva simple*, Edit. Hispano-Europea, Barcelona, 1972, p. 33.

² DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y Díez- PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2ª edic., Madrid, 2001, Madrid, p. 188.

mente para defender los derechos ajenos, sino para defender sus propios derechos y en algunos casos para evitar una posible confabulación”³. Por esta razón, el artículo 38 del Proyecto, conservando la causal de legitimación del CPC, exige que el coadyuvante tenga “interés actual” en los resultados del pleito.

En términos sencillos, en el Proyecto la situación que habilita al coadyuvante a intervenir viene dada por la relación jurídica de la que es titular. Su relación es dependiente de la que ha sido deducida en forma originaria en el proceso: “los hechos discutidos en el proceso son indirecta, pero indiscutiblemente, los hechos de su relación jurídica, de modo tal que él resulta vencedor o vencido según el resultado de este proceso”⁴.

Así las cosas, aquellos llamados a intervenir como terceros coadyuvantes son titulares de una relación jurídica dependiente a la pretendida por una de las partes en juicio; derechos que pueden verse afectados por las resultados del mismo. Pero no son titulares de la acción deducida en juicio.

De este modo, como indica MICHELI, la intervención adhesiva tradicionalmente se ha entendido como una cuestión de legitimación menor, pues la relación material de la que es titular está subordinada a la deducida por las partes originarias⁵. En otras palabras, su actuar se encuentra sometido a las peticiones de las partes directas.

Vale decir, en el caso del tercero coadyuvante, éste es titular de una relación conexas y dependiente de aquella que ha sido deducida en juicio. Sin embargo, esta legitimación “menor” no puede ser óbice para la debida defensa de sus derechos que, como se ha dicho, están en juego en el juicio en que interviene.

De acuerdo con el artículo 38 del Proyecto, la debida protección de los derechos del tercero coadyuvante se limita a que, admitida su intervención, sólo se encontrará habilitado para acompañar su prueba documental y ofrecer la restante prueba hasta antes de la audiencia preliminar. Sin embargo, de acuerdo con lo prescrito en el mismo artículo, está sujeto a una importante restricción: no podrá entorpecer la marcha regular del juicio, debiendo respetar lo obrado con anterioridad a su intervención en la causa, a menos que acredite haber existido fraude o colusión⁶.

Pero, tal vez, la restricción más importante a que se encuentra sujeto, es que resulta impedido de disponer del objeto del proceso. Esto, pues la cosa debatida no es de él, sino que del demandante y demandado, por lo que no detenta facultades de disposición sobre ella. Como pasaremos

³ DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 190.

⁴ MONTERO AROCA, JUAN, *Trabajos de derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 359.

⁵ MICHELI, *Estudios de derecho procesal civil*, Edit. Jur. Europa-América, B. Aires, 1970, t. I, p. 228.

⁶ Por su parte, el CPC en sus artículos 16 y 23 indica que el tercero coadyuvante podrá hacer las alegaciones y rendir las pruebas que estime conducentes, pero sin entorpecer la marcha regular del juicio, pudiendo interponer los recursos a que haya lugar.

a explicar, esta restricción puede acarrearle nuevos y graves perjuicios a su derecho, cuestión que no es solucionada en el Proyecto.

MICHELI sostiene que el tercero coadyuvante goza de diversos derechos procesales: formular alegaciones, invocar excepciones, solicitar se rindan pruebas diversas a las pedidas por las partes originarias, etc. Pese a ello no puede disponer del objeto del proceso y, por tanto, de la relación jurídica hecha valer en él⁷. De este modo, si bien al coadyuvante se le reconoce una amplia autonomía en el marco del proceso, no puede realizar actos que envuelvan su disposición, como lo sería, por ejemplo, el desistimiento. Lo anterior atendido que no es parte en la relación material deducida en el juicio y, por ende, no puede disponer de lo que no es suyo.

Montero Aroca resume lo expuesto en los siguientes términos: *“Después de reconocer al interviniente, la condición de parte –para el derecho procesal no interesa la distinción entre parte material y formal, sino solamente el ser o no parte procesal– con la plenitud de sus facultades, podríamos limitarnos a decir que al interviniente le corresponden todos los poderes procesales inherentes a tal condición, y teniendo en cuenta que no es, al mismo tiempo, titular de la relación jurídico-material deducida en el proceso, excluir los poderes de disposición...”*⁸.

De este modo, la autonomía más o menos restringida de que puede gozar el coadyuvante encuentra su más importante escollo en la imposibilidad de disponer del objeto del proceso a través del allanamiento, de la renuncia, del desistimiento o de la transacción, pues dichos actos repercuten directamente sobre la relación sustancial deducida en el proceso, de la que no es titular.

Con todo, el perjuicio que este tercero quiere evitar, puede cristalizarse por el hecho de que la parte a la que coadyuva celebre algún equivalente jurisdiccional causando el daño que el coadyuvante pretende evitar. Es por esto que parte de la doctrina indica que, si bien el interviniente adhesivo no puede disponer del proceso, sí puede oponerse a los actos de las partes originarias⁹, especialmente aquellos a través de los que pretendan disponer del objeto del proceso.

La legislación española soluciona en este sentido el problema: *“la ordenación establecida en el artículo 13 LECiv –que hemos expuesto al tratar de la intervención litisconsorcial– [norma aplicable a la intervención adhesiva simple] decide en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela del tercero interviniente la divergencia doctrinal y jurisprudencial que he recordado. El interviniente puede alegar, proponer y practicar prueba, recurrir resoluciones, todo ello según su criterio; no puede realizar actos de disposición, pero sí puede oponerse a que los de la parte principal*

⁷ MICHELI, *Estudios de derecho...*, op. cit., p. 228.

⁸ MONTERO AROCA, JUAN, *La intervención adhesiva...*, op. cit., p. 235.

⁹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento Civil*, Edit. José María Bosch, Barcelona, 1977, t. II, p. 103.

*conduzcan a la terminación del proceso; también puede oponerse a la fijación de hechos como consecuencia de la conducta procesal de esa parte*¹⁰.

El Proyecto, desperdiciando la oportunidad de resolver este problema, no contiene una norma similar al transcrito precedentemente. Omite indicar dentro de las facultades del tercero adhesivo la posibilidad de oponerse a los actos de disposición de las partes originarias y, por lo tanto, su derecho a la oposición le puede ser vedado. De este modo, su derecho a obstruir la conciliación, la transacción, el avenimiento e incluso el desistimiento, puede ser considerado como una verdadera quimera, con las consecuencias perjudiciales que para su posición hemos indicado. En suma, el Proyecto no ha mejorado sustancialmente la situación del tercero adhesivo, como ya venía dada en el CPC.

III. LA HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 18 N° 2 DE LA LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

3.1. PALABRAS PRELIMINARES

La Ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente (en adelante LBMA), en su artículo 54, inciso 1°, 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.

Por su parte, la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales (en adelante LTA), indica en su artículo 18 N° 2 que:

De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17:

2) En el caso del número 2) [de la acción de reparación medioambiental]¹¹, las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las munic-

¹⁰ ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadi, 8° edic., España, 2008, p. 188.

¹¹ LA LBMA en su art. 53 dispone que “[p]roducido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción

palidades, 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 coadyuvantes. En el caso del inciso quinto del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, la acción deberá siempre ejercerla el Consejo de Defensa del Estado como parte principal.

La norma recién transcrita resuelve un interesante problema que se planteaba con el artículo 54 de la LBMA: de qué modo y con qué facultades deben intervenir en un proceso todas aquellas personas que, no obstante ser titulares de la acción de reparación medioambiental, no pueden interponerla por haber sido ésta deducida con anterioridad por otro de sus titulares.

En efecto, el artículo 54 sólo hace alusión al artículo 23 del CPC, por lo que no resolvía la duda acerca de si la intervención debía realizarse bajo la calidad de tercero coadyuvante o como tercero independiente. En efecto, el artículo en la parte pertinente reza así:

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.

Así, alguna jurisprudencia entendió que esta intervención debía realizarse bajo la forma de tercero independiente. Así, lo concluyó la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, al dictaminar que: “[c]abe considerar además que el Estado de Chile es parte en este juicio, debiendo entenderse la resolución de fs. 348, en relación estricta con la norma del artículo 54 de la Ley 19.300, cuyo propio texto reconoce el derecho de los titulares de la acción a intervenir como terceros, cuando la demanda ha sido deducida. Así es como cabe admitir la pretensión del Estado de Chile, en su calidad de tercero independiente, de acuerdo al inciso final del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto siendo su interés independiente de las partes principales tienen los mismos derechos procesales que hacer valer en apoyo de sus respectivas pretensiones como lo dijera el profesor Anabalón”¹².

Sin embargo, parte de la doctrina, por el contrario, sostuvo que, de acuerdo al artículo 54 de la LBMA, los terceros eran llamados a intervenir como coadyuvantes. En este sentido se pronuncia VIDAL al indicar que

indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”. Véase: VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley N° 19.300” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXIX, 2° semestre, Valparaíso, Chile, 2007.

¹² C. Antofagasta, 3 de marzo de 2008, Sindicato de Pescadores con Shell Chile y otro, N° Legal Publishing 38366.

“[e]l ejercicio de la acción ambiental por parte de cualquiera de los legitimados activos excluye a los restantes, quienes sólo podrán actuar en el juicio como terceros coadyuvantes. En el caso del Estado y las Municipalidades la Ley presume el interés, en cambio si se trata de la persona que alega haber sufrido un daño o perjuicio, deberá acreditar su interés actual en los resultados del juicio. La Ley descarta un supuesto de pluralidad de demandantes”¹³. A idéntica solución llegó también nuestra Excma. Corte Suprema¹⁴.

Pues bien, resulta que la LTA ha zanjado esta disputa, estableciendo que en caso de que se deduzca demanda por alguno de los titulares indicados en su artículo 18 N° 2 no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su intervención como terceros coadyuvantes.

3.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En este punto analizaremos las consecuencias jurídicas que acarrea el hecho de que bajo la LTA la intervención procesal del titular de la acción de reparación medioambiental sea realizada bajo la forma del tercero coadyuvante. Veremos que, para el titular de la acción de reparación que no ha deducido demanda, es absolutamente insuficiente –para la debida tutela de sus derechos– que su intervención se conduzca por dichas reglas.

Según se indicó más arriba, el tercero coadyuvante o interviniente adhesivo es aquella persona extraña al proceso, que interviene en él con la finalidad de evitar un daño a su derecho o interés. Sin embargo, en su intervención adopta una posición conjunta a una de las partes, para colaborar con él; colaboración –reiteramos– que pretende evitar que la sentencia que se dicte le sea perjudicial.

Ahora bien, según dispone el artículo 18 N° 2 del LTA (y como también lo indica el artículo 54 de la LBMA), los sujetos llamados a intervenir como terceros son, a su vez, titulares de la acción de reparación ambiental.

Por ende, si atendemos a las disposiciones aplicables al coadyuvante, pero considerando que el objeto de su intervención no es sólo colaborar con la victoria de una de las partes, deberá necesariamente concluirse que una intervención bajo estas características es absolutamente insufi-

¹³ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “Las acciones civiles...”, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴ C. Sup. 20 de abril de 2011, Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A., Rol N° 396-2009: “Este posible cúmulo de responsabilidades es resuelto mediante la adopción del principio de preclusión del derecho, una vez deducida la demanda por los titulares que señala la ley, sin perjuicio de comparecer en el juicio como terceros coadyuvantes (inciso segundo del artículo 54), pero en lo referido a las acciones que contempla la legislación especial, dado que expresamente se ha consignado la vigencia del derecho común ante perjuicios no comprendidos en la definición de daño ambiental, a la cual se ha hecho referencia, que limita fundamentalmente al de carácter significativo. Sin embargo, teniendo en cuenta que la legislación común ordena reparar todo daño (artículo 2329 del Código Civil), queda entregada a ella la regulación de esta materia en forma subsidiaria, esto es, cuando el daño no sea significativo”.

ciente para el debido resguardo de sus intereses, pues más que terceros son verdaderos titulares de la acción de reparación ambiental, la que se encuentran impedidos legalmente de ejercerla¹⁵.

A continuación intentaremos fundamentar esta afirmación.

Como se indicó, la legitimación que habilita al coadyuvante a intervenir viene proporcionada por la especial relación jurídica que detenta. Esta relación es accesoria a la que una de las partes, en forma originaria, ha deducido en el proceso. Los hechos ventilados en el juicio no son los hechos de su relación jurídica, aun cuando estén vinculados entre sí en una relación de subordinación y puedan afectarlo.

Sin embargo, la situación es diametralmente diversa a la que contiene el artículo 18 N° 2 de la LTA. De acuerdo con dicha disposición, aquellos llamados a intervenir como terceros adhesivos no son titulares de una relación jurídica dependiente a la pretendida por una de las partes en juicio. Por el contrario, son también titulares de la acción de reparación del medio ambiente; misma acción que ha sido deducida en el proceso por otro sujeto.

Vale decir, el contenido jurídico de la legitimación del artículo 18 N° 2 de la LTA es completamente distinto al que legitima la intervención del coadyuvante. En el primer caso, el interviniente es titular de la acción de reparación medioambiental. En cambio, en el segundo, el tercero es titular de una relación conexas y dependiente de aquella que ha sido deducida en juicio.

Esta radical diferencia explica la desfavorable situación en que, como pasamos a explicar, queda el tercero del artículo 18 N° 2 recién citado, a quien, no obstante ser titular de la acción de reparación, se le reconoce sólo la calidad de coadyuvante (es decir, como si sólo fuera titular de una relación dependiente de la deducida originalmente en el juicio y no titular de la misma).

Como dijimos, de acuerdo con el artículo 38 del Proyecto, el tercero coadyuvante podrá acompañar su prueba documental y ofrecer la restante prueba hasta antes de la audiencia preliminar. Con todo, este tercero está sujeto a una importante restricción: debe respetar todo lo obrado con anterioridad, a menos que acredite haber existido fraude o colusión. Esta limitación implica un importante debilitamiento del derecho de defensa.

¹⁵ A este respecto, resulta importante tener presente lo indicado por BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, "Legitimación activa del estado para demandar la reparación del ambiente dañado y una indemnización de perjuicios" en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, N° 2, 2010, p. 233: "Si pensamos que hoy en día la acción es entendida como un derecho de carácter fundamental reconocido en las constituciones (derecho a la tutela judicial) y que pertenece, en cuanto derecho fundamental, a todas las personas, cualquier definición restrictiva de la ley en cuanto a quiénes sean los titulares de este derecho fundamental podría dar lugar a problemas de constitucionalidad. Lo que se recomienda por tanto al legislador es no definir quiénes son los titulares de este derecho de acción. Aparece menos problemático desde un punto de vista constitucional que el legislador utilice expresiones tales como 'son legitimados activos'; 'podrán demandar', etcétera, en vez de 'son titulares de la acción'".

Ciertamente, la limitación en comento impide a este sujeto el ejercicio íntegro de su derecho de defensa, pues se encuentra obligado a respetar el estado del juicio al momento de su intervención. De este modo, si ha sobrevenido al pleito tardíamente –finalizada la etapa de discusión– se encontrará privado de realizar alegaciones y de justificar sus derechos, impidiéndole el objeto propio de su intervención: defender las resultas de la acción deducida, como titular de la misma, de una sentencia adversa. Incluso podrá verse imposibilitado de replicar las invocaciones contrarias en el ejercicio básico de todo justiciable de contradecir.

Así las cosas, es muy posible que este tercero del artículo 18 N° 2 de la LTA, se vea expoliado de sus armas de defensa y ataque, las que en relación al objeto jurídico debatido (que, como se vio, es suyo también), deben ser ejercidas precisamente en la etapa de discusión.

No podemos dejar de reiterar que la legitimación del interviniente adhesivo es una de carácter menor. Es titular de una relación jurídica material subordinada a aquella que fue introducida en el proceso por las partes originarias. En términos simples, su actuar es “servil” a las peticiones de las partes directas.

Pues bien, en la especie, siendo el “tercero” del artículo 18 N° 2 de la LTA el propio titular de la acción de reparación, resulta al menos preocupante que se le atribuya a éste la calidad de coadyuvante, pues con ello se restringen fuertemente sus derechos procesales, no depositándose en él la efectiva tutela de sus derechos, que deberá ser subsidiada por otros.

Con todo, el mayor problema que debe enfrentar el titular de la acción de reparación medioambiental, al reconocérsele solamente la calidad de coadyuvante, es que le está prohibido disponer del objeto del proceso.

En efecto, actuando éste bajo la calidad de coadyuvante, podría concluirse que la cosa debatida no es suya, sino que del demandante y demandado, y así no detentaría facultades de disposición sobre ella. Como pasaremos a explicar, esta restricción puede acarrearle nuevos y graves perjuicios a su derecho.

Como el coadyuvante no puede disponer del objeto del proceso, no puede hacer uso del allanamiento, de la renuncia, del desistimiento o de la transacción, etc. Todos estos actos trascienden de manera importantísima en la relación sustancial deducida en el proceso; relación material de la que no es titular.

Por tanto, el interviniente del artículo 18 N° 2 de la LTA, que ha sido ataviado de la calidad de coadyuvante, está imposibilitado de oponerse a que las partes directas dispongan del objeto del proceso, siendo que este también le pertenece. Con ello, estará impedido de evitar la consumación de algún eventual fraude procesal que por esta vía pretendan fraguar las partes.

Esta cuestión tiene especial gravedad, ya que se trata como a un tercero al titular de la acción de reparación medioambiental, acción cuyo ejercicio le ha sido vedado, y respecto de la cual carece de instrumentos que le

permitan evitar cualquier acto de disposición que sobre ella pretendan las partes originales, todo en desmedro de su derecho.

IV. LA INTERVENCIÓN ADHESIVA LITISCONSORCIAL

Evidentemente en el caso planteado, parece no ser aconsejable otorgar al interviniente del artículo 18 N° 2 de la LTA la mera calidad de coadyuvante. Distintas razones fundamentan esta aseveración.

Siendo que también es titular de la acción debatida en juicio, la calidad de coadyuvante es un verdadero óbice a su derecho de acción, pues su derecho de defensa se encuentra claramente supeditado al actuar de las partes originarias, no puede disponer del objeto del proceso y tampoco podrá oponerse a actos de disposición del mismo.

Este problema se resolvería si el Proyecto reconociera la intervención adhesiva litisconsorcial. Bajo esta forma de intervención el tercero ocurre al proceso *“a defender su propio derecho, que ya está deducido en el proceso y defendido ya por una parte, de modo tal que la resolución que se dicte le va a afectar directamente...”*¹⁶.

Esto es, aquel tercero que es titular del mismo derecho objeto del proceso, pero que, a pesar de ello, no ejerció su acción conjuntamente con el actor o con el resto de los actores. No obstante su posición, puede aprovechar esta forma de intervención para ingresar al proceso voluntariamente, ejerciendo su derecho de acción.

Así, la intervención adhesiva litisconsorcial es aquella en que el tercero interviene voluntariamente en un proceso pendiente acreditando ser titular del mismo derecho que es objeto de la discusión. Por lo mismo, y por ser también dueño de la acción ejercida, puede hacer peticiones concretas en relación con ella, disponer de ella y oponerse a la celebración de equivalentes jurisdiccionales que lo puedan agraviar.

Esta forma de intervención, como puede observarse, se distingue de la intervención del coadyuvante, puesto que este último no es titular de la misma acción deducida en el proceso; sólo es titular de un derecho o de un interés que justifica su participación, para –colaborando con una de las partes– defenderse de la eficacia directa o refleja de la sentencia que en dicho juicio puede pronunciarse. En palabras de ORTELLS *“la intervención adhesiva simple difiere de la litisconsorcial en que el tercero que entra en el proceso pendiente no lo hace por ser titular de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión procesal interpuesta en él, sino para evitar las consecuencias desfavorables que puede ocasionarle, a*

¹⁶ DÁVILA MILLÁN, MARÍA ENCARNACIÓN, *El litisconsorcio necesario*, Bosch, Barcelona, 3ª edic., 1997, pp. 35.

*causa de los efectos reflejos o indirectos de la sentencia, que una de las partes de ese proceso sea vencida*¹⁷.

Tampoco debe confundirse esta figura con la del tercero independiente. La distinción radica en que el tercero independiente no es titular de la relación jurídica deducida en el pleito. Por el contrario, es titular de un interés independiente al invocado por las partes en el juicio.

Estas diferencias explican desde ya otra cuestión fundamental. El interviniente litisconsorcial es titular de la misma acción objeto del juicio (como lo es, por ejemplo, el interviniente del artículo 18 N° 2 de la LTA) y, como tal, debe concurrir a la celebración de cualquier equivalente jurisdiccional con que las partes quieran poner término al pleito. En cambio, como se vio, el tercero coadyuvante no puede disponer del objeto del proceso (por que no es suyo). Por tanto, la comparecencia de este último no es necesaria para que los equivalentes jurisdiccionales, que las partes originales puedan celebrar, surtan los efectos jurídicos pretendidos¹⁸.

Entonces, cualquier equivalente jurisdiccional que las partes originarias quieran suscribir deberá –ineludiblemente– contar con la total anuencia del interviniente litisconsorcial. En caso contrario, no podrá celebrarse. Siendo la voluntad del interviniente adhesivo litisconsorcial requisito indispensable para que las partes puedan disponer del objeto del proceso, podrá este tercero oponerse eficazmente a cualquier acto que tenga dicha finalidad. A través de esta vía, el interviniente adhesivo litisconsorcial se encontrará en situación de salvaguardar debidamente sus derechos, así como la relación jurídica que constituye el objeto del juicio.

Pensamos que es indispensable que el Proyecto contemple la figura de la intervención adhesiva litisconsorcial, puesto que problemas como el que se presenta en el capítulo anterior podrían tener una adecuada solución que, en su redacción propuesta, no tiene respuesta.

Finalmente, es importante hacerse cargo de una última cuestión. La figura de la intervención adhesiva litisconsorcial no debe confundirse ni el litisconsorcio necesario ni con el voluntario.

La primera institución se encuentra regulada en el artículo 33 del Proyecto, en los siguientes términos:

Litisconsorcio necesario. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustantiva que sea objeto del proceso, no pudiese pronunciarse sentencia que resuelva eficazmente la cuestión controvertida sin la comparecencia como demandantes o el emplazamiento como demandados de todos los interesados, deberán comparecer todos los primeros y ser emplazados todos los segundos en forma legal. Las resoluciones que se dicten alcanzarán a todos los respectivos litisconsortes.

¹⁷ ORTELLS RAMOS, MANUEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

¹⁸ En este sentido, ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2011, t. III, pp. 20 y 21.

En caso de preterirse a un litisconsorte necesario no puede pronunciarse sentencia que resuelva eficazmente la cuestión debatida. En el litisconsorcio necesario “*se está en presencia de una sola acción que conforma el objeto del proceso, la que debe ser resuelta de un modo unitario para todos los sujetos que activa o pasivamente conforman la relación procesal*”¹⁹. En el fondo, “[*se trata de situaciones en las cuales la protección que el actor solicita del órgano jurisdiccional es de carácter indivisible o único para todos los litisconsortes, ya sea que ello venga establecido por la ley o la naturaleza misma de la relación de derecho material, situación que obliga a que concurran todos ellos al proceso, siendo además la sentencia que se dicte única para todos los litisconsortes*”²⁰. Igualmente, si son varios los que como demandantes pueden verse afectados por la cosa juzgada, es necesario que todos ellos deban intervenir en el proceso.

Así por ejemplo, la acción de nulidad genera uno de los casos prototípicos de litisconsorcio necesario. En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha señalado:

La acción de nulidad de un contrato es una acción personal que debe interponerse en contra de todos los que fueron parte en el contrato que se pretende anular, toda vez, que de lo contrario y atento al efecto relativo de la sentencia judicial que se consagra en el artículo 3° del Código Civil, resultaría que un mismo contrato sería nulo respecto de la parte en contra de la cual se intentó la acción y válido respecto de la otra que no fue motivo de la demanda, lo cual repugna no sólo al ordenamiento jurídico sino la lógica más elemental²¹.

Este aspecto resulta todavía más patente si atendemos al artículo 34, inciso final, del Proyecto, que trata sobre la integración del litisconsorcio necesario pasivo. Esta disposición indica que en caso de que el demandante no cumpla con la carga de subsanar la incorrecta configuración de la litis, por omisión de un litisconsorte necesario pasivo, “*se pondrá fin al proceso teniéndose la demanda inicial por retirada*”. Y se deberá poner fin al proceso, precisamente porque es imposible dictar sentencia eficaz en él²².

De este modo, la figura del interviniente adhesivo litisconsorcial tiene similitudes con el litisconsorcio necesario, pero posee una gran diferencia

¹⁹ ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La Acumulación Inicial de Acciones (Artículos 17 y 18 del Código de Procedimiento Civil)*, ConoSur Ltda., Santiago, 2000, p. 22. Sobre el litisconsorcio necesario, véase también ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO: “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 2, 1998, pp. 387-422.

²⁰ ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La Acumulación Inicial...*, *op. cit.*, p. 22. En igual sentido: CORDÓN MORENO, FAUSTINO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1979, N° 2, p. 330.

²¹ Corte Suprema, 8 de mayo de 1990; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 87 N° 1, secc. 1ª, pp. 32 y ss.

²² En este sentido véase: OCAÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Partes y terceros en el proceso civil*, Edit. Colex, Madrid, 1997, p. 192.

con ella. En efecto, la omisión en proceso pendiente del interviniente adhesivo litisconsorcial no obsta a que se pueda pronunciar una sentencia que resuelva eficazmente la cuestión controvertida. Así lo demuestra el sistema que el legislador ha establecido en la LTA: en caso de que los terceros que no dedujeron la acción de reparación medioambiental decidan no intervenir en dicho proceso, igualmente podrá resolverse eficazmente la demanda interpuesta.

Además, existe otra nota distintiva entre el litisconsorcio necesario y la intervención adhesiva litisconsorcial; diferencia que puede concluirse de todo lo que venimos indicando. La conformación adecuada del litisconsorcio necesario es obligatoria para la eficacia y validez del proceso. En cambio, la intervención adhesiva litisconsorcial es voluntaria o facultativa, como todas las formas de intervención procesal. De este modo, esta intervención constituye más una carga para el tercero, cuyo incumplimiento sólo a él podrá perjudicar, pero no dañará ni al proceso ni a otros sujetos.

Como se indicó, la intervención adhesiva litisconsorcial tampoco puede confundirse con el litisconsorcio voluntario o facultativo. Este instituto se encuentra regulado en el artículo 36 del siguiente modo:

Litisconsorcio facultativo. En un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que las acciones deducidas provengan de un mismo título o causa de pedir o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.

En esta clase de litisconsorcio *“existen tantos procesos como pretensiones reunidas en un único procedimiento. El actor, o los actores, no tratan de obtener una sentencia materialmente única; la sentencia será formalmente una, pero contendrá tantos pronunciamientos diferentes como pretensiones se han ejercitado”*²³.

La principal diferencia entre ambas figuras radica en que en el litisconsorcio voluntario la sentencia podrá contener diversas soluciones para cada uno de los litisconsortes. Incluso podrá acoger la acción de algunos de ellos y rechazar las otras. Sin embargo, en aquellos juicios en los que participa un interviniente adhesivo litisconsorcial se trata de un proceso único, produciéndose una ampliación subjetiva, en que la sentencia es única respecto de todos.

Así por ejemplo, la pretensión del interviniente adhesivo litisconsorcial, solicitando se repare el medio ambiente dañado, no podría ser rechazada a un tiempo que la acción que en ese mismo sentido ha deducido el demandante original.

Como se explicó, lo anterior no es necesario que ocurra en el litisconsorcio voluntario. Imagínese que diversos pescadores artesanales demandan la responsabilidad extracontractual de una refinería, por los

²³ MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva...*, op. cit., p. 17.

daños causados por un derrame. En este caso, es perfectamente posible que sólo algunos pescadores sean reparados en el daño sufrido y otros no. Por ejemplo, cuando sólo unos pocos lograron acreditar los daños producidos.

V. CONCLUSIONES

- a) El Proyecto no contempla como forma de intervención aquella denominada adhesiva litisconsorcial.
- b) Pensamos que es importante su inclusión, pues problemas como los expuestos en relación con la legislación medioambiental podrían tener un mejor tratamiento procesal y perfeccionar las herramientas de defensa de los justiciables.
- c) La inclusión de esta figura no responde a un interés meramente académico. Por el contrario, su existencia tiene una finalidad eminentemente práctica, pues asegura a todo aquel que se encuentra legitimado para intervenir como tercero adhesivo litisconsorcial el debido ejercicio de su derecho de acción y la posibilidad de evitar fraudes mediante el uso de algún equivalente jurisdiccional.
- d) La intervención adhesiva litisconsorcial no puede confundirse con otras formas de intervención reconocidas en el Proyecto, como lo son la del tercero coadyuvante o la del tercero independiente. Los fundamentos de estas intervenciones son distintos a la del interviniente adhesivo litisconsorcial y, por ende, también sus facultades, cargas y finalidades.
- e) Tampoco la figura que nos preocupa puede confundirse con el litisconsorcio necesario o voluntario. Ambas figuras tienen su origen en razones y fundamentos diversos a la intervención adhesiva litisconsorcial. Además, como se dijo, la relación de estos tres institutos con la sentencia es muy distinta.

OBSERVACIONES AL PROCEDIMIENTO PREVISTO PARA RESOLVER SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

GONZALO CORTEZ MATCOVICH
*Profesor de Derecho Procesal,
Universidad de Concepción
y P. Universidad Católica de Chile*

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Los comentarios que siguen apuntan hacia la formulación de observaciones críticas a las normas reguladoras del proceso cautelar, específicamente a aquellas que 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 requeridos para la resolución sobre la tutela cautelar, de acuerdo con la regulación que de este instituto se contiene en el Proyecto de Código Procesal Civil¹. Quedan excluidas, por consiguiente, otras disposiciones 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 cautelar².

¹ En adelante, PCPC o simplemente Proyecto.

² ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO), Granada, Comares, 1996, p. 5. Sobre el estudio de esta última clase de normas pueden verse mis trabajos: "Apreciación crítica de la regulación de la tutela cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil", en *La Reforma procesal civil en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de Los Andes) N° 16, 2009, pp. 137-153 y "Apuntes sobre los presupuestos de la Tutela Cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil", en *Estudios de Derecho Procesal Civil* (coord. DE LA FUENTE, P.), Santiago, Librotecnia, 2010, pp. 199-215.

II. REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROCESAL CAUTELAR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

La actividad procesal conducente a resolver sobre una medida cautelar no tiene en el ordenamiento nacional una tramitación completa y detallada. Si bien, no se plantea el problema de la heterogeneidad de procedimientos de que adoleció la regulación española contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que sirvió de modelo a nuestra ley procesal civil, la ausencia de normas claras sobre la tramitación a que debe someterse la solicitud de medida cautelar ha conducido a la formulación de distintas hipótesis sobre el procedimiento aplicable.

Esta imperfección técnica tiene importantes repercusiones respecto de un tema muy sensible, como lo es el régimen de contradicción, sobre lo que en el ordenamiento chileno no existe norma que resuelva el momento, forma y amplitud de la posibilidad de contradicción del sujeto pasivo de la medida cautelar.

La única disposición reguladora de la actividad procesal necesaria para resolver sobre las medidas cautelares es el art. 302 del Código de Procedimiento Civil³, que establece que *“El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada”*. La principal discusión que suscita esta norma es la oportunidad en que la incidencia debe ser promovida, toda vez que para algunos, es la solicitud misma de medidas cautelares la que debe someterse a tramitación incidental, en tanto que, para otros, dicha solicitud debe ser resuelta de plano y que es la oposición a la medida la que puede dar origen al incidente a que se hace referencia en la aludida disposición⁴. Tampoco han faltado posiciones intermedias que matizando la primera posición, observan en el inciso 2º del art. 302 CPC, una autorización para conceder de inmediato, pero en forma provisional la medida, mientras se sustancia el incidente⁵.

Aunque la tendencia jurisprudencial apunta hacia que las medidas precautorias deben ser resueltas de plano por el tribunal, si concurren las exigencias legales, produciéndose el correspondiente incidente sólo cuando el afectado por ellas pide la modificación de lo resuelto⁶, lo cierto es que a la hora de precisar cuál de las alternativas teóricamente posibles

³ En lo sucesivo CPC.

⁴ CORTEZ MATCOVICH, G., “Algunas consideraciones sobre el régimen de contradicción de las medidas precautorias”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre 1999, p. 93-100.

⁵ Ampliamente tratado por ROJAS RODRÍGUEZ, M.: *Las medidas precautorias*, Santiago de Chile, Librotec, 1965. pp. 223 y ss.. Una completa síntesis, más reciente, puede verse en Marín González, J. C.: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado)*, Santiago, E. Jurídica, 2004, pp. 264-278.

⁶ Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de julio de 1965, en *Rev. Der. Jur.*, t. 62, sec. 1ª, p. 239. En el mismo sentido, la Sentencia de la Corte Suprema, de 4 de diciembre de 1963, en *Fallos del Mes*, N° 61, p. 276 y las Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2

fue adoptada por el legislador chileno, la referida regla del art. 302 CPC se ha entendido de maneras diversas por los autores, sin que hasta ahora exista consenso acerca de si se estableció un régimen de contradicción previa o bien diferida, aspecto que, como se comprende, es una pieza clave en el procedimiento cautelar.

III. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El tratamiento dado por el PCPC adolece de importantes imperfecciones derivadas de una ausencia de regulación de algunas cuestiones relevantes y, en el plano de los aspectos regulados, un tratamiento defectuoso de los mismos.

En este orden de ideas, no existe en el texto prelegislativo un precepto regulador de la actividad procesal necesaria para resolver aquellas medidas cautelares que puedan ser solicitadas fuera de las audiencias preliminar y de juicio. La crítica apunta no sólo al supuesto en que pudieren existir audiencias diferentes de las indicadas –claramente prevista, por ejemplo, en el art. 132 PCPC que se refiere a la audiencia más próxima “*fuere la preliminar, la de juicio, sumaria u otra que fije al efecto*”–, sino que específicamente a la posibilidad de requerir medidas en una oportunidad diversa de una audiencia.

Por otra parte, lo relativo a la forma, oportunidad y amplitud de las posibilidades de contradicción por parte del sujeto pasivo de la medida cautelar tiene dispuesto en el Proyecto un tratamiento bastante imperfecto.

En el plano sistemático, el párrafo 4° del capítulo 2° aspira a tratar, a partir del art. 190 y siguientes, lo que el propio texto denomina *Procedimiento* para resolver sobre tutela cautelar, aunque la regulación está reducida a dos aspectos: a la competencia y a la Tramitación de las medidas cautelares solicitadas en audiencia. Por su parte, el capítulo 3°, relativo a la *Medida prejudicial cautelar* destina específicamente el art. 195 a regular la *Tramitación de la medida cautelar prejudicial*.

Se observa que se regula en el capítulo 2° el *Tribunal competente antes de la constitución del tribunal arbitral*, en circunstancias que, tratándose de una medida cautelar solicitada con antelación al inicio del proceso, su tratamiento debió quedar incluido en el capítulo regulador de las medidas cautelares prejudiciales.

de junio de 1948 y de 14 de enero de 1949, en Rev. Der. Jur., t. 46, sec. 2ª, p. 13 y Rev. Der. Jur., t. 46, sec. 2ª, p. 14, respectivamente.

3.1. LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR Y SUS REQUISITOS

Pese a que la solicitud de medida cautelar cumple funciones análogas a la de una demanda en el proceso declarativo⁷, no por ello debe ser tratada como tal en cuanto a su forma y contenido, sino que para estos extremos se debe atender a la específica normativa que pueda existir en la materia y a falta de ésta a las reglas generales⁸.

Conforme al principio dispositivo, vigente en la materia, una medida cautelar no puede ser acordada de oficio por el tribunal, sino sólo a instancia de parte interesada, lo que el Proyecto se encarga de destacar en el art. 171 inc. 2º PCPC.

El PCPC omite consignar normas destinadas a regular los aspectos generales que debe reunir la solicitud de medidas cautelares. En cuanto a la forma externa que ha de revestir la solicitud de medidas cautelares, aunque no se establece expresamente, a partir de lo previsto en los arts. 193 y 195 PCPC, la forma oral o escrita dependerá de la oportunidad en que se presenta la solicitud. Así, si la medida se solicita en la audiencia preliminar o de juicio, dado que el texto señala que deberán tramitarse como incidentes en audiencia, deberá plantearse en forma oral (art. 131 PCPC), en tanto que si la medida se solicita en el carácter de prejudicial, el art. 195 PCPC establece que deberá solicitarse por escrito.

Frente a la falta de norma reguladora del procedimiento que deben recibir las medidas cautelares solicitadas fuera de audiencia, una vez iniciado el juicio, entiendo que deberá aplicarse el procedimiento previsto para los incidentes promovidos fuera de audiencia, los que de acuerdo con el art. 132 PCPC deben plantearse por escrito. En todo caso, frente a una perspectiva reformadora no cabe duda que la ausencia de norma reguladora de esta específica situación es una falencia que debe ser reparada.

Además de la necesaria referencia a los elementos subjetivos de la solicitud, vale decir, la determinación de la persona que solicita la medida y de aquella otra contra quien se pide, el Proyecto ha establecido adicionalmente algunas referencias a los aspectos objetivos de la misma, que suponen la alegación de las circunstancias que determinan la concurrencia de los presupuestos de la medida solicitada, pues previene que la solicitud de medidas cautelares debe ir acompañada del o los antecedentes que hagan verosímil: 1º La existencia del derecho que se reclama y 2º El peligro de daño jurídico que entraña, para su pretensión, el hecho de que no se conceda de inmediato la medida solicitada (art. 178 PCPC). Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la verosimilitud de la existencia del derecho reclamado, el art. 179 PCPC previene que en casos graves y urgentes, los tribunales podrán conceder una medida cautelar sin que

⁷ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, p. 218.

⁸ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Granada, Comares, 1998, p. 295.

se acompañen los antecedentes que hagan verosímil la concurrencia de este presupuesto, por un breve lapso mientras se presentan dichos comprobantes. En tal caso, si no se solicita la mantención de la medida oportunamente, acompañándose dichos antecedentes, caducará de pleno derecho y se tendrá por abusiva la solicitud original. Cabe señalar que se trata de una norma bastante similar a la contenida en el actual art 299 CPC, aunque en este último se impone al solicitante la prestación de caución por los perjuicios que resulten, requisito que no se exige en el Proyecto.

Siguiendo en la línea de los requisitos objetivos de la solicitud de medida cautelar, tratándose de aquellas que se piden en forma prejudicial, el art. 194 PCPC exige al solicitante expresar los motivos graves y urgentes para su concesión, así como los previstos en el artículo 162 PCPC, que se refieren a los requisitos de la solicitud de medidas prejudiciales, preparatorias o probatorias y, además, el ofrecimiento de caución suficiente.

Por otra parte, la presentación del escrito de solicitud de medidas cautelares cumple la no menos relevante función de marcar, al mismo tiempo, el instante preclusivo para la aportación de parte del solicitante de la cautela de los acreditamientos documentales y para formular ofrecimiento de práctica de otras pruebas.

Así, respecto de las medidas solicitadas en audiencia, el art. 131 PCPC impone al solicitante de la medida acompañar toda la prueba documental de que dispusiere y ofrecer rendir los demás medios probatorios que estimare pertinente, individualizando en su caso a los testigos y peritos de que piensa valerse e indicando los hechos sobre los que recaerá la prueba ofrecida.

A esta misma conclusión se llega respecto de las medidas cautelares solicitadas de manera prejudicial, dado que el art. 195 PCPC establece que el tribunal deberá pronunciarse de plano sobre la solicitud. Mas la circunstancia que el tribunal se pronuncie sin oír a la contraria parece limitar, además, la posibilidad de ofrecer medios de prueba distintos de la prueba documental, dado que no se observa cuál sería la oportunidad para la práctica de dicha actividad procesal.

Respecto de las medidas cautelares solicitadas fuera de audiencia, que como se ha dicho, no tienen una norma reguladora del procedimiento que deben recibir, la aplicación del procedimiento previsto para los incidentes promovidos fuera de audiencia, lleva a concluir que el solicitante debe acompañar toda la prueba documental de que dispusiere y ofrecer rendir las demás pruebas que estimare pertinente, individualizando en su caso a los testigos y peritos de que piensa valerse e indicando los hechos sobre los que recaerá la prueba ofrecida (art. 132 PCPC).

3.2. RESOLUCIÓN RECAÍDA SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

De acuerdo con el articulado del Proyecto, la resolución del tribunal sobre la solicitud de medida cautelar depende del procedimiento aplicable.

En este sentido, es posible diferenciar a lo menos tres modalidades procedimentales diversas que tienen una directa incidencia en la resolución que debe pronunciar el tribunal sobre la solicitud de medida cautelar.

En lo relativo a las medidas cautelares solicitadas de manera prejudicial, ya está dicho que conforme al art. 195 PCPC el tribunal deberá pronunciarse de plano sobre la solicitud. La circunstancia que el tribunal se pronuncie sin oír a la contraria parece limitar, además, la posibilidad de ofrecer medios de prueba distintos de la prueba documental, dado que no se observa cuál sería la oportunidad para la práctica de una actividad procesal distinta.

En cuanto a las medidas solicitadas en audiencia, el art. 193 PCPC señala que se tramitan como incidentes en audiencia, de acuerdo con las reglas generales, y sin suspender la tramitación de la causa. Por su parte, el art. 131 PCPC señala que una vez formulada la solicitud el tribunal dará traslado de la misma a la otra parte para que, acto continuo, exponga lo conveniente a su derecho y, además, imponiéndose a cada una de las partes la carga de acompañar toda la prueba documental de que dispusiere y ofrecer rendir los demás medios probatorios que estimare pertinente, individualizando en su caso a los testigos y peritos de que piensa valerse e indicando los hechos sobre los que recaerá la prueba ofrecida. Todo lo anterior debe producirse en la misma audiencia y, desde luego, en forma oral.

Respecto de las medidas cautelares solicitadas fuera de audiencia, que como se ha dicho, no tienen una norma reguladora del procedimiento a que están sujetas, la aplicación del procedimiento previsto para los incidentes promovidos fuera de audiencia supone que el tribunal deberá dar traslado de la solicitud de medida a la otra parte para que dentro del término de tres días exponga lo conveniente a su derecho, y acompañe y ofrezca la prueba en la forma prevista en el inciso anterior.

3.3. EL RÉGIMEN DE CONTRADICCIÓN

La garantía constitucional de la igualdad ante la ley llevada hasta el ámbito del proceso civil se traduce en los principios de bilateralidad de audiencia y de contradicción, que complementándose recíprocamente implican ofrecer a toda persona que se halle expuesta a ser afectada en su posición jurídica, la posibilidad real de poder “*influir en el contenido de la misma, adquiriendo conocimiento de los materiales en que ha de fundarse, tomando postura respecto a los mismos y participando en la introducción en el proceso de esos materiales*”⁹; en otros términos, se trata de conceder a las partes la posibilidad concreta de ser escuchadas tanto

⁹ ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho procesal*, Granada, Comares, 1999, p. 165.

en sus alegaciones como en la aportación de los elementos de convicción tendentes a la obtención de una resolución favorable del juzgador¹⁰.

Las peculiaridades de la función cautelar suscitan varios problemas a la hora de configurar la vigencia del principio de contradicción que, como se ha escrito, “*es pieza clave del esquema procedimental*” de las medidas precautorias¹¹.

La problemática que se plantea se refiere, por un lado, a una cuestión de oportunidad, del momento en que debe ser oído el demandado y de otro, a precisar la amplitud del contenido de las alegaciones que este demandado puede formular y la manera en que puede o debe acreditarlas.

3.3.1. Sobre la oportunidad en que debe ser oído el demandado

Es indudable que la audiencia del sujeto pasivo es condición de legitimidad de la resolución que decreta una medida cautelar¹²; la cuestión radica en precisar en *qué* momento debe producirse la antedicha audiencia, si previo a decretar la medida o bien con posterioridad a su adopción, caso este último que implicaría una nueva revisión y pronunciamiento del juzgador. Desde luego, entre estos extremos caben soluciones intermedias, como una contradicción previa, imperativa o a discreción del tribunal; o bien, una contradicción diferida instaurada de oficio (necesaria) o a instancia del sujeto pasivo¹³.

Una visión preliminar indica que, dado el peligro que se trata de precaver con la cautela, lo aconsejable es que ésta deba ser adoptada por sorpresa, es decir, sin previa audiencia del demandado, pues de otra manera se pondría en riesgo la efectividad misma de la medida solicitada, frustrándose con ello las justas expectativas del acreedor. Con mayor razón si se considera que el *periculum in mora* es exigido como un presupuesto de la concesión de la medida y, además, la forma en que es concebido en el texto prelegislativo que lo señala como el peligro de daño jurídico que entraña, para la pretensión, el hecho de que no se conceda de inmediato la medida solicitada.

Sin embargo, dado que la medida cautelar afecta a derechos e intereses legítimos del sujeto pasivo de la misma, una rigurosa observancia del principio de contradicción haría recomendable que las partes sean

¹⁰ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional, I* (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO), Barcelona, Bosch, 1989, pp. 325-329.

¹¹ CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, op. cit., p. 231.

¹² Como dice RAMOS MÉNDEZ, F., –“Comentario al art. 1428 LEC” en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Cortés, V., Madrid, Tecnos, 1985, p. 693– “Que la parte frente a la que se solicita la medida ha de ser oída en uno u otro momento es algo indiscutible. Lo que se puede cuestionar es si la audiencia, en todo caso, ha de ser previa a la concesión de la medida”.

¹³ ORTELLS RAMOS, M., “Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Actualidad Civil*, 1996, N° 42, pp. 925-936.

oídas antes de adoptar una resolución, por más que ésta pueda tener un carácter meramente provisional.

No existe en el Proyecto una norma de carácter general que resuelva el momento de la contradicción del demandado en el procedimiento cautelar, sino que debe atenderse al momento en que se presenta la solicitud de medida cautelar.

Respecto de las medidas cautelares solicitadas en el carácter de pre-judicial y que el Proyecto asimila a aquellas que se solicitan antes de la presentación de la demanda, el art. 195 PCPC establece que el tribunal se pronunciará de plano sobre la solicitud, lo que, por un lado, supone claramente que el Proyecto opta por excluir de modo radical la contradicción previa, pero no aporta demasiada claridad acerca de la oportunidad en que puede o debe ser oído el sujeto pasivo de medida.

En cuanto a las medidas cautelares solicitadas en audiencia preliminar o de juicio, la aplicación de las reglas dadas para la tramitación de incidentes en audiencia –a que alude el art. 193 PCPC– conduce a concluir que el Proyecto apuesta por una contradicción diferida en todo caso, ya que el art. 131 inc. 2º PCPC establece que el tribunal debe dar traslado de la solicitud a la otra parte para que, acto continuo, exponga lo conveniente a su derecho.

En fin, respecto de las medidas cautelares solicitadas en oportunidades diversas de las indicadas, la aplicación de las reglas dadas para los incidentes promovidos fuera de audiencia conduce igualmente a concluir que el Proyecto opta por una contradicción diferida en todo caso, ya que el art. 132 inc. 2º PCPC señala que si el incidente es admitido a tramitación, el tribunal dará traslado de la demanda incidental a la otra parte para que dentro del término de tres días exponga lo conveniente a su derecho.

La opción del texto prelegislativo en esta materia no me parece acertada. Un planteamiento reformador debiera conducir al establecimiento de una contradicción previa o diferida en función de la apreciación que formule el juez fundada en razones de peligro concreto, con la amplitud suficiente para que permitiendo una adecuada defensa, no resultare desproporcionada al carácter instrumental del procedimiento. Para concluir de este modo, se ha sostenido que, como la urgencia de la medida y su necesidad de adopción por sorpresa no son presumibles en todo caso, con mucho menos razón puede presumirse lo contrario, por lo que ni la contradicción diferida ni la previa pueden establecerse como regímenes exclusivos¹⁴. Considero, en cambio, más apropiado conceder al juez la atribución para valorar si en el caso concreto aparece justificado el empleo de uno u otro método para introducir la contradicción.

En el procedimiento cautelar vigente, la contradicción diferida del sujeto pasivo de la medida precautoria ha sido la opinión que ha pre-

¹⁴ ORTELLS RAMOS, M., “Propuestas para la reforma...”, *op. cit.*, p. 931.

dominado en la jurisprudencia y doctrina mayoritaria. Sin embargo, como lo he sostenido antes, esta posición no debe ser vista como una postura dogmática basada en sostener que siempre y en todos los casos la urgencia de la medida precautoria exige su adopción *inaudita parte*. No creo que la contradicción diferida del sujeto pasivo de la medida precautoria, sea consustancial al proceso cautelar, ya que parece ser un sistema más apropiado la concepción de un régimen efectivo de la tutela cautelar en el que la regla sea la contradicción previa, pero estableciendo determinados supuestos fácticos concernientes a situaciones de peligro concreto, en cuya virtud se permita al juez adoptar la medida *inaudita parte*, mediante resolución debidamente motivada. Sin embargo, ocurre que enfrentados a la mezquina disyuntiva que impone el CPC que, a mi entender, difícilmente permite distinguir entre una oposición previa o una diferida, es preferible, con base en los argumentos expresados, optar por la segunda, esto es, por relegar las posibilidades defensivas del demandado para un momento procesal posterior. Con todo, entiendo que la posición indicada admite cierta matización, en el sentido que, si de los antecedentes aportados por el solicitante de la medida no resultan completamente justificados los presupuestos para la concesión de la medida, el juez no está constreñido a negar sin más la cautela, sino que podría tramitar incidentalmente la medida, previa audiencia del sujeto pasivo¹⁵.

3.3.2. Contenido de la oposición y régimen probatorio

La ordenación de las causas de oposición admisibles por parte del sujeto pasivo de la medida, o, si se quiere, de la amplitud de sus posibles alegaciones, es un asunto problemático en la actividad procesal cautelar porque exige compatibilizar la naturaleza instrumental y sumaria del proceso cautelar con la garantía de seguridad de las posibilidades defensivas del sujeto pasivo de la medida.

Como el proyecto no limita los motivos en que se pueden fundar las alegaciones del demandado para enfrentarse a la medida, debe concluirse que se ha resuelto esta cuestión inclinándose por el establecimiento de una amplia admisibilidad de las defensas por parte del demandado.

Respecto de las medidas cautelares solicitadas en el carácter de prejudicial, el art. 195 inc. 2º PCPC establece que el afectado podrá solicitar el alzamiento, sustitución o modificación de la medida, debiendo el tribunal citar a una audiencia para conocer y resolver lo pedido, por lo que debe entenderse que dicha oposición puede estar referida a cualquiera de los presupuestos que hacen procedente la medida.

¹⁵ CORTEZ MATCOVICH, G., "Algunas consideraciones sobre el régimen de contradicción de las medidas precautorias", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre 1999, p. 96.

En cuanto a las medidas cautelares solicitadas en audiencia preliminar o de juicio, la aplicación de las reglas dadas para la tramitación de incidentes en audiencia, que en lo pertinente se limita a señalar que el sujeto pasivo de la medida puede exponer *lo conveniente a su derecho*, lleva a la misma conclusión sobre la amplitud de las alegaciones posibles por parte del demandado.

Y respecto de las medidas cautelares solicitadas en oportunidades diversas de las indicadas, la aplicación de las reglas dadas para los incidentes promovidos fuera de audiencia conduce igualmente a concluir que no hay limitaciones en cuanto al contenido de la oposición por parte del sujeto pasivo.

No parece razonable la amplitud de alegaciones que parece patrocinar el proyecto porque puede conducir a una injustificada duplicidad de actividades procesales en relación con el proceso principal.

Lo mismo cabe decir régimen de prueba. No resulta aceptable que la actividad probatoria del proceso cautelar replique la que debe producirse en el proceso principal. Una elemental consideración de economía procesal se opone a ello.

En todo caso, si bien no existen expresas limitaciones de la actividad probatoria, los caracteres de concentración y rapidez que informan el procedimiento cautelar¹⁶ conducen a establecer alguna restricción.

De entrada, no es desacertado suponer que el Proyecto de ley ha razonado con base en que las pruebas admisibles son aquellas que tienen aptitud para ser practicadas en el acto mismo de la audiencia, afirmación que cuenta con cierto respaldo de texto desde que, por aplicación de las reglas dadas para los incidentes promovidos en audiencia, el sujeto pasivo de la medida no sólo debe exponer en la misma audiencia lo conveniente a su derecho, sino que, además, *debe* acompañar toda la prueba documental de que dispusiere y ofrecer rendir los demás medios probatorios que estimare pertinente. La actividad probatoria debe verificarse íntegramente en la misma audiencia (art. 131 PCPC).

La celeridad procesal antedicha puede provocar que el sujeto pasivo de la medida quede limitado en sus posibilidades defensivas y, especialmente, en lo que concierne a los medios de prueba de que intente valerse para justificar sus alegaciones. El propio art. 131 PCPC parece dar una salida para esta cuestión, ya que dispone en su inc. 4º que “...*si apareciere justificada la imposibilidad de las partes de contar en esa audiencia con los medios probatorios indispensables para su defensa, podrá el tribunal citar excepcionalmente a una audiencia especial para recibir dicha prueba, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes*”.

¹⁶ Así FAIRÉN GUILLÉN, V., “La reforma del proceso cautelar español”, en *Temas del ordenamiento procesal II*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 905.

Por otra parte, al imponerse que la prueba debe rendirse en audiencia, implícitamente se está exigiendo que las partes concurren al acto de comparecencia con los medios de prueba de que dispongan y que sean practicables en el mismo acto.

En la regulación vigente del proceso cautelar chileno al no existir norma sobre la materia debe entenderse que, en principio, no existe restricción en cuanto a las pruebas a proponer y practicar y no caben otras restricciones que las derivadas del reducido ámbito temporal en la que la oposición se desenvuelve. Consiguientemente para desvirtuar los presupuestos de la medida el demandado puede valerse de cualquier medio de prueba. Las limitaciones –insisto– vendrán dadas por el reducido ámbito temporal previsto para la discusión, que obedece a la tramitación incidental a que debe sujetarse la oposición.

La práctica parece haber seguido esta línea, admitiéndose por los tribunales la generalidad de las pruebas que se proponen por las partes. Ahora bien, la resolución del incidente de oposición no se retarda por el hecho de que las pruebas admitidas no alcancen a practicarse dentro del breve término de prueba establecido para este efecto (art. 91 CPC)¹⁷. En todo caso, nada impide que los interesados puedan producir otras pruebas, distintas de la testimonial, antes de comenzar el término probatorio, dado que el carácter fatal de éste, sólo veda la posibilidad de rendir pruebas una vez vencido¹⁸.

Finalmente, en cuanto a la forma en que debe ser articulada la oposición, debe tenerse presente que se viene aceptando con cierta frecuencia la posibilidad de formular la oposición a través de la interposición de recursos contra la resolución que acordó la medida. Suele acaecer en la práctica que la oposición se articule del siguiente modo: notificado de la resolución que concede la medida, el sujeto pasivo deduce en su contra reposición ante el mismo tribunal y apelación subsidiaria, para el evento de ser desestimada la oposición e incluso apelación directa, en subsidio de todo lo anterior, para el caso que el tribunal considere la resolución como no susceptible de reposición. Frente a la solicitud de reposición, en ocasiones el tribunal confiere traslado de la misma al solicitante de la medida¹⁹, tramitándose la oposición de manera incidental.

La Corte Suprema, refrendando este proceder, confirmó un fallo de la Corte de Concepción, en el que se sostuvo: “1º) *Que consta del expediente*

¹⁷ El art. 91 CPC dice que: “Vencido el término de prueba, háyanla o no rendido las partes, y aun cuando éstas no lo pidan, fallará el tribunal inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercero día, la cuestión que baya dado origen al incidente”.

¹⁸ Así, SALAS VIVALDI, J., *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil y penal*, 5ª ed., Santiago de Chile, Edit. Jurídica, 1994, p. 152.

¹⁹ Esta forma de tramitar la reposición es manifiestamente irregular dado que de acuerdo con lo previsto en el art. 181 CPC el tribunal ha de pronunciarse de plano sobre la solicitud de reposición, salvo situaciones excepcionales, como la reposición de la resolución que recibe la causa a prueba (art. 319 inc.2º CPC).

*traído a la vista, que por resolución de treinta de enero último escrita a fojas 113, se concedió la medida prejudicial precautoria de arraigo del Pesquero Arauco I de propiedad de la Pesquera Mar Profundo Ltda. Consta, asimismo, que la mencionada Pesquera, a fojas 117 solicitó se repusiera la referida resolución y no se diera lugar a la medida por cuanto, a su juicio, no se configuraba ninguna de las situaciones en que la medida era procedente. 2º) Que, de esta forma, hubo oposición a la medida cautelar, la que debió tramitarse incidentalmente dándose traslado de ella al actor. Al no hacerlo, el juez ha incurrido en falta o abuso que esta Corte debe enmendar por esta vía*²⁰.

Sin embargo, la propia Corte Suprema ha resuelto que la reposición no es un incidente: *“Debe advertirse, además, que la reposición establecida en el artículo 181, no es propiamente un incidente sino un recurso que tiende a la modificación o revocación de un auto o decreto”*²¹.

Respecto de la articulación de la oposición del modo indicado, además de limitar severamente las oportunidades de alegación y prueba, su procedencia resulta francamente cuestionable. La aquiescencia de la judicatura a esta práctica irregular sólo puede tener explicación en las vacilaciones acerca de la naturaleza jurídica de la resolución que resuelve sobre las medidas cautelares. La Corte de Santiago ha resuelto que la resolución que rechaza el alzamiento de una medida precautoria es un auto que no altera la sustanciación regular del pleito ni recae sobre un trámite no dispuesto expresamente por la ley, por lo que el recurso de apelación resulta improcedente a la luz de lo establecido en el artículo 188 CPC²².

A mi juicio, la única vía procesalmente idónea para introducir la contradicción en el procedimiento cautelar es a través del correspondiente escrito de oposición a las medidas adoptadas. Dado que la ley no fija plazo para hacer valer la oposición, debe entenderse que el sujeto pasivo conserva la facultad de oponerse a la medida durante todo el curso del juicio.

3.4. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR, EN ESPECIAL LA ATENUACIÓN DE LA REGLA DE CONGRUENCIA

Esta resolución puede ser de fondo o meramente procesal. En el primer caso estimará o desestimaré la pretensión cautelar; en el segundo, no se pronunciará sobre la pretensión cautelar, sino que declarará su inadmisión²³. Esta última situación se producirá en la medida en que se constate

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de junio de 1991, en *Fallos del Mes*, N° 391, p. 201.

²¹ Sentencia de la Corte Suprema, de 23 de junio de 1954, en *Rev. Der. Jur.*, t. 51, sec. 1ª, p. 192.

²² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de julio de 2001, en *Gaceta Jurídica*, N° 253, p. 100.

²³ CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas...*, op. cit., p. 247.

por el tribunal la falta de algún presupuesto procesal o la concurrencia de algún impedimento procesal alegado oportunamente por el demandado²⁴.

Fuera de estos casos, la decisión judicial ha de pronunciarse sobre la pretensión cautelar, ya sea para acogerla o denegarla. El contenido primordial de la decisión judicial que resuelve sobre la medida cautelar viene condicionado por la vigencia de los principios dispositivos y de aportación de parte²⁵, lo que conduce al tema de la congruencia de la resolución cautelar.

El Proyecto contiene una norma importante sobre la materia, que parece eruirse como una calificada excepción al principio general de congruencia consagrado en el art. 201 PCPC. Establece el art. 171 inc. 2º PCPC que las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio, pero que el tribunal “*podrá conceder una medida menos gravosa y perjudicial para el demandado a condición de que resguarde de igual modo la pretensión del actor*”.

La norma, por un lado, delimita negativamente el contenido de la resolución cautelar, en cuanto a que el grado *máximo* de gravedad de la medida queda fijado en función de los términos en que la cautela ha sido solicitada, pero a su vez, permite la adopción de medidas cautelares menos gravosas, esto es, menos incisivas que las inicialmente solicitadas por el interesado.

Esta autorización concedida al juez para moderar la *intensidad* de la medida a adoptar puede ser interpretada en un sentido restringido, entendiendo que sólo se permite la *reducción cuantitativa* de los efectos de la medida, como la retención de dineros en poder de un tercero solicitada por cinco millones, que se acuerda en definitiva disminuida a una suma inferior. Pero hay supuestos en los que, siendo procedente la cautela, resulta difícilmente posible una reducción de la extensión cuantitativa de la medida, por lo que también podría entenderse la norma como una licencia para que el juez acuerde en estos casos una *medida cualitativamente distinta* de la solicitada por el actor, pero menos gravosa para el sujeto pasivo²⁶. Esta segunda comprensión del precepto cubriría naturalmente la primera.

²⁴ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil* (con JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA, MARTÍN), Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 440.

²⁵ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo...*, *op. cit.*, p. 310.

²⁶ En este sentido PODETTI, R., *-Derecho procesal civil, comercial y laboral IV. Tratado de las medidas cautelares*, B. Aires, Ediar, 1956, p. 77- sostiene que “*teniendo en consideración los intereses, privados y públicos, que justifican la institución, el necesario equilibrio de la justicia, que debe llevar al juez a no ocasionar daños innecesarios, entiendo que el juez, por vía de limitación, puede decretar una medida precautoria distinta a la solicitada, que sea suficiente y adecuada a la finalidad prevista en la ley*”. Más adelante (p. 78) agrega “*No creo que vincule al juez la petición de una determinada medida cautelar, tanto por sus fines, como por el propósito jurídico perseguido, que no puede ser otro que asegurar un derecho*”. Parece ser de esta opinión JOVÉ, M.A., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 247-8.

A mi entender, la intención del texto prelegislativo, ha sido la atenuación de ciertas consecuencias negativas para la efectividad de la tutela cautelar a que podría llevar la rigurosa aplicación del principio de congruencia, pero no debe ser vista como venia para que el tribunal llegue a pronunciarse sobre una medida que ni tan siquiera le ha sido solicitada, por más que aparezca como la más adecuada para cumplir la finalidad cautelar pretendida.

IV. EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Partiendo de la premisa de que la eficacia de la resolución que acuerda una medida cautelar no tiene por qué diferir cualitativamente de aquella otra que decide el proceso principal²⁷, es preciso que el ordenamiento prevea los medios indispensables para que lo dispuesto en la resolución judicial tenga efectividad práctica, con independencia de la voluntad del sujeto pasivo²⁸. En ocasiones, tal como ocurre por lo demás con las sentencias dictadas en el proceso declarativo, no basta la sola declaración y a veces es necesario *algo* más.

En efecto, suele suceder que los efectos de la resolución que concede una medida cautelar se agoten en la sola declaración y no sea precisa una actividad posterior modificadora del mundo externo o que ésta sea tan simple, que no alcance a constituir una verdadera ejecución²⁹. Por otro lado, existen medidas tales como la prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble, que pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad del afectado.

Fuera de estos casos, es posible que el cumplimiento de la medida precise *“en algún supuesto de la colaboración del sujeto pasivo de la misma, por lo que también son necesarias normas que prevean los instrumentos adecuados para obtener un cumplimiento forzoso”*³⁰. En tal caso, la resolución ha de ser coactivamente cumplida a través de la función jurisdiccional del Estado, irrumpiendo en la esfera jurídica personal y patrimonial para hacer cumplir lo juzgado.

El cumplimiento forzoso de una resolución cautelar es un tema que, si bien puede considerarse como un asunto adicional a la resolución que decreta una medida cautelar, guarda sin embargo con ésta una estrecha

²⁷ CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936, p. 389, para quien la decisión cautelar no es distinta de la jurisdiccional, ni en cuanto a la eficacia, ni en cuanto a la extensión, sino que la diversa eficacia se manifiesta por el lado de la *duración*, dado que la resolución cautelar es *“un procedimiento temporáneo o caduco”*.

²⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Derecho procesal Civil III*, Madrid, edit. C.E. Ramón Areces, 1992, p. 21.

²⁹ MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 456.

³⁰ ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar...*, *op. cit.*, p. 18.

relación³¹. Es tan vigorosa esta vinculación que parte de la doctrina italiana ha venido sosteniendo que en el ámbito de la tutela cautelar no es posible distinguir entre un proceso de cognición y uno de ejecución³². Otra corriente, iniciada por Rocco, considera que dentro del proceso cautelar pueden distinguirse al menos dos fases bien diferenciadas que corresponden a la cognitiva y la ejecutiva³³. Según Calamandrei, al lado de la *cognición cautelar* es posible hablar de una *ejecución forzada cautelar* para todos aquellos casos en que los efectos de la providencia cautelar no se agoten en la fase de cognición, pero requieren para su actuación una modificación del mundo externo³⁴.

Parece claro que, dentro del proceso cautelar, puede visualizarse una actividad de declaración que viene seguida de otra consistente en la realización coactiva de lo resuelto. La calificación que se le pueda otorgar a esta segunda etapa es irrelevante en tanto en cuanto se tenga claro que, de lo que se trata, es que a través de ésta se ha de actuar lo declarado en la resolución cautelar. Ahora bien, si la ley ha regulado la forma de llevar a efecto las sentencias, parece lógico que estas normas debieran aplicarse para el caso de las medidas cautelares. Sin embargo, la remisión a las normas sobre la ejecución de resoluciones judiciales, tiene que aplicarse de modo matizado, para no caer en absurdos. Lo que ocurre en realidad, es que en todos estos casos la cautela no basta por sí sola para cumplir el propósito para el que ha sido decretada y le debe suceder una etapa tendente a la realización coactiva de la misma; entre ambas actividades no existiría solución de continuidad, sino que la ejecución vendría a significar una proyección o complemento indispensable de la primera³⁵.

En cualquier caso, se ha cuestionado la idoneidad de las reglas generales sobre la ejecución forzosa en relación con el proceso cautelar³⁶. Se propone, en cambio, que la actuación de la resolución cautelar debe ajustarse a las modalidades que para cada caso en concreto establezca

³¹ CALDERÓN CUADRADO, M.P., "Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones judiciales", en *Revista de Derecho Procesal*, 1992-3, p. 500.

³² LIEBMAN, E. T., "Unità del Procedimento Cautelare", en *RD Processuale Civile*, 1954-I, pp. 248-254, señala que "la struttura unitaria del procedimento esclude che, nell'ambito della tutela cautelare, si possa distinguere un processo di cognizione e un processo d'esecuzione". En España, comparte esta concepción VÁZQUEZ SOTELO, J.L., "La construcción del proceso cautelar en el Derecho procesal civil español", *op. cit.*, p. 845, quien afirma que: "Todas las actividades cautelares están unidas por el único procedimiento y por el fin o destino que se proponen cumplir al servicio de la seguridad de un derecho en litigio".

³³ ROCCO, A., *Il fallimento*, Torino, 1917, p. 18, citada por LIEBMAN "Unità...", *cit.*, p. 253, nota 6-. En esta misma línea CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto processuale civile I*, Padova, Cedam, 1936, p. 206 y CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, pp. 74 y 87 y ss.

³⁴ CALAMANDREI, P., *Introduzione...*, *op. cit.*, p. 87.

³⁵ VERDE, G., "L'attuazione della tutela d'urgenza", en *RD Processuale Civile*, 1985, pp. 726-7

³⁶ ARIETA, G.,: *I provvedimenti d'urgenza*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1985, pp. 314 y 316-7. En similar sentido, FRISINA, P., "La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie", en *RD Processuale Civile*, 1986-4, p. 999.

el propio juez que la pronuncia³⁷, sin perjuicio de acudir también a las normas sobre ejecución forzada como “*parámetro operativo*”³⁸.

La legislación actual no trata de manera específica esta materia dentro de la regulación destinada a las medidas cautelares. El único precepto que se refiere al cumplimiento de la resolución cautelar no se refiere a la ejecución de las medidas cautelares, sino que habla de “*llevarla a efecto*” (art. 302 CPC). Esta diferente nomenclatura podría ser interpretada en el sentido de que el legislador establece una disimilitud entre la ejecución de una sentencia de condena y la ejecución de una resolución que acuerda una medida cautelar³⁹.

En todo caso, la ausencia de normas específicas parece llevar irremisiblemente a la aplicación de las reglas generales sobre cumplimiento de resoluciones judiciales. El problema que puede derivarse de esta remisión es que el proceso de ejecución de sentencias se presenta como inadecuado para el cumplimiento de las resoluciones que acuerdan una medida cautelar. Reconducir la ejecución de las medidas cautelares a las normas que regulan el cumplimiento de las resoluciones puede tener numerosas implicaciones que no siempre se tienen en cuenta a la hora de proponer la remisión; de partida, llevar este reenvío hasta sus últimas consecuencias conduciría a imponerle al solicitante de la medida la carga de iniciar un nuevo proceso para obtener ahora la actuación de la cautela; implica también aceptar las posibilidades de contradicción del sujeto pasivo, no a la medida en sí, sino a la ejecución de la misma y admitida esta posibilidad implica regular un cauce procedimental para ella.

Se trata de una cuestión en la que, a favor de una ejecución diferenciada pueden invocarse las especialidades del proceso cautelar, pero, por otro lado, qué mayor eficacia que remitirse a las normas generales de las sentencias definitivas para ejecutar una resolución cautelar. El problema, en todo caso, es de la regulación de la ejecución de las resoluciones en general y no propiamente de la regulación de la tutela cautelar⁴⁰. Adicionalmente, se podría plantear la incoherencia de asignar mayor efectividad para la ejecución de resoluciones cautelares que para la sentencia que recae en el proceso principal⁴¹.

³⁷ ARIETA, G., *I provedimenti...*, *op. cit.*, p. 324.

³⁸ FRISINA, P., “La tutela cautelar...”, *op. cit.*, pp. 996-7.

³⁹ Cuando el CPC se refiere al cumplimiento de sentencias siempre habla de la *ejecución de las resoluciones* (así, entre otros, los arts. 7, 172, 173, 173, 176, 181, 183, 192 CPC); la expresión “*llevar a efecto*” aparece reservada para señalar la realización de actos materiales de ejecución (Así los arts. 235 N° 1, 494, 506, 585 CPC; el art. 773 inc. 2°, habla de *llevar a efecto* la sentencia pero parece evidente que lo hace para no reiterar la expresión *ejecución* empleada en el inciso 1°).

⁴⁰ ORTELLS RAMOS, M., “Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *El proceso civil y su reforma*, Coord. Martín Espino, Madrid, Colex, 1998, p. 461.

⁴¹ TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Las medidas cautelares de la Ley de Protección al Honor, la Intimidad y la propia Imagen”, en *Medidas cautelares por razón de la materia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 53-4.

Es posible concebir, no obstante, un régimen de ejecución propio de las medidas cautelares que, dotado de una mayor celeridad e instrumentos idóneos, se adaptase a las peculiaridades del proceso cautelar, sin que esto signifique atribuirle una mayor efectividad a la resolución cautelar. Aquí no se trata de conseguir la completa actuación de la sentencia tendente a la satisfacción definitiva de la pretensión; se trata de determinar una forma de ejecución que resulte acorde con la naturaleza de la resolución que se trata de cumplir y las actuaciones que en ella pueden llevarse a cabo, deben seguir la misma suerte que las restantes actividades del proceso cautelar, en cuanto instrumentales y provisionales.

El Proyecto no contiene normas específicas relativas a la ejecución de la resolución cautelar, pero alude ella en algunas disposiciones, especialmente a propósito del rol que le cabe al presupuesto de la caución en relación con la ejecución de la medida cautelar. En efecto, el proyecto no distingue con claridad si la prestación de caución por parte del solicitante de la medida –cuando es procedente– es un presupuesto para su concesión o, en realidad, se trata de una condición de eficacia de la misma.

Así, el art. 175 PCPC, cuando señala que *“la parte que solicite la medida”* debe *“otorgar previamente garantía suficiente”*, parece dar a entender que se trata de un presupuesto previsto para la concesión. Las dudas en este sentido se disipan con la redacción del inciso 2º de la referida disposición al señalar que *“Se deberá otorgar siempre caución previa para decretar medidas cautelares en forma prejudicial”*.

Sin embargo y en contradicción a la regla antes referida, tratándose de la medida cautelar prejudicial, el art. 195 PCPC establece que estas medidas *“...no podrán llevarse a efecto sin constituirse en forma previa la caución”*, es decir, lo considera como un requisito para la ejecución de la medida y no para su concesión.

Respecto de las medidas cautelares solicitadas en audiencia preliminar o de juicio, el art. 193 PCPC permite *llevarlas a cabo* una vez resuelta la solicitud de manera favorable, pero si se exige caución el inciso 2º establece lo que parece una situación excepcional, al permitir que se lleve a efecto de inmediato desde que haya sido concedida bajo apercibimiento de quedar sin efecto, de pleno derecho, si la caución no es constituida dentro de quinto día.

Sin embargo, el inciso 3º del art. 193 PCPC induce a confusión porque establece que en casos graves y urgentes, sin embargo, podrá el tribunal autorizar la ejecución de la medida antes de la constitución de la caución, bajo el apercibimiento previsto en el inciso anterior.

Al parecer, el inciso 2º y 3º del art. 193 PCPC son reiterativos y regulan la misma situación. Se observa pues una defectuosa técnica que, sin duda, deberá ser corregida durante la tramitación legislativa.

**FUNCIÓN DEL PROCESO Y LA PRUEBA EN
EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL.
REPERCUSIONES PARA LAS PARTES Y
PARA EL JUEZ**

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
*Profesor Derecho Procesal,
Universidad Austral de Chile*

INTRODUCCIÓN

Preguntarse por la función del proceso civil y también de la prueba rendida en él es relevante desde muchos aspectos. Lo que podamos responder al respecto determinará el rol, derechos y poderes de las partes y el juez en el proceso.

Una concepción adversarial a ultranza del proceso civil, propia del mundo medieval anterior a la formación del Estado o, si se quiere, de una ideología liberal decimonónica anclada en una posición abtencionista del Estado y en concreto de la justicia como manifestación del poder estatal, supondrá que el proceso sea un mero instrumento de pacificación social y entregará a las partes monopólicamente la conducción del proceso y la aportación de las pruebas. La prueba a su vez, bajo estas coordenadas históricas e ideológicas, tendrá por función persuadir al juez de cuál de las narraciones fácticas expuestas por las partes es la más correcta. En definitiva, en un proceso radicalmente adversarial el contradictorio entre las partes y el poder exclusivo de ellas para aportar los medios de prueba serán necesarios y suficientes para que se haga justicia en el caso concreto.

Importará poco en esta concepción que el proceso sirva como instrumento de tutela de derechos que en sede anterior ha reconocido el poder legislativo. Poca relevancia también tendrá que la prueba pueda demostrar la verdad de los hechos que han acaecido en el mundo material extraproceso y cuya narración las partes han introducido al proceso y cuya comprobación determinará la existencia de los referidos derechos. Lo que interesa en esta concepción es que el juez cumpla una función

de pacificación social dándole la razón a aquella parte que ha sido más hábil o capaz de aportar mejores narraciones fácticas y jurídicas y pruebas que avalen tales narraciones. Triunfará en el proceso quien haga mejor uso de la retórica y la dialéctica y quien aporte las mejores pruebas que avalen su narración.

Por el contrario, una concepción del proceso donde éste, además de instrumento de pacificación social, sea la vía para que el Estado pueda dar tutela a quien comparece ante la jurisdicción pidiendo protección y reconocimiento de sus derechos, conlleva un especial compromiso del Estado por la vigencia y tutela de esos derechos, para lo cual será esencial que se pueda demostrar la ocurrencia de los hechos que han introducido las partes al proceso y que avalan la existencia de tales derechos. En el mismo sentido, la prueba tendrá por función reconstruir los hechos introducidos por las partes al proceso o su demostración.

Llamaré concepción adversarial radical a la primera forma de concebir al proceso civil y concepción adversarial atenuada a la segunda. Respecto de la función de la prueba, llamaré a la primera como función persuasiva de la prueba y función demostrativa o cognoscitiva a la segunda. La primera concepción del proceso civil, es decir, una adversarial radical, generalmente prohíbe al juez tomar decisiones referidas a la conducción del proceso y participar del probatorio de manera activa interviniendo en la rendición de las pruebas propuestas por las partes o pidiendo que se generen otras no introducidas por ellas. La segunda concepción del proceso civil admite que el juez pueda tener un rol activo en la conducción del proceso y en la producción de las pruebas, junto a lo que las partes puedan proponer. En resumidas cuentas, en la concepción adversarial radical del proceso civil, éste es un diálogo bilateral que se desarrolla frente al Estado. Al contrario, en la concepción adversarial atenuada, el proceso es un diálogo que involucra a tres personas: demandante, demandado y al Estado.

Esbozado sintéticamente lo anterior, surge la tentación de atribuirle color político o ideológico a una u otra concepción. En este sentido, si la primera concepción del proceso y de la prueba suponen un abstencionismo por parte del Estado, ella es coherente con posiciones políticas liberales del tipo *laissez faire* o del Estado mínimo o de policía, las que hoy sin duda serían designadas como posiciones conservadoras. Si la segunda supone un rol activo del Estado al impartir justicia, ello sería coherente con posiciones políticas socialdemócratas, republicanas o como se las quiera llamar, que suponen en todo caso una intervención del Estado en los asuntos de los ciudadanos y la sociedad.

Sin embargo, lo que está en juego en un escenario como el que aquí se ha descrito, es que el Estado cumpla con un rol fundamental de impartir justicia de modo tal que se cumplan los mandatos que ha previsto el legislador, por lo que en realidad lo que está en juego en uno u otro caso, es ni más ni menos que la vigencia o no del Estado de Derecho.

En otras palabras, asumir una concepción u otra supondrá tomarse en serio la vigencia efectiva de los derechos materiales de las personas y ante tal escenario el análisis no puede dividirse política o ideológicamente. Las distintas posiciones sobre el proceso y la prueba vienen a significar en definitiva estar a favor o en contra de un Estado organizado como Estado de Derecho, donde al legislador corresponde reconocer de un modo general y abstracto los derechos que corresponden a las personas y a los jueces, de manera consecutiva, determinar si en un caso concreto esos derechos existen, así como brindar su tutela.

Ahora bien, si se analiza la situación avanzando más allá de una determinación en abstracto del rol del proceso y la prueba en el proceso civil, para pasar a analizar cómo se puede dar efectiva tutela a los derechos de las personas, poniendo atención en la situación material en que se encuentran esas personas que figuran como partes en una contienda civil, el análisis sí puede ser llevado más propiamente por cauces políticos o ideológicos. En efecto, si el legislador decide la creación de instrumentos que permitan igualar por compensación al sujeto más débil, ello, como no podría ser de otra manera, se corresponde con posiciones políticas de izquierda o centroizquierda, pues la igualdad material es bandera de lucha de posiciones progresistas y no conservadoras.

Dicho lo anterior, no se puede negar que una política pública que pretende compensar la situación de las partes en el proceso civil, disponiendo medidas en beneficio del sujeto más débil, lo que aquí he considerado coherente con posiciones políticas de izquierda, de centroizquierda o progresistas, se traducirá en definitiva en una determinada concepción de la función del proceso civil y de la prueba. En este sentido, si la ley crea presunciones de culpa o responsabilidad de las empresas o proveedores, o bien, si la ley permite al juez modificar la carga de la prueba en el proceso poniéndola de cargo de quien se vea más poderoso desde el punto de vista económico, con mayor información o con mayor capacidad para introducir la prueba (cargas probatorias dinámicas o reglas sobre facilidad probatoria o concepción solidaria de la prueba), todo ello se corresponde con un legislador preocupado de que el proceso pueda dar tutela efectiva a los derechos de las personas y que la prueba pueda servir para conocer lo más genuinamente posible cómo ocurrieron los hechos que sirven de base a la pretensión del actor y resistencia del demandado. En resumen, es posible configurar una coherencia lógica entre conceptos y propuestas tales como igualdad material, acciones afirmativas o compensatorias, política judicial progresista, el proceso como instrumento de tutela de derechos y una concepción cognoscitiva de la prueba.

Lo que pretende el presente trabajo es determinar cuál es la concepción del Ejecutivo en el Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante el Proyecto) que actualmente está en discusión en el Congreso Nacional en relación con la función del proceso y la prueba civil y cuál es el rol, los poderes y derechos del juez y las partes en el proceso.

I. FUNCIÓN DEL PROCESO CIVIL

Históricamente y hasta el día de hoy la doctrina no ha estado de acuerdo sobre el fin o la función del proceso civil. Una posición sostendrá que el proceso civil es instrumento de pacificación social o de resolución de conflictos intersubjetivos¹. Otra posición señalará que el proceso civil tiene por fin último la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos y, en definitiva, la realización del derecho objetivo diseñado por el legislador².

En mi concepto, una concepción de la jurisdicción como mera vía de solución de conflictos no es correcta desde una doble perspectiva. No lo es desde el punto de vista del Derecho chileno vigente así como desde un punto de vista más general de teoría del Derecho.

En primer lugar, no es correcta la teoría de la función jurisdiccional como instancia de composición de la *litis* debido a que ella no está recogida por el Derecho chileno. En efecto, al proceso civil chileno deberá concurrir quien sea parte en un conflicto intersubjetivo y requiera la intervención del Estado para solucionarlo, dando así tutela a los derechos que le reconoce el orden jurídico. Pero también deberá recurrir al proceso civil quien no sea parte de ningún conflicto, pero quiera realizar actos que produzcan efectos válidos en la vida jurídica. Este es el caso, por ejemplo, de los cónyuges que de común acuerdo quieren poner término a su matrimonio a través del divorcio (art. 55 de la Ley de Matrimonio Civil). En ese caso deberán recurrir al proceso no para solucionar un conflicto y pedir tutela sobre alguna posición jurídica subjetiva, sino para constituir una nueva situación jurídica, como será el estado civil de soltero. Las cuestiones referidas al estado y capacidad de las partes y las relaciones de familia requieren para su concreción de un proceso civil que, en muchos casos, no supone la existencia de un conflicto entre partes.

El proceso civil de tipo constitutivo fue una lucha que dio CALAMANDREI en Italia y se impuso a la tesis de CARNELUTTI que sólo veía actividad jurisdiccional civil donde hubiera una *litis*³. En el caso del proceso constitutivo, el juez civil comprueba la existencia de ciertos supuestos fácticos necesarios para que se cumplan los efectos queridos por el ordenamiento jurídico.

Cosa diferente a la regulación legal vigente es que se pueda criticar tal opción legislativa. En efecto, si las cuestiones sobre el estado o capacidad

¹ En una concepción del Estado mínimo o del tipo *laissez-faire*, propio del siglo XIX, si surgen conflictos al interior de la sociedad, el Estado reivindica una posición neutral: en el medio de la tempestad y de las luchas sociales puede profesar una tranquila objetividad, debiendo intervenir lo menos posible en la forma en que los individuos gestionan su "combate". El proceso en esta concepción del Estado podría ser denominado como "proceso de resolución de conflictos". Vid. DAMASKA, M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 138 y ss.

² TARUFFO, M., "Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LIII, N° 3, sept. 1999, pp. 779 y ss.

³ Vid. TARELLO, G., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bolonia, 1989, pp. 232 y ss.

de las personas o las relaciones de familia, aun existiendo pleno acuerdo entre los afectados, comportan una cuestión de interés público respecto de las cuales el Estado no se puede desentender, para eso están otros funcionarios públicos –no jueces– con capacidad para tutelar adecuadamente ese interés público, como es el caso de los notarios y oficiales del Registro Civil.

En mi opinión, no se debería acudir al proceso civil si no hay contienda entre partes referida a los derechos o intereses de éstos. Pero como veremos, aun suponiendo contienda entre partes, la solución de ésta no es el fin de la jurisdicción, sino que sólo una condición necesaria para que pueda concretarse en una situación determinada el mandato jurídico general y abstracto. En este sentido, la teoría de la función jurisdiccional como composición de la *litis* no es correcta desde un análisis más general propio de la teoría del Derecho.

La jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para que dirima sus conflictos privados. La jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de legalidad; es el terminal de la publicidad, esto es, última instancia dentro del sistema estatal para defender y realizar la legalidad constitucional y ordinaria así como los derechos fundamentales y legales reconocidos en la Constitución y las leyes.

Si entendemos que los jueces con sus sentencias dan vida concreta al mandato de la voluntad popular expresado en la ley y si las leyes desarrollan el mandato más general y básico contenido en la Constitución, hay que concluir que los jueces tienen por función, mediata si se quiere, dar vida en el caso concreto a la propia Constitución Política de la República y a las leyes⁴.

Tenemos de este modo que los jueces hacen algo más que resolver las disputas de los ciudadanos. No es que sea incorrecto señalar que los jueces resuelven esas disputas, pero sí lo es situar en esa labor de resolución de conflictos la función jurisdiccional. La solución de los litigios sólo es un medio o presupuesto necesario para que se puedan realizar los fines jurisdiccionales.

¿Cuál es el posicionamiento del Ejecutivo en el Proyecto de Código Procesal Civil sobre la función del proceso civil? La respuesta a esta pregunta está en el Mensaje y en el articulado del Proyecto que el Presidente de la República Sebastián Piñera Echenique envió al Congreso Nacional en el mes de marzo de 2012. En efecto, en el referido Mensaje se señala:

“...Consecuente con lo anterior, y entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero

⁴ Vid. PEDRAZ, E., *Derecho procesal penal, Tomo I, Principios de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 24.

observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia. Así, por ejemplo, la iniciativa del proceso civil, la determinación del objeto del mismo, la aportación de prueba salvo excepciones – y la utilización de los medios de impugnación, corresponde exclusivamente a las partes”.

Por su parte, en el articulado del Proyecto se hace una declaración en los siguientes términos:

“Art. 1º.– *Tutela jurisdiccional*. Toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un debido proceso el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este Código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales”.

Tenemos de esta manera que el Ejecutivo toma posición en la discusión sobre el fin o función del proceso civil. Señala en el Mensaje que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes. Y luego en el artículo 1º da a entender que el proceso jurisdiccional civil sirve como instrumento no para la resolución de conflictos, sino para la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas.

1.1. EL JUEZ CIVIL Y SU COMPROMISO CON LA JUSTICIA Y LA VERDAD

La jurisdicción es algo más que vía de solución de conflictos. Es instrumento de “justicia” como sostiene Giovanni Verde⁵. La expresión de VERDE debe ser comprendida a mi parecer en el sentido que solo cuando los jueces son capaces de acercarse al máximo a la verdad⁶ sobre los hechos que circundan a las afirmaciones de las partes en el proceso, se hace posible que el mandato abstracto y general previo contenido en la ley se aplique a un caso concreto. Eso es hacer “justicia” en una sociedad democrática organizada como Estado de derecho.

La afirmación anterior no pretende ocultar que acercarse a la verdad de los hechos enunciados por las partes es a veces muy complejo y difícil. Pero renunciar al valor verdad es renunciar a hacer justicia en un Estado de Derecho. La actividad del juez debe poder reconstruir una verdad que

⁵ Vid. VERDE, G., “Le ideologie del processo in un recente saggio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, año LVII (segunda serie) N° 3, julio-septiembre 2002, p. 680.

⁶ En igual sentido vid. PICÓ I JUNOY, J., “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, en *Proceso civil e ideologia*, MONTERO AROCA, J. (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 124.

se ha dado en el mundo extraprocesal. Hacer justicia implica siempre resolver asuntos que se han dado en el mundo social. Se trata de verificar a través del proceso y particularmente por medio de la prueba si, por ejemplo, las partes cumplieron o no con las estipulaciones del contrato; si el demandado es el padre biológico de quien demanda; si la empresa demandada es la causante culpable de la contaminación de las aguas de un río, etcétera.

Cosa distinta es que la búsqueda de la verdad tenga límites como el principio dispositivo y los derechos de las partes. En este sentido, los hechos serán siempre y solo los narrados por las partes. No hay más hechos que esos. Asimismo los hechos admitidos por ambas partes deberán darse por existentes. Y, finalmente, la búsqueda de la verdad no puede vulnerar los derechos que componen el más genérico debido proceso y otros derechos de las personas, como el respeto de la vida privada, la indemnidad del domicilio, vida privada, entre otros. Pero respetando esos límites, el proceso y el juez deben encaminarse a verificar una verdad material e histórica.

Este análisis parte de la base que puede haber narraciones coherentes pero falsas. Sin embargo, ese tipo de narraciones no sirven en el proceso. La justicia necesita de narraciones verdaderas⁷, aunque en algunas ocasiones sean incoherentes desde el punto de vista narrativo. Lo que se discute en un proceso civil no corresponde a la lógica de la narrativa.

La verdad importa del siguiente modo en el proceso civil. El hecho subsumible en el supuesto fáctico normativo debe efectivamente haberse verificado fuera del proceso y de sus narraciones, es decir, en el mundo de los acontecimientos reales (empíricos, materiales, históricos, etc). Si dicho hecho no se ha verificado en la realidad no se puede aplicar la norma y si se hiciera ello bastaría para calificar de injusta la sentencia. Por otra parte, en el proceso se usan pruebas y éstas sirven no para producir narraciones, sino para proporcionar información sobre los acontecimientos que se hipotetiza que sucedieron fuera del proceso. Mediante la prueba, el juez reconstruye la realidad de los hechos importantes para la decisión, con todo el relativismo que hay que poner en el término “realidad” de los hechos.

La verdad llamada procesal debe corresponder con la verdad externa. Como tal, dicha realidad debe ser demostrable en juicio por medio de pruebas. Estos acontecimientos son reales y no dejan de serlo porque hayan sido socialmente contruados. Toda realidad contruida socialmente presupone una realidad no contruida socialmente. Se trata en definitiva de reconocer que el mundo real existe y que de él se pueden dar un

⁷ Vid. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 83.

sinnúmero de descripciones verdaderas, siendo la propia verdad ubicable en el mundo real.

En todo caso, si bien el proceso debe orientarse hacia la verdad, ello no nos debe hacer concluir que la verdad sea el único valor que debe inspirar y proteger la actividad judicial. En efecto, tan importante como la verdad será el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos implicados en la actividad judicial. En este sentido, la verdad en el proceso es tan importante como proteger la dignidad de los ciudadanos, su derecho a la vida privada, indemnidad de su domicilio, entre otros aspectos.

II. FUNCIÓN DE LA PRUEBA CIVIL

Para algunos la prueba civil es instrumento de conocimiento y para otros es instrumento de persuasión. Hablamos así de función cognoscitiva y función persuasiva de la prueba.

Según la primera concepción, la prueba otorga información relativa a los casos que deben ser establecidos en el proceso. Así, si se quiere determinar si es verdadero que el día 5 de enero de 2003 se celebró un contrato de arrendamiento entre el señor A y el señor B, un instrumento que contenga ese acuerdo representa una declaración y, por lo tanto, informa acerca del hecho respecto del cual la declaración ha sido tomada: se demuestra verdadero, al menos *prima facie*, que tal día se celebró el contrato en cuestión. Así, se puede decir que el hecho ha sido conocido a partir de esta prueba que demuestra la verdad del enunciado correspondiente.

Para la segunda concepción, la prueba no sería más que un instrumento de persuasión. Como tal, ninguna relación tendría con el conocimiento de los hechos. Ella no servirá, por tanto, para establecer la verdad o falsedad de ningún enunciado y tampoco para proporcionar conocimiento de alguna cosa, sino que servirá para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, para esta concepción, no entrega información sino elementos de persuasión. Es decir, en el proceso no se conocen los hechos: todo se inicia y se concluye con los discursos y exposiciones que se hacen en el proceso y de esta manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero solo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido, ha sido probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera de acuerdo con los objetivos del proceso.

De este modo, dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese influido en la formación de ese estado psicológico. Aquí no es procedente preguntarse si el convencimiento del

juez sea justo o equivocado, porque ello supondría una teoría prescriptiva o normativa de la prueba y del convencimiento del juez, mientras que las persuasiones no son ni justas ni equivocadas, ni verdaderas ni falsas: simplemente ellas existen o no en la mente del juez.

Valorando ambas concepciones, no se puede negar que ambas contienen una verdad parcial. En particular, concordando con lo que ha aseverado Michele Taruffo⁸, respecto de la segunda concepción de la prueba, que podríamos definir como persuasiva, se puede decir que ella no es totalmente falsa, desde el momento que contiene algunos elementos de verdad. Sin embargo, ella es parcial, en cuanto corresponde típicamente al punto de vista del abogado.

El abogado utiliza las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimiento, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de su versión de los hechos. El objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad o de tratar que el juez la descubra, sino de ganar el caso para su cliente. Para el abogado, solo tiene sentido encontrar la verdad cuando ésta sea favorable a los intereses de su cliente. En el caso opuesto, es decir, cuando de descubrir la verdad podría llevar a la derrota en el proceso de su cliente, el interés efectivo del abogado es que la verdad permanezca en el misterio o que los hechos vengan de todas maneras comprobados por el juez en un sentido favorable, aunque no verdadero. De este modo, el abogado no aportará todos los medios de prueba al proceso, sino solo aquellos favorables que posee.

Si ese punto de vista del abogado es así, ello no significa que sea el único desde el cual se pueda mirar la prueba y el conocimiento de los hechos y tal vez no es ni siquiera el punto de vista teórico más ventajoso. Por otro lado, se puede observar que la pura y simple persuasión, desconectada de cualquier posible relación con el conocimiento, puede conducir a conclusiones falsas. Un testigo que puede parecer muy persuasivo puede hacer declaraciones falsas; un documento falso puede parecer auténtico y por lo tanto puede ser la base de la persuasión del juez. Sin embargo, en casi todos los ordenamientos jurídicos esas pruebas no podrán ser utilizadas por los abogados; la ley excluye este tipo de pruebas y su uso consciente generalmente es castigado.

El otro punto de vista a considerar es el del juez. Respecto del juez la prueba cumple una evidente función cognoscitiva. Es cierto que el juez debe, en algún sentido, persuadirse de la verdad o falsedad de un enunciado fáctico y, por tanto, no es del todo errado plantear que su convencimiento puede ser también fruto de la persuasión. Pero ello no agota de ninguna manera el problema. Por un lado, el juez debe fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles. Por lo tanto, no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión: si ésta deriva de informaciones

⁸ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, tercera edición, Madrid, 2009, pp. 349 y ss.

extrajudiciales (la denominada “ciencia privada” del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá fundar sobre estas bases solo porque el juez las encuentre persuasivas. Por otro lado, el juez debe someter a control crítico las fuentes de su convencimiento verificando la autenticidad y la credibilidad o la falsedad de las pruebas, las inferencias que formula de un enunciado sobre un hecho como de otro (ya que los criterios de su análisis deben ser aceptables y lógicamente válidos) y los fundamentos de las conclusiones que extrae (ya que sus opciones deben ser racionalmente justificadas). Puede resultar entonces que el juez llegue a conclusiones que son racionalmente fundadas en los elementos de prueba que dispone, pero que están en oposición con persuasiones personales extraídas de otras causas: en este caso, la persuasión subjetiva del juez no cuenta y la decisión debe fundarse sobre la base de información objetiva controlable y en argumentos lógicamente válidos.

A diferencia de los abogados, el juez no tiene nada que ganar en la competencia judicial y no está obligado a hacer prevalecer una versión de los hechos en desmedro de otra. El juez solo tiene que lograr una decisión justa.

Este razonamiento parte de la base que la función del juez es ser garante de la correcta aplicación de la ley y que tiene la tarea fundamental de asegurar la tutela efectiva de los derechos de las personas.

Es evidente que así como el proceso civil tiene que orientarse hacia la verdad, también debe serlo la prueba. La función cognoscitiva de la prueba tiene una íntima relación con la verdad.

Ahora bien, la evidente dificultad de situar la verdad histórica con la prueba rendida en el proceso, algo que la doctrina procesal civil ha puesto en evidencia desde hace décadas, derivó en que se planteara la distinción entre la verdad material y la verdad formal. Si el juez se encuentra limitado en su tarea, se dice, la función de la prueba no puede estar en obtener la verdad material, sino que hay que conformarse, decía entre otros Carnelutti, con una verdad jurídica, formal o procesal⁹.

De este modo, se sostendrá por esta doctrina en algún sentido escéptica de la verdad, que tanto el proceso como la prueba civil tienen por fin establecer solo la verdad formal o procesal. La prueba rendida en el proceso civil buscará dejar establecidos formalmente los hechos que servirán de sustento a la sentencia, bastando con el cumplimiento de unas reglas legales cuyo empleo pretende lograr ante todo seguridad en la determinación de los hechos. Si esos hechos fijados en el proceso coinciden con lo sucedido en el mundo extraprocesal, ello ya no tiene realmente importancia para efectos del ejercicio de la función jurisdiccional.

⁹ Cfr. CARNELUTTI, F., *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 29 y ss.

III. ROL, DERECHOS Y DEBERES DEL JUEZ Y LAS PARTES EN UNA CONCEPCIÓN ADVERSARIAL ATENUADA DEL PROCESO CIVIL

No hay duda que la iniciativa de las partes en la presentación de prueba es muy importante. De hecho, el que las partes lo hagan forma parte del ejercicio de su derecho de defensa y, más en general, del debido proceso. Pero el ejercicio del derecho a la prueba no puede ser considerado suficiente para asegurar que se alcance efectivamente la verdad de los hechos.

No hay duda tampoco que las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance a los efectos de cumplir con la carga de la prueba que tienen en relación con los hechos afirmados en el proceso y que sirven de base a sus pretensiones y resistencias. Pero no se puede esperar que esas partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad. La experiencia indica, expresa Taruffo¹⁰, que las partes practican un juego de sumatoria cero con el objetivo de ganar su caso a cualquier costo y desde luego –si es necesario–, al costo de la verdad.

Como lo he sostenido, el juez debe buscar la verdad y si se le entrega todo el poder referido a rendir y pedir pruebas solo a las partes, lo más probable es que no se logre determinar si ocurrieron los hechos narrados en el proceso y de qué forma ocurrieron. En este sentido, con el fin de dar una tutela efectiva a los derechos de las partes y de conocer la verdad sobre los hechos que dan sustento a dichos derechos, surge la duda si el poder probatorio conferido en exclusividad a las partes será suficiente para tales propósitos.

La tesis que vengo sosteniendo hace años es que un proceso civil que se toma en serio la vigencia plena de los derechos de las personas, necesita de jueces activos en la comprobación de los hechos controvertidos por las partes.

El proceso civil no es una cuestión que interese solo a las partes, pues la realización del Estado de Derecho interesa al Estado-juez. Es por ello que se necesita de un juez con poderes suficientes para intervenir en el probatorio, no reemplazando a las partes ni conculcándoles sus derechos que tienen relación con aportar los medios de prueba lícitos que deseen, sino complementando toda carencia u omisión, deliberada o no, en que puedan haber incurrido. Es por ello que se justifica que el legislador confiera poderes probatorios al juez civil.

Ese juez civil que complementa la actividad probatoria de las partes no se transforma en un juez parcial, puesto que no tiene cómo conocer de antemano el resultado de las pruebas que ha ordenado rendir en el proceso y, por tanto, no sabe si su actuación favorecerá al demandante

¹⁰ Cfr. TARUFFO, M., "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XV, diciembre 2003, p. 209.

o al demandado. Sin embargo, ese juez sí puede producir un cambio en la estrategia táctica de las partes en el proceso y de este modo afectar el derecho de defensa de los litigantes. Para que ello no ocurra, el legislador debe regular la actividad probatoria del juez dando oportunidad a las partes para: a) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; b) participar en su realización; c) producir contra-prueba; d) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión. Todo ello podría resumirse diciendo que a más facultades del juez, mayor bilateralidad y controles de las partes¹¹.

3.1. PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ CIVIL CHILENO EN EL CÓDIGO VIGENTE Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

La concepción de un juez civil con poderes de oficio, tanto para la mejor conducción del proceso como para aportar medios probatorios, es inherente a la codificación procesal civil chilena. En efecto, en el Mensaje del Presidente Jorge Montt de 1893 sobre proyecto de Código de Procedimiento Civil (aprobado en 1902 y entrado en vigencia en 1903), se puede leer:

“En las leyes de procedimiento, se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo. En obediencia a este propósito, se ha creído necesario, por una parte, [...]; y, por otra parte, dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz. [...] Los propósitos antes insinuados, de dar mayor latitud a la iniciativa e intervención del juez en la marcha del proceso, justifican la concesión de más amplias facultades para decretar de oficio medidas tendientes al esclarecimiento de los hechos cuestionados. El tribunal que debe dar sentencia dispondrá así de todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos litigados”.

Por otra parte, en el Mensaje del Presidente Juan Antonio Ríos del año 1942 y por el que se someten a la aprobación del Congreso Nacional importantes reformas al mismo Código, se señala que:

“[...] se amplían las atribuciones de los magistrados, que en numerosos casos hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores en la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos

¹¹ Cfr. MORELLO, A. M., *La prueba. Tendencias modernas*, Abeledo Perrot, segunda edición ampliada, Buenos Aires, 2001, p. 65.

de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es lo suyo”.

Coherente con tales declaraciones, el Código de Procedimiento Civil vigente en nuestro país confiere poderes probatorios al juez civil por dos vías diferentes. En primer lugar, por medio de las denominadas medidas para mejor resolver que reconoce el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). En segundo lugar, con el reconocimiento legislativo para proponer directamente determinadas pruebas, como ocurre con la inspección personal del tribunal (art. 403 CPC) y con el informe de peritos (art. 412 CPC).

La institución de las medidas para mejor resolver puede ser criticada por debilitar el derecho de defensa de las partes, ya que éstas no podrán intervenir como se requiere para discutir acerca de la relevancia, admisibilidad y valor probatorio de la prueba rendida por el tribunal. Asimismo no pueden presentar nuevas pruebas a objeto de destruir los hechos que pudieran ser probados por la prueba de iniciativa del tribunal.

El actual Proyecto de Código Procesal Civil aumenta tales poderes. En este sentido, el Mensaje señala:

“...Por otra parte, se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez”.

Coherente con tal declaración, en el articulado del Proyecto se regula:

Art. 288.– *Iniciativa probatoria*. Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.

Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290.

Art. 342.– *Producción de la prueba*. La prueba se rendirá de acuerdo al orden que fijen las partes. En caso de no existir acuerdo, se rendirá primero la del demandante y luego la del demandado. Al final, se rendirá la prueba que pudiere ordenar el juez conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 288.

Art. 345.- *Facultades del tribunal en relación con el interrogatorio de testigos, peritos y partes.* Una vez interrogado por los litigantes, el juez podrá efectuar preguntas al testigo o perito, así como a las partes que declaren, con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas.

Como se puede apreciar, el juez civil chileno siempre ha tenido poderes probatorios oficiosos. No cabe duda que en el Proyecto que actualmente se tramita en el Congreso Nacional, se ha optado por fortalecer el rol activo del juez civil, tanto en la conducción del procedimiento como en la producción de pruebas. El juez civil en el Proyecto aparece fuertemente comprometido con la búsqueda de la verdad y la justicia.

En relación con la regulación en el Proyecto de los poderes que tiene el juez civil frente a la declaración de testigos, peritos y partes, se va más allá de lo que reguló el legislador procesal penal, puesto que en el Código Procesal Penal solo se permite a los jueces miembros del tribunal formular preguntas al testigo o perito para que aclare sus dichos (art. 329 inc. 4º CPP). En el Proyecto, el juez civil no solo puede pedir aclaraciones a los testigos, peritos y partes, sino que también puede pedirles precisiones y adiciones a sus declaraciones, lo que supone una intervención más activa en dicha prueba.

3.2. LA CARGA DE LA PRUEBA

a) Las reglas sobre la carga de la prueba y actividad probatoria del juez

De conformidad con el artículo 1698 del Código Civil, corresponderá al actor civil aportar los medios probatorios referidos a los hechos que fundamentan su derecho subjetivo o interés legítimo afirmado en el proceso. A su vez, el demandado tiene la carga de aportar los medios probatorios referidos a los hechos extintivos, impeditivos o modificativos alegados por él y que dicen relación con el derecho o interés legítimo invocado por el actor.

En el proceso civil las reglas de la carga de la prueba vienen a decir que la aportación de los medios probatorios dirigidos a comprobar la existencia de un determinado derecho o interés legítimo recae sobre el actor. Sin embargo, introducidos por el sujeto activo los medios probatorios tendientes a acreditar las circunstancias antes señaladas, corresponde al demandado civil introducir los medios probatorios referidos a la exención, atenuación, extinción, impedimento o modificación de su responsabilidad u obligación.

Dicho lo anterior, agregaré que las reglas de la carga de la prueba no impiden al juez aportar pruebas. Para ello hay que precisar claramente qué significan las reglas de la carga de la prueba.

En primer lugar, convengamos con Goldschmidt¹² que con el concepto de carga procesal apuntamos hacia un imperativo procesal que juega en el propio interés de las partes. Las cargas procesales implican determinados actos procesales que intentan prevenir un perjuicio procesal como lo es una sentencia desfavorable.

Por otra parte, hay que distinguir en la materia entre distribución de la carga de la prueba (carga de la prueba formal) y regla de juicio (carga de la prueba material)¹³. La primera está dirigida a las partes y la segunda al juez. Esta última, es decir, la regla de juicio, es un instrumento derivado del principio de inexcusabilidad y de la prohibición del *non liquet*, que le permite al juez que no ha logrado formar su convicción necesaria en la causa en virtud de las pruebas rendidas, fallar con criterios claros predefinidos por el legislador. Coadyuva así esta regla con el principio de seguridad jurídica. La regla opera sólo donde haya una duda para fallar el asunto y, desde luego, donde el legislador así lo haya dispuesto.

Michele Taruffo¹⁴ entiende que un hecho ha quedado incierto y por tanto debe operar la regla de juicio: a) cuando no se ha propuesto la práctica de medios probatorios, o éstos no han sido admitidos y el órgano jurisdiccional no ha practicado pruebas de oficio; b) cuando se han admitido pruebas sobre el hecho pero su práctica ha resultado fallida; c) cuando se han practicado pruebas sobre el hecho pero su resultado no es concluyente y por tanto el hecho continúa incierto, y d) cuando las pruebas practicadas sobre el hecho conducen a considerar que éste no se ha producido. En todos esos casos, el juez, obligado que está de fallar, deberá aplicar las reglas de juicio, si es que el legislador las ha contemplado.

Por el contrario, cuando el juez ha adquirido la certeza necesaria sobre los hechos objeto del juicio no opera la carga de la prueba como regla de juicio. En este caso deja de ser relevante la distinción entre autor y destinatario de la actividad probatoria, puesto que, “con independencia de quién haya introducido y practicado la prueba, el órgano jurisdiccional es libre para valorarla, encontrándose sometido exclusivamente al resultado que de ella se derive, sea o no beneficioso para la parte que la propuso”¹⁵.

Por otro lado, si bien las reglas sobre distribución de la carga de la prueba predeterminan la actividad probatoria que deberá realizar cada parte, ella no es una regla absoluta, de modo tal que la inactividad probatoria de una parte no lleva necesariamente a desestimar su pretensión o resistencia. Es que la carga de la prueba corresponde a aquellas cargas que GOLDSCHMIDT denomina como menos perfectas. Una carga procesal

¹² Cfr. GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 82.

¹³ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia...*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁴ Cfr. TARUFFO, M., “Onere della prova”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. XIII, sezione civile, Utet, Turín, 1995, p. 66.

¹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia...*, *op. cit.*, p. 87.

es menos perfecta “cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía, se producen sólo *arbitrio iudicis*”¹⁶. Esto quiere decir que la parte que no produce actividad probatoria produce el efecto de poner en peligro la expectativa última de obtener una sentencia favorable. Pero no se produce el efecto necesario, como dan a entender autores como Alvarado Velloso¹⁷, de que quien debía probar un hecho y no lo hizo indefectiblemente perderá el juicio. Y no se producirá ese efecto casi automático como lo hace ver el profesor argentino, si precisamente el ordenamiento jurídico permite al juez producir prueba. Puede ser que la convicción del juez se forme por las pruebas aportadas a su iniciativa. En este caso esa pasividad de la parte no llevará indefectiblemente al fracaso de su posición procesal.

El razonamiento anterior quiere expresar que no hay incompatibilidad entre las reglas de la carga de la prueba y actividad probatoria del juez. Ese poder probatorio del juez, además de estar justificado por la necesidad de descubrir la verdad, está justificado también en la necesidad de “lograr, en la medida de lo posible, que el órgano jurisdiccional disponga de suficientes elementos de juicio para resolver y, con ello, evitar que la sentencia tenga que dictarse sobre la única base de una regla jurídica que, lejos de tomar como referencia la realidad de los hechos acaecidos, goza de un carácter meramente formal”¹⁸.

b) La distribución de la carga de la prueba: la importancia de la situación material de las partes

De conformidad con el artículo 1698 del Código Civil, ya antes citado, corresponderá al actor civil aportar los medios probatorios referidos a los hechos que fundamentan su derecho subjetivo o interés legítimo afirmado en el proceso. A su vez, el demandado tiene la carga de aportar los medios probatorios referidos a los hechos extintivos, impeditivos o modificativos alegados por él y que dicen relación con el derecho o interés legítimo invocado por el actor.

Esta tradicional forma de distribución del trabajo de aportar los medios probatorios entre demandante y demandado ha sido modificada en los últimos años en el derecho comparado de la siguiente manera:

a) Alterando o invirtiendo las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de modo tal que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de la pretensión perjudique al demandado en vez

¹⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷ Cfr. ALVARADO VELLOSO, A., “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, en *Proceso civil e ideología*, MONTERO AROCA, J. (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 243.

¹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia...*, *op. cit.*, pp. 330 y 331.

- de al demandante, tal como resultaría de aplicar la regla ordinaria de distribución de la carga de la prueba.
- b) Estableciendo presunciones de hechos por la ley.
 - c) En el caso de los países que cuentan con reglas sobre el estándar de prueba civil, rebajando o disminuyendo el grado de certeza que la prueba haya de suministrar al juez para tener por fijados los hechos constitutivos de la pretensión, situándolo en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante, excluyendo así una idea de plena convicción subjetiva o más allá de toda duda razonable.
 - d) Combinando los mecanismos referidos en las letras a) y c), es decir, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba si se aportan indicios que hagan plausible o sugieran la probabilidad de que hayan acontecido los hechos constitutivos en que se basa la pretensión¹⁹.

Se trata de reglas que tienen en cuenta la posición material de las partes, en concreto determinando qué sujeto se encuentra en mejor posición para ponerlo en la situación de tener que aportar las pruebas. Esa situación derivará del poder económico de las partes, de su capacidad para disponer de la prueba, porque la posee o la puede conseguir más fácilmente, entre otras situaciones posibles. Se trata en general de evitar perjudicar a aquella parte que se supone titular de un derecho, pero que tiene dificultad o se encuentra imposibilitada de aportar los medios de prueba. Estamos en definitiva frente a reglas que tienden a ayudar al sujeto más débil, en particular al trabajador, al que demanda la eliminación de una discriminación y de todos aquellos que en la moderna “sociedad del riesgo” están expuestos a sufrir perjuicios de la más variada naturaleza²⁰.

En algunos casos será el legislador quien de manera previa y general establezca estos cambios a la regla general de la carga de la prueba vigente en nuestro país (artículo 1698 del Código Civil). La vía utilizada en este caso consiste en establecer presunciones. En otros casos se da este poder al juez para que en cada caso en concreto altere la carga de la prueba según el poder, información o capacidad probatoria que observe en cada parte. El Proyecto de Código Procesal Civil ha optado por esta última vía, estableciendo hipótesis de cargas probatorias dinámicas o reglas basadas en la disponibilidad y facilidad probatoria.

En efecto, del Mensaje se lee:

“[...] a fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido

¹⁹ Vid. ORMAZÁBAL, G., *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 61 y 62.

²⁰ Vid. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal”.

Y en el cuerpo del proyecto de nuevo Código se observa lo siguiente:

Art. 280. – *Contenido de la audiencia preliminar.* En la audiencia preliminar:
9.– El tribunal deberá realizar la comunicación a que se refiere el artículo 294. En caso que el tribunal haga uso de la facultad que le confiere el inciso segundo de dicha norma, la parte podrá, para el solo efecto de satisfacer la carga probatoria impuesta por el tribunal, ejercer el derecho contemplado en el artículo 276.

Art. 294.– *Carga de la prueba.* Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.

El Ejecutivo ha innovado radicalmente en materia de carga de la prueba, introduciendo la institución de las cargas probatorias dinámicas. Esta institución ha recibido críticas incluso de aquella doctrina procesal que puede ser calificada como progresista o de izquierda²¹, pues puede acrecentar la arbitrariedad judicial y la pérdida de imparcialidad de los jueces.

Afortunadamente el Proyecto se encarga de evitar dos errores típicos en esta materia. En primer lugar, determinar a quién le corresponderá probar en un momento que puede resultar sorpresivo para la estrategia defensiva de las partes. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, alterar la carga de la prueba en la sentencia y no durante el curso del procedimiento.

En el Proyecto la alteración de la carga de la prueba la puede realizar el juez antes de la audiencia de juicio y desde luego antes que comience el momento de presentar las pruebas, lo que comunicará oportunamente a las partes. En concreto, esa comunicación con la debida antelación, deberá formularse, como lo prevé el artículo 280 N° 9 del Proyecto, en la audiencia preliminar. Se trata de una decisión correcta por parte del Ejecutivo que puede propender a obtener una mejor justicia, pero sin alterar el derecho de defensa de las partes en juicio.

²¹ Cfr. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad...*, op. cit., pp. 262 y ss.

Las cargas probatorias dinámicas aparecen coherentes también con una justicia menos formalizada, orientada hacia decisiones más justas que se correspondan con los hechos reales que se han originado en el mundo social o extraprocesal.

IV. CONCLUSIONES

Analizado el Proyecto de Código Procesal Civil enviado por el Presidente Sebastián Piñera Echenique al Congreso Nacional, se puede observar que asume una concepción adversarial atenuada del proceso civil. Ello es coherente con la concepción del proceso civil orientada hacia la tutela efectiva de los derechos de las personas, una función demostrativa o cognoscitiva de la prueba, de la mano de un compromiso de buscar la verdad en el proceso. Finalmente, el Proyecto asume una función progresista sobre la prueba, al reconocer la institución de la carga dinámica de la prueba, que pone atención en la posición material en que se encuentran los sujetos de la relación jurídica procesal.

En definitiva, el Mensaje se preocupa de cómo pueden obtener justicia los sujetos débiles, lo cual es una típica preocupación de ideologías de centroizquierda o izquierda.

SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Profesor de Derecho Civil,
Universidad de los Andes

I. LA CARGA DE LA PRUEBA Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO CIVIL

La carga de la prueba es una consecuencia del principio de inexcusabilidad de los jueces. En efecto, no está permitido al juez no fallar un asunto no sólo por falta de ley, sino tampoco porque no está convencido sobre los hechos invocados por las partes como fundamento de sus pretensiones. Se resume este criterio en la imposibilidad de que la sentencia contenga un *non liquet*: no se resuelve porque el juez no ve claro cuál es la solución correcta¹.

De esta forma, surge la primera regla sobre carga de la prueba y que versa sobre las consecuencias de la incertidumbre judicial sobre el acaecimiento de algún hecho que sustenta un derecho alegado. Así, la regla le dirá al juez que debe fallar a favor o en contra de una de las partes, por la falta de prueba o por la prueba no convincente que se ha añadido al proceso. De esta regla se deriva otra (la llamada carga de la prueba subjetiva) y que ahora se enfoca en la labor de las partes y asume realmente el carácter de carga (deber que va en beneficio propio): si no prueba tales o cuales hechos será desestimada su demanda o su contestación².

Resulta manifiesto, entonces, que la carga de la prueba, en estas dos versiones, es una regla que no tiene un simple carácter procedimental u ordenador del proceso, sino que es de derecho sustantivo o material:

¹ El *non liquet* viene de la frase latina *Nibil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro.

² La distinción entre carga de la prueba objetiva y subjetiva se consolidó después de la obra de LEO ROSENBERG, *La carga de la prueba*, trad. ERNESTO KROTOSCHIN, 2ª edic. en castellano, JULIO CÉSAR FAIRA editor, Buenos Aires, 2002, pp. 27 y ss.

orienta al juez sobre el contenido de la sentencia y no sobre la forma de emitirla³.

A ello cabe añadir que su establecimiento y conocimiento resulta fundamental para las personas que operan en el ámbito de sus relaciones privadas, no sólo cuando se enfrentan a un conflicto, sino que en general para desarrollar sus actividades jurídicas de modo que, si es posible, no surjan controversias. Las pruebas preconstituidas, la escrituración de actos jurídicos, las solemnidades, las presunciones, y otras figuras civiles, tienen su base en la regla de la carga probatoria.

II. LA ACTUAL SITUACIÓN

La regla general de la carga de la prueba en nuestro sistema privado se encuentra en el art. 1698 del Código Civil, que dispone que incumbe probar la existencia de la obligación al acreedor que la alega, mientras que su extinción corresponde al deudor que la invoca. Es efectivo que la norma está redactada para el ámbito de la prueba de las obligaciones, pero ella debe ser entendida no en su tenor literal y desprovista de todo contexto, sino con toda la tradición acumulada por la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia que ha desarrollado una profunda reflexión y desarrollo del precepto, hasta llegar a una situación en la que prácticamente no existen conflictos sobre cuál de las partes tiene el peso de la prueba en un proceso⁴. Se puede afirmar, así, que el art. 1698 del Código Civil, a la luz de todo ese cúmulo de materiales, dispone que al demandante corresponde la prueba de los hechos que fundamentan su pretensión,

³ El mismo ROSENBERG sostuvo que las reglas de la carga de la prueba pertenecen al derecho sustantivo porque son preceptos jurídicos que determinan el contenido de la sentencia en el Derecho Civil. Sólo en el caso de que se trate de decisiones de cuestiones procesales, las reglas de la carga podrían ser consideradas normas procesales. Concluye que “principalmente pertenecen al derecho civil porque en la gran mayoría de los procesos civiles las pretensiones que se hacen valer se fundan en el derecho civil” (ROSENBERG, L., *op. cit.*, p. 103).

⁴ Ya desde temprano, la norma se interpretó en sentido amplio y no circunscrita a la prueba de las obligaciones. CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, reimp. Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, t. XII, N° 1987, p. 659, explica que, pese a la rúbrica bajo la cual se encuentran, las reglas que el Código Civil da en este título “son generales por su propia naturaleza y no habría razón para limitarlas a las obligaciones convencionales únicamente, como no habría tampoco razón para limitarlas a la prueba de la existencia de las obligaciones personales convencionales y no comprender todos los modos de extinción de las distintas obligaciones”. PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *La prueba en materia sustantiva civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 56, señala que “hay pleno consenso en que la regla del art. 1698 es de amplio alcance”. Para la jurisprudencia, puede verse la obra de RIOSECO ENRÍQUEZ, EMILIO, *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, t. I, pp. 51 y ss.

mientras que al demandado le incumbirá la acreditación de los hechos que invoque para impedir, extinguir o modificar la pretensión demandada⁵.

Atendida la existencia de esta regla general, el mismo legislador en los casos en los que estima que existe una parte que, por razones de asimetría de información o especial dificultad para obtener pruebas en su favor, introduce reglas que invierten el peso de la prueba, sea directamente o por medio del establecimiento de presunciones legales. Así, por ejemplo, el deudor debe probar su diligencia (art. 1547 del Código Civil), se presume la responsabilidad del tercero civilmente responsable por el ilícito del dependiente (art. 2320 y 2322 del Código Civil), se presume la paternidad si el demandado se niega injustificadamente a someterse a una prueba biológica (art. 199 inc. 4 Código Civil); se presume la buena fe del poseedor (art. 707 del Código Civil).

III. LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA PROPUESTA POR EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Dentro de la concepción de que en el proceso civil el juez debe tener un rol activo en perseguir la verdad, en algunas legislaciones extranjeras se ha propiciado la idea de que el juez puede modificar la regla legal de carga de la prueba según criterios que pueden parecer más apropiados al caso: el criterio que se suele sostener es que el juez debiera hacer recaer el riesgo de la falta de prueba en aquella de las partes que, en su concepto, tendría mejores posibilidades para acceder y presentar en el proceso los antecedentes probatorios. En alguna doctrina procesalista latinoamericana se ha dado en llamar esta concepción como la teoría de “las cargas dinámicas de la prueba”.

Se niega, así, que la carga de la prueba esté fijada por reglas previas y fijas a las cuales el juez debe sujetarse, so pena de que su sentencia sea anulada por infracción de ley (idea que se moteja con el nombre de carga “estática” por oposición a “dinámica”). Se propicia, en cambio, que la carga de la prueba se determine en el mismo proceso por el juez, atendiendo a la mayor o menor dificultad que tengan las partes para probar los hechos.

⁵ PEÑAILLO, D., *op. cit.*, p. 57, sostiene que, en su parecer, la doctrina nacional señala que el precepto traduce el principio de la normalidad, mientras que DEVIS ECHANDÍA piensa que el precepto adhiere al criterio que recurre a la naturaleza de los hechos como constitutivos, o impeditivos, modificativos o extintivos. CLARO SOLAR, L., *op. cit.*, t. XII, N° 1991, p. 662, sintetiza la regla diciendo que “la solución de la cuestión de saber sobre quien recaiga el fardo de la prueba depende mucho menos de las cualidades de demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones que se hacen valer en el juicio: esta carga recae sobre cualquiera de las partes, demandante o demandado, que en la secuela del proceso avance una proposición contraria al estado normal de cosas o tendiente a destruir una situación establecida”.

De esta manera, las partes deben esforzarse por presentar todas las pruebas que estén a su alcance, y sólo el juez decidirá finalmente quien es perjudicado por las consecuencias de que uno o más hechos no hayan sido suficientemente acreditados.

Esta teoría ha sido parcialmente recogida en el Proyecto de Código Procesal Civil. Si bien el inciso primero del precepto dedicado a la carga de la prueba no es más que una reiteración de lo que ya se ha establecido a propósito del art. 1698 del Código Civil: “Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes”; el inciso segundo introduce la facultad del juez para dictar una regla distinta de distribución de la carga probatoria que sólo regirá para ese particular caso: “El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder” (art. 294 inc. 2º)⁶.

Según el Proyecto, el juez podría determinar que la carga de probar la tenga aquel que no está alegando el derecho, de modo que si no prueba que el hecho no existe, se fallará a favor del que invoca ese derecho, aunque éste nada haya probado. La facultad del juez de distribuir de modo diferente al legal la carga de la prueba debe fundamentarse en “la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes”.

Decimos que la recepción de la teoría de la “carga dinámica” de la prueba es parcial, porque según ésta la carga de la prueba puede ser invertida por el juez en la misma sentencia, y sin aviso previo a las partes⁷.

En cambio, el Proyecto exige que el juez comunique la decisión a las partes “con la debida antelación”.

Los fundamentos de esta medida residen en la conveniencia de propender a una mayor igualdad entre las partes y propiciar una mejor

⁶ Es evidente que los redactores del precepto tuvieron en cuenta el art. 217 inciso final de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, del 2000, que después de establecer los principios legales de la carga de la prueba, dispone que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el proceso”.

⁷ En la Ley de Enjuiciamiento Civil española la doctrina ha intentado añadir esta exigencia que no aparece en la norma que consagra el principio de facilidad probatoria. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, p. 145, señala que “sería de utilidad para evitar estos peligros [de indefensión] que, en los casos de inversión judicial de la carga de la prueba, cuando el juez lo considere necesario, haga uso de las facultades que le confiere el art. 429.1 II LEC, puesto que así podrá poner de manifiesto con la suficiente antelación que, en caso de insuficiencia probatoria, se va a invertir la carga de la prueba”.

cooperación y lealtad en el proceso. Así consta en el Mensaje con que el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto en la Cámara de Diputados: “a fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal”.

IV. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LAS “CARGAS DINÁMICAS”

La teoría de las cargas dinámicas no ha tenido recepción general ni siquiera por parte de la doctrina procesalista más moderna, porque se estima que sus deficiencias y peligros son mayores que los eventuales beneficios que pueda reportar en algún proceso en particular.

Se puede advertir, primeramente, que es en el *Common Law*, y más bien en el sistema judicial de Estados Unidos, donde los jueces tienen libertad de distribución de los riesgos de la falta de prueba, pero que ello sucede justamente porque no cuentan con preceptos generales como los contemplados en los sistemas de Derecho codificado⁸. Por ello, la introducción en éstos de la carga dinámica puede ser vista como una cuestionable inserción de una institución que es ajena al contexto general del proceso y del sistema jurídico en el que se injerta.

⁸ En este sentido, el procesalista italiano TARUFFO, MICHELE, *La prueba*, trad. LAURA MANRÍQUEZ Y JORDI FERRER BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 148, señala que aún así en Inglaterra, a pesar de no haber reglas generales explícitas sobre la carga de la prueba, los tribunales suelen aplicar como criterio general que el demandante debe probar los hechos que fundamentan su pretensión y el demandado los que sustentan su defensa. No sucede lo mismo en Estados Unidos, donde no parece aplicarse ningún criterio general, cada tipo de pretensión y defensa tiene reglas específicas, y además, “los tribunales suelen asignar la carga de la prueba caso a caso de forma discrecional, a veces situando la carga en la parte que tiene un acceso más fácil a las pruebas, y otras, tomando en consideración los intereses sustantivos de las partes y criterios de equidad”. Según GRAHAM, MICHAEL, *Federal Rules of Evidence*, West Publishing Co., St. Paul Min., 1996, p. 44, uno de los factores que se toman en cuenta para decidir la colocación de las cargas probatorias en los procesos federales –no el único ni tampoco el predominante–, es “*fairness*” que implica que el peso de probar se imponga a la parte con mayor poder de control de la evidencia. En el sistema inglés los jueces suelen usar la expresión de “*shifting of the evidential burden of proof*”, pero aducen no la facultad del juez para variar la carga legal de la prueba, sino a la facultad que tiene la contraparte de aquella que tiene la carga de la prueba de presentar o no pruebas que desvirtúen la prueba presentada por ésta. Si no lo hacen corren el riesgo de que el juez dé por plausible la evidencia presentada y acceda a la pretensión: en este sentido, aunque reconociendo que la expresión induce a confusión y puede llevar a la visión de un juicio como un juego de pelota, KEANE, ADRIAN, *The Modern Law of Evidence*, Oxford University Press, 6ª edic., London, 2006, pp. 85 y ss.

Pero más allá de este problema, es criticable que el juez, por su solo criterio y en cualquier tipo de proceso, pueda cambiar las reglas sustantivas sobre las cuales las partes no sólo han planteado el litigio, sino que han constituido relaciones jurídicas en el ámbito del derecho privado. Esto trastoca todo el delicado entramado de equilibrios, de pesos y contrapesos, del orden jurídico sobre las pruebas de los hechos y la forma en que las personas desarrollan autónomamente su vida en el ámbito del derecho civil. Es como si se planteara lo mismo en el proceso penal: el juez podrá distribuir la carga de la prueba entre fiscal e imputado según la mayor facilidad o disponibilidad que entienda tengan las partes. Cualquiera comprende que eso no sólo afectaría el desarrollo del juicio como tal, sino que comprometería las garantías mínimas de justicia y certeza jurídica de todo el derecho penal sustantivo.

Se dirá que en derecho penal el criterio de la carga dinámica no puede imponerse por el principio de inocencia, pero resulta que este principio es derivación de otro más general que es aplicable también en derecho privado y que consiste en que nadie puede ser obligado a obrar en el proceso contra sus propios intereses.

Contra lo afirmado de que las cargas dinámicas ayudan a hacer efectiva la garantía de igualdad ante la ley, más bien parece que conspira en contra de ella, porque un mismo litigante en juicios del mismo tipo puede ser cargado o no con el peso de la prueba, según criterios diferentes y subjetivos de los juzgadores del litigio. El criterio que se da al juez para distribuir la carga de la prueba es tremendamente abierto y susceptible de múltiples apreciaciones: la mayor facilidad para rendir prueba ¿Cómo se concretarán estos conceptos indeterminados y qué jurisprudencia relativamente uniforme podrá formarse en su aplicación?

No se trata de que no se confíe en los juzgadores⁹, sino de que un mínimo realismo hace ver que con este tipo de estándares es prácticamente imposible evitar decisiones cargadas de subjetividad e incluso de sesgo que termina por desacreditar a los órganos de la judicatura y atenta contra el derecho de defensa. Dice el procesalista argentino ALVARADO VELLOSO: "... cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiéndolo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es una actitud tramposa, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!"¹⁰.

⁹ Ver en este sentido la defensa de la teoría de las cargas dinámicas en escrito publicado en El Mercurio Legal con fecha 24 de julio de 2012, disponible previa suscripción en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2012/07/24/Reforma-procesal-civil-Tavolari-responde-a-cuestionamientos-hechos-por-83-profesores-de-derecho-privado.aspx> (consulta 23 de octubre de 2012).

¹⁰ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago, 2009, p. 69.

Además, parece indudable que la facultad que se otorga al juez para distribuir la carga de la prueba de modo diferente a la establecida por la ley termina por amenazar su imparcialidad e independencia. Más de algún autor ha señalado que cuando el juez resuelve quién llevará el peso de la prueba ya está preanunciando cómo juzgará la causa, y quien será el favorecido por su resolución. Todo lo cual produce una indefensión para el perjudicado por la decisión del juez que invierte la carga de la prueba que está establecida legalmente¹¹.

Por último, es evidente que la teoría de las cargas dinámicas incentiva indebidamente la litigación. Si las reglas de cargas probatorias están fijadas con anticipación, los operadores jurídicos pueden evaluar las posibilidades de éxito o de fracaso en un eventual juicio civil y ver si no es mejor aceptar una transacción en vez de aventurarse en un proceso de pronóstico adverso. En cambio, si se introduce la excepción de las cargas dinámicas, todo litigante, aunque no tenga pruebas de su pretensión ni sepa si puede obtenerlas, estará incentivado a intentar llegar al juicio y convencer al tribunal de que por dificultades de producción de la prueba la carga probatoria debe gravar a su oponente.

No es efectivo que la teoría de las cargas dinámicas esté teniendo recepción generalizada en el Derecho comparado, como se argumenta en el Mensaje del Proyecto. Lo cierto es que son pocas las legislaciones procesales que la han acogido. De hecho se mantienen las reglas de carga de la prueba generales y fijas en el Código Civil francés (art. 1315), reafirmado por el Código de Procedimiento Civil (art. 9) y en el Código Civil italiano (art. 2697). Un Código Civil reciente (1994) como el de Quebec contiene también una regla legal de carga de la prueba (art. 2803)¹². Otros Códigos Civiles, como el *BGB* alemán o el reciente Código Civil brasileño¹³, no contienen reglas sobre la carga de la prueba y dejan su determinación a la doctrina y jurisprudencia, pero no autorizan a que el juez modifique en cada juicio la carga, según el acceso mayor o menor que tengan las partes a las pruebas¹⁴. En Argentina, la reforma de la ley N° 22.434 redactó el art. 377 del Código de Procedimiento Civil y Comercial

¹¹ TARUFFO, MICHELE, "Onere della prova", en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, 1995, vol. XIII, p. 77, citado por FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 145, señala que esta facultad judicial no sólo produce una situación de inseguridad jurídica, sino que el grave riesgo de comprometer el principio de contradicción manipulando discrecionalmente en cada caso la distribución de la prueba.

¹² Sobre este precepto puede verse a DUCHARME, LÉO, *Précis de la preuve*, Wilson & Lafleur Itée, 4ª edic., Montréal, 1993, pp. 45 y ss.

¹³ Este Código Civil, reciente (2002), tiene todo un título dedicado a la prueba: arts. 212 a 232, título V del libro III.

¹⁴ Según TARUFFO, M., *op. cit.*, p. 148, en Alemania la teoría que predomina es la *Normentheorie*, según la cual cada parte tiene la carga de probar los hechos que constituyen la premisa para aplicar la disposición jurídica que produce el efecto favorable para ella.

estableciendo una carga de la prueba legal, sin facultar al juez para que modifique esa distribución¹⁵.

La única legislación reciente, de la que tenemos noticia, que ha acogido, al menos parcialmente, la teoría de la facilidad probatoria o de las cargas dinámicas es la española. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 contiene un inciso final según el cual “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el proceso”. Se observa, sin embargo, que es dudoso que se haya querido acoger la idea más propia de la teoría que es la de que el juez no aplique las reglas generales y preestablecidas de carga de la prueba y fije una carga propia para cada litigio. La norma señala que “para la aplicación” de los apartados anteriores, donde se contienen las reglas legales de carga de la prueba, el juez debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria. Por ello, parte de la doctrina procesalista estima que la regla de la facilidad probatoria debe aplicarse de manera excepcional y como criterio complementario, no sustitutivo, de las reglas generales en aquellos casos en los que la aplicación rígida de éstas conduzca a la prueba de un hecho negativo¹⁶.

Lo más curioso es que, al parecer desde un punto de vista histórico, la discrecionalidad que propicia la teoría de la facilidad probatoria o cargas dinámicas sería un regreso a la época más primitiva del Derecho romano, en la cual el pretor convocaba a una audiencia para establecer en ella a quién le correspondería aportar la prueba conforme a la mejor posibilidad de acreditar los hechos controvertidos. Los graves problemas que esta

¹⁵ Sobre la regla, puede verse a PALACIO, LINO ENRIQUE, *La reforma procesal civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, pp. 151 y ss.

¹⁶ DAMIÁN MORENO, JUAN, en ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (Dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2000, t. I, pp. 1425-1426, escribe: “Bajo nuestro punto de vista, lo dispuesto en este apartado, si bien en algún caso excepcional puede permitir al juez atemperar el rigor que pueda llegar a ocasionar la aplicación estricta de las normas de la carga de la prueba, su aplicación como tal principio general puede resultar en la práctica enormemente perturbador. Tal como está redactado el precepto parece como si el juez tuviese entera libertad para prescindir de las normas relativas a la carga de la prueba si aprecia que, en función de los hechos, el reparto de la prueba ha de hacerse de diferente manera a la establecida legalmente, esto es, no existiría obstáculo alguno para que el juez pudiese aplicar las normas relativas a la carga de la prueba en función de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio. Sin embargo, no hay que olvidar que en realidad este tipo de criterios no constituyen más que pautas dirigidas al legislador para distribuir racionalmente las reglas de la carga de la prueba y por lo general obedecen a razones de justicia distributiva [...]. Entendemos por ello que la relevancia de este criterio es muy relativa y sólo debiera ser aplicado en circunstancias excepcionales; nunca como sustitutivo de las reglas generales, sino como complementario de las mismas ya que como ha puesto de manifiesto la doctrina, se presta a muchos abusos... Así pues, la operatividad de esta norma debe quedar reducida sólo a aquellos supuestos en los que la aplicación de las reglas generales conduzca a la prueba de un hecho negativo”. Cfr. también a SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Thomson Aranzadi, 2ª edic., Pamplona, 2007, p. 492, quien cita el comentario de DAMIÁN.

forma de actuar causaba llevó a que se formulara una regla general basada en general en que quien afirma un hecho debe cargar con su prueba¹⁷.

V. CRÍTICAS A LA REGLA PROYECTADA

Fuera de los cuestionamientos que pueden hacerse a la teoría que la sustenta, la misma regla tal como está articulada en el Proyecto puede ser objeto de cuestionamientos. En primer lugar, no se aclara si es una mera facultad o un deber del juez el distribuir la carga de la prueba de un modo diferente a la legal. El empleo de la expresión “podrá” parece indicar una facultad, pero también puede interpretarse que ella se refiere a la posibilidad de cambiar la regla del *onus probandi* cuando se dan los supuestos requeridos, pero que, estando éstos presentes, el juez estaría obligado a resolver en tal sentido.

También puede criticarse el carácter abierto de los conceptos “disponibilidad” y “facilidad” probatorias: ¿qué significan en concreto? ¿Son dos criterios alternativos o concurrentes?

No es claro tampoco cómo funcionará operativamente esta facultad judicial. El art. 280 N° 9 dispone que en la audiencia preliminar: “El tribunal deberá realizar la comunicación a que se refiere el artículo 294. En caso que el tribunal haga uso de la facultad que le confiere el inciso segundo de dicha norma, la parte podrá, para el solo efecto de satisfacer la carga probatoria impuesta por el tribunal, ejercer el derecho contemplado en el artículo 276”. La redacción no es de las mejores, ya que única comunicación a que se refiere el art. 294 es la prevista en el inciso segundo y procede cuando el juez decide ejercer la facultad de cambiar el peso de la prueba. No se entiende, pues, la diferencia entre los dos párrafos de este N° 9. Pareciera, en consecuencia, que debe ser en la audiencia preliminar cuando el juez decida y comunique a las partes la inversión de la carga de la prueba. ¿Pero será este el único momento o puede hacerlo más adelante si cumple con “la debida antelación” que es lo único que le impone el art. 294 inc. 2º?

Si lo hace en la audiencia preliminar, las partes, dice el art. 280 N° 9, pueden ejercer el derecho contemplado en el artículo 276. Este precepto se refiere a “Alegaciones complementarias, alegación de hechos nuevos o desconocidos y ampliación de prueba”, pero admite que se presenten pruebas con posterioridad a la demanda o contestación de la demanda, pero poniendo como límite temporal la celebración de la audiencia preliminar. No se entiende, entonces, el sentido de la remisión, porque es absurdo que las partes sean comunicadas que el juez ha variado la carga de la prueba en la audiencia preliminar y tengan como plazo esa misma

¹⁷ En este sentido, ALVARADO, A., *op. cit.*, pp. 57-58.

audiencia para tratar de satisfacer la carga que sorpresivamente el juez les ha atribuido.

Nada se establece tampoco si se podrá discutir y rendir prueba sobre cuál de las partes tiene mayor disponibilidad o facilidad probatoria. Ni sobre qué sucede si la parte cargada por el juez con el peso de la prueba por supuestamente tener mayor facilidad o disponibilidad probatoria, pretende demostrar que carece de ella sin culpa de su parte¹⁸.

Finalmente, pareciera que lo que el juez resuelva en cuanto a la carga de la prueba y la oportunidad en la que lo hace queda fuera de todo control de los tribunales superiores. Esta resolución no es susceptible ni de apelación ni del recurso extraordinario de nulidad.

¿Cómo puede decirse que una facultad tan omnímoda y discrecional, exenta de todo control, puede contribuir a que el proceso sea más igualitario y más justo?

VI. UNA SOLUCIÓN MENOS RIESGOSA

Si el problema que quiere resolverse es que aquellas que no tienen pruebas acerca de los hechos fundantes de su pretensión no puedan recibir una sentencia en su favor a pesar de tener derecho a ella, este tiene una solución por una vía distinta a la recepción de la exótica y riesgosa teoría de las cargas dinámicas. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el legislador puede favorecer a alguna de las partes débiles en ciertos litigios con una inversión de la carga de la prueba o, mejor aún, estableciendo una presunción simplemente legal en su favor (así en el área de la responsabilidad civil médica o en los litigios ambientales).

Incluso acá se ha sostenido que es mucho más conveniente establecer legalmente presunciones que reglas de inversión directa de la prueba: “No faltan razones –explica GUILLERMO ORMAZÁBAL– para pensar, sin embargo, que reaccionar sistemáticamente ante ciertas necesidades probatorias introduciendo alteraciones en el reparto normal de la carga probatoria entraña un modo de proceder poco proporcionado, imprudente y desmesurado. Frecuentemente puede resultar más aconsejable acudir a otro mecanismo, el de las presunciones legales. Éstas, al permitir su desvirtuación mediante la prueba de que, en el caso concreto, no existe el enlace abstracto previsto por la ley entre el hecho indiciario y el hecho presunto [...], ofrecen al gravado por las mismas mayores oportunidades de éxito. De

¹⁸ En este sentido, DOMÍNGUEZ, CARMEN; ARANCIBIA, MARÍA JOSÉ y CORNEJO, PABLO, “Sin seguridad no puede haber justicia. Comentarios a la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil”, columna publicada en línea en el portal El Mercurio Legal, el día 17 de octubre de 2012: disponible, previa suscripción, en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2012/10/17/Sin-seguridad-no-puede-haber-justicia-Comentarios-a-la-carga-de-la-prueba-en-el-proyecto-de-codigo-procesal-civil.aspx> (consulta 23 de octubre de 2012).

LA PRUEBA PERICIAL Y SU ADMISIBILIDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

MAURICIO DUCE J.

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad Austral de Chile*

La propuesta de transformación del proceso civil chileno por un nuevo sistema estructurado sobre la base de audiencias orales, supone cambios radicales en la lógica como se ha regulado y entendido la prueba en nuestro sistema procesal civil. En efecto, la manera en que se debe producir, presentar y valorar la prueba en un sistema escrito con prueba tasada, es radicalmente distinto al cómo debe concebirse el mismo trabajo en un sistema en donde dicha prueba debe ser presentada en el formato de una audiencia oral, pública y contradictoria y luego en el que la ley no le señala al juez qué valor específico debe entregarle a dicha prueba.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es detenerme en una prueba en específico que ha sido objeto de muy poco estudio en nuestra tradición procesal como lo es la prueba pericial. Mi idea es analizar algunas particularidades de la prueba pericial que hacen que la regulación legal de la misma deba hacerse cargo de problemas que no presentan respecto a los otros tipos de pruebas. Debido a que se trata de un tema en extremo amplio, el presente trabajo se aboca a uno de los aspectos específicos involucrados en donde en mi opinión hay mayor confusión

* Este trabajo constituye una versión revisada, ampliada y actualizada de un trabajo previo publicado el año 2011 (DUCE, 2011); por lo mismo se ha respetado la estructura editorial del mismo. Dicho trabajo se refería a la propuesta de proyecto de Código Procesal Civil presentado por el ejecutivo al Congreso en el mes de mayo de 2009 (Mensaje 398-357 de 18 de mayo de 2009), en tanto que el actual texto ha sido confeccionado en referencia al proyecto ingresado por el ejecutivo en el mes de marzo de 2012.

** Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Director CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas).

en nuestro país: la regulación de la admisibilidad a juicio de la prueba pericial. El argumento central que guía este trabajo asume que debido a las características propias de la prueba pericial y el escenario y contexto en el cual se está proponiendo un nuevo sistema procesal civil, es necesario regular con mucha claridad exigencias adicionales de admisibilidad para esta prueba en relación con otras respecto de las reglas que hoy existen. Estimo que en alguna medida la legislación actual ya contempla reglas en esta dirección. Con todo, lo que me interesa es ofrecer una interpretación de las reglas propuestas en el Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante el PCPC) presentado por el Poder Ejecutivo el 12 de marzo de 2012 (Mensaje N° 004-360) a su tramitación legislativa al Congreso Nacional, afirmando que ellas permiten sostener que efectivamente esta prueba debe pasar algunos filtros adicionales en sede de admisibilidad al resto de las pruebas, argumentando que es necesario mantener y mejorar en el proceso de tramitación legislativa esta orientación.

En el trabajo intentaré fijar un marco teórico y una interpretación de las reglas que regulan la admisibilidad a juicio oral de la prueba pericial contenidas en el PCPC con el objetivo de ofrecer parámetros claros que permitan orientar la interpretación de las mismas y desarrollar prácticas futuras de modo consistente con los valores y objetivos del nuevo proceso propuesto y, a la vez, que permita racionalizar la inversión de los recursos disponibles para la producción de prueba de esta naturaleza. En consecuencia, en este trabajo me dedicaré centralmente a analizar cuáles son los requisitos e hipótesis en las cuales el uso de prueba pericial es legítimo o admisible en el juicio oral contenido en la propuesta del nuevo sistema. Si bien no es mi foco central, estas mismas argumentaciones se hacen extensibles al funcionamiento actual de los tribunales de familia en donde existen reglas similares, pero no se ha desarrollado una práctica consistente en la materia.

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos, no sólo me valdré del análisis dogmático de las reglas establecidas en el PCPC y otra legislación nacional, sino también del derecho comparado, especialmente la situación de países como Estados Unidos y Canadá, en donde éste ha sido un tema que ha generado un desarrollo doctrinario y jurisprudencial muy intenso en materia civil, particularmente en los últimos veinte años. En forma previa, presentaré alguna información de contexto que resulta indispensable para comprender la necesidad de fijar este nuevo marco teórico de análisis. En primer lugar, describiré someramente quién es considerado perito y cuál es su función en los sistemas procesales modernos, luego abordaré una descripción más sustantiva de los problemas que presenta el uso indiscriminado de la prueba pericial en los procesos judiciales contemporáneos y una descripción del cambio de paradigma en la lógica y regulación normativa que ha significado la reforma procesal civil respecto del sistema anterior.

I. ¿QUIÉN ES PERITO? Y ¿QUÉ HACE UN PERITO EN UN JUICIO ORAL?

La determinación de quién es un perito no resulta polémica en la literatura nacional y comparada. En el caso chileno el Código de Procedimiento Civil (en adelante el CPC) contiene reglas expresas que se hacen cargo de ello (artículos 409 y siguientes), lo mismo respecto de la doctrina procesal más clásica que, en general, no ha tenido grandes discrepancias sobre el tema¹. Algo similar puede apreciarse revisando la jurisprudencia sobre el punto, la cual no presentaría diferencias sustanciales con lo regulado en la ley e interpretado por la doctrina².

En términos generales, tanto nuestra legislación procesal civil como la doctrina y jurisprudencia entienden que los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso³. La experticia que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su experticia, sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general.

En esta misma línea se inscribe el PCPC que señala en su artículo 324 inciso segundo: *“Procederá la prueba pericial en los casos señalados en la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”*⁴. Como se puede apreciar, de acuerdo con esta norma el énfasis de lo que caracteriza a un perito es el conoci-

¹ Entre otros, puede verse: CASARINO (1997: 197-198); RODRÍGUEZ PAPIC (2005: 234-235); PAILLÁS (1979: 113-114); y, CAROCCA (2003: 288-290).

² Sobre este punto véase RIOSECO (2002: 327-340).

³ Una de las pocas notas disonantes en este estado de consenso en la doctrina nacional está contenida en la descripción que hace RODRÍGUEZ PAPIC quien, al referirse a la necesidad del conocimiento experto en juicio, señala que este procede cuando: “...el juez no está en condiciones de percibir ciertos hechos... a causa del peligro o desagrado que la percepción lleva aparejada (como en el evento de una autopsia por ejemplo)”. (RODRÍGUEZ PAPIC, 2003: 234). En esta descripción pareciera más bien que la necesidad no emana de la falta de conocimiento técnico de un juez para realizar una autopsia, sino simplemente como una forma de evitarle el “desagrado” que operaciones de esa naturaleza le podrían producir. Me parece que la cita es autosuficiente como para no tener que invertir tiempo en justificar lo errada de la misma.

⁴ Una redacción prácticamente equivalente se contiene en el artículo 45 inciso segundo de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia.

miento especializado y la necesidad de ese conocimiento para apreciar correctamente un hecho o circunstancia relevante del caso. Es importante, además, llamar la atención en un punto adicional. El PCPC da un espacio muy amplio para determinar qué debe ser objeto de peritajes al señalar que ellos son procedentes cuando para apreciar los hechos del caso sea necesario un conocimiento especial de una “*ciencia, arte u oficio*”. En consecuencia, la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino que de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post-doctorados en su respectiva disciplina.

Lo que llama la atención de la literatura nacional especializada es que, más allá de esta definición (que normalmente no ha sido más que el fraseo de la norma legal respectiva) y su preocupación por algunas cuestiones derivadas de la regulación normativa de los peritajes, no exista prácticamente ninguna reflexión acerca de las funciones o ámbitos que abarca la prueba pericial, ni menos sobre las condiciones de admisibilidad de la misma. En efecto, si se revisan los textos de derecho procesal civil más tradicionales en nuestro país, es posible constatar que ellos se limitan a un análisis superficial y principalmente descriptivo de las reglas legales contenidas en el CPC.

En algunas páginas más tendré la oportunidad de analizar con detalle los problemas que plantea la admisibilidad de la prueba pericial al juicio oral. Por ahora, es necesario tener presente para este análisis posterior una breve noción de las actividades o el tipo de opiniones o información que corresponde que el perito incluya en el juicio oral. El tener claro esto facilitará entender el alcance de las reglas de admisibilidad.

Lo primero que es necesario precisar es que el rol del testimonio experto en juicio es entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objetivo de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del tribunal que, de otra manera, no podría generarse. Esta información no puede ser entregada al tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una “persona promedio”. Por lo mismo, el aporte central de los peritos normalmente se produce en el lenguaje de opiniones que surgen como consecuencia de la utilización de conocimiento experto para comprender ciertos hechos o fenómenos. No obstante lo sencillo de esta idea, es casi imposible encontrar en nuestro país criterios más específicos que permitan identificar con claridad qué aporte debe esperarse de este tipo de prueba. En alguna medida esto es consecuencia directa del sistema de prueba legal en el que se inserta en el proceso actual esta prueba. En efecto, el artículo 409 del actual CPC señala que se oirá el informe de peritos en “todos los

casos que la ley así lo disponga”. De esta forma, la procedencia de esta prueba ha quedado normalmente reducida a la identificación de casos en que la ley señalaba su procedencia sin una mayor reflexión sobre las necesidades concretas para los respectivos casos.

Por el contrario, cuando se revisa la literatura comparada en esta materia es posible identificar bastante desarrollo y consenso en la materia. Así, tomando un par de ejemplos de autores correspondientes a distintas tradiciones jurídicas es posible notar que la forma de describir las contribuciones de un perito en un juicio oral presenta bastante similitud. Un ejemplo de la tradición angloamericana está constituida por la opinión Lewis (citado por Gold, 2003: 40-43) que distingue cuatro tipos o especies de peritajes:

- a) Aquél en el que el experto entrega una opinión sobre hechos directamente observados. Se trata de situaciones en que el perito observa hechos sobre los que declara, pero a la vez aporta opiniones acerca de esos hechos que suponen conocimiento experto, por ejemplo tratándose de un experto en huellas digitales o balística.
- b) Aquél en el que el experto entrega una opinión sobre hechos presentados por terceros, es decir, que no han sido objeto de percepción directa de su parte. Típicamente se produce en casos en que el experto es confrontado con hipótesis de diversa índole en donde se le pida asuma como verdadero ciertos hechos que no ha tenido oportunidad de presenciar.
- c) Aquél en que el experto entrega una opinión basada en principios generales de la disciplina que profesa, aun cuando no estén relacionados necesariamente con hechos concretos o específicos del caso, como por ejemplo, cuando un perito es convocado a juicio para relatar acerca de los procedimientos adecuados para obtener conclusiones o realizar exámenes sobre determinados objetos, todo lo cual se hace para pesar credibilidad o confiabilidad de otras pericias del caso.
- d) Aquél en el que el experto declara sobre un hecho que él observó a través del uso de su conocimiento especializado. Se trata de declaraciones sobre hechos y no opiniones, pero que sólo podrían ser entregadas por alguien que tiene conocimiento experto que lo habilita para percibir ciertos hechos, como por ejemplo, cuando un perito hace análisis microscópico de una sustancia mucosa encontrada en la víctima y afirma que dicha sustancia contenía espermatozoides, hipótesis que se encuentra regulada en el artículo 411 N° 1 del CPC.

Tal como señalaba, se puede apreciar que el énfasis central del aporte del perito está dado por su capacidad de entregar opiniones al tribunal basadas en su experticia. En una línea muy similar, Taruffo (Taruffo, 2008: 93-94), proveniente de la tradición continental, distingue tres formas de contribución de un perito en un juicio:

- a) Ofrecer al tribunal datos e información científica o técnica general que éste necesita para valorar los hechos objeto del juicio.
- b) Expresar opiniones y evaluaciones de hechos específicos respecto de los cuales ha tomado conocimiento personal y que únicamente pueden ser observados y comprendidos en virtud de conocimientos especiales (nuevamente la hipótesis prevista en el actual art. 411 N° 1 del CPC).
- c) Expresar opiniones y evaluaciones de hechos específicos presentados ante él que requieren para su comprensión conocimientos especiales.

Se puede observar que la idea de perito y cuál es su función o contribución específica en un sistema procesal son relativamente sencillas. Siendo así, ellas deben ser tenidas presentes al momento de hacer juicios sobre la admisibilidad de la prueba de expertos en juicio, cuestión que revisaré un poco más adelante.

II. EL CONTEXTO ACTUAL Y LOS RIESGOS EN EL USO DE LA PRUEBA PERICIAL

Para entender las necesidades de la regulación legal de la prueba pericial en los procesos civiles es necesario comprender el contexto en el cual esta prueba se está presentando y las potenciales consecuencias que tiene la misma en los resultados de los procesos judiciales.

Según se puede observar revisando las discusiones que existen en el área, es posible apreciar que existe consenso importante a nivel comparado en términos que la opinión de los peritos ha adquirido creciente importancia en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos, siendo cada vez más frecuente, masivo y diverso su uso. ALAN Gold afirma en términos generales que “Conocimiento y expertizaje han crecido exponencialmente en nuestras sociedades y el incremento del consumo de los tribunales de prueba pericial refleja esa realidad en nuestro mundo moderno” (Gold, 2003: 4). Taruffo ha señalado específicamente refiriéndose a los procesos civiles que “...cada vez con más frecuencia las materias de litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica de un juez o un jurado” (Taruffo, 2008: 90). Agrega, refiriéndose a la prueba científica, que “En realidad, la frecuencia con que se recurre a la ciencia para suministrar prueba de los hechos de un caso está creciendo en todos los sistemas procesales” (Taruffo, 2008: 97). En esta misma dirección Mauet ha afirmado que “Vemos cada vez más peritos en toda clase de proceso. Es un acontecimiento diario. Casi todos los procesos actualmente tienen peritos”. (Mauet, 2007: 20).

El consenso de los expertos se funda en un conjunto de causas que en mi opinión están más allá de los sistemas jurídicos y más bien tienen que ver con factores vinculados al desarrollo económico y social expe-

rimentado en las últimas décadas en varios continentes, que por cierto influyen o tienen diversos impactos en el funcionamiento de los sistemas judiciales. No puedo desarrollar en detalle las causas que en mi opinión generan esta coincidencia en la comunidad académica. Sólo me interesa afirmar que se trata de una situación de hecho que parece presentarse en distintas realidades y en la cual nuestros países no debieran estar ajenos. Por ejemplo, el fenómeno de masificación de la educación superior y aumento explosivo de universidades o la creciente y cada vez mayor tecnificación del conocimiento, entre otras⁵.

El “rol dominante” que comienza a adquirir el conocimiento experto en la decisión de los procesos judiciales no es neutro para el funcionamiento de los sistemas judiciales. La literatura especializada identifica que este fenómeno ha sido fuente de dos problemas de distinta índole. El primero de ellos tiene que ver con la posibilidad que el uso de esta prueba fuera de los supuestos que la hacen necesaria importa un riesgo serio de afectación a los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial en un sistema judicial, generando así varios problemas. El segundo, en cambio, se vincula al tema de la asignación racional de recursos estatales limitados para el cumplimiento de ciertos fines socialmente deseables. Ambos problemas no son sólo teóricos, sino que se manifiestan en la práctica de los sistemas de justicia comparados como obstáculos importantes para el funcionamiento de los mismos⁶.

En la primera área de problemas son básicamente dos los riesgos que es posible advertir. Por una parte, se puede constatar que en la medida en que la prueba pericial se utiliza extensivamente, para casos en los cuales no es necesaria, ello tiende a generar un proceso de sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, con lo cual se afectan las bases sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisiones judiciales. De otra, vinculada a la anterior, el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgador, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de información aportada por peritos y ello es causa potencial de un mayor porcentaje de casos que se deciden producto de errores judiciales. Me parece necesario detenerme brevemente en la explicación de ambos problemas.

El primer riesgo se deriva cuando la opinión experta comienza a utilizarse crecientemente para sustituir el trabajo de razonamiento y construcción

⁵ Por ejemplo, MAUET señala que la explosión del litigio civil de responsabilidad del siglo XX en los Estados Unidos es en parte consecuencia de los accidentes producidos por el desarrollo de autos, camiones y carreteras. Este fenómeno tuvo como consecuencia también la explosión en el uso de prueba pericial, todo lo cual le permite concluir que “El mundo de los peritos es, en realidad un fenómeno del siglo veinte” (MAUET, 2007: 21).

⁶ Un planteamiento similar de estos problemas puede revisarse en BUBELA (2004: 853-870). Ella los llama “problemas sustantivos de justicia y equidad” y “problemas procedimentales de costos y eficiencia”.

de la verdad procesal encargado a los jueces. Uno de los elementos característicos de un sistema procesal es la idea que le corresponde al juez (ya sean jueces profesionales o jurado) la toma de una decisión sobre el asunto sometido a su competencia. Así, la función central del juez es evaluar la veracidad y razonabilidad jurídica de las pretensiones en disputa con el propósito de adoptar una decisión sobre las mismas. Detrás de este modelo de decisión de conflicto se configura un complejo entramado institucional destinado a asegurar la independencia e imparcialidad de quienes toman la decisión, así como el establecimiento de procedimientos que aseguren su calidad y la adecuada participación de los interesados en dicha decisión. En este entorno, una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales les asignan exclusivamente a los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial. De esta forma, las decisiones se toman finalmente por expertos, con niveles de control y garantías bajas y no por el sistema institucional creado para tales objetivos⁷.

El segundo riesgo se produce como consecuencia del enorme impacto que la opinión experta, especialmente en disciplinas científicas lejanas al conocimiento profano, produce en el juzgador. El proceso de evaluación de un juzgador (sea profesional o lego) de la credibilidad y peso de un peritaje técnico o de una disciplina científica es siempre una cuestión compleja. La dificultad que significa tal tarea abre un espacio para que la decisión final sea distorsionada, es decir, basada en percepciones erróneas de parte del juzgador o en razonamientos que confunden los alcances de la información aportada por expertos⁸. La situación descrita se transforma en un problema grave o de mayor riesgo cuando la fuente de la confusión o del error es una consecuencia de que se trate de una opinión emanada de una ciencia novel o en estado de desarrollo y consolidación, la cual no ha sido admitida como válida por la comunidad científica. Es por lo mismo que un sistema de justicia debe ser particularmente cauteloso con

⁷ TARUFFO se manifiesta con la misma preocupación. Así, ha sostenido que “Como se dice tradicionalmente, el juez es *peritus peritorum* y, por lo tanto, debe ser capaz de valorar y controlar las bases y la opinión del perito. No obstante, ésta es sólo la teoría; en la práctica, el juez o el jurado no tienen a menudo el entrenamiento técnico o científico necesario para controlar de manera efectiva el trabajo del perito. Por ello la libre valoración de las pruebas periciales por parte del tribunal puede no ser nada más que una ficción, ya que el tribunal puede estar condicionado por una ‘deferencia epistémica’ hacia el experto y, entonces, puede ser que el perito determine realmente el contenido del veredicto judicial” (TARUFFO, 2008: 96-97)

⁸ Estudios empíricos en relación con el comportamiento del jurado en frente de evidencia científica en materias penales han indicado que un 25% de los entrevistados que han servido como jurados han estimado que en caso de no haberse presentado ese tipo de evidencia ellos habrían cambiando su veredicto de culpable a no culpable. Véase JOSEPH PETERSON citado por GOLD (GOLD, 2003: 12).

la admisibilidad de la información experta que admite a juicio cuando ella no es confiable.

El riesgo descrito no se presenta a nivel puramente teórico. La experiencia e investigación disponible en materia penal en el funcionamiento de modelos comparados más asentados, como el canadiense, el norteamericano y británico, demuestra hasta el cansancio la potencial falibilidad de los sistemas judiciales en la materia. Estudios en los Estados Unidos respecto de las causas que explican casos de error judicial en materia penal, dan cuenta que una de las variables más relevantes se vinculan a la admisibilidad a juicio y posterior uso de prueba pericial no confiable (*junk science*), la que no obstante su poco valor probatorio –debido a que no corresponde a información científica aceptable– es capaz de producir un impacto significativo en el juzgador acerca de la culpabilidad de los acusados y motivar condenas erradas (Scheck, Naufeld y Dwyer, 2001)⁹. En la misma dirección se han pronunciado estudios realizados en Inglaterra (Choo, 2009: 307-308). En Canadá, frente a un conjunto de casos en donde se obtuvieron condenas por error judicial, a nivel de fiscalía se creó el año 2002 un grupo de trabajo que elaboró un extenso reporte dedicado a prevenir situaciones de este tipo, en él el uso de peritajes surge como uno de los aspectos problemáticos y en el que se formulan varias recomendaciones¹⁰.

Como consecuencia de esta realidad, los procesos legislativos y jurisprudenciales de todos estos países han ido en la dirección de establecer políticas de admisibilidad de prueba pericial a juicio crecientemente más estrictas en los últimos veinte años en todo tipo de materias¹¹.

Los problemas descritos no sólo se han presentado en países de la tradición anglosajona, sino que también en países de Europa Continental. Así, por ejemplo, frente al riesgo de sustitución del razonamiento judicial

⁹ Este libro contiene un resumen de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos en el seno del Innocence Project destinado a obtener la liberación de personas condenadas por error judicial en dicho país. Véase especialmente el capítulo 7, páginas 204 a 221 que describe varios casos de error judicial motivados por el uso de conocimiento experto poco confiable. Véase también la tabla contenida en la página 361 de apéndice 2 en donde se listan los principales factores que han llevado a condenas judiciales por error investigados por el Innocence Project en los Estados Unidos, en donde se constata que un porcentaje muy relevante está constituido por el mal uso de pruebas periciales.

¹⁰ Véase, Report on the Prevention of Miscarriages of Justice, FTP Heads of Prosecutions Committee, Septiembre de 2004, 155 páginas, disponible en <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/hop/preventionofmiscarriagesofjustice.pdf>. Véase especialmente el capítulo 9, pp. 115 a 132.

¹¹ A lo largo de este trabajo me referiré a este desarrollo. Con todo, como referencia general puede revisarse para Canadá PACIOCCO y STUESSER (2004: 161-174) y PACIOCCO (1999: 305-344). Un análisis del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los Estados Unidos puede revisarse en BERGER (2000: 9-38); Un breve análisis sobre las Reglas Federales de Evidencia en este punto puede verse en MÉNDEZ (2003: 69-100). Conteniendo información sobre la legislación de varios países de la tradición anglosajona (incluyendo Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Reino Unido) véase FRECKELTON y SELBY (2008).

por el pericial Nieva, luego de hacer una buena descripción del problema¹², señala que en España se trataría de una situación "...que es, por desgracia, lo más habitual" (Nieva, 2010: 286).

En Chile se trata de un tema que ha sido muy poco explorado y, por cierto, del cual prácticamente no se dispone información en materia procesal civil. Un reflejo de la situación descrita se traduce en la inexistencia de estudios empíricos específicos sobre la materia.

Desde el punto de vista del segundo problema general que identifiqué, el del uso racional de los recursos del sistema de justicia, una política que permite un amplio uso de prueba pericial más allá de los casos en los que es necesaria produce un impacto en aumentar de manera significativa los costos del sistema. Esto por varias razones. En primer lugar, impone la necesidad de que los órganos estatales puedan contar con recursos suficientes (ya sea propios o por vía de contratos a terceros) para producir conocimiento experto en juicio en casos en que las partes no puedan solventarlo. Ello, a la vez, aumenta los costos a los litigantes que participan del proceso judicial, quienes, para comprender el significado de la información experta, rebatirla o presentar su propio punto de vista alternativo al de su contraparte, se ven en la necesidad de adquirir conocimiento experto independiente. A ello, además, debe sumarse el aumento de los tiempos de litigación y preparación de los juicios producto de la incorporación masiva de expertos, con el consecuente impacto de más tiempo invertido de parte de jueces, abogados de las partes, las partes, funcionarios y testigos en la resolución del caso. En consecuencia, un primer aspecto problemático que surge en tener políticas abiertas de admisibilidad de prueba pericial en juicios orales es el tema de cómo lidiar con los mayores costos que ello genera, lo que en la otra cara de la moneda significa menos recursos para hacer justicia¹³. Esta no es una preocupación que sólo adquiera relevancia en contextos de escasos recursos, sino que la magnitud que puede adquirir el problema es incluso

¹² El autor citado señala respecto de la prueba pericial que "Se trata, probablemente, del medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada 'cultura general' y, por ello, no es posible utilizar juicios casi intuitivos, como sí ocurre con la mayoría del resto de los medios de prueba". Agrega, además, que "Lo que solemos encontrarnos es a un juez que no posee la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. Y ello no es una crítica, sino que es perfectamente habitual y hasta lógico en muchos casos. No obstante, el problema que se deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente". (NIEVA, 2010: 285).

¹³ Quiere destacar que el punto de la preocupación no es el uso de la prueba pericial en sí, sino más bien que un uso irracional de la misma, es decir, fuera de los casos en los que se justifica, no es una cuestión neutra desde el punto de vista de los recursos, siempre limitados, con que cuenta el sistema.

destacada en países desarrollados que cuentan con menos limitaciones presupuestarias que el nuestro¹⁴.

La experiencia comparada y la realidad que comienza a darse en el funcionamiento del sistema judicial en Chile exigen que el análisis del rol de la prueba pericial y su admisibilidad deba ser revisado con mucho más cuidado en nuestro país que lo que ha sido hasta el momento. Como se pudo apreciar en este capítulo, ello no es una demanda “dogmática” o que surja de la necesidad de perfeccionar el discurso legal, sino centralmente una consecuencia directa de problemas graves y de serios riesgos que conlleva un uso inadecuado de este tipo de pruebas.

III. EL CAMBIO DE PARADIGMA: LA CONCEPCIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL ACTUAL Y LA PROPUESTA DE NUEVO PROCESO CIVIL

Un segundo aspecto preliminar que resulta necesario tener presente para luego examinar la admisibilidad de la prueba pericial está dado por comprender la nueva lógica a partir de la cuál ésta se regula en el PCPC, la cual también ha sido asumida por la Ley de Tribunales de Familia de manera explícita en sus artículos 45 a 49 y antes por el Código Procesal Penal.

Se trata de un nuevo paradigma de comprensión de este tipo de prueba que obliga también a replantear las prácticas que eran consideradas adecuadas respecto del trabajo de expertos en el sistema de justicia civil antiguo. Este nuevo paradigma no aparece con claridad en la pura lectura de las normas que regulan la materia en el PCPC (artículos 324 a 330), varias de las cuales presentan contenido similar a las del antiguo CPC, sino que surge más bien como consecuencia de la lectura de dichas normas a la luz de la nueva lógica de prueba que impone el sistema por audiencias y de los propios valores y principios que guían a éste.

La característica central sobre la base de la cual se estructura la prueba pericial en el sistema procesal civil vigente es que los peritos son concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar de manera relevante los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, el contexto del sistema de justicia criminal de Canadá, la Corte Suprema de dicho país ha sostenido “*The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admisión of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into a ‘contest of experts’...*”. (citado por GOLD, 2003: 13).

ellas¹⁵. Esto tiene impacto en varios aspectos de la regulación normativa de esta prueba en el CPC.

En primer lugar, el trabajo de los peritos está fuertemente pensado para servir las necesidades de conocimiento del juez. Por lo mismo, su designación queda entregada básicamente a dos hipótesis: (a) casos en los que la ley expresamente indica la necesidad de contar con una opinión experta y (b) cuando el juez lo estima necesario.

Otro elemento en esta lógica es que el sistema establece una suerte de precalificación de idoneidad de quienes podrían ser considerados como peritos. En esta lógica se establece un sistema bastante cerrado en el que no cualquiera puede ser objeto de designación como perito para un caso. Así, de acuerdo con el artículo 414 del CPC a falta de acuerdo entre las partes le corresponde al juez designar al o los peritos¹⁶. En ese escenario, según lo dispone el artículo 416 del CPC el tribunal sólo puede designar como peritos a las personas que aparezcan en las listas elaboradas por las Cortes de Apelaciones y reguladas en el artículo 416 bis.

Junto con lo anterior, otro elemento distintivo de este paradigma está vinculado al sistema de valoración de la prueba pericial. Si bien el CPC establece en su artículo 425 que la fuerza probatoria está sometida a las reglas de la sana crítica, se trata de una norma excepcional de prueba en el conjunto de un sistema que opera fuertemente sobre la lógica de la prueba legal o tasada. Es decir, en donde el legislador establece en abstracto la forma en que el juez debe apreciar el valor probatorio de las diversas pruebas. En este contexto, es posible señalar que es difícil que la lógica de la tasación o prueba legal no haya traspasado en algo también a la prueba pericial.

Finalmente, en relación con la forma de rendirse la prueba pericial, ésta es centralmente concebida como un informe o dictamen escrito. La prueba es el informe pericial y no el perito en sí mismo (por ejemplo, Rodríguez Papic 2005: 246). Ello es lógico y coherente con el carácter escrito del proceso civil en nuestro país. Es por eso que más que el perito la prueba está constituida por el “informe pericial” que se entrega al tribunal por escrito.

La lógica descrita cambia de manera radical en el nuevo proceso civil propuesto en el PCPC. Así, en éste los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito juicio y a qué perito concreto. Por así decirlo, los peritos

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 413 del CPC hace extensivas a los peritos las mismas tachas reguladas para los testigos; varias de las cuales giran en torno a la idea de falta de imparcialidad (por ejemplo, las contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 358 del CPC).

¹⁶ El sistema establece la posibilidad de acuerdo previo de las partes y luego la facultad al juez para designar a falta del mismo. Un caso interesante en donde el juez excede sus atribuciones puede verse en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de 14 de noviembre de 2007 en causa rol N° 448-2007.

dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan. Esto queda de manifiesto en el artículo 324 del PCPC cuando señala que las partes pueden recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que sean admitidos a declarar a la audiencia de juicio¹⁷.

La idea que se trate de un perito de confianza no significa que los peritos son “serviles” a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlos estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia o disciplina, es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta. En esta dirección el mismo artículo 324 remarca, en su inciso tercero, el deber que tienen los peritos de que sus informes sean emitidos con objetividad “...ateniéndose a los principios de la ciencia o las reglas del arte u oficio que profesare el perito”. Tampoco significa, como veré en el próximo capítulo, que todo perito que las partes intenten presentar a juicio deba ser admitido por el juez en la audiencia preparatoria.

En la misma lógica descrita, el artículo 45 inciso primero de la Ley de Tribunales de Familia señala: “Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a declarar a la audiencia de juicio” y luego en su inciso tercero señala “Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia, las reglas del arte u oficio que profese el perito”. Como se puede observar, esta regla asume que los expertos deben tener un nivel de fidelidad con la disciplina que profesan. Finalmente, el PCPC se encarga en explicitar en el artículo 329 la improcedencia de la inhabilitación de los peritos antes del juicio, dejando abierta la posibilidad que en ese momento se le formulen preguntas destinadas a determinar su efectiva imparcialidad, ejemplificándose que incluso se puede requerir del perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado, regla que también se contiene en el artículo 48 de la Ley N° 19.968.

Este cambio en la forma de concebir al perito impacta de diversas maneras en la regulación legal de esta prueba. Tal vez sí la más significativa es que el sistema pericial se flexibiliza por completo. Se acaba el sistema cerrado de personas idóneas para realizar peritajes y se suprimen las listas de las Cortes de Apelaciones como fuente en donde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en

¹⁷ No obstante lo anterior, el artículo 324 inciso final regula la posibilidad de que el juez pueda ordenar un peritaje cuando no haya sido ofrecido por alguna de las partes. Se trata de una norma que en mi opinión resulta muy ambigua, ya que no establece con claridad ni el momento ni como esta facultad debiera ejercerse. Se trata de una norma que no estaba prevista en el proyecto del año 2009.

una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención que sean admitidas a juicio oral.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, el PCPC establece como regla general un sistema de libertad en la valoración de la misma (sana crítica) restringida solamente a la no contradicción de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, según lo dispone el artículo 295¹⁸. En la misma lógica también se inscribe el artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia.

Finalmente, en cuanto a la forma en que debe rendirse la prueba pericial en juicio, la regla básica contenida en el artículo 330 del PCPC es que ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados en la misma regla¹⁹. Esto representa un cambio radical respecto al formato del sistema vigente. Como ya dije, la prueba pericial en este contexto está centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que se acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema, es en principio inadmisibles²⁰. Si el perito no va a juicio, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen directo y contraexamen de las partes –y eventualmente a las preguntas aclaratorias del tribunal– no se dispone prueba pericial que pueda ser valorada²¹.

¹⁸ Se admite como excepción en el artículo en análisis la posibilidad que la ley atribuya un valor determinado a un medio probatorio.

¹⁹ El inciso segundo del artículo 330 establece como posibilidad de excepción el caso en el que existe acuerdo entre las partes, situación en la cual el juez puede eximir al perito de comparecer admitiendo el informe pericial como prueba.

²⁰ La Ley de Tribunales de Familia pareciera flexibilizar este principio al establecer en su artículo 49 inciso final la posibilidad excepcional de que el juez, con acuerdo de las partes, exima al perito de su obligación de comparecer para prestar declaración a juicio y admitir el informe escrito como prueba. Con todo, esta disposición que no me parece problemática debido a que se trata de un caso de consenso entre las partes similar a la excepción del artículo 330 del PCPC. Más problemático es el cambio que fue realizado al inciso primero del artículo 46 (Ley N° 20.286 del 15 de septiembre de 2008), el que a propósito de regular los contenidos que debe incluir el informe escrito de la pericia señala ambiguamente que “A petición de parte, los peritos deberán concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe”. Norma que en mi opinión sólo puede ser leída en consistencia con la regla general de comparecencia formulada en el ya mencionado artículo 49.

²¹ Debe señalarse que el PCPC regula una cuestión sumamente problemática y que no aparecía en el proyecto del año 2009. En el artículo 330 inciso final se establece una norma que permite que en el caso que el informe haya sido emitido por una institución pública o privada pueda comparecer a juicio cualquier persona que designe la institución. Me parece se trata de una norma que anula todo el sentido sustantivo de la regla de comparecencia del perito y la intermediación. La idea central de dicha regla es que la persona que realizó la pericia y llegó a las conclusiones respectivas pueda dar cuenta de ella y se someta al contraexamen. Permitir como regla general que cualquier otro puede asistir carece completamente de sentido en esta lógica. Afortunadamente, la misma norma establece que aún en estos casos el juez podría exigir la comparecencia personal (en la medida en que lo haga previamente y en forma expresa). Con todo, debiera esperarse un perfeccionamiento de esta regla que contradice toda la lógica del juicio y la comparecencia personal. Ello, además, se suma a

Este elemento del nuevo paradigma ha tenido varias dificultades para ser implementado en nuestro sistema legal. Si bien es cierto en materia penal se ha consolidado una jurisprudencia en términos de exigir la presencia del perito en la audiencia²² y la doctrina se ha uniformado en tal sentido²³, no pareciera ocurrir lo mismo en materia de funcionamiento de tribunales de familia. Así, un estudio empírico realizado en la Región Metropolitana da cuenta que la regla general es que la prueba pericial se introduzca a las audiencias por lectura del informe escrito y sin comparecencia del perito (Silva y otros, 2008).

Este cambio de paradigma o lógica también obliga a revisar las prácticas que se han desarrollado tradicionalmente en cuanto a la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso civil. No es lo mismo un sistema en donde dicha decisión queda entregada centralmente al legislador y a la voluntad del órgano jurisdiccional, que uno en donde son las propias partes las llamadas a producir la información de expertos y que luego intentan sea considerada por el tribunal al momento de resolver el caso²⁴. La dinámica adversarial de un proceso civil establece un entorno de incentivos para las partes que hace necesario tener un control más riguroso de la prueba que se pretende introducir a juicio. Por otra parte, la flexibilización del sistema de peritos obliga a revisar, antes de admitir a juicio, que el experto que se presenta reúna mínimas condiciones de idoneidad frente a los riesgos ciertos de que por esa mayor flexibilidad se permita la comparecencia a juicio de peritos que aportaran información de mala calidad al juicio. En el capítulo que sigue me haré cargo de manera más detallada de las exigencias de admisibilidad para el juicio que impondría el nuevo sistema procesal civil contenido en el PCPC.

lo dispuesto por el artículo 325 inciso segundo que señala que las pericias practicadas por instituciones públicas y privadas deben ser suscritas por el representante de la institución y los profesionales que lo emiten. Nuevamente uno se pregunta qué sentido tiene la suscripción de parte de quien no ha intervenido en la producción de la pericia como lo es el representante de la institución. Debiera ser también otro aspecto a revisar en la tramitación legislativa.

²² Por ejemplo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia causa rol N° 263-04 de 3 de enero de 2005 en la cual la Corte no admite como medio de prueba no regulado del artículo 323 del Código Procesal Penal el informe escrito elaborado por el SIAT y la autopsia practicada por el Servicio Médico Legal, argumentando que ello infringe la regla de comparecencia básica del perito a la audiencia. Véase también sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa rol N° 865-2010 de 8 de octubre de 2010 y sentencia de la Corte Suprema en causa rol N° 5579-2009 de 2 de noviembre de 2009.

²³ La doctrina se ha uniformado acerca de que la exigencia de entrega del informe escrito es para los efectos del examen de admisibilidad que debe hacer el juez de garantía y no para ser presentado ante el tribunal oral. Véase, entre otros, DUCE y RIEGO (2007: 455-477); HORVITZ y LÓPEZ, (2004: 296); y RODRIGO CERDA (2005: 392-395).

²⁴ En este mismo sentido TARUFFO ha señalado refiriéndose a los sistemas de peritos de parte que: "Así pues, parece intuitivo que en un sistema de este tipo, el riesgo de que entre *junk science* en el proceso es especialmente alto y, por ende, la tarea de control preliminar que debe desempeñar el juez sobre los elementos probatorios que serán admitidos en el proceso es sumamente importante" (TARUFFO, 2008: 291).

IV. LOS TRES CRITERIOS ESPECIALES DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL A JUICIO ORAL

El escenario descrito ha llevado a que en el derecho comparado, especialmente en el mundo anglosajón, se haya producido un debate muy intenso en torno a la necesidad de elevar las exigencias de admisibilidad de la prueba pericial²⁵. Esto se ha traducido en importantes cambios a nivel legislativo y jurisprudencial según tendré oportunidad de revisar.

Me parece que el PCPC recoge esta tendencia, ya que una lectura detenida de las normas propuestas que se refieren a la admisibilidad de la prueba pericial permite identificar la existencia de criterios adicionales a las exigencias contempladas para el resto de las pruebas²⁶. En efecto, al revisar las diversas normas del párrafo en estudio es posible observar cómo ellas se orientan en la misma dirección en la que ha evolucionado el derecho comparado. Así, junto con el requisito general de admisibilidad de la prueba (su pertinencia o relevancia), el PCPC impone tres exigencias adicionales para admitir a juicio la prueba pericial: la necesidad del conocimiento experto; la idoneidad del experto; y la confiabilidad de la información experta²⁷.

Me parece que si uno va incluso un poco más lejos, es posible identificar estas mismas exigencias en las disposiciones vigentes de nuestro CPC. Como veré a continuación, me parece que este texto legal contiene diversas normas que permiten deducir la exigencia de los tres requisitos de admisibilidad que he mencionado. El problema es que, como dichas normas han sido leídas en un contexto y paradigma procesal distinto (el tradicional), no han generado una reflexión sistemática en la dirección que estoy sosteniendo en este trabajo. En consecuencia, el desafío que surge en el contexto de la instalación de un nuevo sistema procesal civil no se encuentra en mi opinión a nivel de necesidad de realizar cambios importantes a las propuestas legales en el punto, sino el implementar un sistema que sea capaz de instalar una práctica jurisprudencial consistente y una interpretación doctrinaria que le dé contenido a estas exigencias ya plasmadas en las normas legales propuestas.

²⁵ En esta dirección también comienza a orientarse un sector de la doctrina a nivel regional. Por ejemplo, Alvarado Velloso sostiene respecto de quienes denomina como “peritos de opinión” que para su aceptación el juez debe tener especial cautela, enfatizando que “... debe siempre hacer un juicio de valor acerca de su contenido, de la idoneidad del perito y del resultado que propicia en función al tema a periciar” (ALVARADO VELLOSO, 2009: 95).

²⁶ En el proyecto de 2009 el artículo 291 inciso primero, que se refiere a la admisibilidad de la prueba pericial, señalaba que para que esta prueba sea admitida por el juez deben cumplirse algunos requisitos que son adicionales a “...*los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba...*”, con lo cual quedaba planteada de manera general la idea de exigencias adicionales. Desafortunadamente dicha norma desapareció en el actual PCPC.

²⁷ Como veré, algo exactamente equivalente ocurre tratándose de las regulaciones contenidas en la Ley de Tribunales de Familia y lo mismo puede decirse de las normas del CPP que no son objeto de análisis en este trabajo.

A continuación revisaré el contenido de cada uno de estos requisitos, dando algunas pistas acerca de los alcances que se les han dado en la experiencia comparada. Cabe señalar que a estos requisitos especiales de admisibilidad debiera agregarse la exigencia de “pertinencia” o “relevancia”. Debido a que se trata de una exigencia común de admisibilidad de todo tipo de prueba, dejo de lado su análisis en este trabajo²⁸.

4.1. NECESIDAD DEL CONOCIMIENTO EXPERTO

Un primer requisito especial de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de contar con conocimiento experto para poder resolver el asunto sometido a debate en juicio. Se trata de un requisito que surge como consecuencia natural de la lógica y función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales y, por lo mismo, es sólo exigible para este tipo en particular de prueba. Aun cuando por su obviedad no sería necesario reconocimiento normativo expreso para predicar su existencia, el PCPC se refiere de manera explícita al mismo al señalar en el artículo 324 inciso segundo que procede este tipo de prueba “...*siempre que, para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio*”. (El subrayado es mío). Idénticos términos son utilizados por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley de Tribunales de Familia.

Debido a que se trata de un requisito de la esencia de esta prueba, éste también se encuentra contemplado en el CPC. Así, el artículo 409 del mismo cuerpo legal señala que es procedente la prueba pericial cuando de la ley quede claro la “*necesidad*” de consultar opiniones periciales.

No pareciera existir discrepancia acerca de este requisito en la doctrina nacional que, como vi en forma precedente, incorpora la necesidad en la propia definición de la idea de perito. Incluso la jurisprudencia surgida en el contexto del CPC reafirma el punto. Por ejemplo, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de marzo de 1980 (REV., T. 77, SEC 4^a, p. 22) en el que la Corte establece el objeto de la prueba pericial es auxiliar al juez en la apreciación de cuestiones que requieren de conocimientos especiales (fallo citado por Rioseco, 2002: 327). A partir de lo anterior la pregunta relevante a formularse se refiere a ¿cuáles son los alcances de este requisito de admisibilidad?

²⁸ Mayores detalles sobre este tema pueden revisarse en (DUCE, 2010). Cabe señalar que no se trata de un tema tan simple, ya que el alcance de la exigencia de pertinencia o irrelevancia suele involucrar diversos alcances y confundirse con otros conceptos. Por ejemplo, véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de noviembre de 2009 en rol N° 4076-2008 en donde el concepto de irrelevancia se utiliza como sinónimo de sobraabundante. En el caso se desecha prueba pericial debido a que se estima que el punto había sido acreditado fehacientemente por otros medios probatorios.

La respuesta a la interrogante supone un análisis en distintos niveles. En un primero y más obvio, la necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio será ayudar al tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio sólo se justifica cuando el tribunal por sí solo no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Por el contrario, si el tribunal está en condiciones de comprender un hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que deba para ello escuchar previamente a un experto, estamos en un caso de falta de necesidad y en donde debiera ser declarada inadmisibile este tipo de prueba²⁹.

En este primer nivel se busca, por una parte, evitar la presentación de prueba superflua o redundante (Paccioco y Stuesser: 2004, 163), pero por otra, impedir que el trabajo de los peritos sustituya la función propia del juzgador al pronunciarse sobre cuestiones que son de competencia de quien decide el caso y sin que sea necesario para tal función la ayuda de expertos. Como puede apreciarse, se trata de un requisito de admisibilidad que tiene relevancia tanto para evitar el problema de uso racional de los recursos como el de principios del sistema descrito en un capítulo anterior de este trabajo.

Debe destacarse que en este nivel no basta simplemente que la introducción del peritaje sea “útil” para el juzgador, sino que debe ser necesario. En este sentido la jurisprudencia de Canadá ha establecido que es necesario sólo cuando “...un lego podría llegar a una conclusión errónea sin la ayuda de un experto o cuando el acceso a información importante podría perderse a menos que no se pudiera contar con información prestada por las enseñanzas de un experto” (Paccioco y Stuesser: 2004, 163) (el subrayado es mío). Como se puede observar, se trata de un estándar más bien alto de admisibilidad.

En este contexto es necesario analizar la frase del inciso segundo del artículo 324 del PCPC que señala que para que proceda esta prueba son “...*necesarios o convenientes conocimientos especiales*...”. Es decir, en donde aparentemente el PCPC reduciría el estándar de necesidad en análisis por medio de hacer admisible este tipo de prueba en casos de “conveniencia”. La *conveniencia* no puede ser leída como una cláusula

²⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema desde antiguo. Por ejemplo, en una casación de 28 de octubre de 1937 (REV., T. 35, SEC. 1ª, p. 163) en la que se estableció que el informe de peritos “sólo tiene lugar cuando en el esclarecimiento y apreciación de los hechos controvertidos no pueden los jueces tomar por sí mismos conocimiento personal, ya sea por la naturaleza de la materia discutida o por la necesidad de aplicar en su examen conocimientos técnicos que el juez carece” (citado por RIOSECO, 2002: 328).

que otorga al juez discrecionalidad amplia para determinar la admisibilidad de los peritajes, ya que ello significaría hacer perder sentido a la idea de necesidad y el objetivo básico que existe detrás de admitir la prueba pericial. ¿Qué sentido tendría que el PCPC exigiera necesidad y luego simplemente permitiera la introducción de cualquier peritaje “conveniente”? La respuesta a esta interrogante debe ser contestada pesando los valores y principios en juego. En mi opinión, la conveniencia abre un cierto espacio de discrecionalidad para los jueces, pero restringida. Esa discrecionalidad debe estar centralmente entregada en casos límite o en los que existan dudas acerca de la necesidad y no simplemente cuando se perciba que el peritaje es útil, aun cuando no necesario. Por lo mismo, en el caso de dudas, la cláusula de conveniencia puede jugar a favor de la admisibilidad, pero no en casos claros. Por decirlo así, la “conveniencia” es un complemento y no un sustituto del criterio básico de necesidad. Me parece que otra interpretación de la misma es completamente inconsistente con la lógica básica detrás de la regulación de la prueba pericial. Con todo, para evitar este tipo de discusiones, esta podría ser un área de perfeccionamiento en el proceso legislativo.

En un segundo nivel de análisis, la necesidad de la opinión experta tiene que ver con que el conducto apropiado para introducir la información sea el perito y no otro medio de prueba. Así, como destaca Gold, desde este segundo punto de vista, la necesidad es “...necesidad de que el juzgador expresamente reciba la información por vía del perito y no simplemente necesidad de que reciba esa información. Si el juzgador puede recibir información requerida de alguna otra forma que por medio del peritaje, éste es innecesario” (Gold, 2003: 65). Ejemplifica esto luego con varios casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense en donde el testimonio experto acerca de las razones de una denuncia tardía de la víctima en delitos sexuales ha sido declarado innecesario cuando la misma víctima está en condiciones de explicar con claridad en juicio aquello (Gold, 2003: 66). En la lógica de dichos ejemplos, la idea es que si la información que introduce el perito puede ser incorporada por otro medio de prueba que le permitirá al juzgador tener los mismos elementos para tomar una decisión, siempre debe preferirse esos otros medios antes que el peritaje.

4.2. IDONEIDAD DEL PERITO

Un segundo requisito especial de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto sea tal. Se trata también de un requisito que resulta bastante obvio. Si el sistema permite a las partes presentar a sus propios expertos con la finalidad de aportar información necesaria para construir las decisiones judiciales a través de sus conclusiones u opiniones, lo lógico resulta que

exista un mínimo filtro previo que permita verificar si se trata de una persona idónea, es decir, alguien calificado en la ciencia, arte u oficio sobre la cual prestará declaración en juicio.

Este requisito de admisibilidad encuentra reconocimiento expreso en el PCPC y también es posible deducirlo en la actual legislación procesal civil. En efecto, el artículo 413 N° 2 del CPC señala que no pueden ser peritos “los que no tengan título profesional expedido por la autoridad competente”. Como se puede apreciar, se trata de una regla redactada en clave de admisibilidad de la prueba y no valoración de la misma. Es decir, si la persona no reúne las condiciones explicitadas en la norma se trata de una prueba que en principio no podría utilizarse. De hecho existe bastante jurisprudencia durante la vigencia del CPC que da cuenta del no otorgamiento de validez a la designación de peritos que no reunían calificaciones profesionales mínimas (RIOSECO 2002: 340-344).

El PCPC también se hace cargo de manera explícita de esta exigencia de admisibilidad al señalar en su artículo 324 que *“Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito...”*. Lo mismo ocurre en la Ley de Tribunales de Familia que contiene una regla idéntica en su artículo 45 inciso primero. También puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 47 del mismo cuerpo legal al señalar que *“El juez admitirá la prueba pericial cuando... considerare que los peritos... otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”*. La regla del artículo 324 es complementada por lo dispuesto en el artículo 325 del PCPC que reproduce la lógica del actual CPC, ya que señala que, salvo autorización expresa del tribunal, *“...no podrán ser peritos quienes no tengan un título profesional expedido por la autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley...”*.

No obstante, este requisito está constituido por una exigencia obvia, hay algunos problemas potenciales que plantea su uso que me parece necesario esclarecer. En primer lugar, la idoneidad del perito debe ser acreditada en el área de experticia en el que se pretende declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso. Así, por ejemplo, si pretendo incorporar a juicio la opinión de un experto con formación en química, el objetivo de su declaración en juicio debe permanecer centrado a esa área y no, por ejemplo, ampliarse a aspectos psicológicos del comportamiento de la persona que visitó su laboratorio para la toma de las muestras respectivas. Si lo acredito como químico sólo puede declarar en el área de su experticia. En este sentido, el hecho de acreditar a alguien como un “experto” no lo habilita para hablar de cualquier cosa. Éste es normalmente un problema que se presenta a nivel de juicio, en donde suele preguntárseles a los peritos por opiniones que van más allá de su experticia acreditada (típicamente los médicos). Ese tipo de preguntas son objetables y no pueden ser admi-

tidas en el juicio. Pero también podrá presentarse como un problema para decidir admisibilidad. Para esos efectos el juez debe verificar que la acreditación se vincula al área en donde presentará declaración en juicio. Es decir, el juez debe verificar la consistencia de la acreditación con la declaración que va a prestar el perito de acuerdo con su informe pericial ya rendido. Si no hay consistencia entre ambos, no debe darse lugar a la admisibilidad de tal prueba.

Junto con lo anterior, un segundo tema de relevancia es que, tal como el artículo 324 del PCPC propone, la responsabilidad de acreditar idoneidad profesional del perito es de la parte que intenta que dicho experto pueda declarar en juicio. Esto plantea varios problemas. El primero y más de fondo tiene que ver con el estándar de acreditación de idoneidad que exige la norma. La respuesta a esto pasa por entender que en un sistema de audiencias como el propuesto en el PCPC hay dos juicios de idoneidad que se realizan a un perito con propósitos distintos y en etapas diversas. El primero de ellos es un juicio de admisibilidad, cuya función es evitar el ingreso de expertos sin una mínima calificación en su área a juicio. El segundo se realiza en la misma audiencia de juicio y su objeto no es ya excluir al perito, sino pesar su credibilidad y confiabilidad. En consecuencia, el examen de idoneidad para efectos de admisibilidad es relativamente bajo o preliminar. Si se acredita que el perito es una persona que tiene un conocimiento especial o experiencia relevante en el área de su experticia debe ser admitido a juicio. En cambio, determinar cuán bueno sea ese perito, es una cuestión que queda entregada al juicio oral, ya que se trata de un asunto de valoración de fondo y no de admisibilidad. Por lo mismo, un juez no puede declarar inadmisibles un peritaje porque crea que el experto no es el mejor o es mediocre en el contexto de su disciplina, ello es algo que se resuelve en materia de valoración en juicio.

En línea descrita se pronuncia también la jurisprudencia comparada. Así, por ejemplo, en Canadá el examen de idoneidad (incluido dentro del *Mohan Test* de admisibilidad de la prueba pericial) establece que se considera que se está calificado para declarar en juicio si “La persona tiene que haber adquirido un conocimiento especial o peculiar a través del estudio o la experiencia respecto de los temas sobre los que va a declarar” (GOLD, 2003: 73).

Un segundo problema respecto de la acreditación de la idoneidad se vincula con el tipo de comprobantes o antecedentes que sirven para satisfacer el juicio de admisibilidad. La idoneidad dependerá centralmente del tipo de experto que se intente presentar y, por lo mismo, no debiera existir una regla rígida en la materia. Como se ha visto, el PCPC acertadamente admite experticia no sólo tratándose de conocimiento científico duro, sino que incorpora la experticia de artes y oficios. En las áreas más científicas los aspectos típicamente invocados son los títulos académicos, las capacitaciones y perfeccionamientos adicionales, las publicaciones, etc. Tratándose de áreas no científicas la experiencia práctica suele ad-

quirir mucha relevancia. Cualquiera que sea el tipo de experto, quien lo presenta debe argumentar y acreditarle al tribunal que hace el juicio de admisibilidad que la persona tiene esos títulos o experiencia. Muchas veces alcanzará con presentar el *currículum vitae* del experto, en otras copias de los títulos y certificaciones que posea, de su pertenencia a sociedades profesionales, en fin todo aquello que en un formato sencillo y no formalista permita al tribunal decidir adecuadamente. Los niveles de formalidades en este punto normalmente estarán asociados a la intensidad de la controversia. Cuando ésta es baja hay menos problemas acerca de los medios de acreditación de la idoneidad. Cuando esta es alta, en cambio, se eleva el estándar para quien presenta al perito.

4.3. CONFIABILIDAD DEL PERITAJE

Un último requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la confiabilidad del peritaje, es decir, si el experto aporta información considerada como razonable dentro de la comunidad científica a la que pertenece o a la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio.

El reconocimiento normativo de esta exigencia en el PCPC se puede deducir de la regulación del artículo 324 inciso tercero al referirse a que los informes periciales deben emitirse ateniéndose “...a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito”. Como se puede apreciar, esta disposición del PCPC enfatiza que el informe que elabora el perito debe atenerse a los principios que rigen la respectiva ciencia o disciplina. La consecuencia natural es que si así no lo hace no debiera ser considerado por el sistema.

Una regla similar contempla la Ley sobre Tribunales de Familia Reglas en el artículo 45 inciso tercero. Con todo, ella es complementada con una regla muy fuerte prevista en el artículo 47 inciso primero, que establece que el juez admitirá la prueba pericial en la medida en que los informes otorguen suficientes garantías de seriedad y profesionalismo³⁰. Una norma similar a esta contemplaba el artículo 291 del proyecto del año 2009, la que fue eliminada sin una razón clara en el actual PCPC, decisión que en mi opinión debiera ser objeto de revisión en la tramitación legislativa.

Me parece posible afirmar que la exigencia de confiabilidad de la pericia como supuesto de su admisibilidad de esta prueba tampoco es desconocida en la legislación vigente. Así, el artículo 417 del CPC señala que los peritos, al aceptar su cargo, deben jurar desempeñarlo con “fidelidad”. Esa fidelidad no puede sino estar vinculada a exigencias profesionales y disciplinarias de rigurosidad técnica.

En consecuencia, un experto idóneo, que pretende declarar sobre una materia relevante para el caso y en donde existe necesidad de conoci-

³⁰ Se trata de una regla idéntica a la establecida en el artículo 316 del Código Procesal Penal.

miento experto, podría no ser admitido a juicio si es que el contenido de su declaración no es confiable o, en los términos de la legislación propuesta, no ha sido obtenida ateniéndose a los principios de la ciencia o disciplina a la cual pertenece o su labor no ha sido ejercida con fidelidad en los términos del actual CPC.

La idea central de la exigencia de confiabilidad de la opinión experta es que no todo lo que diga un perito, incluso dentro del área de su experticia y en cuestiones relevantes para el caso, puede ser admitido a juicio. Al sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida en que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece. Esta idea ha sido el núcleo central del desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos y Canadá en los últimos años. Así, se ha sostenido que la idea matriz detrás de la exigencia de confiabilidad se encuentra en que "...el sistema legal debiera aceptar como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso". (Gold, 2003: 25). Con ello, se quiere enfatizar que los jueces no debieran tomar en consideración para resolver los casos aquello que ni siquiera en la disciplina a la que pertenece el experto se consideraría como un conocimiento asentado o incluso válido.

Nuevamente nos encontramos en presencia de un requisito de admisibilidad que resulta bastante lógico. Si lo que justifica escuchar a un experto en juicio es que éste aportará conocimientos técnicos desconocidos para el juzgador, lo mínimo que debe exigirse es que dicho experto sea fiel a la ciencia o disciplina que profesa. En caso contrario, el sistema se abre a la posibilidad de admitir información de poca validez y calidad, pero que puede determinar de manera intensa el resultado del caso. Todo ello, aumentando las posibilidades de decidir erróneamente las cuestiones en controversia.

La constatación del alto impacto que produce la admisión a juicio de conocimiento experto poco confiable es lo que ha llevado a países como Australia, Canadá, Estados Unidos e Inglaterra a elevar de manera significativa los estándares de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial. Mi intención es mostrar en grandes líneas el estado del debate en estos países, especialmente Canadá y los Estados Unidos³¹, a objeto de ilustrar los alcances y el impacto que la aplicación de este requisito de admisibilidad podría tener en nuestro país si los jueces lo comienzan a exigir tal cual como lo propone el PCPC y la Ley sobre Tribunales de Familia. Antes de entrar en dicha exposición creo pertinente destacar que se trata del requisito más complejo de los analizados y en el que no creo sea posible hacer un traspaso automático de los desarrollos experimentados en estos países a la realidad nacional. Por lo mismo, la información que

³¹ TARUFFO ha señalado sobre este punto "Así pues, la experiencia estadounidense es una referencia indispensable cuando se trata de definir las condiciones de admisión de las pruebas científicas" (TARUFFO, 2008: 284).

entregaré tiene por objetivo nutrir un debate absolutamente indispensable en nuestro país que permita fijar criterios o estándares razonables para la aplicación del criterio de confiabilidad.

En los Estados Unidos³², hasta el año 1993 el criterio de confiabilidad estaba determinado por el caso *Frye* (del año 1923), el cual establecía el denominado “*test* de aceptación general”. Según este *test*, una prueba pericial podía ser admitida a juicio en la medida en que la técnica o teoría utilizada por el experto fuera de aceptación general en la comunidad a la que pertenecía. La formulación general de este *test* daba un espacio importante de discrecionalidad a los jueces para decidir qué y qué no admitir a juicio, incluso les permitía admitir peritajes en ciencias noveles, aun cuando todavía no fueran de general aceptación. Esta situación cambia de manera radical en 1993, año en el que se da inicio a una serie de decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (conocidas como la “trilogía”) que rediseñaron las exigencias de admisibilidad de la prueba pericial en dicho país. El caso *Daubert* constituye el punto de partida de la jurisprudencia actual³³. *Daubert* restringe de manera importante la admisibilidad de la prueba pericial poniendo énfasis en la necesidad de que junto con la relevancia de la misma ésta deba ser confiable. Para ello, esta decisión refuerza el rol de “portero” (*gatekeeper*) del juez del juicio para evitar el ingreso de evidencia experta que no satisfaga las exigencias de relevancia y confiabilidad. Así, se establece que el juez no sólo tiene el poder, sino que la obligación de constituirse en un filtro en este tipo de pruebas³⁴. Además, *Daubert* exige que la metodología utilizada en el peritaje sea correcta desde un punto de vista científico. En este segundo punto *Daubert* incrementa de manera significativa el *test Frye*. Para determinar la corrección de la metodología se elabora una lista de cuatro factores que el juez debe examinar. Desde ya es importante mencionar que estos cuatro criterios no son ni exclusivos ni excluyentes de otros potenciales, pero sí deben formar parte del análisis que realiza el juez. Estos son:

- La falsificabilidad de la teoría o posibilidad de que esta sea testeada.
- Que haya sido sometida a revisión de pares o publicada.
- Conocimiento de la tasa potencial de error y la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría.

³² Junto con los trabajos ya citados, recomiendo revisar como complemento de esta sección ERNESTO CHIESA, Tratado de Derecho Probatorio tomo I, Publicaciones JTS, Puerto Rico 1998, pp. 541 a 613 y Federal Judicial Center, Manual for Complex Litigation, Washington 2004, 798 páginas, especialmente capítulo 23, pp. 469 a 484.

³³ La identificación correcta del caso es *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993). El caso se refería a una acción de daños (*tort*) llevada en un proceso civil. El foco del caso estuvo en la determinación de estándares de confiabilidad de la prueba pericial de carácter científico.

³⁴ Así, se ha generado en los Estados Unidos la audiencia *Daubert*, destinada a que con anterioridad al juicio se pueda realizar un examen estricto de la admisibilidad del peritaje.

- Aceptación general de la metodología que subyace a la teoría en la comunidad científica.

Como se puede apreciar, el gran esfuerzo de *Daubert* en materia de pericias científicas es introducir los criterios de validación propios de las ciencias duras en el ámbito de la admisibilidad. Por esa vía se refuerza la idea que sólo es admisible para el sistema legal lo que la ciencia estaría dispuesta a validar. Esta decisión produjo un significativo impacto en el uso y admisibilidad de la prueba científica en los Estados Unidos³⁵.

Con posterioridad, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la jurisprudencia de *Daubert* a todo tipo de pericias. En primer término por medio del caso *General Electric Co. Versus Joiner*³⁶ del año 1997 que hizo aplicables los estándares desarrollados en *Daubert* a las revisiones de apelación. Finalmente, la Corte, en el caso *Kumho* de 1999³⁷, completa la trilogía por medio de hacer aplicables estos mismos estándares a todo tipo de peritajes. La Corte eso sí aclara que los diversos criterios de *Daubert* debían adecuarse a la lógica del tipo de experticia que fuere objeto de análisis. Además, se entrega al juez especificar el tipo de análisis concreto que debía hacerse a la pericia sobre la base de considerar las características especiales del caso en particular en cuestión, es decir, se le entrega un espacio mayor de discreción que tratándose de peritajes exclusivamente científicos. Esto mismo hace que el debate sobre admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial no esté ciento por ciento terminado y que todavía se puedan esperar nuevas decisiones de la Corte Suprema (BERGER, 2000: 38). Con todo, como he visto, los avances hasta el momento han cambiado la lógica sobre la cual se estructuraba el sistema, intentándose enfatizar el carácter más bien excepcional que debiera tener la admisión de las opiniones expertas a juicio.

El desarrollo jurisprudencial descrito tuvo un impacto legislativo en los Estados Unidos. Así, el año 2000 se realizó una reforma a la Regla Federal de Evidencia 702 que regula la procedencia de la prueba pericial en los procesos federales. El objetivo de esta modificación fue recoger los desarrollos experimentados en las decisiones de la Corte Suprema por medio de reconocer en forma expresa la necesidad que el testimonio experto

³⁵ Sobre este punto existe un muy interesante estudio empírico llevado adelante por el Rand Institute of Civil Justice en el cual se analiza el impacto de *Daubert* en los procesos civiles a nivel federal en los Estados Unidos. El estudio concluye que *Daubert* produjo un impacto muy significativo en elevar el estándar de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial y el rol de "portero" de los jueces (DIXON y GILL, 2001).

³⁶ La identificación completa del caso es *General Electric Co. V. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), también se trata de un caso llevado en un proceso civil.

³⁷ La identificación completa del caso es *Kumho Tire Co. V. Carmichel*, 526 U.S. 137 (1999). Al igual que en los casos anteriores, se trata de una jurisprudencia producida en el contexto de un proceso de carácter civil.

sea producto de la aplicación de principios y métodos confiables y que ellos hayan sido los adecuados a las circunstancias específicas del caso³⁸.

Canadá, por su parte, ha experimentado un desarrollo muy similar al descrito tanto en el fortalecimiento del rol de *gatekeeper* de los jueces como en el desarrollo de estándares de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial. Por lo mismo, no parece necesario repetir lo ya revisado. Sólo a modo de información se puede decir que la jurisprudencia canadiense tomó para sí los desarrollos de *Daubert* a través del caso *Mohan* de 1994³⁹ aun cuando no se lo citó de manera explícita. Con posterioridad, la Corte Suprema de dicho país ha sido mucho más explícita en una serie de decisiones, en donde se destaca la situación de la aplicación de estos criterios a los casos de evidencia experta en una ciencia novel⁴⁰.

El desarrollo jurisprudencial y legislativo experimentado por estos países da cuenta de niveles de sofisticación muy importantes para medir la admisibilidad por confiabilidad, que en el caso de las pericias científicas suponen expertos fuertemente insertados en comunidades vigorosas y altamente profesionalizadas (por ejemplo, a través de la exigencia de revisión de pares y publicaciones). Por lo mismo, como adelantaba, me parece riesgoso en países como Chile aplicar sin más estos criterios sin tener previamente algún diagnóstico acerca del funcionamiento y prácticas de nuestras distintas comunidades científicas que están en condiciones de aportar conocimiento experto en los juicios civiles. Con todo, el punto que me interesa destacar es que no es posible pensar que la prueba pericial pueda ser admitida sin ningún tipo de criterio de confiabilidad. Me parece que, al menos, debemos partir por exigir que los testimonios de peritos estén basados en teorías admitidas como confiables dentro de las respectivas disciplinas y que se utilicen, además, los procedimientos y metodologías adecuados para obtener los resultados en ese caso concreto. Menos que eso supone admitir la incorporación a juicio de información potencialmente muy riesgosa que expone al sistema a la posibilidad de cometer errores graves, como lo demuestra la experiencia comparada.

El criterio de admisibilidad de la prueba pericial, basado en la confiabilidad de la misma, aun cuando sea introducido en niveles relativamente básicos, podría cuestionar seriamente la introducción de diversos tipos de peritajes que son de común ocurrencia en el nuevo sistema procesal.

³⁸ La regla 702 podría traducirse de la siguiente forma: "Si conocimiento científico, técnico u otro especializado ayuda al juzgador a entender la evidencia o determinar un hecho en cuestión, un perito calificado por conocimiento, destrezas, experiencia, entrenamiento o educación puede declarar como experto si (1) el testimonio está suficientemente basado en hechos o información confiable, (2) el testimonio es producto de principios y métodos confiables, y (3) el experto ha ocupado principios y métodos adecuados a las circunstancias del caso".

³⁹ La identificación completa del caso es R. V. Mohan (1994) 2 S.C.R. 9.

⁴⁰ El caso paradigmático es R. V.J.-L.J. (2000) 2 S.C.R. 600.

Nuevamente, su exigencia podría corregir problemas tanto de uso racional de los recursos como de principios básicos sobre los que se estructura el sistema que se están presentando en el funcionamiento del nuevo sistema.

V. ¿QUÉ CONDICIONES SE REQUIEREN PARA TENER UN DEBATE EFECTIVO DE ADMISIBILIDAD?

Un primer problema de diseño legal que surge cuando se sostiene la necesidad de establecer controles de admisibilidad de la prueba tiene que ver con identificar si el proceso respectivo contempla una instancia en donde dicha función pueda ser cumplida. Existiendo la misma, surge el problema de identificar qué órgano jurisdiccional debiera hacerse cargo de dicho control. Este es, por ejemplo, un problema que surgió con la jurisprudencia en los Estados Unidos. Si bien la idea de control de admisibilidad de la prueba tiene larga data y tradición en los sistemas procesales de dicho país, no existía un mecanismo procedimental claro que permitiera plantear las objeciones a la admisibilidad de la prueba pericial. Es por eso que a partir de *Daubert* surgió como necesidad el desarrollo de una audiencia previa al juicio en donde se pudiera discutir la admisibilidad de la prueba pericial cuando ella era objetada por la contraparte. En este sistema, el mismo juez que conducirá el debate (y que eventualmente resolverá el caso si se juzga sin jurado) es quien lleva adelante la audiencia *Daubert*.

En el PCPC se trata de un tema resuelto con claridad, ya que una de las funciones centrales asignadas a la audiencia preliminar es precisamente que el tribunal se pronuncie sobre las pruebas que deberán rendirse en la audiencia de juicio (artículo 280 N° 8 del PCPC) y señale las pruebas que serán excluidas (artículo 280 N° 10 del PCPC).

Resueltos los puntos anteriores, la posibilidad que el momento institucional dedicado a analizar la admisibilidad de la prueba pericial sea un espacio efectivo de debate en el que se haga en la práctica un control riguroso sobre la procedencia de esta prueba requiere de una serie de condiciones adicionales. La experiencia en materia procesal penal y de tribunales de familia en nuestro país da cuenta que no basta con el cumplimiento de lo anterior para tener debates relevantes sobre la admisibilidad de la prueba pericial.

Estos elementos adicionales requeridos se encuentran en distintos niveles. Por ejemplo, a nivel de capacitación de los actores del sistema de justicia. Para que litigantes y jueces estén en condiciones de debatir en serio sobre estos temas sería indispensable que en su formación se considerara entregarles nociones o conocimientos básicos de las disciplinas que más comúnmente generan peritajes de manera de que estén familiarizados con las claves básicas disciplinares y sepan “donde ver” cuándo enfrenten este tipo de pericias. También sería indispensable contar con algunos textos

de referencia básicos en las disciplinas principales que permitieran guiar el trabajo de los actores del sistema⁴¹. En fin, podrían pensarse en otras acciones y políticas que podrían traducirse en un fortalecimiento de la capacidad de argumentar y debatir sobre la procedencia de la prueba pericial en las áreas que he identificado debiera focalizarse tal debate. Se trata de cuestiones que exceden los objetivos de este trabajo y, por lo mismo, no me puedo detener en ellas.

Con todo, hay una cuestión de diseño legal que debiera tener una importancia muy significativa que sí quiero relevar: el descubrimiento o acceso a la información sobre los peritajes que se intentan presentar como prueba. En efecto, para poder desarrollar un debate sustantivo acerca de la admisibilidad de la prueba pericial se debe contar anticipadamente con información acerca de ese peritaje para examinar si éste cumple o no con los requisitos de admisibilidad que la ley establece. Esto obliga a que los sistemas legales se hagan cargo de tres cuestiones que son claves para permitir este acceso a la información: la forma en que se produce, el momento y el contenido mínimo de información que se debe entregar.

En relación con la forma, me parece que una de las ventajas de la prueba pericial respecto de otros medios de prueba es que existe claridad en los sistemas procesales por audiencia que no obstante la prueba a valorar en juicio es la declaración del perito, para su admisibilidad siempre es exigido un informe o dictamen pericial por escrito. El rol del informe escrito en sistemas probatorios en donde rige la inmediación es precisamente cumplir una función de permitir o favorecer el descubrimiento o acceso a la información que permita al litigante no sólo preparar el debate de admisibilidad, sino también la potencial confrontación en juicio de la misma prueba. Esta idea se recoge claramente en el PCPC que exige esto de manera explícita en el artículo 326 al señalar que *“Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito...”*.

No obstante lo anterior, me parece que el PCPC tiene un serio problema en relación con el momento en que debe haber acceso al informe. Lo lógico es que el informe pericial debiera al menos estar puesto a disposición de la contraparte con un tiempo razonable previo al debate de admisión en la audiencia preliminar. En esta dirección el artículo 326 del PCPC contiene una regla muy problemática, ya que señala que el informe debe ponerse en conocimiento de la parte contraria a lo menos cinco días antes de la audiencia de juicio o de aquella otra en que hubiere de prestar declara-

⁴¹ En el caso de los Estados Unidos este es el rol que cumple el Reference Manual on Scientific Evidence preparado por el Federal Judicial Center y que ha sido citado ya en este trabajo. Esta segunda edición del año 2000 que he citado puede encontrarse en formato PDF en la web en el siguiente link: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf) (última visita el 10 de enero de 2012). Existe una reciente publicación de la tercera edición del manual en el año 2011 por el National Research Council y el Federal Judicial Center.

ción. De acuerdo con esta regla, lo normal será que no se dispondrá del informe para la audiencia preliminar, lo que incluso dificultará realizar el examen de admisibilidad de pertinencia de la misma. Lo curioso de esto es que el PCPC establece la obligación del demandante (artículos 254 y 255) de acompañar junto con la demanda toda la prueba documental y de identificar a los peritos y señalar con claridad y precisión los hechos sobre los que recaerán sus declaraciones. Algo similar se regula tratándose de la contestación de la demanda (artículo 273). Por lo mismo no se entiende porqué tratándose de la prueba pericial, que normalmente requiere de más tiempo de preparación, se establezca una regla general más débil respecto al momento del descubrimiento. Razonablemente uno debiera esperar que en un sistema de peritos de confianza quien demande ya cuente con esa información y no espere el inicio del procedimiento para elaborar peritajes que sustenten su demanda. Claramente estamos en presencia de un área en donde el PCPC requiere de perfeccionamiento en la tramitación legislativa.

Respecto de los contenidos, me parece que el PCPC contempla, a propósito de la regulación del informe escrito en el artículo 326, una enumeración de aspectos que constituyen el núcleo duro del descubrimiento. El problema más bien creo puede derivarse del alcance restrictivo o formal que de dichas reglas pudiera hacerse en la práctica. Estas reglas debieran asegurar que las opiniones de los peritos, pero especialmente las bases o fundamentos de las mismas, debieran quedar claramente explicadas en el informe escrito. Junto con lo anterior, el informe debiera incorporar información sobre las calificaciones del experto o perito, dentro de las cuales parecen interesantes incluir las que las Reglas Federales de Proceso Civil de los Estados Unidos sugieren en su regla 26 a) 2.B, esto es: la lista de sus publicaciones en los últimos 10 años, la lista de todos los casos en que ha participado como experto en los últimos cuatro años, y una declaración sobre la compensación recibida en el caso por su trabajo⁴². Se trata de antecedentes que debieran ser muy simples de consignar para el experto (al fin del día se trata de información básica sobre su trabajo), pero que tendrían un alto impacto en controlar la procedencia de la prueba pericial en sede de admisibilidad y, en el evento que sea aceptada a juicio, para su posterior confrontación en el debate.

VI. OBSERVACIONES FINALES

La idea de instalar un nuevo proceso civil organizado sobre la base de audiencias orales, públicas y contradictorias, representa un avance muy

⁴² Esta regla puede ser revisada en la siguiente página web: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (última visita 10 de enero de 2012).

significativo en la modernización de nuestro sistema judicial. Con todo, supone un cambio de paradigma muy radical que obliga a examinar con mucho cuidado la concepción y regulación legal tradicional sobre varios temas que no han sido objeto de reflexión intensa en nuestro país. Dentro de ellos, la regulación de los temas probatorios presenta una de las áreas en donde este cambio de paradigma debiera producir transformaciones más significativas. De no producirse éstas se corre el serio riesgo que el sistema sólo se transforme de manera cosmética, es decir, manifestándose superficialmente como un sistema de audiencias, pero manteniendo una fuerte lógica del sistema anterior.

En este trabajo he intentado mostrar como ese cambio debiera afectar la lógica detrás de una de las pruebas: la prueba pericial. Mi enfoque ha sido sólo en un tema posible como lo es la admisibilidad de la misma. Creo que este tema refleja con mucha intensidad la necesidad de transformar de manera significativa la actual concepción y prácticas en materia de prueba pericial. He tenido oportunidad de señalar que esta prueba requiere de exigencias más altas y diversas de admisibilidad que el resto de la prueba debido a la naturaleza específica de la misma y, sobre todo, al contexto y problemas que este tipo de pruebas pueden generar para el funcionamiento de un sistema procesal civil moderno. Ello también supone contemplar un diseño legal que permita que se generen espacios efectivos de discusión de admisibilidad en el nuevo proceso civil.

Como he sostenido, mi impresión es que la regulación legal propuesta en el PCPC contiene, sin perjuicio de la necesidad de algunos perfeccionamientos, las reglas básicas que permiten instalar una práctica adecuada en nuestro país para hacer más exigente la admisibilidad de este tipo de pruebas y de esta manera satisfacer los objetivos y resguardarse de los riesgos que existen en su uso. Con todo, como he señalado a lo largo del trabajo, no creo que el problema central en nuestro país se dé a nivel de regulación normativa. La vigencia de otros sistemas procesales novedosos, como por ejemplo los Tribunales de Familia y el nuevo proceso penal, dan cuenta que aun con normas muy similares la instalación de una práctica sólida orientada en los actores del sistema que les permita comportarse de acuerdo con lo exigido por la nueva lógica es una tarea en extremo compleja y difícil.

Creo que en una medida importante esto se debe a la falta de reflexión que ha existido en nuestra comunidad jurídica sobre el tema planteado en este trabajo y, por tanto, en la inexistencia de un marco conceptual de referencia que les permita a los distintos actores desarrollar una práctica consistente con los objetivos perseguidos por las nuevas legislaciones. En este contexto, el esfuerzo de este trabajo ha sido aportar con un nuevo marco de interpretación de las reglas propuestas en el PCPC, pero que también debiera ayudar a leer reglas similares en estas otras normas procesales vigentes en nuestro país, incluyendo al actual CPC.

LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PCPC

IVÁN HUNTER AMPUERO
*Profesor de Derecho Procesal,
Universidad Austral de Chile*

INTRODUCCIÓN

No es novedad afirmar que en el último tiempo los estudios del Derecho Procesal se han concentrado mayoritariamente en el ámbito de la prueba judicial. Es cierto que en esa materia giran algunas piezas claves de la jurisdicción y del proceso civil, pero no es menos cierto que toda controversia tiene un componente jurídico que puede resultar particularmente complejo de resolver desde la óptica procesal. En el Derecho Comparado las temáticas relativas a la aplicación del derecho por parte de los jueces han sido desarrolladas tanto por los filósofos del Derecho como por la Doctrina Procesal. Por lo general, se trata de discusiones que han girado en torno a los elementos que conforman el objeto del proceso y en especial a la causa de pedir¹, aunque su

¹ Vid., en la doctrina, y con un carácter no exhaustivo: ROMERO, ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 72 y del mismo autor, *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 21. Para el Derecho Comparado: GARNICA, JUAN, “El principio *iura novit curia* y la determinación del objeto del proceso en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La Ley*, tomo I, 1999, p. 1713; TAPIA, ISABEL, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Editorial La Ley, Madrid, 2000, p. 23; BERZOSA, VICTORIA, *Demanda, “Causa Petendi” y objeto del proceso*. Ediciones El Almendro. Córdoba, 1984, p. 46; MILLÁN, CARLOS, *La incongruencia civil*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 55; MORENO, DAMIÁN, *et al.*, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. GUTIÉRREZ, VICENTE (coord.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1429; DE LA OLIVA, ANDRÉS, “Sobre la congruencia de la sentencia civil” en *Revista Jurídica Española La Ley*. N° 2, p. 897, y; NORMAND, JACQUES, “I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XLIII, 1998, p. 724.

enfoque en el último tiempo ha estado ligado al respeto de los derechos fundamentales².

La consagración e internalización en las últimas décadas de las garantías y derechos constitucionales han sido un estímulo notable para las incursiones de la doctrina, que han abierto un significativo debate respecto de la libertad de los jueces para aplicar las normas jurídicas que estimen correctas a la relación jurídico-material. Se produce con esto un cambio en el tratamiento que frecuentemente orientaba el estudio de los poderes de los jueces en general, y a los de la aplicación del Derecho en particular. Las garantías de los justiciables se colocan en primera línea cuando se trata de investigar los alcances del poder estatal en el proceso civil, y sirven de límite a las actuaciones que legislativamente pueden consagrarse al juez.

Es frecuente encontrar casos en que la pretensión de un sujeto no encuentra acogida bajo los argumentos jurídicos alegados por el actor, pero sí en otros muy diferentes, y que no han sido objeto del debate y discusión. Bajo este contexto surge la duda: ¿Es libre el juez para acoger una demanda bajo una calificación jurídica diversa a la propuesta por el actor y que no ha sido objeto de discusión? Aceptada positivamente esta interrogante, surge una nueva ¿esta desvinculación a los elementos jurídicos del debate impone exigencias motivacionales adicionales a la decisión judicial y cuáles son?

Se trata de dos preguntas que en nuestro Derecho, y en el marco de la discusión del Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante PCPC), han pasado prácticamente inadvertidas, pero que pueden tener repercusiones importantes desde el punto de vista práctico. Las situaciones en que las controversias son resueltas únicamente sosteniendo el panorama jurídico

² HUNTER, IVÁN, "El principio dispositivo y los poderes del juez", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXV, 2º sem., p. 176; EZQUIAGA, FRANCISCO, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000, p. 57; GENTILE, AURELIO, "Contraddittorio e giusta decisione nel proceso civile" en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. LXIII, N° 2, 2009, p. 752; ORMAZABAL, GUILLERMO, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 105 y ss; NORMAND, "I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse", *op. cit.*, p. 740; TROCKER, NICOLÒ, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè Editore, Milán, 1974, pp. 645 y 682; TARZIA, GIUSEPPE, "Poteri delle parti e poteri del giudice" en *Problemi del processo civile di cognizione*, Cedam, Padova, 1989, p. 318; FERRI, CORRADO, "Sull' effettività del contraddittorio" en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. XLII, 1989, p. 793; CHIARLONI, SERGIO "Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie" en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. XLI, N° 1, 1987, pp. 583 y ss; ANDOLINA, ITALO, y VIGNERA, GIUSEPPE, *I fondamento costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Giappicchelli Editore, Torino, 1997, p. 174; VERDE, GIOVANNI, *Profili del processo civile. Parte generale*, 2ª edición, Jovene Editore, Nápoles, 1988, p. 97; COMOGLIO, LUIGI, "Giurisdizione e proceso nel quadro delle garanzie costituzionali" en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, XLVIII, N° 4, 1994, p. 1085, y; CABRAL, ANTONIO, "Il principio del contraddittorio como diritto d' influenza e dovere di dibattito" en *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. LX, N° 2, 2005, pp. 450 y ss.

propuesto en la demanda son más bien escasas. En la generalidad de los pleitos nuestros jueces *complementan* las argumentaciones jurídicas que el actor alega en la demanda; en otros, las *corrigen* cuando existen imperfecciones o imprecisiones; y más aún, también se *apartan* de ellas cuando el estatuto jurídico alegado por el actor no permite conceder el efecto pedido³. En esta última situación los jueces se han visto en la necesidad de incorporar en sus resoluciones judiciales justificaciones relacionadas con su rol en el proceso civil, y cómo éste influye en la distribución de tareas y en sus poderes en el ámbito de la aplicación de las normas jurídicas⁴. No haré aquí un juicio crítico acerca de si esa justificación corresponde hacerla a los jueces, o se trata de una decisión de política procesal que debe discernir nuestro legislador. Me concentraré en otros aspectos que espero sean más relevantes, al menos desde la perspectiva procesal.

Estas dos interrogantes intentaré abordar en estas líneas, para lo cual (I) comenzaré con la tensión que genera este problema en la relación entre justicia material y justicia procedimental; (II) luego intentaré justificar con razones una regla que permita al juez apartarse de la calificación jurídica propuesta por el actor; (III) finalizaré dando cuenta de la necesidad de establecer una motivación reforzada cuando el juez modifica la calificación jurídica y propondré un modelo para tal efecto.

I. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: LA TENSIÓN ENTRE *JUSTICIA PROCEDIMENTAL* Y *JUSTICIA DE LA DECISIÓN*

La tensión entre la justicia procesal y la decisión sustantivamente justa va de la mano con las disputas acerca de la naturaleza y función de la jurisdicción⁵. Una decisión que sea procesalmente justa no tiene porqué ser injusta en su contenido, pero es claro que la sola corrección del procedimiento no asegura la justicia sustantiva de la decisión y la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Las doctrinas que colocan énfasis en la justicia del procedimiento se ajustan a las concepciones pragmáticas de la jurisdicción, donde ésta asume como principal función la de *resolver conflictos jurídicamente relevantes*. De este modo la justicia sustantiva de la decisión no es relevante para que el proceso cumpla su función; la decisión ilegal como aquella que se asienta en bases fácticas no reales son eficaces y cumplen con la misión a que se destina el proceso⁶ en la medida en que resuelven

³ Vid., HUNTER, IVÁN, "Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena" en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXIII, N° 2, 2010, pp. 202 y ss.

⁴ *Ibid.*, pp. 210 y ss.

⁵ TARUFFO, MICHELE, *Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 23.

⁶ *Ibid.*, p. 24.

con fuerza de cosa juzgada una determinada controversia, alcanzando la paz social⁷. Lo realmente importante en una concepción como ésta es el respeto a las reglas del juego que deberían asegurar, al menos en teoría, una justicia de la decisión.

Esta teoría se encuentra muy cercana a las concepciones sociológicas de la jurisdicción y postulan como eje central de esta función la resolución coactiva de los conflictos de intereses entre los particulares o entre éstos y el Estado⁸. No obstante, a diferencia de las concepciones sociológicas, estas tesis son complementadas con la necesaria vinculación que debe tener el juez a la legalidad, pero sin añadir otro elemento relevante⁹. Así, hay quienes entienden que el fin del proceso es la recomposición del orden jurídico. Monteleone expresa que el proceso tiene un único fin, que debe encontrarse en sí mismo; a través del proceso no se busca otra cosa que la *recomposición del orden y de la certeza del Derecho*. Proceso y derecho pasan a ser realidades que no se confunden y que se identifican perfectamente; en el momento de la incerteza y del contraste de intereses el ordenamiento jurídico se manifiesta y se concreta únicamente en el proceso y el juicio jurisdiccional. De esta manera, la jurisdicción es concebida como la forma en que se determina la posición jurídica subjetiva objeto de la controversia, la cual una vez que ha devenido en inmutable mediante la autoridad de la cosa juzgada, representa definitivamente

⁷ Vid., por todos: COLOMER, IGNACIO, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo” en *Revista de Derecho Procesal*, N°s 1-3, 2001, p. 130; MORENO, VÍCTOR, y CORTÉS, VALENTÍN, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 46. Con todo, MORENO CATENA indica expresamente que “la principal función de la jurisdicción es la resolución de los litigios que surgen en el seno de la sociedad, logrando en definitiva, de modo inducido, la pacificación de las relaciones sociales”. MORENO, VÍCTOR, “La justicia en acción” en *Justicia: Poder y Servicio Público*, CGPJ, 2006, p. 296.

⁸ Vid., ACOSTA, J., *Los derechos básicos de los justiciables*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 30. Explica este autor que resulta imposible hacer una estimación sobre el posible valor jurídico de esta tesis, además de provocar un empobrecimiento de los elementos jurídicos propio de la controversia de derechos. RAMOS, FRANCISCO, *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, p. 122, resalta la evidente inspiración sociológica de estas teorías. Explica RAMOS que la tesis que aspira a que la jurisdicción se reduzca en la pura resolución de conflictos es una actualización de las teorías que la justificaban en la tutela de los derechos subjetivos, donde la jurisdicción no se plantea como un problema frente al derecho objetivo y subjetivo sino ante la controversia. De esta forma, cada vez que resuelve una controversia actúa el derecho objetivo, y solo contingente y secundariamente se tutela un derecho subjetivo.

Hay autores que ponen el centro de atención de la potestad jurisdiccional en la existencia de un *conflicto intersubjetivo*, aun cuando no parecen declararse partidarios de esta concepción. Vid., ALMAGRO, JOSÉ, *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, Tomo I (con Moreno, Gimeno y Cortés), Tirant lo Blanch, 1992, Valencia, pp. 71 y 72.

⁹ ORTELLS parece decantarse hacia una tesis que entiende que la jurisdicción civil tiene por finalidad la *actuación del orden objetivo*, puesto que solo a través de su cumplimiento es posible tutelar los derechos subjetivos y los intereses previstos en la norma jurídica. Con todo, también parece aceptar que la jurisdicción se centre en la resolución de conflictos, siempre que la solución a esa controversia se haga conforme a las normas jurídicas. Cfr., ORTELLS, MANUEL, *Derecho Procesal. Introducción*. Edisofer, Madrid, 2006, pp. 32 a 34, y especialmente, p. 160.

el orden y la certeza en las relaciones intersubjetivas¹⁰. El acierto de la decisión y la capacidad de representar fielmente el orden jurídico legislativamente establecido es independiente de la función del proceso civil.

Esta concepción permitió a un sector doctrinal negar la posibilidad de que el juez tuviese los instrumentos procesales para evitar que por un error en la calificación jurídica o por defectos en la invocación de la fundamentación jurídica se desechen pretensiones que, bajo diversos fundamentos, encuentran plena acogida en el ordenamiento¹¹. Estos instrumentos son propios de los procedimientos en que la disputa recae sobre bienes jurídicos indisponibles o donde se encuentra comprometido el interés público o general. Es el caso, por ejemplo, del proceso penal o constitucional en que se generan reglas destinadas a facilitar la tarea del juez. Por el contrario, cuando la disputa versa sobre bienes esencialmente disponibles la decisión es adoptada en relación con lo que las partes, desde sus parciales perspectivas, indican al juez, no siendo necesario buscar ni la norma ni la institución adecuada para los fines de la justicia¹². Esto ya lo advertía DAMASKA¹³ cuando indicaba que mientras más apoyo encuentre el tribunal en las razones jurídicas sustentadas por las partes para definir la cuestión controvertida, ese proceso se acercará en mayor grado a un ideal de resolución de conflictos. El juez decide dentro de los límites jurídicos estipulados por las partes, importando exclusivamente la resolución de controversias¹⁴.

Muy cercana a esta idea está la noción de que el proceso civil y la jurisdicción son una especie de servicio público, que está a disposición de los ciudadanos para la resolución de sus disputas. Las críticas a esta postura no se han hecho esperar¹⁵; es cierto que la jurisdicción se vincula

¹⁰ Cfr. MONTELEONE, GIROLAMO, *Diritto Processuale Civile*, 3ª edición, Cedam, Pavoda, 2002, pp. 20 y 21.

¹¹ Vid., DAMIÁN, JUAN, "La fase de alegaciones", en *Hacia una nueva justicia civil*, Fundación El Monte, Sevilla, 1998, p. 67.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr., DAMASKA, MIRJAN, *Las caras de la justicia y del poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 197 a 200.

¹⁴ En cierta forma este modelo es propio de los sistemas del *common law* en que "la función principal del juez, incluso en los contenciosos diferentes de los de derecho privado clásico, es resolver litigios concretos entre particulares. Las funciones de decir el derecho, de interpretarlo de manera coherente o de regular la sociedad acudiendo a normas generales, no son más que incidentes". GARAPON, A., y PAPADOPOULOS, I., *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p. 228.

¹⁵ Vid., ÁLVAREZ, ISIDORO, *La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p. 28, y BORDALÍ, ANDRÉS, "Los poderes del juez civil" en *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (PALOMO y DE LA OLIVA, Coords.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 192. Este último explica con suma certeza que una concepción que mire a la jurisdicción como la pura resolución de conflictos no es viable ni en el derecho chileno ni en el plano más general. En el derecho chileno, el conflicto no es presupuesto del ejercicio jurisdiccional dado que el ciudadano puede verse compelido a recurrir a un tribunal aun sin existir *litis*. Es del caso del divorcio de común acuerdo, donde los cónyuges deben recurrir al tribunal de familia para constatar los requisitos previstos por el legislador, a pesar de que ese efecto lo pueden producir sin recurrir a un proceso. En el plano más general,

esencialmente a la *res pública*, pero nadie podría afirmar que se trata de un servicio destinado a la satisfacción de los intereses generales cuyo establecimiento puede ser discernido conforme a criterios de oportunidad y eficiencia, propios de la creación de un servicio público¹⁶. La jurisdicción es la contracara del derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todos los ciudadanos, y que ha justificado de manera inexpugnable y durante siglos la proscripción de la autotutela. Los ciudadanos tienen un derecho de recurrir ante los tribunales de justicia, para lo cual el Estado está en el imperativo de organizar el poder jurisdiccional, y actuarlo por medio del proceso.

A la concepción *supra* anotada se impone otra que ha sido propugnada esencialmente por Taruffo y Ferrajoli, que entiende que el proceso es un mecanismo de *tutela y garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos* mediante la actuación del orden jurídico¹⁷, esto es, se trata de un mecanismo destinado a hacer justicia. El Estado no saca nada con reconocer al ciudadano la titularidad de un derecho, sino lo garantiza jurisdiccionalmente. La protección de un derecho adquiere la misma relevancia que su reconocimiento, con lo que resulta esencial que el proceso civil deba orientarse a obtener decisiones sustantivamente justas; esta sería la única forma de tutelar efectivamente los derechos de los ciudadanos¹⁸. En esta perspectiva el punto central es la correlación indisoluble entre el reconocimiento de un derecho o un interés jurídicamente protegido y la posibilidad de su tutela en el proceso a través de una adecuada gama de medios de actuación o de realización jurisdiccional¹⁹.

el conflicto es a lo más el presupuesto para que se puedan realizar los fines jurisdiccionales; la jurisdicción es una potestad constitucionalmente consagrada para protección de los derechos fundamentales. En similar sentido: GÓMEZ COLOMER, JUAN, "Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del derecho jurisdiccional" en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 256, para quien la jurisdicción no supone la existencia de un conflicto, el que no resulta determinante para la actuación del derecho objetivo y la satisfacción de pretensiones y resistencias.

¹⁶ Cierta parte de la doctrina ha reconocido la inexactitud de entender que la jurisdicción es un servicio público, pero han relacionado esa calificación con la estrecha relación que debe existir entre la justicia en tanto poder del Estado con los ciudadanos. Se trata de superar la visión ritual de la justicia para acercarla a una que tenga por finalidad la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos. Así, la jurisdicción no sería un servicio público propiamente tal, no obstante debería impregnarse de algunos de sus atributos de actuación: eficacia, celeridad, cortesía, amabilidad, etc. Vid., MARTÍNEZ, JAVIER, "Organización judicial y servicio público de la justicia", en *Poder judicial y servicio público*, CGPJ, 2006, pp. 129 y 130.

¹⁷ Dotar al concepto de jurisdicción de la idea de "justicia" no puede considerarse neutral desde la perspectiva de los fines que se le proponen. Por eso cuando la doctrina le asigna a la jurisdicción la tarea de hacer justicia ante los conflictos de los particulares, está negando que se agote, únicamente, en su pura resolución, y al mismo tiempo, está llenando de exigencias de contenido a la decisión judicial. Cfr., ACOSTA, *Los derechos básicos de los justiciables...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸ TARUFFO, *Páginas sobre la justicia civil*, *op. cit.*, p. 22, y COMOGLIO, LUIGI, "I modelli di garanzia costituzionale del proceso" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLV, N° 3, 1991, p. 675.

¹⁹ COMOGLIO, "I modelli di garanzia costituzionale del proceso...", *op. cit.*, p. 675.

Ahora bien, es efectivo que esta postura también busca lograr la paz social, sin embargo, entiende que la única forma de hacerlo es mediante una decisión jurisdiccional necesariamente justa, puesto que solo así es posible resolver eficazmente los conflictos²⁰. La calidad de la decisión es tan o más relevante que la decisión misma.

Esta última tesis no invoca razones de absoluta necesidad en orden a justificar el poder del juez para buscar la norma aplicable al caso apartándose del esquema jurídico propuesto por los litigantes²¹, pero su finalidad parece no admitir discusión en tal sentido. La posibilidad de desmarcarse de los fundamentos jurídicos de la pretensión, y acogerla en base a uno diverso presta mayor eficacia al reconocimiento de los derechos ejercitados en el proceso²².

Recogiendo esta última concepción como finalidad del proceso civil, hay dos cuestiones que resultan esenciales para justificar un poder amplio de los jueces para utilizar los materiales normativos: en primer lugar que la actividad jurisdiccional es eminentemente pública, desarrollada por los órganos del Estado radicados en el Poder Judicial. Por eso es evidente que tienda a satisfacer fines públicos propios de un Estado Democrático de Derecho. En segundo lugar, la jurisdicción es una garantía secundaria²³ que busca proteger o restablecer la legalidad frente a actos que vulneran los derechos de los ciudadanos. En este sentido, resulta antitético postular que la jurisdicción y el proceso civil tienen por finalidad otorgar protección a los derechos de los ciudadanos frente a actos que vulneran la ley y, al mismo tiempo, entender que esa protección se brinda en la medida en que los ciudadanos acierten con la invocación del Derecho.

Así entonces si se asume que el proceso civil es un instrumento de protección y tutela de los derechos de los ciudadanos podrá comprenderse que no es posible dejar entregada completamente a las partes la tarea de escoger, alegar e invocar de modo correcto el Derecho del caso concreto. La tutela efectiva de un derecho –en la medida en que se pruebe su existencia y vulneración– no puede ser descargada exclusivamente

²⁰ Vid., MONTORO, ALBERTO, *Conflicto social, derecho y proceso*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1993, p. 17. Hoy en día es prácticamente imposible concebir una sociedad sin mecanismos de pacificación capaces de resolver y extirpar conflictos, por lo que parece evidente que la jurisdicción produzca como resultado objetivo la composición de las tensiones y enfrentamientos sociales. Sin embargo, ello no puede trasuntar en adjudicar exclusivamente a la jurisdicción la tarea de resolverlos, puesto que no se diferenciaría de otras actividades privadas que tienen idéntico resultado objetivo, como el arbitraje o la mediación.

²¹ Esta afirmación es sin perjuicio de lo que indica DAMASKA en el sentido que la aplicación de la máxima *da mihi factum, dabo tibi ius* (denme los hechos y yo, el juez, les daré el derecho) parece más cercana a un proceso destinado a implementar políticas estatales, cuestión que permite justificar que el tribunal pueda sentenciar un caso conforme a una teoría jurídica no planteada por las partes. Cfr., DAMASKA, *Las caras de la justicia y del poder del Estado...*, *op. cit.*, p. 201.

²² Cfr. ORMAZÁBAL, GUILLERMO, *Iura novit curia ...*, *op. cit.*, p. 119.

²³ FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 637 y ss.

en los litigantes, en la medida en que otorgar protección de un derecho e interés es una finalidad que asume el Estado como garantía para los ciudadanos. Esto significa que el juez deberá cumplir un rol relevante en la calificación jurídica de la pretensión, así como también suplir o complementar los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes. Si la obtención de la tutela de un derecho subjetivo e interés depende, en gran parte, de los materiales jurídicos que se empleen para derivar la petición concreta, resulta sensato que el Estado asuma un papel importante cuando las partes han fracasado en esa tarea.

Una tesis contraria a la expuesta haría depender la efectividad de la tutela jurisdiccional a la experticia de la parte (o más específicamente de su abogado), y no en la actuación del Derecho. Por ende, constatados los supuestos fácticos de una norma jurídica que autoriza los efectos pretendidos por el actor, corresponderá al juez aplicarla con plena autonomía a si esa norma fue invocada como fundamento de la demanda, o si la fundamentación jurídica permite sustentar la calificación jurídica propuesta.

El proceso es la forma en que se lleva a cabo la actividad jurisdiccional, por eso resulta al menos evidente que deba recoger aquellas reglas o técnicas que permitan alcanzar sus fines. Es cierto que la finalidad no se alcanzará automáticamente por la sola perfección de las herramientas procesales. Tampoco se puede negar la conveniencia de preferir la opción de dotar al juez de las herramientas que le permitan, al menos en teoría, alcanzar la finalidad última, que es la tutela de derechos e intereses a quienes realmente el ordenamiento se los reconoce, y no a los que tienen la habilidad de citar correctamente las normas en juicio. Las razones para aceptar esta tesis son aun más poderosas si partimos del dato inexpugnable de que la jurisdicción existe para evitar que los ciudadanos recurran a la fuerza para solucionar sus controversias. La justa composición de la *litis* no puede quedar sujeta a la habilidad del litigante y su abogado para acertar con la correcta aplicación de las normas jurídicas. Ello implicaría sustituir absolutamente la noción de fuerza, propia de la autotutela, por la de habilidad, con todas las consecuencias que le siguen.

Frente a este escenario es claro que tanto en el sistema procesal civil actual como en el que se proyecta con la reforma, nuestros jueces se enfrentan a la disyuntiva de acoger una demanda en base a fundamentos jurídicos diversos a los propuestos por el actor y sobre los que no se desarrolló el debate, o rechazar esa pretensión por estar mal invocados los materiales jurídicos.

En el primer caso, es decir, una elección por la justicia procedimental obliga a rechazar la pretensión por estar jurídicamente mal fundada; el juez no puede salirse de los términos del debate y resolver la controversia con total prescindencia a la discusión o argumentos planteados por las partes, pues podría infringir el derecho de defensa en su vertiente de la contradicción. El derecho del ciudadano de participar en contradicción en la formación del contenido material de la sentencia sería vulnerado

al permitir que el juez justifique su decisión en elementos normativos ignorados por las partes. Una decisión denegatoria sería *justa* desde el punto de vista *procedimental*, al ajustarse a las garantías procesales de los justiciables.

No obstante, cuando el juez constata la existencia y lesión de un derecho e interés, una decisión que no le otorgue tutela por no estar jurídicamente bien fundada la pretensión, no parece ser justa desde su contenido, aun cuando pueda ajustarse al procedimiento. Se trata de una decisión sustancialmente injusta. Tampoco de ajustarse a una tutela judicial efectiva y a los fines del proceso civil negar la protección jurisdiccional de un derecho o interés por no haber sido correctamente invocada la norma o institución de la cual se deriva la petición del ciudadano, aun cuando el juez constate su existencia y lesión. Por otro lado, desechar una pretensión cuando el ingrediente jurídico ha sido mal invocado no es una solución eficiente desde la utilización racional del proceso. El Estado sufre un desgaste económico importante cuando el proceso finaliza con una sentencia absolutoria que se funda únicamente en la impericia de un ciudadano –exactamente de su abogado– al momento de seleccionar el marco normativo adecuado a su relación jurídica.

En este sentido entiendo que una forma de hacer efectivo el mandato del Art. 1 del PCPC es precisamente disponiendo de alguna regla que permita someter a la discusión de las partes la situación jurídicamente novedosa con que el juez pretende resolver la controversia; de esa forma se logra el equilibrio entre la protección de los derechos e intereses legítimos de la persona y respeto al debido proceso en su vertiente del derecho de defensa.

II. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JURISDICCIONAL A TRAVÉS DE LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

En otra parte he intentado justificar por qué a la luz de la jurisprudencia nacional y de las finalidades que pueden adjudicarse al proceso civil es necesario contar con alguna regla que permita el juez someter al escrutinio de los litigantes su decisión de la controversia cuando pretende desvincularse de los fundamentos jurídicos sostenidos por éstas²⁴. Ahora quisiera dar una razón más general y que puede servir de guía justificativa al legislador para instalar alguna regla procedimental que permita someter a la contradicción de las partes la calificación jurídica innovadora que pretende introducir el juez para resolver la controversia.

²⁴ HUNTER, IVÁN, “La aplicación judicial del Derecho en el Proyecto de Código Procesal Civil” en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV, N° 1, 2012, pp. 14 a 21 (en prensa).

La proposición de fines a la jurisdicción y el proceso son ciertamente importantes para la justificación de las reglas procesales que tiendan a la satisfacción de esos fines. Un proceso orientado a la adopción de decisiones justas que sean capaces de tutelar los derechos a los ciudadanos tenderá a crear las instancias para corregir la imperfecta invocación o alegación del Derecho. Sin embargo, si se trata de justificar la posibilidad del juez para decidir conforme a la norma correctamente aplicable creo que se puede recurrir a la idea de la *legitimación de la actividad jurisdiccional*. La aceptación social y política de la actividad que desarrollan los tribunales de justicia está ligada a la aceptación de sus decisiones. Como lo explica muy bien la doctrina “la legitimación democrática de quienes ejercitan la potestad jurisdiccional se ha querido encontrar, no ya en la fuente que posibilita su acceso al cargo (como acontece en los demás poderes públicos), sino en las exigencias que la sociedad demanda de sus jueces, en la calidad de la respuesta que la ciudadanía espera de ellos cuando se les somete el enjuiciamiento de un determinado conflicto”²⁵. En otras palabras, la jurisdicción no goza de una legitimación de origen, pero sí puede *legitimarse en su ejercicio*²⁶.

En este sentido, en un Estado Constitucional de Derecho, el Poder Judicial debe alcanzar su legitimación social, política y democrática no solo aplicando la ley en toda su extensión (creadora de normas y/o interpretativa de los textos) para la determinación del interés prevaleciente, sino además proporcionando decisiones materialmente justas. En eso debería consistir, precisamente, la esencia de la jurisdicción. En la medida en que los jueces y tribunales resuelven los casos sometidos a su decisión propendiendo a la tutela de los derechos e intereses de los sujetos que justifican ser sus titulares, es posible afirmar que sus decisiones son legítimas. De esto depende la *auctoritas* judicial, y por ende, la confianza que puedan depositar los ciudadanos en la institución jurisdiccional²⁷.

De esta forma, no basta con cualquiera decisión para justificar el ejercicio del poder jurisdiccional y la función del proceso civil; es indispensable que esa adjudicación se base en una atendible reconstrucción de los hechos, justificada epistémicamente con los medios de prueba disponibles, y que haga una correcta aplicación de los materiales jurídicos, aunque ellos no hayan sido alegados o su alegación ha sido incorrecta.

²⁵ GARBERÍ, JOSÉ, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 2009, p. 50.

²⁶ Vid., LÓPEZ, LUIS, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 23.

²⁷ Explica TOHARÍA que los ciudadanos esperan que la justicia no sea nada más que una “buena justicia”, cuestión que se logra, en gran forma, con eficiencia técnica y confiabilidad moral. Esta última se remite al plano de la legitimación social, esto es, el conjunto de cualidades observables del quehacer jurisdiccional que hacen que la ciudadanía reconozca confianza en el accionar jurisdiccional. Cfr. TOHARÍA, JOSÉ, ¿Qué esperan los ciudadanos de la justicia?, en *Poder judicial y servicio público*, CGPJ, 2006, pp. 35 y ss, y en especial, p. 39.

Así concebida la legitimidad de la decisión judicial es un perfecto correlato de la confianza, protagonismo y robustecimiento que ha tenido el Poder Judicial en el Estado moderno²⁸; en primer lugar, porque los tribunales han asumido en el Estado moderno la delicada e importante tarea de controlar la actuación de los poderes públicos, especialmente del Poder Ejecutivo y la administración pública. El control de los límites legales, de la adecuación de la acción de los particulares y el Estado a los parámetros legislativamente establecidos, corresponde finalmente a los órganos que ejercen la jurisdicción; en segundo lugar, porque constitucionalmente una de las piezas esenciales para la protección de los derechos y libertades básicas de los ciudadanos son los tribunales de justicia. Son ellos los llamados constitucionalmente a la defensa de los derechos fundamentales, sea directamente a través de las acciones establecidas en la propia Constitución, o mediante el esfuerzo de interpretar los textos legales conforme a la misma.

Hoy en día la jurisdicción forma parte de las garantías clave para el ejercicio de los derechos e intereses de los ciudadanos, y constituye el canal estatalmente consagrado para la reafirmación de la legalidad en la actuación de los órganos y servicios públicos, como de los demás ciudadanos en sus relaciones intersubjetivas. Las decisiones jurisdiccionales cobran cada vez mayor importancia en la vida cotidiana²⁹ y en la construcción de la justicia de las instituciones estatales, de manera que resulta difícil considerar justa a una institución que niegue la protección de un interés o derecho al ciudadano.

Una decisión que se limite a observar que el estatuto jurídico invocado por el titular de un derecho o interés ha sido erróneamente alegado no sería necesariamente justa, puesto que dejaría de brindar protección a quien efectivamente la merece. Si bien esta sentencia se ajusta al ordenamiento al hacer aplicación de la ley, no debería de gozar de una legitimidad política ni constitucional, en la medida en que no otorga protección a una relación jurídica existente y lesionada, por el solo motivo de que el actor no fue lo suficientemente hábil para acertar en el derecho aplicable. Esto supone cambiar el centro que tradicionalmente ha impregnado a la justicia (los operadores, técnicos o profesionales del derecho) para situarlo en el usuario, el ciudadano, en el sujeto que concurre al tribunal para obtener protección de un derecho que entiende es titular³⁰.

²⁸ Sigo razones expuestas por DELGADO DEL RINCÓN, LUIS, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 46.

²⁹ Indica LÓPEZ que “las características que definen y singularizan la actividad jurisdiccional la convierten, probablemente, en la expresión del poder público que en forma más directa y decisiva afecta la esfera individual (...) la decisión del juez, es, por un lado, y frente a la actividad parlamentaria, una aplicación inmediata del Derecho que recae sin intermediarios sobre el ciudadano afectando sus bienes, su libertad y su honor (y, en algunos países, su propia vida); y, por otro, y en contraposición con la actividad administrativa, se trata de una decisión final”. LÓPEZ, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁰ TOHARÍA, JOSÉ, *¿Qué esperan los ciudadanos de la justicia?...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

Actualmente existe un gradual cambio de las expectativas sociales respecto de la justicia; ya no es posible concebirla como el puro ejercicio del poder estatal, fría, lejana y distante al ciudadano, destinada únicamente a la resolución de casos desde la abstracción de las normas legales. Al contrario, su actual posición le impone la necesidad de legitimarse socialmente mediante la protección, celosa y efectiva de los derechos y libertades públicas³¹. “Si la verdadera y última razón de ser de la justicia son los ciudadanos, no los profesionales que la integran, lo esperable es que organice en consecuencia su andadura diaria”³². No es posible ignorar que, en definitiva, la correcta invocación de las normas aplicables no es una cuestión que dependa directamente del ciudadano; la relación del ciudadano con el proceso, y por ende, con la jurisdicción, es siempre mediada y guiada por un profesional del Derecho, encargado de discernir y justificar las normas jurídicas aplicables. Esa realidad no puede ser desconocida por el legislador, al menos en lo que dice relación con las consecuencias de la errónea e imperfecta alegación del Derecho.

En el nuevo palco que descansa la jurisdicción en el Estado moderno, el Poder Judicial debe asumir su responsabilidad social subyacente en la toma de decisiones. Los jueces deben ser conscientes que el progresivo reconocimiento de los derechos e intereses de los ciudadanos (especialmente, los sociales) no son reales ni efectivos si la jurisdicción no cumple adecuadamente su función de protegerlos y tutelarlos. Y en esa línea, la participación del juez en la integración del material jurídico aplicable a un conflicto de intereses resulta importante. En efecto, es difícil concebir el correcto ejercicio jurisdiccional sin la posibilidad de que los jueces puedan suplir, corregir y modificar la invocación del Derecho contenido en la solicitud de tutela. Pero es aun más difícil entender que la tutela solicitada por el ciudadano debe destinarse al fracaso en aquellas situaciones en que, justificando la titularidad del derecho y la plausibilidad fáctica de una pretensión, se yerra en el estatuto jurídico que se estima aplicable.

Por el contrario, entiendo que la verdadera protección de un derecho debe lograrse con total prescindencia de la habilidad del ciudadano para apuntar con la legislación correcta, ejercicio éste que puede resultar extremadamente complejo y hasta tortuoso. Por lo mismo, la pura acreditación de la titularidad de una posición subjetiva y su lesión por el demandado debería ser *suficiente* para que la jurisdicción pueda actuar aplicando las normas correctas y disponiendo los efectos que ella establece.

Esta forma de concebir la jurisdicción es coherente con la actual aproximación de la insuficiencia de la justicia formal o procedimental como forma de legitimación del acto de autoridad que es la sentencia. Ya no es suficiente para legitimar una decisión judicial que ésta se someta al

³¹ *Ibid.*, p. 42.

³² *Ibid.*

proceso legalmente establecido, ni que se respeten las garantías procesales constitucionalmente consagradas a los ciudadanos. El cumplimiento de las garantías es tan solo un presupuesto necesario e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia, pero no hacen que la decisión sea automáticamente justa; es necesario, además, que el contenido material de la decisión tenga la misma cualidad de justicia, esto es, que se base en una genuina reconstrucción de los hechos y en una correcta aplicación de la norma jurídica. Sobre todo es justa aquella decisión que respetando las garantías formales mínimas permite conceder tutela a quien efectivamente la merece, sin perjuicio de que el justiciable haya fracasado en su esfuerzo de invocar las normas aplicables. Solo de esta forma es posible afirmar que se tutelan los derechos de los ciudadanos y se legitima el poder jurisdiccional por el contenido sustancial las decisiones jurisdiccionales.

En gran parte de los ordenamientos actuales se encuentra presente esta forma de legitimar el ejercicio de la jurisdicción. Como primer orden de razones se debe destacar el lugar que actualmente ocupa la *motivación de la sentencia*; ésta funciona no sólo para que los litigantes puedan controlar el mérito de la resolución judicial y deducir los recursos que estimen pertinentes, sino además para publicitar el fundamento, razón y causas que justifican la decisión de los tribunales³³, y permitir la crítica y adecuación a los fines de la jurisdicción. La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales integra una de las garantías cruciales para valorar externamente el desempeño de los jueces al momento de resolver las controversias, aplicar el derecho objetivo y tutelar los derechos de los ciudadanos. Cuando el juez debe explicar las causas de sus decisiones, permite la formación externa³⁴ de un juicio crítico acerca del ejercicio de su función, especialmente de aquellos que observan cómo funciona el aparato jurisdiccional. En lo que aquí interesa el centro de atención está en la función extraprocesal de la motivación en cuanto permite controlar externamente el desempeño de los jueces.

En otro orden de ideas hay una estrecha relación entre la *verdad como finalidad de la prueba*³⁵, y la *posibilidad de que los jueces apliquen libremente el orden jurídico* para dar tutela a los derechos de los ciudadanos. Nada gana el proceso civil orientando sus decisiones hacia la verdad de los enunciados de hecho si el juez carece de la posibilidad de aplicar el

³³ GARBERÍ, *Constitución y Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 165 y COLOMER, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo...”, *op. cit.*, p. 131. TARUFFO señala que uno de los aspectos relevantes de la motivación es que desarrolla una función de legitimación de la decisión, al demostrar que una determinada sentencia se ajusta a criterios que orientan el ordenamiento y gobiernan la actividad del juez. TARUFFO, *Páginas sobre la justicia civil*, *op. cit.*, p. 518. En similar sentido, y poniendo énfasis en el control social o difuso que permite la motivación: IGARTUA, JUAN, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 176 y 177.

³⁴ TARUFFO, *Páginas sobre la justicia civil...*, *op. cit.*, p. 517.

³⁵ Vid., por todos, FERRER, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 30.

Derecho que estime correcto para la protección de los derechos de los ciudadanos. Sería un esfuerzo inútil justificar la decisión en una genuina reconstrucción de los hechos, y a la vez, en la incorrecta invocación de los materiales jurídicos. Por otro lado, hay una clara necesidad de hacer coherente los esfuerzos probatorios de los litigantes con la aplicación potencial de las normas jurídicas. La actividad probatoria debe estar dirigida a lograr la aplicación de las normas jurídicas que se estiman aplicables para resolver si el ciudadano que reclama un derecho es su titular; por eso, la necesidad de llegar a la verdad por medio de la prueba cobra todo sentido cuando el juez puede aplicar las normas correctas. Si el juez quedase atrapado a los supuestos de hecho de las normas alegadas por las partes, intentar alcanzar la verdad de las proposiciones fácticas únicamente cobraría sentido cuando el litigante ha sido capaz de acertar con las normas. Los hechos probados coinciden con los presupuestos de las normas jurídicas aplicables. Pero cuando el actor ha errado en la invocación de las normas jurídicas entonces la prueba irá encaminada a lograr la verdad de hechos que no calzan con los supuestos de esas normas, impidiendo, por tanto, la adjudicación de las consecuencias jurídicas queridas por el actor.

III. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

3.1. RESPECTO DEL PROBLEMA DE LA MOTIVACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Uno de los extremos de la aplicación judicial del Derecho que ha brillado por su ausencia en los tratamientos doctrinales es el relativo a la motivación de la sentencia. Si la posibilidad del juez de apartarse de los materiales jurídicos que sustentan la demanda se manifiesta en la sentencia definitiva, es al menos evidente que se cruza con algunas cuestiones relativas a la motivación de las resoluciones. Al respecto surgen, naturalmente, dos interrogantes: la primera es precisar si es necesario exigir una *motivación reforzada* en aquellos casos en que el juez se desvincula de las alegaciones jurídicas de las partes, y decide la controversia en base a supuestos jurídicos no alegados, o bien cuando el juez se enfrenta a espacios de discrecionalidad en la aplicación del Derecho, y la segunda, definir cuáles son los aspectos que debe contemplar la motivación de la sentencia en los casos en que el juez se aleja de los materiales invocados por las partes, para entender que cumple con los estándares constitucionales.

La constante obsesión de la doctrina por la determinación y justificación de los hechos en el proceso ha dejado algo de lado este extremo que es, solo para recordarlo, uno de los supuestos necesarios de la *justicia de la decisión*. Esta realidad contrasta con los avances legislativos en los ordenamientos comparados, que han ido cada vez y en mayor grado

reconociendo una libertad a los jueces para desvincularse de la posición jurídica sostenida por el actor.

Es el caso, por ejemplo, de la ZPO alemana que en su Art. 139.4, apartado 2º, establece expresamente que “El tribunal, salvo que se trate de una petición accesoria, no puede dictar sentencia con fundamento en un punto de vista claramente ignorado o considerado irrelevante por una parte sin antes realizar a los litigantes la oportuna advertencia o indicación y ofrecerles la oportunidad de realizar las alegaciones que crea convenientes. Lo mismo será de aplicación cuando el tribunal valore un punto de vista de forma diferente que ambas partes”. Similar disposición se encuentra en la ZPO austriaca en el Art. 182, que fuera introducida en la reforma del año 2002. En el *Code de procédure civile* francés los artículos 12 y 16 impiden al tribunal sustentar su decisión en fundamentos de derecho apreciados de oficio sin haber invitado previamente a las partes a exponer sus observaciones. De casi idéntico tenor fue la reforma introducida en el año 1996, al párrafo 3º, del Art. 3 del Código de Proceso Civil portugués, disposición que señaló que no resulta lícito para el juez, salvo casos de manifiesta necesidad, decidir cuestiones de hecho o de Derecho sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto³⁶.

Si bien no de modo explícito, al menos implícitamente, queda de manifiesto que si el juez no puede resolver sin haber escuchado antes a las partes sobre algunas cuestiones relativas al debate jurídico, tampoco puede hacerlo sin hacerse cargo en su sentencia de los argumentos desplegados por las partes. La garantía de la contradicción quedaría en el vacío si al juez no se le exigiera motivar su sentencia los extremos que fueron objeto del debate, y especialmente, aquellos puntos jurídicos sobre los cuales tomó la decisión de apartarse. Por eso, con justa razón la doctrina opina que la motivación es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento procesal moderno. Constituye una garantía que posibilita la actuación de las demás garantías fundamentales, especialmente de la imparcialidad y la estricta sujeción del juez a la ley; a la vez, permite descartar cualquier arbitrariedad e irracionalidad en la decisión judicial³⁷. Se dice que de nada serviría establecer un estatuto de garantías fundamentales si a los jueces no se les obliga a fundamentar sus decisiones, a explicar por qué razón deciden escoger la regla de Derecho aplicada, o por qué razón tal o cual medio de prueba reafirma la existencia de un hecho.

Es esta realidad la que justifica un estudio algo más preciso y detallado de la motivación en lo relativo a la aplicación del Derecho, pues es la única forma de constatar el respeto a las garantías fundamentales del justiciable.

³⁶ Para una explicación más detallada de estas disposiciones y su incidencia en la aplicación judicial del Derecho, puede verse: ORMAZÁBAL, *lura novit curia...*, *op. cit.*, pp. 25 a 37.

³⁷ GARBERÍ, *Constitución y Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 164.

3.2. LA MOTIVACIÓN COMPLETA Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

En un sentido simple, pero absolutamente significativo, motivar una sentencia significa justificar una decisión jurisdiccional³⁸, que se presenta como un “discurso justificativo en que el juez enuncia y desarrolla las ‘buenas razones’ que fundamentan la legitimidad y la racionalidad de la decisión”³⁹. La motivación corresponde, esencialmente, a un *discurso justificativo estructurado sobre explicaciones racionales* que el juez debe articular en la sentencia y que tiendan a justificar su decisión. La motivación resulta ser esencial cuando se trata de la aplicación del Derecho, al punto que es posible afirmar, compartiendo lo dicho por la doctrina, que sin justificación no hay aplicación del Derecho⁴⁰, o en palabras equivalentes, la aplicación del derecho requiere, para ser tal, ser justificada.

Ahora bien, justificar decisiones es algo que en la vida cotidiana puede efectuarse con bastante frecuencia. Sin embargo, a diferencia de nuestras decisiones cotidianas, la justificación que tienen que proporcionar los tribunales de justicia debe tener un contenido netamente jurídico; en palabras de la doctrina, “la racionalidad de la motivación es una racionalidad jurídica, puesto que solo las argumentaciones jurídicamente válidas podrán integrar una adecuada justificación”⁴¹. Este constituye un límite a la actividad argumentativa y que deriva del carácter legal que debe tener la decisión.

Por otro lado, la doctrina ha precisado que no basta con cualquier motivación; para que cumpla su función es indispensable que sea *completa*, esto es, abarcar todos los aspectos fácticos y jurídicos de la decisión, los que deben estar justificados⁴². La completitud de la motivación hace exigible que la sentencia se haga cargo de todos los extremos que fueron objeto de la controversia, “dado que solo bajo esta condición se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y la aceptabilidad racional de la decisión”⁴³. De otra forma, sería imposible para el ciudadano efectuar un control acerca de las razones que sustentan la decisión estatal y definir su aceptación.

En la línea específica de la aplicación del Derecho una motivación sería completa si se hace cargo de *todos los aspectos jurídicos* que están

³⁸ IGARTUA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal...*, *op. cit.*, p. 147.

³⁹ TARUFFO, *Páginas sobre la justicia civil*, *op. cit.*, p. 520. En similar sentido: COLOMER, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo”, *op. cit.*, p. 136 y HERNÁNDEZ, RAFAEL, “Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 35, julio-diciembre, 2006, p. 68.

⁴⁰ ITURRALDE, VICTORIA, “Justificación judicial: Validez material y razones”, en *Analisis e Diritto*, N° 9, 2004, p. 119.

⁴¹ COLOMER, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo...”, *op. cit.*, p. 155.

⁴² DE ASÍS, RAFAEL, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 27.

⁴³ TARUFFO, *Páginas sobre la justicia civil...*, *op. cit.*, p. 520.

envueltos en la controversia, es decir, cuando justifica adecuadamente y da respuesta suficiente tanto a la controversia jurídica planteada en el litigio, como también la propia tesis jurídica del juez en caso que ésta sea diferente a la que fue objeto del proceso. O más precisamente, es completa la motivación desde el punto de vista jurídico cuando “justifique todas aquellas opciones que directa o indirectamente, total o parcialmente, decidan la cuestión en uno u otro sentido”⁴⁴. Estas dos facetas del carácter completo de la justificación en el plano jurídico, permiten establecer dos clases de motivaciones que son exigibles: (2.1).– la motivación justificativa de las normas aplicadas, que está destinada a justificar la aplicación de las normas jurídicas que resuelven la controversia, y; (2.2).– la motivación justificativa de las normas no aplicadas que, por el contrario, conduce a justificar por qué no resultan aplicables las normas invocadas por el actor para fundamentar la demanda.

3.2.1. La motivación justificativa de las normas aplicadas

En términos generales pero no absolutos el *juicio de derecho* consiste en la individualización e interpretación de la norma jurídica⁴⁵. Lo primero supone verificar la existencia de una norma y su eventual coherencia con el supuesto de hecho concreto. Se trata de una actividad cognoscitiva que requiere identificar una fuente del derecho y verificar si la norma que se estima aplicable está producida conforme a las reglas fijadas por el ordenamiento⁴⁶. En esta actividad el primer marco que se tiene presente es el que proponen las partes en sus escritos de alegación.

Es fundamental que el juez en su decisión efectúe la justificación externa de la premisa mayor, esto es, de la norma jurídica (o normas jurídicas) que resuelven el caso sometido a la decisión del tribunal. Este razonamiento, por lo general, consiste en uno de tipo deductivo⁴⁷ pues

⁴⁴ ITURRALDE, “Justificación judicial: Validez material y razones...”, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁵ MARENGO, ROBERTO, *La discrezionalità del giudice civile*, Giappichelli Editore, Torino, 1996, p. 176. Puede estarse de acuerdo con este orden, como también diferir respecto de qué actividad es anterior: si la interpretación de la norma o la identificación de la misma. Sin interpretación de la norma jurídica resulta imposible saber si resulta aplicable al caso, es decir, identificarla. Se trata de un problema que ha sido lo suficientemente abordado en el ámbito de la filosofía del Derecho como para agotarnos en él. También reconozco que el juicio de derecho es mucho más complejo y suele presentar aristas que resultan imposibles de describir en este trabajo. Vid., para un análisis detallado: TARUFFO, MICHELE, *La motivación de la sentencia civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, pp. 214 y ss.

⁴⁶ MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile...*, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁷ En la motivación de los aspectos jurídicos hay una preeminencia del método lógico deductivo por sobre el inductivo que se utiliza en el ámbito de la determinación de los hechos, aun cuando también se caracteriza por el empleo de argumentos típicos del razonamiento jurídico (como los principios generales del derecho, los argumentos a contrario, etc.), los que más que sustentar una validez lógica son esgrimidos para una eficacia persuasiva. Vid., TARUFFO, MICHELE, “La fisionomia della sentenza in Italia” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XL, 1986, p. 450.

supone justificar que el supuesto de hecho de la norma general y abstracta que se ha delineado en sede de interpretación corresponde al supuesto de hecho que el juez estima probado⁴⁸.

Desde luego que en esta tarea puede ser necesaria una serie de explicaciones o etapas intermedias que permiten hacer de la justificación un discurso cerrado y completo. No puede considerarse una justificación válida aquella que da por supuesto el paso desde los hechos al derecho, sin mediar justificación de ninguna clase, práctica bastante común en cierta jurisprudencia nacional. Lo que puede cambiar de un caso a otro es el grado de justificación o de razones; así, no parece requerir mucho esfuerzo entender que probada la declaración de voluntad de dos sujetos uno de vender una cosa y el otro de comprarla, resulta aplicable una norma que dice que el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa y el comprador de pagar el precio. Sin embargo, la justificación de que en un determinado acto es un mandato que se rige por las normas del Código de Comercio o del Código Civil puede requerir un alto nivel de justificación jurídica debido al sensible límite entre una y otra figura. También puede ser que la justificación sea compleja desde el punto de vista jurídico debido a que los supuestos de hecho contenidos en la norma que resultan potencialmente aplicable tengan una textura abierta o sean indeterminados. En estos casos es común observar un esfuerzo adicional de justificación con el claro propósito de hacer coincidentes los hechos previamente establecidos en el fallo con el concepto que describe la norma aplicable. Esto sucede, por ejemplo, con la aplicación del concepto de buena fe (Art. 706 CC). Aplicar ese concepto para la resolución de un litigio, supone definirlo para conocer su contenido y alcance; luego, el juez debe acometer la tarea de justificar cómo los hechos que estima verdaderos puedan subsumirse en la categoría descrita por la interpretación. En simples palabras, y como trataré de explicarlo más adelante, mientras más sea el espacio o libertad que tenga el juez para aplicar la norma al caso concreto más será la necesidad de justificar una decisión jurisdiccional.

Esta clase de motivación puede considerarse la más importante puesto que justifica inmediatamente la parte dispositiva o resolutive de la sentencia que constituye la concesión o negación del efecto pretendido por el actor. Las razones de por qué las consecuencias de las normas jurídicas deben producirse en un caso tienen que encontrarse en la motivación. Por eso, es bueno, al menos en teoría, plantear algunas sugerencias que deberían informar un modelo de motivación aplicable a materia civil y concretamente a la aplicación del derecho⁴⁹:

⁴⁸ MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile...*, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁹ Hago presente que adaptaré el modelo propuesto por Iturralde a la faceta relativa a la aplicación del Derecho. Cfr., ITURRALDE, "Justificación judicial: Validez material y razones...", *op. cit.*, pp. 124 a 127.

a) Debe tratarse de una *motivación explícita*. Las razones jurídicas que sustentan la decisión deben existir en la motivación, sin que sea posible “entenderlas” implícitas en alguna parte de la sentencia, ni menos con la sola parte resolutive de la sentencia. La decisión final que contiene la sentencia puede servir para interpretarla o para definir su sentido, pero en caso alguno suple la inexistencia de justificación. En simples palabras, que el juez acoja o rechace una pretensión no significa que esté aceptando la validez o corrección de las normas invocadas por las partes como tampoco de sus fundamentos.

Con todo, es verdad que sólo la motivación completa cumple con las exigencias constitucionales; sin embargo, esto no significa que la redundancia de argumentos jurídicos para justificar la aplicación de una regla haga de esa motivación una completa⁵⁰. Es frecuente la tendencia a exponer gran cantidad de argumentos jurídicos, que más que demostrar que la decisión emana del ordenamiento, buscan lograr adherencia y la aceptación de la decisión. La motivación es un ejercicio de racionalidad que necesita finalizar en algún momento, para lo cual será necesario encontrar alguna premisa, regla o axioma indiscutible, o al menos que goce de cierta aceptación en el ámbito del derecho, que sirva de punto base para la construcción justificativa posterior. Se trata, como se verá a continuación, de una razón suficiente.

b) Debe tratarse de una *motivación suficiente*. Que una razón sea suficiente significa que basta por sí para justificar la decisión, es decir, cuando es concluyente⁵¹. La suficiencia de la motivación depende, en gran medida, de la *fuerza* de cada razón invocada por el juez y su relación entre ellas⁵². Pero no solo la decisión final debe sustentarse en razones suficientes, sino además la cadena de premisas que llevan a la decisión final, las que, además, deben estar explicitadas. Aquí el criterio debe ser netamente cualitativo y no cuantitativo: puede que una multiplicidad de razones posean una débil fuerza justificatoria, y que no sean suficientes para satisfacer la motivación. Pero también es posible que una sola razón sea lo suficientemente concluyente para justificar una decisión sin necesidad de recurrir a una adicional. Será, por tanto, la capacidad de razón para derrotar a las otras, la que le dará el carácter de necesaria y suficiente para justificar una decisión⁵³.

c) La motivación debe tener un carácter *dialéctico*. Si la controversia se encuentra jurídicamente bien planteada, es decir, en la órbita donde efectivamente resultan aplicables los materiales normativos invocados, es importante que el juez dé cuenta en su motivación de los principales

⁵⁰ TARUFFO, “La fisionomía della sentenza in Italia...”, *op. cit.*, p. 454.

⁵¹ ITURRALDE, “Justificación judicial: Validez material y razones...”, *op. cit.*, p. 125.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ ITURRALDE, VICTORIA, “Justificación judicial y valoraciones” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, N° 35, julio-diciembre, 2006, p. 210.

argumentos o fundamentos esgrimidos por las partes, a favor o en contra, de la aplicación de una norma jurídica en concreto. Ello supone plantear una argumentación jurídica complementaria o alternativa que debe quedar explicitada adecuadamente en el fallo para posibilitar su corrección y posterior control si fuese procedente.

Esto es lo que COLOMER⁵⁴ llama función pedagógica de la motivación. Es cierto que una motivación que indique la valoración que le merecen las argumentaciones de las partes tiene una función educativa y tiende a evitar –al menos en teoría– la posibilidad de impugnar esa resolución⁵⁵; sin embargo, una motivación que prescinda de las argumentaciones jurídicas desarrolladas por las partes no cumple el propósito de dar cuenta de las razones que inducen al rechazo de una demanda o al acogimiento de la misma. Tampoco resulta necesario que el juez conteste individualmente cada argumento sostenido por las partes; ciertamente podría hacerlo, pero sería una tarea difícil de adjudicarla a los jueces. Por eso, es necesario que al menos se brinde una razón jurídica con la fuerza suficiente para primar por sobre las razones expuestas en la demanda o contestación. Cuando el armazón argumentativo que sustenta una demanda consista en una razón jurídica a partir de las cuales se deriven o dependan otras, no es necesario que el juez dé cuenta de todos los argumentos; es suficiente que ataque el argumento-base, a partir del cual se puede entender desechados los demás.

No obstante, hay que ser cuidadosos con la pluralidad de argumentaciones: en primer lugar, porque si bien en ocasiones la existencia de varias argumentaciones corresponde a situaciones justificadas (tendencia a responder las argumentaciones de las partes, la necesidad de justificar la decisión respecto de diversas normas, e incluso construir una decisión con el suficiente peso argumentativo para servir de precedente, etc.), no es menos cierto que tienden a dificultar en demasía la identificación de la razón jurídica real de la decisión en el plano jurídico. El problema se produce debido a que del cúmulo de argumentos jurídicos expuestos en el fallo cuesta identificar cuál es el verdadero fundamento de la decisión⁵⁶. En segundo lugar, el empleo de diversos argumentos puede ocultar la inexistencia de una justificación real y efectivamente válida, o simplemente evita exponer la razón real de la decisión⁵⁷.

⁵⁴ COLOMER, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo...”, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁵ La motivación tiene, por tanto, una función *endoprocesal* de extrema importancia dado que facilita la *identificación de los errores* en que haya incurrido el juez para efectos de su impugnación. Pero lo realmente importante es, como indica la doctrina, que “mediante la motivación, en efecto, que se hace posible controlar si en cada caso se han cumplido efectivamente principios como el de legalidad o los atinentes al ‘debido proceso’”. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil...*, *op. cit.*, p. 520.

⁵⁶ TARUFFO, “La fisionomía della sentenza in Italia...”, p. 453.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 453 y 454.

d) La motivación debe ser *coherente*. Cuando se habla coherencia de la motivación se hace referencia a la coherencia argumentativa. En un sentido estricto esto implica que no pueden invocarse razones jurídicas contradictorias que tengan una fuerza concluyente equivalente de manera que ninguna pueda primar sobre la otra. De esto se desprende que si hay razones jurídicas contradictorias pero de *diferente fuerza concluyente* es posible entender que existe coherencia argumentativa. No obstante, desde el punto de vista práctico una situación como ésta es muy complicada de resolver. En primer lugar, porque resulta difícil definir *a priori* y al margen de todo caso individual, el peso o la fuerza concluyente de las razones⁵⁸. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, la incompatibilidad entre las razones jurídicas que convergen en una decisión es algo que afecta a la racionalidad del discurso justificativo en general. Si una decisión viene precedida de varios argumentos jurídicos es natural que se efectúe un ejercicio para sumarlas, y no para anularlas. En consecuencia, es necesario que las razones expuestas por el juez sean armónicas y compatibles, esto es, que no se contradigan.

Ahora bien no cabe confundir esta exigencia con la legítima posibilidad de utilizar los argumentos jurídicos de una de las partes en contra de la misma. Es posible que la argumentación contenida en una resistencia sea lo suficientemente concluyente para acoger la demanda. O, por el contrario, que el actor en su demanda exponga fundamentos jurídicos que no permitan conceder el efecto pretendido bajo ningún contexto. Por esto, entiendo que la sentencia debe estar justificada planteando argumentos jurídicos compatibles entre sí, lo que no excluye la posibilidad de utilizar los argumentos jurídicos en contra de la parte que los formula.

3.2.2. La motivación justificativa de las normas no aplicadas en la decisión

En la otra arista de la motivación es necesario que el juez justifique por qué no resultan aplicables las normas invocadas por el actor. Dos comentarios sobre esta clase de motivación. En primer lugar no se trata de descartar todas las normas que resultan potencialmente aplicables. Esta tarea sería prácticamente imposible de cumplir por más que se quiera acotar el ámbito jurídico en que opera. La obligación del juez debe limitarse a los términos del debate propuesto por las partes, por lo cual únicamente deberá justificar la no aplicación de las reglas que éstas invocan para la resolución de la controversia. En segundo lugar, se deben descartar las *motivaciones implícitas*. En realidad esta categoría no es una genuina motivación por la sencilla razón que la justificación de la aplicación de una regla jurídica no dice ni nada ni excluye de por

⁵⁸ ITURRALDE, "Justificación judicial: Validez material y razones...", *op. cit.*, p. 126.

sí las razones que puedan avalar la aplicación de otra regla. Es cierto que en ocasiones la justificación de la aplicación de una norma lleva necesariamente a descartar la aplicación de otra. Así una razón que justifique una decisión judicial en la existencia de una relación contractual entre dos sujetos parece suficiente para descartar la aplicación de las normas aquilianas.

Distinta es la situación respecto de las hipótesis del *concurso de normas jurídicas* donde un mismo supuesto de hecho es reconducible a dos o más normas desplegando idénticas consecuencias jurídicas. En principio, la doctrina explica que el juez goza de absoluta libertad para escoger la norma que estime aplicable, sin quedar vinculado por las que las partes alegan⁵⁹. El problema del concurso de normas ha sido presentado en la doctrina como un simple tópico de elección de normas dentro de las que resultan aplicables. Sin embargo, esa es una mirada algo miope que identifica una parte de la problemática. Por lo general, la elección de una norma jurídica implica adscribir la controversia a un determinado estatuto jurídico que se hace aplicable. Por ejemplo, si se decide aplicar alguna disposición de la ley del consumidor no puede luego entender que resultan aplicables además algunas normas de la compraventa comercial. Más allá de la norma concreta que pueda resultar aplicable, el tema es mucho más amplio, pues esa libertad de elección normativa que tiene el juez no está exenta de justificación (esto es, requiere ser motivada y justificada), más aun cuando cambiar la norma aplicable puede significar modificar el estatuto jurídico que disciplina la relación jurídica material. Aquí es importante que el juez exponga las razones que justifican la aplicación de una norma por sobre la otra, y concretamente presente argumentos para justificar las particularidades jurídicas que permiten adscribir a la relación jurídica material objeto de la *litis* a un determinado estatuto jurídico.

3.3. Discrecionalidad del juez, libertad en la aplicación del derecho y motivación

Tradicionalmente la doctrina ha tendido a establecer parámetros exigentes de motivación cuando los bienes jurídicos en juego tienen un carácter fundamental e indisponible como la libertad de la persona. Se dice que en estos casos los tribunales tienen el deber de reforzar su justificación, pues el Estado en uso de su poder afecta o priva al ciudadano de un derecho fundamental⁶⁰. Esto es cierto, que la decisión estatal sobre la privación o afectación de un derecho fundamental le es exigible una motivación capaz de justificar adecuadamente la restricción de un derecho. Sin embargo, la

⁵⁹ BERZOSA, *Demanda, "Causa Petendi" y objeto del proceso...*, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁰ GARBERÍ, *Constitución y Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 60.

exigencia de una motivación reforzada resulta también aplicable cuando se trata de supuestos en que el juez se enfrenta a espacios de libertad o discrecionalidad, como precisamente ocurre cuando todos los aspectos de la decisión no vienen determinados por el derecho.

En este aspecto creo que se debe partir de una postura básica compartida ampliamente por la doctrina: “el juez recibe de la ley un mayor o menor grado de libertad de elección dirigido exclusivamente a resolver la controversia planteada. En consecuencia, si es posible distinguir una gradación dentro de la libertad de elección atribuida al juzgador, no es extraño que correlativamente exista una pluralidad de exigencias y requisitos que deben cumplir la decisión y la motivación en cada uno de esos diversos grados de libertad. La ecuación deducible es simple: a mayor grado de libertad del juez mayores son los requisitos que deberán cumplir la decisión y la motivación”⁶¹.

De este modo que el juez tenga espacios de libertad para aplicar una norma jurídica no significa que esté desligado de la obligación de motivar; más bien, en estos supuestos, le corresponde siempre referirse a los criterios que sirven para efectuar su decisión⁶². En efecto, es fundamental que el juez ofrezca “las razones para justificar todos aquellos aspectos de la decisión que no vienen dados por el ordenamiento y que son necesarios en aras a tomar la decisión; lo que hace que la decisión sea discrecional y no arbitraria”⁶³.

En ocasiones la decisión jurisdiccional no viene expresamente contemplada por el ordenamiento jurídico, sino que depende de un juicio de valoración o juicio subjetivo en que la elección se considera la más justa en una situación concreta. Se trata de espacios de elección que suelen soterrarse en la norma jurídica que resulta aplicable. En efecto, según ITURRALDE, es posible identificar tres clases de razones: las lingüísticas, las empíricas e institucionales, las que pueden considerarse razones obligatorias, esto es, el juez no puede omitirlas para la resolución de un caso⁶⁴. Cuando estas razones ofrecen un margen muy amplio a la decisión (por ejemplo, cuando el texto es semánticamente abierto o indeterminado); o bien ninguna proporciona elementos contundentes o suficientes para la misma; o simplemente están en pugna, entran al juego las denominadas razones valorativas⁶⁵. Es aquí donde las exigencias de motivación son fundamentales para no transformar a la decisión judicial en un puro acto de autoridad.

⁶¹ COLOMER, “La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo...”, *op. cit.*, p. 151.

⁶² MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile...*, *op. cit.*, p. 67.

⁶³ ITURRALDE, “Justificación judicial y valoraciones...”, *op. cit.*, p. 208.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 210.

⁶⁵ *Ibid.*

IV. CONCLUSIONES

En el marco de la reforma al proceso civil resulta indispensable reflexionar acerca de los roles que tradicionalmente se le han adjudicado a las partes y al juez en el desarrollo del proceso. Hoy en día no es posible concebir a la jurisdicción como un puro mecanismo de resolución de controversias. Por el contrario, el Estado moderno la ha perfilado como el instante dinámico de tutela y protección de los derechos e intereses de los ciudadanos. Por eso es natural entender que la legitimación del Poder Judicial y la aceptación social de sus decisiones venga determinada por la capacidad de nuestros tribunales de producir decisiones materialmente justas. Esto supone permitir que el juez modifique la calificación propuesta por el actor, y al mismo tiempo, posibilite el ejercicio defensivo de los litigantes mediante la discusión de los materiales normativos que resolverán la controversia.

Por otra parte, si la posibilidad de modificar los materiales normativos se produce en la sentencia misma es natural entender que se cruza con cuestiones relativas a la fundamentación. Para ello es crucial establecer exigencias motivacionales que cubran tanto la justificación de las normas que resultan aplicables, como las que permiten justificar la no aplicación de las normas invocadas por el actor. Se trata de establecer un modelo que cumpla con los estándares constitucionales y que exija la suficiencia y completitud de la justificación jurídica en los casos en que el juez se aparta de los materiales invocados o resuelve en situaciones de normas discrecionales.

De esta forma, sería completa la motivación que abarca todos los aspectos de la decisión y que contesta los argumentos jurídicos presentados por las partes, especialmente en las hipótesis en que el juez ha sometido a discusión de los litigantes partes su propia calificación jurídica. Debe hacerse cargo tanto del debate principal como de aquel que se produce producto de los materiales normativos que pretende introducir en la *litis*. Al mismo tiempo, una motivación sería suficiente cuando presenta al menos un argumento concluyente a favor de una decisión.

¿EJECUCIÓN PROVISIONAL SIN CAUCIÓN? (EL PROCESO Y LOS DADOS)

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Profesor de Derecho Procesal,
Universidad de los Andes

I. LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL CAMBIO

Dentro de las novedades del Proyecto de Código Procesal Civil, en actual tramitación, está la idea de introducir la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia sin caución.

Según el Mensaje, con esta propuesta se busca lograr el “fortalecimiento de la sentencia y rol del juez de primer grado jurisdiccional”. De un modo concreto, se indica que “a diferencia de lo que ocurre hoy, el proyecto consagra como principio y regla general, la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo”. “A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española, se le denomina “ejecución provisional” y ella viene a reemplazar el actual procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias. Se justifica en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales”¹.

¹ Para el derecho español, entre otros, cfr. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español” en *Proceso Civil* (VV. AA. coord. DE LA OLIVA y PALOMO), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 401-426; PALOMO, DIEGO, HINOJOSA, RAFAEL, “La apuesta de la nueva LEC española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias”, en *Ius et Praxis*, U. de Talca, N° 2, 2006, pp. 123-162.

En cuanto a la justificación técnica, no puede soslayarse que esta modificación, según lo que consigna el Mensaje, no proviene de razones jurídicas, sino datos estadísticos y sociológicos. Esto se aprecia en los siguientes párrafos: “(...) ello se sustenta en recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes”. El Mensaje agrega que “la consagración de esta institución [la ejecución provisional de la sentencia sin caución] no viene sino a reconocer lo que ocurre en la actualidad, por cuanto, no obstante que el Código de Procedimiento Civil establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla. Esto es, predominan hoy las sentencias que causan ejecutoria y que, como tales, pueden cumplirse antes de encontrarse firmes o ejecutoriadas”.

Culmina la propuesta precisando que la nueva regla general “será que las sentencias de condena puedan ejecutarse inmediatamente en un procedimiento ejecutivo autónomo. Sin embargo, en dicho procedimiento las posibilidades de oposición del ejecutado son aún más restringidas que respecto de otros títulos ejecutivos no jurisdiccionales y la demanda de oposición no suspenderá en caso alguno el curso de la ejecución”. “Ahora bien, como contrapartida de lo anterior, el procedimiento de ejecución provisional regula en detalle causales de oposición tanto al procedimiento de ejecución provisional mismo, como a actuaciones específicas de ejecución, así como la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en caso que se haya ejecutado una sentencia que posteriormente resulte revocada por la Corte. Junto con lo anterior, se mantiene la posibilidad de solicitar ante las Cortes orden de no innovar en términos similares a los actualmente vigentes”².

Lo anterior, en lo medular, se sustenta en dos pilares:

² Los preceptos relevantes en relación con este tema son, en su esencia, los siguientes: i) art. 235.- Legitimación. Salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo. ii) Art. 236.- Sentencias no ejecutables provisionalmente. No serán, en ningún caso, susceptibles de ejecución provisional: 1. Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. 2. Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato. 3. Las sentencias o laudos arbitrales. 4. Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo o respecto de la cual se hubiere concedido una orden de no innovar que impidiera su cumplimiento. 5. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176 (...). “6. Las demás sentencias que indique expresamente la ley”.

A) MODIFICANDO EL CONCEPTO DE TÍTULO EJECUTIVO

Conforme al numeral 2 del art. 418 del Código Procesal Civil “sólo son títulos ejecutivos los siguientes: *la sentencia definitiva e interlocutoria, condenatoria, no ejecutoriada, siempre que sea procedente la ejecución provisional (...)*).

Este nuevo numeral altera radicalmente el concepto de título ejecutivo, atendido que hasta la fecha, a lo menos de un modo general, jamás una sentencia definitiva de primera instancia surgida en el proceso de declaración había podido cumplirse cuando estaba impugnada, y menos sin caución. Dicha ejecución sólo era factible para las pronunciadas en única instancia (porque no procede el recurso de apelación), o para las pronunciadas en procesos especiales cuando son apelables en el solo efecto devolutivo³.

B) INCORPORANDO LA FIGURA DEL OFICIAL DE EJECUCIÓN

Todo el mecanismo anterior viene unido a la introducción de un nuevo sujeto procesal, el oficial de ejecución, quien podrá dar inicio al cumplimiento de la sentencia de primer grado, aunque esté recurrida o se opongan excepciones por el condenado a pagar una determinada prestación. Volveremos sobre este punto más adelante.

II. ESTADÍSTICAS Y JUICIO DE PROBABILIDAD

El reconocimiento explícito de la estadística como base del cambio antes señalado, es más que cuestionable. En descripción de DEVLIN, bajo la forma de estadísticas, las matemáticas se utilizan para decidir los alimentos que comemos, los productos que vamos a comprar, los programas de televisión que podremos ver, y los políticos a los que se nos permitirá votar. Así como la sociedad quemó combustibles fósiles para propulsar las maquinas de la era industrial, en nuestra era actual de la información el combustible principal que quemamos son las matemáticas⁴.

En palabras de FERRATER, “en la ley estadística se declara que, dado que un número suficientemente grande de repeticiones del proceso considerado, se tiende a obtener una razón de 90/100. Por medio del método estadístico definimos, por consiguiente, una cierta área de incertidumbre, que se va restringiendo en la medida en que aumentamos el número de

³ La hipótesis del art. 691 del CPC, que permite alterar la concesión de los efectos de la sentencia definitiva de primera instancia, dictada en el procedimiento sumario de aplicación general, no tiene aplicación práctica. Los jueces conceden la apelación siempre en ambos efectos.

⁴ DEVLIN, KEITH, *El lenguaje de las matemáticas*, Barcelona: Troppo, 2002 (tr. P. Crespo), p. 23.

casos. El método estadístico hace, pues, posible la obtención de un término medio y, con ello, la realización de uno de los propósitos esenciales de las ciencias y de la acción humana: la predicción”⁵.

A través de la estadística se permite indagar el futuro (el clima, el riesgo en los contratos de seguro) o el comportamiento de un hecho de una diversidad de campos, como la física o de la biología⁶.

El Mensaje no explicita cuál de las diversas explicaciones acerca de la probabilidad ha considerado para proponer un mecanismo cuya repercusión se dejará sentir en todo justiciable, por el solo hecho de haber sido condenado en primera instancia a realizar una prestación que se estima como ejecutable anticipadamente.

El mismo Proyecto, al aludir a una cuantificación estadística (que la mayoría de las sentencias se confirman), está aceptando que existe un margen de ellas que serán revocadas. ¿Cuáles? Claramente la aplicación de la estadística no permite predecirlo ni anticiparlo. En efecto, en esta ciencia la estimación probabilística sólo puede proponer un margen de ocurrencia de un hecho, dejando su verificación a posteriori. Serán los jueces, aplicando el Derecho, los que deben confirmar o revocar la sentencia de primer grado, adoptando la solución que según el medio de impugnación que se admita, obligando a repetir el juicio, a dictar una nueva sentencia, etc.

Por lo anterior, a nuestro entender, es una apuesta peligrosa construir el nuevo sistema de cumplimiento forzado de las sentencias de declaración fundada en un juicio de probabilidad.

De un modo concreto, estamos frente a una propuesta donde la probabilidad y las estadísticas gubernamentales quieren admitir que el error judicial contenido en un fallo de primera instancia cuente con el mismo nivel de certeza jurídica que, hasta ahora, sólo lograba una sentencia firme y ejecutoriada. Esta es una apuesta radical, puesto que supone abandonar una concepción del sistema recursivo, que para el proceso declarativo, el Código de Procedimiento Civil de 1902, condicionaba al agotamiento de los recursos. De aprobarse la Reforma, estaríamos en este punto frente a una modificación tan sustancial como la que implicó el abandono del sistema recursivo del derecho castellano, donde se entendía que ya no había más recursos contra una sentencia definitiva –en principio– cuando se habían pronunciado tres sentencias conformes sobre el tema decidido⁷.

⁵ FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de filosofía*, Barcelona: Ariel, t. II, 2ª ed. 2009, pp. 1109-1110.

⁶ Por ejemplo, en el campo de la mecánica estadística, Boltzmann propuso que las propiedades globales de la materia se deducen considerando las propiedades combinadas de los átomos y las moléculas que las constituyen, unas propiedades que obedecen a sencillas leyes de la física, esencialmente las leyes de Newton, y a la acción ciega del azar. También Albert Einstein utilizó en sus trabajos valores numéricos e hizo predicciones en varias de sus investigaciones. En el campo de la biología el fenotipo de las personas depende de una serie de probabilidades en la que también interviene el azar (Cf: GRIBBIN, JOHN, *Historia de la ciencia*, Barcelona: Crítica, 2006 (Tr. M. García), pp. 322, 327, 445).

⁷ Con la rica casuística y las excepciones a la regla general, cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, “La cosa juzgada en el derecho procesal del Reino de Chile”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. XVIII, Valparaíso: Ediciones Universitarias, 1996, pp. 171-174.

El Código de Procedimiento Civil actualmente vigente introdujo, como regla general, el binomio de que la ejecutividad era igual a la firmeza, aplicando un postulado de la Revolución Francesa, que reconoció a los litigantes el derecho a que su asunto fuera visto por dos jueces en atención al grado de desconfianza que existía hacia los tribunales inferiores⁸. Antes del agotamiento del sistema recursivo no se estimaba que una parte pudiera gozar del estado de certeza que hoy se pretende construir.

Por su lado, el sistema que reservó el reconocimiento de la certeza del derecho al agotamiento de los recursos fue admitiendo gradualmente tutelas diferenciadas o anticipadas⁹, para poder proteger a una parte en ciertos casos, sin tener que esperar la sentencia final ni el agotamiento de los recursos. Normalmente ello se hacía buscando un equilibrio entre las partes mediante la utilización, por ejemplo, de cauciones procesales (fianzas, hipotecas legales de alcances, etc.).

Mirado desde otra perspectiva, cambiando el concepto de lo que se ha entendido como título ejecutivo perfecto y de la forma como se ha concebido el efecto de cosa juzgada en el proceso de declaración, la Reforma está optando por generar una “comunidad de riesgo”, a la que se ingresa por el solo hecho de haber sido condenado, en primera instancia, a realizar cierto tipo de prestaciones. Los que automáticamente queden en dicho grupo deberán soportar la actividad de ejecución, salvo que por la naturaleza de la sentencia queden excluidos de esta ejecución (las constitutivas y las de mera declaración, las arbitrales, entre otras)¹⁰.

⁸ Cfr. DELGADO CRUCES, JESÚS SANTIAGO, “La ejecución provisional” en *Cuadernos de Derecho Judicial* (VV.AA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 19-20.

⁹ Una perspectiva general de este tema, con la evolución de tutelas procesales diferenciadas en MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ, “Panorama actual de la justicia civil”, en *Proceso Civil* (VV. AA. coord. DE LA OLIVA y PALOMO), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 93-158.

¹⁰ En síntesis, la propuesta se resume a lo siguiente: la ejecución provisional de las sentencias de condena se sujetará a las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, salvo excepciones. Una vez que se da inicio a la actividad de ejecución, el sujeto pasivo puede promover una demanda de oposición a la ejecución provisional, la que puede fundarse en las siguientes causales: 1. En que la sentencia no admite ejecución provisional. 2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada.- Si no concurriera la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia. Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar. Al formular su demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone. También podrá oponer las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar. También es relevante, en esta descripción general, lo dispuesto en el art. 241, que regula el derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios, en los siguientes términos: “si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución,

Aunque la Reforma permite al condenado solicitar una orden de no innovar, para ser suspendido de la “comunidad de riesgo”, ello no debe verse como una garantía procesal suficiente. El legislador olvida que la gran mayoría de estas peticiones son rechazadas por las Cortes de Apelaciones, sin que ello signifique necesariamente la mantención de la condena que no se suspendió. Seguramente esta estadística no figuraba en los estudios gubernamentales, ni tampoco se debe haber realizado una proyección sobre la sobrecarga que se producirá en los tribunales llamados a conocer de la orden de no innovar, atendido que el efecto devolutivo se pretende pase a ser el régimen general.

A esta altura debe quedar claro que el modelo propuesto acepta, sin reparo, que un número aleatorio de personas tendrá que soportar ser sometida al rigor de la ejecución provisional, por el empeño de lograr que el proceso se convierta en un mecanismo eficaz.

En nuestra opinión, toda esta construcción de la ejecución provisional se asemeja al juego de dados. Esta pieza cúbica, descubierta en la legendaria Ciudad Quemada, en el sudeste de Irán, durante muchos siglos ha sido un instrumento utilizado para enseñar lo que es la probabilidad. En este caso, por el hecho que las estadísticas indiquen que x número de sentencias se confirman por las Cortes, se está dispuesto a que n número de condenados soporten el peso de la ejecución, aunque luego terminen siendo absueltos.

debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior”.- “Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, según las reglas siguientes: Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables”.- “Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados”.- “Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados”.- “El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes”.- “El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177”.

Desde otro punto de vista, en esta parte la Reforma busca poner en práctica en el ámbito jurídico la denominada *ley de los grandes números*. Esta fue descubierta por el matemático suizo Jacob Bernoulli (1654-1705), como parte de su libro póstumo *Ars Conjectandi* (El arte de hacer conjeturas). Con ella se explica un teorema de probabilidad que describe la estabilidad a lo largo de una variable aleatoria. Cuando el número de observaciones de un experimento como tirar una moneda es suficientemente grande, la aparición porcentual de un resultado será muy cercana a la probabilidad del resultado. Los encargados de los casinos adoran este teorema porque pueden confiar en el resultado estable a largo plazo y actuar en consecuencia. Las aseguradoras dependen de él para planear variaciones cuando hay pérdidas¹¹.

Es incuestionable que el desarrollo de la teoría del cálculo ha sido una herramienta para explicar la estructura o el desenvolvimiento de diversas disciplinas, como la biología, física, química, economía, sociología, ingeniería, así como cualquier área del estudio en la que exista una magnitud variable. Sin embargo, pretender que un proceso judicial sea construido sobre tal base científica no parece correcto. Las reglas jurídicas deben evitar que el Estado cauce un daño patrimonial y psicológico a las personas, sobre todo cuando el mismo promotor de la idea tiene conocimiento estadístico que un porcentaje de los condenados en primera instancia no debieron ser ejecutados provisionalmente.

En el modelo propuesto se busca abandonar varios conceptos que, hasta ahora, han sido la base de nuestro sistema jurídico procesal civil, pero sin haber enfrentado con profundidad las causas de la ineficacia de nuestro sistema procesal civil (carencia de jueces, aumento de la demanda por servicios judiciales, la excesiva escrituración, entre las más evidentes).

Tomando como base la estadística, se da el paso a una propuesta ideológica según la cual la verdad acompaña al litigante victorioso en primera instancia. Bajo esa premisa se subordina al Derecho a la *ley de los grandes números*, sin que importe que un conjunto indefinido y aleatorio de personas sean expuestas a soportar el rigor de una ejecución patrimonial injusta.

Para aceptar esta Reforma basta dar crédito a la siguiente propuesta: que el vencedor de primera instancia es el portador de la verdad jurídica, aunque el proceso todavía no haya concluido. A partir de esa premisa de clara orientación utilitarista, se reformula todo lo conocido. Cambia el sistema de recursos, se suprime la función de las cauciones procesales como mecanismo de equilibrio en el proceso declarativo o ejecutivo, la cosa juzgada deja de actuar como regla de clausura y de certeza jurídica.

¹¹ En esta descripción, *cf.*: PICKOVER, CLIFORD, *El libro de las matemáticas*, Holanda: Librero, tr. M. Serrano, 2011, p. 164. También podría acudir a otras explicaciones matemáticas que han seguido en el campo de la física y de las matemáticas, para descubrir cómo los procesos de probabilidad generan resultados predecibles.

Dicho de otro modo, bajo el artificio de imponer la ficción jurídica que una sentencia de primera instancia es un título ejecutivo que debe ser considerado como perfecto, aunque contenga una declaración del derecho errónea o aberrante, se modela el nuevo sistema de enjuiciamiento civil.

Nos debería ayudar a entender el sistema propuesto la lúcida explicación de ARENDT de lo que es una ideología, cuando apuntaba que ella “trata el curso de los acontecimientos como si siguieran la misma “ley” que la exposición lógica de su “ideas”. Las ideologías pretenden conocer los misterios de todo el proceso histórico –los secretos del pasado, las complejidades del presente, las incertidumbres del futuro– merced a la lógica inherente a sus respectivas ideas”¹². En este caso, el Proyecto de Código Procesal Civil ha descubierto que en la primera instancia se encuentra la tierra prometida, a la que se podrá ingresar por el solo hecho de vencer en ese grado jurisdiccional, siendo tomado el acreedor de la mano del oficial de ejecución, al que se le encarga restablecer el imperio del derecho.

La construcción ideológica que se aprecia en este modelo no ha trepidado en confundir conceptos que, en rigor, son perfectamente separables. Como lo explica la autorizada voz de TARUFFO, “(...) los conceptos de verdad, verosimilitud y probabilidad no son equivalentes entre sí y no son reducibles unos a otros. Designan diferentes cualidades que se pueden predicar respecto de un enunciado: puede ocurrir que concurren positivamente respecto de un mismo enunciado, si es que es a la vez verdadero, verosímil y probable, en la medida en que resulta comprobado por las pruebas, pero puede ocurrir también lo contrario. En otras palabras, es posible que un enunciado sea verdadero pero no sea verosímil, así como puede ocurrir que un enunciado sea verdadero pero que no sea probable, pues no se dispone de elementos de prueba que lo confirmen suficientemente y permitan calificarlo como probablemente verdadero. Sostener que un enunciado fáctico ha sido probado (es decir, que es probablemente verdadero) no equivale a decir que es verdadero, pues no se puede excluir la posibilidad (quizá improbable) de que sea falso; y a la inversa, decir que un enunciado carece de confirmación probatoria (y, por lo tanto, que probablemente no es verdadero) no excluye la posibilidad de que en realidad sea verdadero. En ambas situaciones, que el enunciado sea o no verosímil resulta irrelevante”¹³.

Por último, el argumento relativo de que la mayor parte de las sentencias no son impugnadas, no pasa de ser un dato estadístico que no puede validar el sistema que se viene criticando¹⁴. En efecto, cuando este hecho sucede justamente estamos frente a un título jurídico perfecto,

¹² ARENDT, HANNAH, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Alianza, 4ª reimp. 2010, p. 628.

¹³ TARUFFO, MICHELE, *Simplemente verdad*, Barcelona: Marcial Pons, tr. D. Accatino, 2010, p. 108.

¹⁴ El Mensaje señala al efecto que, “los recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas (...)”.

atendido que el debate ha pasado por las reglas del proceso declarativo, que concluyó con un demandado que optó por no impugnar. En ello no hay ninguna ficción jurídica, ni menos una construcción ideológica, simplemente estamos frente a la vieja institución de la cosa juzgada.

III. LA PRETENDIDA EXTENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

En relación con el argumento del Mensaje según el cual la ejecución provisional está presente en nuestra realidad, ello es efectivo de un modo parcial. La institución existe, pero da vida a hipótesis de variada naturaleza, donde su admisión y contenido viene justificado de modo distinto¹⁵. Veamos algunos ejemplos.

(i) En la concesión de los alimentos provisionales. El Código Civil dispone en el art. 327 que “mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar se den provisoriamente, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absoluta”. – “Cesa este derecho a la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda”.

Pues bien, este derecho se da en un ámbito de relaciones de familia, donde sólo podrán accionar un número de sujetos que se encuentran legitimados en la posición de debatir en torno a esta obligación legal. No se conocen casos donde alguien, carente de legitimación pasiva, haya sido condenado provisionalmente al pago de alimentos.

(ii) En la autorización judicial para poder utilizar una servidumbre minera. La anticipación de tutela está justificada por tratarse de un gravamen legal, pero su ejercicio se condiciona a la rendición de una caución suficiente, para que el demandante pueda responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado (art. 125 CM).

(iii) En la entrega anticipada del predio arrendado. Esta hipótesis se introdujo al art. 6 de la Ley N° 18.101, de 1982 por la Ley N° 19.866 de 11 de abril de 2003. En este caso se trata de una situación singular, que no exige caución. A través de ella se busca aminorar el daño que significa el incumplimiento del arrendatario, el que normalmente se traduce en rentas y cuentas de servicios impagas, al punto de abandonar subrepticamente la propiedad.

Como se puede apreciar, la genérica justificación del Mensaje no resulta un argumento plenamente válido. No resulta lógico tratar de extraer una conclusión general por la existencia de hipótesis particulares, sobre todo cuando se trata de un fenómeno en el que la anticipación

¹⁵ Un estudio del tema, en MENESES PACHECO, CLAUDIO, “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”, en *RCHD*, vol. 36 N° 1, 2009, pp. 21-50.

de protección jurídica no obedece siempre un mismo y único patrón de justificación jurídica.

IV. LA PRETENDIDA REGLA GENERAL DE LOS EFECTOS DE LOS RECURSOS

También es criticable el argumento del Mensaje de que el efecto devolutivo de los recursos en los procesos especiales es la regla general, y que por ello, el nuevo código procesal debe pasar a aceptar esa misma solución como de común aplicación.

Aunque el proceso es un concepto abstracto y único, la realidad revela la existencia de una diversidad de procedimientos para que los distintos jueces o tribunales que componen el órgano jurisdiccional actúen en la declaración del derecho, ya sea para ordenar el cumplimiento de una obligación, la aplicación de una sanción, la protección de garantías constitucionales, la creación o modificación de un estado jurídico, el cumplimiento forzado de una obligación, la protección cautelar o anticipada del derecho, etc.

Esta variedad de procedimientos pueden ser clasificados de diversos modos: a) declarativos, de ejecución, preparatorios, cautelares, probatorios; b) singulares y universales; c) de lato conocimiento, sumarios y sumarísimos; d) ordinarios y extraordinarios; e) ejecutivos ordinarios; ejecutivos hipotecarios y prendarios; ejecutivos singulares y ejecutivos universales; f) constitucionales, civiles, contencioso-administrativos, penales, laborales, de propiedad industrial, de propiedad intelectual, de constitución de servidumbres, etc.

En relación con el proceso de declaración, la idea original de nuestro legislador de fines del siglo XIX y principios del XX, fue que la mayor parte de los asuntos se decidieran a través del juicio ordinario reglamentado en el Libro II del CPC. Para garantizar su aplicación, el Título y artículo final del CPC dispuso la derogación de todas las leyes preexistentes al 1º de marzo de 1903, incluso en lo que no le eran contrarias (salvo excepciones de derecho procesal orgánico).

No obstante lo anterior, a partir de 1925 se comenzó a dictar una serie de leyes que, gradualmente, han ido alterando sustancialmente el sistema original recién referido, introduciendo una variedad de procedimientos de la más diversa índole. Esta situación ha llevado, entre otros problemas, a que exista una multiplicidad de regulaciones, dentro de las que destaca la relativa a los efectos de los recursos. Ahora, que dicha variedad pueda justificar que el Código Procesal Civil quiera establecer que todo recurso se conceda en el solo efecto devolutivo es opinable. Nuevamente, la existencia de varias reglas particulares no puede servir de base para extraer una pauta general.

V. LAS SENTENCIAS QUE CAUSAN EJECUTORIA COMO ARGUMENTO

Tampoco es válido el argumento de que el sistema vigente tenga como regla general el cumplimiento de sentencias que causan ejecutoria.

Más allá de las soluciones existentes en procesos especiales, que por algo tienen esa calidad, en el terreno de los principios la ejecución de la sentencia dictada en el proceso de declaración siempre ha sido consecuencia del efecto de la cosa juzgada.

De conformidad al artículo 176 del CPC, corresponde la acción de cosa juzgada a aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el título XIX de este Libro. La alusión a la acción de cosa juzgada, es una manera arcaica de aludir a la sentencia judicial como título ejecutivo (art. 434 N° 1 CPC).

Para que se pueda cumplir una resolución judicial debe tratarse de una sentencia definitiva o interlocutoria firme, que habiéndose pronunciado sobre el fondo del objeto del proceso contenga el reconocimiento de algún derecho en favor de una de las partes, cuyo cumplimiento puede ser solicitado al órgano jurisdiccional¹⁶.

Ahora, junto a la hipótesis anterior, también es ejecutable la resolución de la misma naturaleza –sentencias definitivas o interlocutorias– *que causan ejecutoria*. En este caso, es efectivo que se trata de resoluciones que aún no son título ejecutivo, pero ello no ha impedido su ejecución provisional para ciertos y determinados casos, donde expresamente se hace excepción al principio que proclamaba que “no hay ejecución sin título” (*nulla executio sine titulo*)¹⁷.

En estas hipótesis, el legislador acude a la técnica de la ficción jurídica, y autoriza que se puedan cumplir sentencias que no son un título ejecutivo perfecto, admitiendo la realización de actos coactivos sobre el patrimonio del deudor. Dicha solución aparece en el Código de Procedimiento Civil recién con la reforma de la Ley N° 7.760, publicada el 5 de febrero de 1944. En el antiguo art. 236 (actual art. 231), sólo se permitía cumplir las resoluciones firmes o ejecutoriadas.

Es efectivo que las sentencias que causan ejecutoria se pueden cumplir no obstante existir recursos pendientes en su contra, sin necesidad de rendir fianza de resultas. Sin embargo, ello comprende un universo

¹⁶ Como lo tiene reconocido la Corte Suprema, “no todo litigante triunfador puede ejercer la acción de cosa juzgada porque hay sentencias que quedan cumplidas por el hecho de quedar firmes y ejecutoriadas y que, por lo mismo, no dan acción para exigir su cumplimiento, como ocurre generalmente con las sentencias desestimatorias de la acción” (CS. 19 de diciembre de 1940, *RDJ*, t. 38, sec. 1ª, p. 525).

¹⁷ Sobre el tema, *cfr.* COLOMBO CAMPBELL, JUAN, “El título ejecutivo”, en *Juicio ejecutivo. Panorama actual*, Santiago: Conosur, 1995, pp. 1-37. Con una visión crítica de la vigencia de este principio, MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ, “Panorama actual de la justicia civil”, en *Proceso Civil* (VV.AA), *op. cit.*, pp. 139-150.

acotado de casos, atendido que en materia de apelación en el proceso declarativo el recurso de apelación se concede en ambos efectos. Y si se deduce el recurso de casación, la anticipación de la protección puede ser limitada por el deudor condenado a través de la constitución de una fianza de resultas, o porque ella no es procedente si se trata de sentencias constitutivas o de declaración de certeza.

Ahora, al mantenerse vigente la regla general de que el recurso de apelación contra la sentencia definitiva se concede en ambos efectos (art. 193 CPC), la ejecución provisional sólo se hace aplicable a los casos en que una sentencia interlocutoria reconozca a una de las partes un derecho a obtener una prestación susceptible de cumplimiento anticipado, como ocurre, por ejemplo, con la fijación de alimentos provisorios o la que acoge una querrela de restitución en primera instancia. Para esta hipótesis el vencido debía proceder a cumplir la sentencia, salvo que la Corte de Apelaciones respectiva decretara una orden de no innovar suspendiendo los efectos de la resolución recurrida o paralizando su cumplimiento, según sea el caso (art. 192 CPC).

En suma, sostener como fundamento que la mayor parte de las sentencias se encuentran sometidas al sistema de ejecución por causar ejecutoria, en rigor no se ajusta estadísticamente a la realidad vigente.

VI. LA INJUSTIFICADA SUPRESIÓN DE LA CAUCIÓN

Como se ha anticipado, el Código Procesal Civil pretende suprimir de la ejecución provisional de la sentencia la constitución de una caución por parte del vencedor en primera instancia¹⁸.

Creemos que este es un punto neurálgico, que debe reconsiderarse, tomando en cuenta la relevancia y diversidad de funciones que han cumplido las garantías en el ámbito procesal, donde tanto su existencia como su naturaleza y funciones no son siempre las mismas¹⁹.

¹⁸ Una reflexión en relación con la propuesta del Código Procesal Civil, que contempla una ejecución provisional sin caución, cfr. PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, "Entre lo cierto y lo probable: cumplimiento inmediato de la sentencia", en *WWW. ICHDP*, art. publicado el 04/06/2012, página visitada el 19 de julio de 2012.

¹⁹ La fianza, señala TOMÁS Y VALIENTE, en el derecho castellano y aragonés se empleaba como un mal menor, esto es, como una institución que impide que el acreedor actúe contra el deudor con medios (la prenda o la prisión) más odiosos para éste que la presentación del fiador. Según el mismo autor, dentro de las fianzas hay algunas que surgen dentro de un proceso (civil o penal), las que llamamos procesales. Dos de ellas ("fianza de *dreit*" y "fianza de *redra*") se dirigen a garantizar el sometimiento de las partes al resultado del juicio; otras ("fianza de iura", "fianza de riesgo", "fianza de torna" y "fianza de espera") están en función de los medios de prueba (Cfr: TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, en "Las fianzas en los derechos Aragonés y Castellano", en *Obras Completas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, t. IV. pp. 3750-3109).

En el plano positivo, nuestro Código Civil da una definición amplia de caución, señalando el art. 46 que ella “significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”.

Esta amplia forma en la que se concibe una caución, debería llevar a que la ejecución provisional incorpore este límite patrimonial, para restablecer el equilibrio que debe darse entre las partes que mantienen un litigio pendiente.

Tema diverso debería ser la flexibilidad con la que se admita tener por cumplida esta garantía al que pretende hacer uso del derecho a ejecutar provisionalmente una sentencia. En este punto se debe considerar la evolución que han tenido las cauciones reales y personales en el último tiempo, cuidando que la que se admita cumpla con el fin de éstas, esto es, la de afectar a un conjunto de bienes para satisfacer un interés económico surgido en un determinado momento y ante un específico problema jurídico, como es, en este caso, admitir la anticipación de la tutela jurisdiccional antes de la producción de la cosa juzgada y de que exista efectivamente un título ejecutivo perfecto.

VII. LA NECESIDAD DE RESTABLECER LA CAUCIÓN Y SU DIVERSIDAD DE MODALIDADES

La Reforma debería restablecer la caución para que se pueda hacer viable la discusión sobre la posibilidad de anticipar la ejecución provisional del fallo de primer grado, quitando el rigor que tiene la premisa ideológica de que el vencedor de primera instancia es el portador de la verdad jurídica.

De lo que se trata es que la parte que quiera anticipar la protección jurídica de una sentencia de primer grado, sea obligada a prestar una garantía por el resultado dañoso que tal actividad pueda ocasionar a su contraparte.

Si es efectivo que en este ámbito actúa *la ley de los grandes números* –como se aprecia del Mensaje y su fundamento en la estadística–, la solución para generar una caución de uso masivo debería provenir del mercado de los seguros. En tal sentido, es pertinente considerar que algunas compañías han registrado en Chile la denominada “Póliza de Seguros de Garantía”, a través de la cual se permite obtener para un beneficiario que los afianzados cumplan cabalmente las obligaciones impuestas por un contrato o por la ley. Para el tema que interesa, dicha póliza perfectamente podría facilitar el cumplimiento del reembolso de dinero que surgirá para el evento que la Corte Suprema revoque la sentencia cuyo contenido fue cumplido anticipadamente.

A mayor abundamiento, la “Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata o a primer requerimiento”, tiene como principal característica que la compañía de seguros haga efectivo el seguro hasta el monto de la suma

asegurada, al solo requerimiento del asegurado, materializado en una declaración en la que conste el hecho del incumplimiento y el monto de la indemnización solicitada.

Una vez que se agote el recurso respectivo, el litigante vencedor podrá proceder a recuperar la prestación pecuniaria que se le anticipó provisionalmente, sin necesidad de iniciar el juicio indemnizatorio que considera el Proyecto como paliativo.

7.1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La necesidad de restablecer la caución y su proporcionalidad entre la prestación que se anticipa y la garantía que se establece se explica también como un medio que evite el surgimiento de un privilegio jurídico injustificado, a favor de la parte vencedora²⁰.

No se debe perder de vista que este derecho a anticipar el contenido de la sentencia de primera instancia se produce dentro del proceso de declaración, en beneficio de un acreedor que aún no cuenta con un título ejecutivo ni goza de un derecho amparado por el efecto de la cosa juzgada, salvo que por imposición ideológica se pretenda decir otra cosa.

Como se sabe, en materia procesal el principio de igualdad postula que las partes deben tener los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de prerrogativas ni a favor ni en contra de aquellas. Dicho principio está contenido implícitamente dentro de la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 y 3 CPE)²¹. Aunque la Carta Fundamental autoriza al legislador para dar contenido al derecho al debido proceso, a través de la regulación de los diversos procedimientos, tal mandato nunca podrá ser ejercido en desmedro de la igualdad procesal.

Desde otro punto de vista, la necesidad de proteger el contenido básico del principio referido se hace imperioso, a nuestro entender, porque la prerrogativa de ejecutar provisionalmente una sentencia es simplemente el ejercicio de un derecho fundado en una probabilidad. Bajo tal premisa, no se podría calificar de injusto o irracional exigir a quien puede anticipar el cobro de un crédito, que rinda una caución equivalente a lo

²⁰ A modo de referencia, el Tribunal Constitucional español ha reconocido expresamente que en un proceso civil no infringe el principio de la igualdad si en la fijación de la cuantía de la fianza se consideran los perjuicios que pueden ocasionarse a la otra parte. En tal sentido, se pronuncia la sentencia N° 202/1987 (de 17 de diciembre de 1987). Por la plena validez constitucional de la caución equivalente en el proceso civil, entre otros, PICÓ I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J.M. Boch, 1997, p. 48.

²¹ PICÓ I JUNOY, JOAN, "El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 2005, p. 34; 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*, Vol. XXI, 2008, pp. 101-127.

que recibe, para que pueda ser tratado ficticiamente como titular pleno de un derecho antes de la producción de la cosa juzgada.

En suma, de lo que se trata es impedir que el proceso no pierda su carácter instrumental, rasgo que, a nuestro entender, no se da cuando un derecho, que no está amparado por la certeza jurídica que da la cosa juzgada, pueda ser cumplido bajo una modalidad provisional. Insistimos, este equilibrio se logra mediante la exigencia de una caución equivalente a la prestación que se autoriza a anticipar²².

7.2. EL PROCESO NO PUEDE CAUSAR DAÑO A UNA DE LAS PARTES

También concurre a justificar la constitución de una caución en los términos antes explicados, la necesidad jurídica de evitar que el proceso judicial pueda convertirse en un instrumento que termine causando daño a una de las partes²³.

Como bien lo expresa MONROY PALACIOS, “si el propósito ideal del proceso es la solución del conflicto de intereses, ello sólo será posible cuando del proceso se obtenga una solución definitiva sobre el fondo (pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada) y eficaz. Es decir, para utilizar términos de CHIOVENDA, que quien tenga la razón alcance todo aquello que según el derecho material merece y que, ante una negativa de cumplir espontáneamente con el precepto judicial por parte del sujeto perdedor; el órgano jurisdiccional pueda, a través del *ius imperium*, hacer

²² En la jurisprudencia del CPC, la Corte Suprema ha admitido de oficio un recurso de queja en contra de una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que al fijar la cuantía de la caución no respetó la conmutatividad entre lo que se garantiza y la prestación que puede recibir el vencedor. Desestimada la tesis del informe evacuado por los ministros recurridos, en orden a que no existe norma legal que los obligara a fijar una caución equivalente, la máxima autoridad judicial señaló todo lo contrario. Sobre el particular, los considerandos más relevantes señalan: “2°. Que la fianza de resultas prevista en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, debe cumplir una función de garantía efectiva, por lo que su cuantía ha de ser acorde y suficiente para asegurar la responsabilidad en los posibles perjuicios que puedan producirse con la ejecución de una resolución, en caso de que se altere total o parcialmente lo ejecutado en forma provisional”; “3. Que, consecuentemente disponer caucionar la restitución de la suma que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, ordena pagar, con una fianza de \$ 1.000.000, trae consigo que esta cantidad resulte exigua; imprudente y poco equitativa si se considera la posibilidad de que la resolución que se esté ejecutando sea anulada, debiendo preverse que es posible causar un perjuicio irreparable, ya que con esa suma de dinero no puede estimarse que se tendrá asegurada, aun en una mínima parte, la restitución de lo pagado en caso de que su recurso fuere acogido y si bien el monto de la fianza no se encuentra establecido por el legislador, debe tener cierta relación de proporcionalidad con aquello que se pretende caucionar, pues de otro modo se desnaturaliza o pierde su carácter cautelar, de modo que la actuación de los magistrados constituye falta o abuso grave y debe ser subsanada por este tribunal, en uso de sus facultades disciplinarias” CS. 15 de mayo de 2006, Chilexpress S. A., MJJD 286.

²³ Esta máxima cuenta con un reconocimiento desde antiguo, resultado elocuente es la siguiente regla atribuida a ULPIANO: “es más atroz la injuria cuando es cometida en presencia del juez; es decir, sirviéndose del proceso judicial (*atrocior est injuria, si conspectu iudicis facta est*) (D. 47.10.7.8).

cumplir la decisión, sea a través de medidas coercitivas (*v. gr.* multas, astreintes, etc.) o de ejecución forzada”²⁴.

El temor a que el proceso efectivamente ocasione un daño por el diseño probabilístico que ya hemos explicado, está lejos de ser una disquisición teórica. En la práctica son varios los casos de sentencias que en el sistema actualmente vigente han sido revertidas por la Corte Suprema, pero el recurrente victorioso en casación nunca ha podido restablecer su situación o recuperar el crédito que le fue ejecutado provisionalmente, simplemente por no haberse fijado por la Corte de Apelaciones respectiva una fianza equivalente a la prestación anticipada²⁵.

No sabemos si este dato estadístico ha sido ponderado por los redactores del Proyecto, o si se limitaron elaborar su propuesta dentro de la coherencia ideológica que subyace en la Reforma al proceso civil, donde el vencedor de primera instancia rompe todo el equilibrio con su contraparte.

VIII. EL OFICIAL DE EJECUCIÓN

8.1. PANORAMA ACTUAL

Como se anticipaba, el sistema de ejecución de común aplicación, y de un modo especial, el previsto para la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, descansa en la introducción de la figura del oficial de ejecución.

Atendido que hasta la fecha no aparece el estatuto de esta nueva figura, los reparos y la preocupación que se pasa a formular se hace considerando lo pocos elementos que sobre el particular se han dado a conocer.

En primer lugar, se debe llamar la atención que este cambio es uno más de los que surgen de la invocación de la palabra que se ha convertido en un talismán de la reforma, *la desjudicialización*. En efecto, sin una discusión profunda algunos han aceptado como lugar común que el juicio ejecutivo hay que “sacarlo de los tribunales”, atendido que estadísticamente sólo sirve para favorecer a los bancos y a las empresas de *retail*.

²⁴ MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ, “Panorama actual de la justicia civil”, en *Proceso Civil*, *op. cit.*, p. 102.

²⁵ Sobre lo anterior, resulta ilustrativo lo señalado por el Ministro de la Corte Suprema, don Patricio Valdés Aldunate, el 4 de junio de 2012, en la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Dentro de su análisis sobre el Anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil, en el tema que aquí interesa, afirmaba que la ejecución anticipada de una sentencia declarativa deja a riesgo los derechos del vencido, cuando hay recursos de casación pendientes, como le enseña su experiencia judicial diaria. Según este Ministro, esto se ve día a día en la casación en la forma y en el fondo, cuando no se fijan o se fija fianzas de resultados que son, la verdad mínimas, al extremo que, en su experiencia, cuando se cumplió la sentencia es prácticamente imposible revertirla. La exposición está registrada en el Acta de Sesión Especial, H. Cámara de Diputados del día lunes 4 de junio de 2012 – 15:00 a 17:00 hrs.

En este anhelo se nos olvida que si hay un tema donde se aprecia que los jueces pueden actuar evitando excesos es el ámbito de la ejecución, actividad que durante mucho tiempo había sido realizada en la persona del deudor. En otras épocas, el acreedor podía utilizar un verdadero poder de coacción física en contra del obligado, en términos que era lícito poder venderlo como un esclavo o incluso llegar a matarlo²⁶.

La *patrimonialización* de la ejecución debió esperar largo tiempo. El juicio auténticamente ejecutivo, con desposeimiento de los bienes del deudor para garantizar al acreedor la satisfacción de las deudas, es un aporte del derecho común²⁷. El rigor del proceso de ejecución, reduciendo la prisión por deudas a una mínima expresión ha sido también una expresión de mayor humanización²⁸.

Por su parte, para entender la propuesta de cambio que busca implementar la Reforma, es conveniente recordar que el problema de la ineficacia del juicio ejecutivo en nuestro país no es nuevo. A las atenuaciones forenses que se habían introducido al juicio ejecutivo aplicable

²⁶ Un pasaje de Aulio Gelio en las *Noctes Atticae* puede resultar ilustrativo acerca del sistema de ejecución contemplado en la ley de las XII Tablas, en Roma. Allí se narra que el ganador podía tener al condenado encadenado o atado durante sesenta días; como derechos del condenado se regulaba el peso de las cadenas o de las ligaduras (no superior a 15 libras) y la cantidad de alimento diario que debía suministrársele (no inferior a una libra de pan de harina de trigo), a menos que el prisionero se mantuviera por sí mismo; durante esos sesenta días debía llevarlo al comicio en tres días sucesivos de mercado y allí proclamar en público la existencia de la deuda y su entidad. Transcurridos los sesenta días se completaba la *manus iniectio*, el ganador podía venderlo como esclavo o darle la muerte en un país extranjero más allá del Tíber (En esta transcripción hemos seguido a VOLTERRA, EDUARDO, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid: Civitas, reimp. 1991, pp. 229-230). Otros antecedentes cfr. SOZA RIED, M^a DE LOS ÁNGELES, "El procedimiento concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, U.C. Valparaíso, XX, 1998, pp. 14. En el *Liber iudiciorum* del Derecho Visigodo uno de los medios que tenía un deudor para liberarse del severo castigo que podía aplicarle el acreedor, era el derecho de refugio en las iglesias. En dicho cuerpo legal se reglamenta la entrega del deudor por los presbíteros al acreedor, ello siempre que el acreedor lo pidiera pacíficamente al presbítero o diácono de la iglesia que sirviese de refugio a aquél. En la entrega se procuraba que el acreedor delante del presbítero, como una medida humanitaria y generosa, concediera un nuevo plazo al deudor y lo dejara ir, esto es, lo librara y no lo llevara preso ni lo hiriera. Este sistema corresponde a la época del procedimiento formulario, el que evolucionó luego hacia otros mecanismos para lograr la ejecución. (Sobre el tema cfr. HANISCH ESPINDOLA, HUGO, "El desarrollo y la evolución del procedimiento ejecutivo en el derecho romano", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N^o 9, 1983, pp. 9-23).

²⁷ Cfr. LÓPEZ ORTIZ, JOSÉ, "El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista", en *Anuario de Historia de Derecho Español*, t. XIV, Madrid, 1942-1943, p. 221.

²⁸ En Chile, por aplicación de la legislación castellana, la prisión por deudas era –en el texto de la ley– un mecanismo inseparable del juicio ejecutivo, aunque algunos estudios advierten la separación que existía entre norma y realidad. En efecto, en una contribución al estudio de la práctica del juicio ejecutivo en la capitanía general de Chile, DOUGNAC RODRÍGUEZ sostiene que la prisión por deudas se fue moderando a través de diversos arbitrios que favorecían al ejecutado, quizás porque la situación económica de Chile fuera siempre insegura y no todos los morosos lo fueran por culpa exclusiva suya (Cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, "Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, N^o 7, 1978, p. 108.

durante la vigencia del derecho castellano, aparece al comienzo de la República la reacción que llevó a que una de nuestras primeras leyes patrias fuera la de juicio ejecutivo, nos referimos a la denominada Lei Mariana de 8 de febrero de 1837. Su justificación se debía a la existencia de un conjunto de malas prácticas cotidianas, que la nueva normativa quería erradicar. En lo que interesa, la motivación explicitada por el legislador fue la siguiente: “Atendiendo a que el orden de procederse que se observa en el juicio ejecutivo i sus incidencias reclama una reforma pronta i acomodada a nuestro estado presente, que proteja la buena fé, haga efectivo el cumplimiento de los contratos, i facilite la consecución de los derechos por la brevedad con que deben espedirse los jueces (...)”²⁹.

Ese recio mecanismo de coerción no duró mucho tiempo, ya que la prisión por deudas sería suprimida de un modo general en el gobierno de José Joaquín Pérez, por la Ley de 23 de junio de 1868. Tal modificación –según Vergara Salvá– fue influenciada por la discusión que sobre la abolición de los apremios personales se libró en Francia en esa misma época, especialmente en relación con la prisión del fallido en un proceso de quiebra³⁰. Esta reforma tiene enorme relevancia en materia de juicio ejecutivo, ya que suprimió de nuestra legislación la prisión por deudas como mecanismo de apremio general, destinado a compulsionar al deudor a cumplir sus obligaciones.

Al igual que en otros países también en Chile sólo con la codificación decimonónica se logró separar con éxito el proceso civil del penal,

²⁹ La referida ley constaba de ciento cincuenta artículos, y trataba tanto de la ejecución singular (juicio ejecutivo) como la universal (declaración de quiebra). La ley de juicio ejecutivo de 1837 regulaba en el artículo 6º como elementos de la esencia del mandamiento de ejecución y embargo los siguientes: “Este mandamiento contendrá la orden: 2º De que, si el deudor no diere fianza de saneamiento en acto continuo de haberse hecho la traba, sea conducido a una prisión; 3º De que, si el deudor no tuviere bienes que le sean embargados, o los que se encontraren no fueren bastante a juicio del ejecutor para cubrir el pago decretado, sea conducido a una prisión” (...). El deudor podía liberarse de la prisión si un tercero rendía a su favor una fianza de saneamiento o si el ejecutado no exigiere la prisión del deudor, salvo algunas hipótesis en las que procedía siempre la prisión (arts. 7, 8 y 9). Después de seis meses de hallarse preso el deudor podía pedir que se le declarase por insolvente inculpable, y que se le admitiera prueba en que justifique su demanda (art 60). Nuestra ley Mariana de 1837 fue draconiana e igualitaria, disponiendo que “la prisión por deudas tendrá lugar contra todo deudor, cualquiera que sea su clase o fuero”, salvo cuatro excepciones: las mujeres (salvo algunas contraexcepciones), los Senadores y Diputados (A menos que la Cámara o en su receso la Comisión Conservadora, no haya autorizado previamente la prisión), los Intendentes y Gobernadores, y los deudores ejecutados por su consorte o parientes” (art. 23).

³⁰ Esta ley de 1868 estuvo precedida de dos proyectos. El primero del diputado por La Serena don Pedro Félix Vicuña, del 10 de junio de 1865, y el segundo, de la moción del senador por Santiago, don Melchor de Santiago Concha, presentada en el Senado el 28 de junio de 1867. Este segundo intento fue el que en definitiva se convirtió en ley (Sobre la génesis y debate parlamentario, cfr. VERGARA SALVÁ, JUAN DE DIOS, “¿Subsisten en el estado actual de nuestra legislación las disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto preventivo del fallido y a la fianza exigible en subsidio?”, en *Revista Forense Chilena*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1889, t. V, pp. 455-469). Dicho cuerpo legal derogó todas las hipótesis de prisión por deudas existentes hasta esa fecha, dejándola subsistentes sólo en cuatro casos.

otorgando a cada uno sus propios mecanismos de apremio. Antes de este hito no existía una clara diferencia ni entre ilícito civil y penal, ni en los objetivos de cada proceso. En su esencia, el Código de Procedimiento Civil terminaría por erradicar –de un modo general– la antigua creencia que estimaba que el incumplimiento de una obligación era equivalente a la comisión de un delito, dejando como única hipótesis de apremio personal la del artículo 543 del CPC, para obligaciones de hacer.

Ahora, en sus más de cien años de vigencia, el actual proceso de ejecución se ha hecho ineficiente, salvo respuestas particulares dadas para la protección de ciertos tipos de instituciones o créditos (prendarios o hipotecarios). Quién puede negar que los acreedores, hace bastante tiempo, no cuentan con un mecanismo para lograr el cumplimiento de las obligaciones que constan en un título ejecutivo. La demora de este proceso es francamente inaceptable. La introducción y tolerancia forense de malas prácticas del proceso ejecutivo de aplicación general han contribuido a su desprestigio, salvo para los deudores de mala fe.

Tema diverso es si resulta correcto dar un giro tan radical, cuando nunca se ha abordado la introducción de un auténtico proceso de ejecución en sede jurisdiccional. Las reformas, durante más de un siglo de vigencia, se han encaminado a temas puntuales, salvo la que creó la singular figura de la mal denominada “sentencia ficta”, a través de la cual se permite ejecutar a un deudor que no opuso excepciones (art. 472 CPC).

Tampoco parte de la judicatura está libre del descalabro del proceso de ejecución. Abundan los casos donde algunos jueces han optado por morigerar los efectos de un proceso auténticamente ejecutivo, sin importar que éste sea desnaturalizando en su esencia³¹. En la misma línea, la utilización abusiva del incidente de nulidad de todo lo obrado, ha sido otro instrumento utilizado por los ejecutados para promover cuestiones de fondo, retardando remates por cuestiones que son nimias, entre tantos ejemplos de malas prácticas.

Por su parte, el proceso ejecutivo del CPC contiene un régimen tan amplio de excepciones que lo hace más un proceso declarativo que uno ejecutivo. La sola interposición de la ridícula alegación de las “quitas o esperas” ha sido una delicia para cualquier deudor que quiera fabricarse una dilación en el cumplimiento de sus obligaciones.

³¹ Una manifestación nítida de esta actuación se aprecia en la aplicación del juicio ejecutivo de la Ley General de Bancos. No obstante la clara intención del legislador de restringir ciertos derechos al ejecutado en este procedimiento, especialmente el derecho a oponer excepciones o a deducir recursos, en la jurisprudencia se advierte la admisión del incidente de nulidad como un auténtico medio de impugnación, permitiendo que los ejecutados, *contra legem*, atenúen el rigor de la enajenación forzosa. Tal nulidad se fundamenta en el principio de la trascendencia o del perjuicio, y con ello se busca evitar, por ejemplo, que el deudor no sea perjudicado con una tasación del bien raíz que no refleje su verdadero valor.

Tampoco hemos perfeccionado el sistema de embargo³², ni los mecanismos de apremio que podrían utilizarse por los jueces en un proceso ejecutivo para hacer cumplir con una determinada prestación³³. Existe una gran deficiencia en el sistema de búsqueda de bienes, siendo inexistente el juramento de manifestación que podría exigirse al deudor³⁴.

Qué decir de la forma de realización de bienes. Está llena de formalismos injustificados que no se ajustan a los requerimientos de los tiempos comerciales modernos.

Todos estos defectos, que solo se enuncian a modo muy general, pretenden ser solucionados con la *desjudicialización*, palabra talismán que se invoca para la búsqueda de redención de los acreedores mediante la actuación de los oficiales de ejecución.

8.2. LA LEY DEL PÉNDULO

El nuevo modelo de ejecución está inspirado en el sistema Francés, que cuenta con el denominado *huissier*³⁵. A ese país se han dirigido funcionarios del Ministerio de Justicia y asesores legislativos, en diversas oportunidades, para estudiar *in situ* este producto que pretende ser introducido como un pilar de la Reforma³⁶.

³² Sobre el tema, entre otros, GONZÁLEZ VIDAL, ALBERTO, "Las medidas conservativas como parte integrante de la estructura del embargo", en RCHD^o, vol. 37, N° 1, 2010, pp. 99-121.

³³ Se trata de un elenco de medidas conminatorias que en algunos ordenamientos puede adoptar un juez para obtener el cumplimiento de las obligaciones, conocidos genéricamente con la expresión francesa de "astreinte". El tema ya fue advertido y reclamado por FUEYO LANERI, FERNANDO, "Las astreintes", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 497-534.

³⁴ Como suele ocurrir en nuestro derecho en más de un tema, este privilegio sí lo tiene el Fisco. En el inciso final del artículo 171 del Código Tributario, a propósito del embargo en el juicio ejecutivo para el cobro de las obligaciones tributarias de dinero, se dispone que "para facilitar estas diligencias [de embargo], los recaudadores fiscales podrán exigir de los deudores morosos una declaración jurada de sus bienes y éstos deberán proporcionarla. Si así no lo hicieren y su negativa hiciera impracticable o insuficiente el embargo, el abogado provincial solicitará de la Justicia Ordinaria apremios corporales contra el rebelde".

³⁵ La figura incluso aparece en la literatura francesa, especialmente en la vida de Honoré de Balzac. Este en algún minuto ya no sabe cómo librarse de sus acreedores. Se cuenta que no había oficial de justicia en París que no tuviera una orden de embargo contra él, pero ninguno consigue encontrarse cara a cara con él.

³⁶ En un editorial del Instituto Chileno de Derecho Procesal, de 30 de abril de 2012, se anticipa la relevancia que tendrá esta figura, al expresar que: "Uno de los ejes importantes y más novedosos del Proyecto de Código Procesal Civil, consiste en la desjudicialización de la ejecución, introduciéndose la figura del Oficial de Ejecución como agente central de la actividad ejecutiva. La experiencia histórica del Oficial de Ejecución, con atisbos en el derecho romano y fuerte desarrollo en Europa a partir de la baja edad media hasta nuestros días, con sus luces y sombras, ha parecido al Ejecutivo un modelo probado, exitoso y perfectamente compatible con nuestro sistema procesal. El proyecto asume que las fases de "conocimiento" y "juzgamiento" son las que en esencia constituyen la función jurisdiccional y por ende requieren estar a cargo del Juez como figura central de esa función, pero no ocurre lo mismo con los "actos materiales" tales como la realización de bienes, bases de subastas y liquidaciones de créditos, que no son propiamente jurisdiccionales y que en rigor escapan de la esencia de la función.- Entre las funciones que estos Oficiales cumplen en

Su existencia también se verifica en otros países: Israel, Azerbaiyán, Finlandia, Alemania, República Checa, Lituania, Estonia, Letonia y algunos de la Federación Rusa.

Ahora, como el Proyecto no clarifica, ni acompaña la normativa orgánica que tendrá este funcionario, surgen dudas acerca de la naturaleza que se le puede asignar a esta función: (i) si dentro de un servicio público; (ii) como un auxiliar de la administración de justicia; (iii) como un simple particular, cuya retribución quede dejada al sistema de mercado.

La opción por su naturaleza netamente privada debe ser evaluada con todo rigor, atendido que como cualquier profesión liberal, deberá responder frente a sus clientes, esto es, acreedores que lo contratan agobiados por la necesidad de lograr el pronto cumplimiento de las obligaciones que un deudor no satisface.

También, si se trata de un privado, su gestión podría ser contratada a resultado, generando un incentivo para recuperar los créditos que se creían incobrables. En esta misma línea, también tendrá derecho a promover sus servicios frente a sus pares, demostrando porqué ha llegado a ser conocido como el “más eficaz oficial de ejecución de la plaza”.

En el otro extremo, si se trata de funcionarios públicos se corre el riesgo de una burocratización de la ejecución.

A nuestro entender, la introducción de este funcionario atenuará, cuando no suprimirá, las garantías jurisdiccionales de la ejecución. Sin perjuicio de reconocer que existen diversos modelos de ejecución en el derecho comparado, en nuestro ámbito esta actividad se ha caracterizado siempre por un férreo control judicial, desde su comienzo y hasta la finalización de la misma.

Es el juez, como funcionario del Estado, el que previo estudio jurídico de los presupuestos de la ejecución para que se realicen actos coactivos sobre el patrimonio de un deudor, para intentar satisfacer una pretensión cuya existencia consta en un título ejecutivo.

En esta actividad el Estado actúa por medio de un juez, quien se coloca –ficticiamente– en lugar del deudor ejecutado y a instancia del acreedor realiza aquellas acciones que cualquier deudor diligente haría por sí mismo, si efectivamente quisiera restablecer el desequilibrio patrimonial que su incumplimiento le produce al patrimonio del acreedor.

el derecho francés, interesante de ser considerada, está la del cobro amistoso de créditos judiciales y extrajudiciales, particulares y estatales, con posibilidad de incentivar renegociaciones, realizaciones voluntarias de bienes y otros acuerdos entre acreedor y deudor. Este rol de verdadero “mediador”, inexistente en nuestro medio, parece profundamente necesario como medio de humanizar la ejecución. “Ejecutar” no es “ajusticiar” al deudor, sino permitir la efectividad del derecho por medio de la jurisdicción, sin olvidarse de su vocación pacificadora.– Corresponderá a nuestras autoridades ejecutivas y legislativas diseñar una institucionalidad sólida que prestigie desde su origen la actividad del futuro Oficial de Ejecución, de manera que sea percibido y respetado por los ciudadanos por la utilidad de sus funciones, por su sólida preparación técnica y por su honestidad, eficiencia y responsabilidad.

En la regulación propuesta se cambia todo lo anterior. La ejecución comenzará con una declaración privada del derecho.

El problema de fondo, más allá de la posibilidad de oponer excepciones ante el juez o de solicitar la orden de no innovar para la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, es entregar el inicio de esta actividad a personas que objetivamente tienen un interés pecuniario en ello. Tal opción puede facilitar que algún oficial de ejecución no quiera perder la chance de iniciar este proceso, cuando por la cuantía tenga en frente a un tema patrimonialmente interesante.

Aunque la intervención de un juez en un proceso de ejecución admite grados, en el sistema chileno vigente se cuenta con la garantía que el juez actúa como un tercero imparcial, asumiendo el desinterés objetivo que caracteriza a la actividad jurisdiccional. Con la introducción del oficial de ejecución, claramente, se sobrepasará tal límite, atendido que la ejecución será decretada por un tercero que tiene interés pecuniario en obtener un buen resultado.

Si para salvar lo anterior se le diera al oficial de ejecución el carácter de funcionario público, ello llevaría al surgimiento de un nuevo juez (*el que despacha la ejecución*). Dicha actuación será controlada luego por un juez civil ordinario ante el que se oponen las excepciones. De cara a lo anterior, cabe preguntarse si no será mejor mantener que el inicio de la ejecución quede en manos de un juez, encargando al oficial de ejecución todo aquello que la palabra talismán de la Reforma, la *desjudicialización*, justifique de verdad. De este modo, tanto el acreedor como el deudor contarán para el debate de lo estrictamente jurisdiccional con lo que siempre se ha entendido como un juez: un tercero imparcial.

¿Quién garantizará y responderá cuando el oficial de la ejecución traspase los límites que conforman la órbita jurídica patrimonial del deudor?

¿Qué pasa si se extravía el título o se incendia la oficina del oficial de ejecución?

¿Qué responsabilidad tiene el Estado, si un oficial de ejecución se apropia y distrae los fondos que recibe en pago de una obligación?

En un tema tan delicado como la ejecución, nos parece, no se puede actuar con liviandad, traspasando a particulares una actividad que necesariamente implica la invasión por terceros a la esfera individual de las personas. Cuando no hay un poder visible que efectivamente ponga los límites, como entendemos que es la tarea de la judicatura, la mano invisible del mercado podría llevar a desatar un conjunto de pasiones inherentes a todo ser humano, que con el fin de cobrar un crédito se actúe en forma parcial, con ánimo de venganza, dando rienda suelta a la codicia. El Estado tiene el deber de promover el bien común, encausando a través del Derecho los posibles excesos. Ser deudor de una obligación no puede llevar a que las personas no sean tratadas con dignidad.

Por lo mismo, una reforma de esta magnitud no debe ser motivada sólo por datos empíricos y la eficacia que se quiere dar al cobro de los créditos. Actuar con liviandad en este tema puede generar un auténtico *leviatán jurídico*, de impensadas consecuencias en el contenido de varios derechos fundamentales de las personas, como lo son la propiedad, el debido proceso, la honra y la intimidad.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE NUEVO CPC*

DIEGO PALOMO VÉLEZ
*Profesor de Derecho Procesal,
Universidad de Talca*

Este artículo aborda uno de los institutos procesales más ambiciosos que recoge el Proyecto de nuevo CPC, cual es la ejecución provisional de las sentencias, que se convierte en un mecanismo que pretende cambiar radicalmente la situación vigente, rebajando los tiempos de una respuesta jurisdiccional efectiva. Junto con realizar una explicación general del modelo en el cual se enmarca esta propuesta específica, damos cuenta de los aspectos fundamentales sobre los cuales se levanta la regulación que se propone, para terminar con el planteamiento de algunas consideraciones que advierten sobre algunos riesgos o peligros que puede entrañar la asunción de un instituto como éste sin los resguardos que la razonabilidad y la experiencia acumulada en otros países exigen.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: ORALIDAD, EFICIENCIA Y EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS

Con el ingreso del Proyecto de nuevo CPC al Congreso Nacional se asume (en rigor, se reasume) el desafío de comenzar a satisfacer la tarea pendiente de la reforma a la Justicia civil, que corresponde afrontar para consolidar el proceso de mejoramiento del sistema procesal.

* En las referencias que se realizan en este trabajo a la situación de la ejecución provisional en la normativa española nos valemos de nuestro trabajo publicado el año 2006, junto al profesor Rafael Hinojosa. Véase: PALOMO, D., HINOJOSA, R., "La apuesta de la nueva LEC española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias". *Revista Ius et Praxis*, U. de Talca, N° 2, 2006.

En efecto, en los últimos años el sistema procesal nacional ha experimentado una serie de reformas que han buscado cambiar el rostro a una Justicia que progresiva y peligrosamente, con el paso de los años y la perpetuación de un modelo agotado, estaba perdiendo las cuotas de confianza que desde la ciudadanía eran requeridas.

Los cambios fueron iniciados a comienzos del presente siglo, en el sistema jurisdiccional penal, con la instalación del mecanismo del juicio oral, y han seguido con la jurisdicción de familia y laboral, dónde la decisión procesal central también estuvo dada por la asunción de un modelo de proceso por audiencias, al cual se le reconoce una serie de ventajas por sobre lo que ofrecía el modelo escriturado, en especial desde la perspectiva del acceso de los ciudadanos a la Justicia y la obtención de mayores grados de eficiencia.

Como se puede constatar, todas las reformas aludidas han asumido como idea fundamental para la mejora del funcionamiento de la Justicia la conveniencia de adoptar la oralidad como forma protagonista del nuevo sistema, la que se ha instalado como la mejor fórmula para enfrentar los problemas que aquejan a la Justicia.

Es en este contexto y con estos precedentes que se recoge el desafío de trabajar en una reforma a la Justicia civil, que muestra al día de hoy un escenario afectado por una grave obsolescencia (con un Código vigente desde 1903), situación especialmente delicada si se considera que estamos haciendo la referencia al sistema procesal general y supletorio de todos los demás.

Tras no pocos años de discusión, debate y un Proyecto frustrado, en marzo del presente año, bajo el Gobierno del Presidente Piñera, se ingresa a tramitación ante el Congreso Nacional un Proyecto de nuevo CPC (Mensaje N° 432-359, 12 de marzo de 2012)¹. Trátase, nuevamente,

¹ Al asumir el Presidente Piñera el año 2010, toma la reforma a la Justicia civil como uno de los objetivos de su Gobierno, para lo cual instruye avocarse prioritariamente a la revisión del proyecto ingresado. Para ello el ministro de justicia de la época (Bulnes) trabajó, durante casi un año y medio, en reuniones semanales, con una Comisión Intraministerial (integrada por tres reconocidos profesores de Derecho Procesal), que revisó, perfeccionó y brindó coherencia al Proyecto de 2009. Este trabajo luego fue revisado y complementado, en sucesivas entregas, por un Consejo Asesor de la reforma, integrado por destacados académicos de las principales Universidades del país y representantes del foro, perfeccionándose y quedando en condiciones de ser ingresado para su tramitación en el Congreso Nacional. Para ser rigurosos hay que anotar que el trabajo prelegislativo se remonta al año 2005, en la cual comienza a trabajar el Foro Procesal Civil sentando las bases generales y principios del nuevo sistema. Realizado este trabajo, el Ministerio de Justicia de la época encarga a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile la redacción de un Anteproyecto de CPC, basándose en el trabajo efectuado. Sobre este punto, y a la vista de algunas opiniones que en el último tiempo han reivindicado las virtudes del actual modelo procesal civil al cual sólo cabría realizarle algunos ajustes, cabe señalar que desde un comienzo existió el consenso respecto de que no bastaba con concordar reformas parciales, siendo inesquivable realizar una reforma sistemática e integral, adoptando los principios y modelos que la mejor doctrina había venido postulando desde hace más de un siglo. Pues bien, el Anteproyecto

de un proyecto que toma partido por la fórmula del predominio de la oralidad², al hilo de lo que ya se había probado en modelos extranjeros que se consideran de referencia, como el español³. Desde el modelo de proceso por audiencias, la oralidad y sus reglas conexas (inmediación, concentración y publicidad) aparecen contempladas con un rol que viene a ser preponderante a la hora de lograr efectivamente no solamente una nueva Justicia, sino que sobre todo una mejor Justicia, con un diseño acorde a los requerimientos que los ciudadanos hoy plantean⁴.

Se persigue dar vuelta la página respecto de una de las características que más ha marcado el deficiente desempeño del actual sistema de Justicia civil, la escrituración. Es que para el correcto planteamiento de esta cuestión, lo primero que hay que tener claro es que la opción por la escrituración no ha consistido sólo en la opción por la forma en que se van a comunicar los intervinientes en el marco del proceso. El modelo escriturado ha implicado una serie de consecuencias ligadas que han afectado seriamente el adecuado funcionamiento del sistema en general, entre ellas: complicación procedimental, formalismo, lentitud estructural, ausencia de intermediación judicial (delegación), dispersión procesal, proliferación de incidentes, problemas de acceso a la justicia, entre otros problemas⁵.

Es este escenario procesal el que se pone hoy a disposición de los ciudadanos en el orden jurisdiccional civil. Como lo hemos dicho en otros sitios, la estructura escrita del proceso se ha convertido en la verdadera piedra de tope a las posibilidades de mejora de la Justicia, haciendo fracasar todo intento de cambio parcial. Urgía ocuparse de la eficiencia hace rato extraviada en esta sede, al hilo de lo que se ha venido planteando desde la doctrina procesal moderna y teniendo como referencia lo que otros países ya han realizado con razonable éxito.

Últimamente la cuestión de la búsqueda de la eficiencia en la Justicia ha sido ligada con la mejora en los tiempos de duración de los procesos que, con el sistema vigente, no cumplen con un estándar que sea

servió para que el Foro trabajara pormenorizadamente, en un texto que se transformaría en el Proyecto ingresado al Congreso Nacional en el mes de mayo del año 2009, bajo el Gobierno de la ex Presidenta Bachelet. Este proyecto luego es reemplazado por el actual.

² La propuesta se levanta sobre la fórmula del proceso por audiencias, donde tras una fase de alegaciones que se contempla escrita (la demanda, la contestación y la eventual reconvencción siguen siendo actos escritos), se sigue con dos audiencias fundamentales: la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, con los contenidos propios que se les reconoce en este modelo. Tras lo cual, corresponderá la dictación de la sentencia definitiva.

³ Véase: PALOMO, D., *La oralidad en el proceso civil: el nuevo modelo español*. Santiago, Ed. Librotecnia, 2008.

⁴ Véase: DE LA OLIVA, A., PALOMO, D. (Ed.), *Proceso civil: Hacia una nueva Justicia civil*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007; PALOMO, D., *Reforma procesal civil: oralidad y poderes del juez*. Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2010.

⁵ Véase: PALOMO, D., "Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno". *Revista Chilena de Derecho*, P. Universidad Católica de Chile, Vol. 36, N° 3, 2009, pp. 363 y ss.

razonable, reflejándose claramente en la lentitud con la que el modelo termina brindando respuesta a los justiciables en el orden jurisdiccional civil, debiendo pasar varios años para una respuesta jurisdiccional eficaz⁶. De este modo, el eslogan principal de esta reforma (al igual que ocurrió con las reformas a la Justicia de familia y laboral) ha estado centrado muy preponderantemente en hacerse cargo, a partir de la opción por la oralidad, de la búsqueda de una mayor eficiencia enfocada desde la perspectiva del factor tiempo, secuestrado por un modelo escriturado que se levanta desechando la concentración y que renuncia en buena medida a la posibilidad de acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz⁷.

Es en este contexto y frente a este objetivo vinculado al logro de mayores grados de eficiencia en la justicia civil que reivindica la reforma procesal en comento, que cobra especial protagonismo y pertinencia el debate sobre conveniencia o necesidad de la incorporación de un instituto procesal como la ejecución provisional de las sentencias⁸, respecto de la cual los autores, especialmente fuera de nuestras fronteras, han intentado definir y precisar los distintos aspectos que la configuran, léase su naturaleza jurídica, sus fundamentos, sus características, sus objetivos, sus presupuestos, su procedimiento y sus efectos⁹, advirtiendo en general sobre una cuestión que no debiera sorprender a nadie: cada país que recoge este instituto lo asume dándole la configuración, requisitos y lími-

⁶ Véase: CARPI, F., ORTELLS (Ed.), M., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia, Universidad de Valencia, Vol. I y II, 2008.

⁷ Con todo, es nuestro parecer que la búsqueda de una mayor eficiencia en la Justicia civil no debe agotarse en mejorar los índices o las estadísticas del factor tiempo, pues muchas veces la prisa puede esconder un deficitario desempeño en cuanto a otro de los aspectos que no debemos perder de vista jamás: la calidad del servicio justicia y del producto de la jurisdicción. En otras palabras, por sobre todas las cosas la apuesta por la oralidad, la concentración procesal y la inmediación judicial deben estar dirigidas a la configuración de un modelo más razonable y serio. En efecto, un modelo de proceso por audiencias que se sostenga fundamentalmente con estas características apuesta especialmente por la recuperación de la seriedad objetiva en el ejercicio de la función jurisdiccional, y se manifiesta, entre otras marcas distintivas, en el temprano y directo contacto del juez con la controversia, las partes y sus abogados, contacto que el mismo modelo fuerza en una más razonable configuración del trabajo a realizar, revalorizando de paso la importancia de la actividad central de todo proceso: la prueba.

⁸ Cabe realizar una precisión. Cuando aludimos a la incorporación del instituto de la ejecución provisional de las sentencias, hacemos referencia a la aplicación de este instituto a las sentencias de primera instancia. En rigor, no se trata de un instituto completamente ajeno a nuestro sistema, dado que está previsto con algunas manifestaciones, especialmente en relación al recurso de casación que, como sabemos, por regla general, no suspende el cumplimiento de lo resuelto (art. 773 del CPC). Ahora bien, en este caso, ha antecedido un juzgamiento realizado en dos instancias. Véase: MENESES, C., "La ejecución provisional en el proceso civil chileno". *Revista Chilena de Derecho*, P. Universidad Católica de Chile, Vol. 36, Nº 1, 2009.

⁹ Especialmente véase: CABALLOL, L., *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1993; CARPI, F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milán, Ed. Giuffrè, 1979; GOZAÍNI, O., "La ejecución provisional en el proceso civil", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº 3, 1998.

tes que considera compatibles con su propia realidad judicial, trayendo a colación tres criterios que deben orientar al legislador en esta clase de decisiones, cuales son, la razonabilidad, la posibilidad y la utilidad. Ya lo hemos planteado en otros lugares: el nuevo modelo procesal debe aprovecharse de las marcas que se derivan de esta apuesta formal (basada en la oralidad), pero debe evitar caer en excesos (puramente doctrinarios, poco conscientes de la realidad). Es esencial que en las etapas que siguen en este proceso de reforma, especialmente en sede de tramitación parlamentaria del proyecto, se tenga perfectamente claro que no basta con el diseño de modelos procesales abstractos que resulten perfectos a la luz de las exigencias de la dogmática, sino que con bastante más pragmatismo y realismo se deben dirigir los esfuerzos a la consecución de un mejor modelo procesal civil que resulte practicable y no una experiencia que al poco tiempo evidencia una importante distancia entre lo previsto y dispuesto por el texto legal y la aplicación del mismo por parte de los intervinientes del proceso.

Pero dejando a un lado de momento estas consideraciones y advertencias, y también en la línea de contextualizar adecuadamente la explicación de la propuesta en relación con la ejecución provisional de las sentencias condenatorias, y en la dirección de encontrar razones que brinden sustento o plataforma a la misma, creemos que no puede perderse de vista una cuestión que en el plano de lo ideal (que como ya lo apuntamos no siempre resulta posible de alcanzar en la obra humana, en este caso legislativa, por muy buenas que sean las intenciones) resulta muy decisivo, cual es, que el Proyecto de nuevo CPC recoge un modelo procesal civil que bien implementado y dotado de los recursos necesarios (materiales y humanos) y bien regulado en cuanto a las responsabilidades, límites y deberes de los jueces y las garantías procesales de los intervinientes debiera contemplar como una de sus virtudes principales el reforzamiento de la seriedad objetiva del enjuiciamiento realizado en la primera instancia¹⁰.

En efecto, sobre la base de la introducción al proceso civil de la oralidad, la intermediación judicial efectiva, la concentración procesal, y de la nueva estructura formal que asume el procedimiento, se aspira al mejor funcionamiento posible de los tribunales de esta jurisdicción y así mejorar la imagen de una Justicia civil que muchas veces, para las personas, puede parecer lejana o poco interesada en los asuntos que debe conocer y resolver. De este modo, y con una fórmula cuyas marcas ya son características de los modelos (predominantemente) orales, se apues-

¹⁰ Un modelo procesal civil oral y concentrado apuesta por una recuperación de mayor seriedad objetiva en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que se manifiesta –entre otras características– por el temprano contacto del juez con la causa y las partes que el mismo modelo fuerza, en la más racional configuración del trabajo de jueces y abogados, y en la recuperación de la importancia de la prueba, actividad derechamente central en el proceso, pero claramente postergada en el modelo escrito actual, disgregado y con un juez civil la mayoría de las veces “ausente” e “invisible” durante prácticamente todo el trayecto procesal.

ta por hacer más eficiente la Justicia civil también desde la perspectiva de la calidad del producto que emana de la labor jurisdiccional, vale decir, que la respuesta que entregan los tribunales tenga más calidad y fiabilidad justamente gracias a las mayores responsabilidades asignadas y a los mayores resguardos procesales adoptados en el proceso de su conformación y generación.

En este sentido, lo que está detrás de la propuesta de incorporar la ejecución provisional de las sentencias es intentar sacar el máximo provecho posible a la mayor preocupación que ahora se pretende tendrá en el proceso de conformación de la respuesta jurisdiccional, con un juez efectivamente presente y partícipe ya desde una fase temprana del trayecto procesal, y con intervinientes que desde la contradicción procesal deberán contribuir en lograr que la información que se incorpore al juicio sea lo más fiable posible para de esa forma obtener una sentencia de mayor calidad que permita reforzar la importancia del enjuiciamiento de primer grado y como consecuencia, potenciar la posición procesal de la parte gananciosa en dicha instancia¹¹.

Insistimos entonces que es en este contexto y con esta lógica que el Proyecto de nuevo CPC, implementando un giro notable respecto de la situación vigente, opta, a partir del artículo 234, por conceder a la parte gananciosa el derecho a pedir y obtener de manera inmediata la ejecución provisional de la sentencia condenatoria dictada en la primera instancia que no estén firmes. Se postula acortar los tiempos requeridos para una respuesta jurisdiccional eficaz. Y se busca también, de paso, evitar o reducir algunas malas prácticas procesales como lo pueden ser los recursos injustificados interpuestos con ánimo exclusivamente dilatorio interpuestos por los demandados condenados en primera instancia, que se aprovecharían de la concesión del recurso de apelación en ambos efectos¹², lo que sin embargo, a nuestro juicio, no puede convertirse en la finalidad principal de la ejecución provisional.

Como bien se ha señalado por algún autor, de lo que se trata con la ejecución provisional es de dar un paso hacia unas sentencias de primer

¹¹ En otras palabras, y en principio, a una mayor profundización del contacto inmediato real y efectivo entre el juez y los distintos medios de prueba aportados por las partes (contacto que se asegura, sobre todo, gracias a la nueva estructura procesal recogida basada en el predominio de las reglas de la oralidad y concentración procesal), menor debe ser la probabilidad de éxito del recurso de apelación que eventualmente se intente en contra de la sentencia dictada en el marco de un proceso estructurado y desarrollado bajo las antedichas coordenadas formales. Véase: PALOMO, D., HINOJOSA, R., "La apuesta de la nueva LEC española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias...", *op. cit.*, p. 287.

¹² Aunque algún autor ha minimizado el eventual impacto que puede tener la asunción del instituto de la ejecución provisional de las sentencias en la reducción de esta clase de prácticas. Véase: RAMOS, F., "¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?", *Revista InDret*, 2006.

grado inmediatamente efectivas (y no en principio platónicas)¹³, confiando y apostando por el buen trabajo de estos tribunales que, en estas nuevas condiciones y estructura procesal, y con los debidos resguardos y soportes, debieran estar en condiciones de entregar un producto de mayor calidad. El considerar provisionalmente ejecutables las sentencias de condena dictadas en el primer grado se traduciría entonces en una opción del legislador por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en la señalada instancia¹⁴. Dada la naturaleza del instituto y sus características, en definitiva, se ha señalado que impone de entrada un notabilísimo cambio de mentalidad por parte de los operadores del sistema, tanto jueces como abogados, por la vía de recoger un instrumento que se pone al servicio del acortamiento de los tiempos del proceso y como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵.

¿Se ignoran los riesgos o peligros involucrados en una institución procesal como ésta? No, lo que pasa es que teniéndolos a la vista y reconociéndolos, se sopesan y se asume en la propuesta (no se entendería de otra forma) que los beneficios de consagrar la ejecución provisional de las sentencias son claramente mayores que sus posibles inconvenientes o problemas de aplicación. Así se ha dicho en otros sitios, por un lado, que siendo innegables estos riesgos, los factores contrapuestos que han

¹³ Véase: DE LA OLIVA, A., “Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en sus primeros meses de vigencia”, en GÓMEZ, J. (Ed.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003; DE LA OLIVA, A., “Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Criterios inspiradores e innovaciones principales”, *Revista Tribunales de Justicia*, Nº 2, 2000. Así se señala también en la Exposición de Motivos de la LEC española (Apartado XVI, párrafo 9º): “La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no es sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados”.

¹⁴ No huelga traer a colación nuevamente la Exposición de Motivos de la LEC española (Apartado I, párrafos 1º, 2º y 3º) en la cual se deja sentado este propósito: “El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos. Ni la naturaleza del crédito civil o mercantil ni las situaciones personales y familiares que incumbe resolver en los procesos civiles justifican un período de años hasta el logro de una resolución eficaz, con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han necesitado acudir a los Tribunales civiles”.

¹⁵ Véase: SILVA, O., “La ejecución provisional de las sentencias”. *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2008, pp. 369 y ss.

de ponderarse tratándose de la ejecución provisional no son de mayor dificultad que los que deben tomarse en consideración cuando se piden medidas cautelares, y del otro, que serían riesgos que deben asumirse en aras de la efectividad de la tutela judicial y de la necesaria protección del crédito. Además, se señala que no debe obviarse otro riesgo, que también debe ser tenido a la vista a la hora de definir un instituto como el que estamos comentando: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado disponga del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse para eludir su responsabilidad.

Habiendo contextualizado la propuesta, y en la línea de avanzar en una reflexión que contribuya en el trabajo de revisión del Proyecto de nuevo CPC, a continuación nos ocupamos de la nueva regulación que en esta reforma se prevé para la ejecución provisional de las sentencias dictadas en primera instancia para de esta manera contribuir en el análisis de un mecanismo que no debe ni rechazarse de entrada, ni asumirse sin la suficiente reflexión y ponderación de los riesgos y peligros que involucra, que tratándose de nuestra Justicia civil, pueden ser de una entidad distinta y mayor que la que puedan constatarse en otros sistemas extranjeros. Ello, si se quiere aportar de verdad a un cambio razonable del actual modelo procesal civil que lleve a un sistema realmente mejor.

II. UNA DECISIÓN POLÉMICA DEL PROYECTO: EJECUCIÓN PROVISIONAL SIN NECESIDAD DE CAUCIÓN

En cuanto a esta cuestión, lo primero es retomar una consideración ya adelantada: cada país que recoge este instituto lo asume dándole la configuración, requisitos y límites que considera compatibles con su propia realidad judicial, trayendo a colación tres criterios que deben orientar al legislador en esta clase de decisiones, cuales son, la razonabilidad, la posibilidad y la utilidad¹⁶.

En esta materia no existen imposiciones constitucionales para el legislador, que teniendo a la vista todos los elementos jurídicos y fácticos debe decidir en base a opciones de política legislativa en las cuales quedará reflejada la importancia que brinda al enjuiciamiento realizado en la primera instancia, pero también la importancia que finalmente se le asigne a la revisión que le corresponda realizar al segundo grado jurisdiccional, cuestión que no cabe desatender no obstante algunas propuestas

¹⁶ Como enseña ANDRÉS DE LA OLIVA, no se trata de deliberar en el vacío, utópica y ucrónicamente, sino de analizar y resolver la cuestión como es propio de una genuina perspectiva jurídica, a saber: con practicidad, buscando un resultado posible, que, a la vez, sea razonable y justo. Véase: DE LA OLIVA, A., "El papel y los poderes del juez en el proceso civil". Disponible en: <http://www.document-andresdelaoliva.blogspot.com/search/label/Proceso%20civil>.

que han postulado reemplazar el recurso ordinario de apelación por un recurso extraordinario de nulidad, fundamentalmente señalando que se requiere en aras de la coherencia que debe guardar el sistema recursivo en relación con la oralidad e inmediación judicial que se postula para el procedimiento en la primera instancia¹⁷.

Teniendo presente lo anterior, cabe señalar que el Proyecto destaca en primer lugar por una característica que cruza gran parte del juicio que se pueda tener respecto de esta institución: la ejecución provisional se establece sin necesidad de constituir fianza o caución inicial, sin necesidad de adelantar cantidad alguna¹⁸. En efecto, el art. 235 señala que “salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional, conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo”¹⁹. Resulta obvio señalar que mientras no se resuelva el recurso, el régimen será el propio de las situaciones jurídicas sometidas a condición resolutoria²⁰.

Se asume entonces el riesgo que implica esta opción tan decidida por la efectividad inmediata de las sentencias de primera instancia (al no contemplarse la exigencia de caución de responder de lo percibido, más los perjuicios, existe el peligro de que quien se haya beneficiado de ejecución provisional no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido ni indemnizar los perjuicios causados si se revoca la sentencia), pero al parecer se valora como un peligro tolerable y mínimo por las garantías que se encarga de implementar²¹ que hacen que los beneficios de configurar

¹⁷ Sobre este punto véase especialmente: PALOMO, D., “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”. *Revista Estudios Constitucionales*, U. de Talca, N° 2, 2010, pp. 465 y ss.

¹⁸ No es necesario prestar fianza ni ofrecer caución alguna por el solicitante, aunque como se verá al ejecutado le cabe oponerse a la ejecución en los casos previstos en el Proyecto.

¹⁹ La legitimación para ejecutar provisionalmente una sentencia se le reconoce sin limitaciones a todo aquel que haya obtenido a su favor un pronunciamiento de condena, siendo irrelevante si ha recurrido la sentencia.

²⁰ CABALLOL, L., “La ejecución provisional en el Anteproyecto de LEC”, en PICÓ, J. (Ed.), *Presente y futuro del proceso civil*. Barcelona, Ed. Bosch, 1998, p. 586.

²¹ El riesgo que posee toda ejecución provisional es que la sentencia no firme provisionalmente ejecutada sea revocada por el Tribunal que conoce del recurso. La confirmación de la sentencia impugnada no acarrea problema alguno, debiendo seguirse con la ejecución (si ella no hubiese concluido) en carácter de provisional o definitiva dependiendo de si la sentencia que falló el recurso es firme o no (art. 240). Sin embargo, la sentencia de la Corte puede revocar la sentencia ejecutada provisionalmente. Para tal hipótesis señala el Proyecto que quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, para lo cual distingue según las siguientes reglas (arts. 241): a) Si la sentencia provisionalmente ejecutada fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiese ocasionado; b) Si la revocación, modificación o anulación fuere parcial, sólo se devolverá la

la ejecución provisional en estos amplios términos sean mucho mayores que sus posibles inconvenientes. No huelga advertir la importancia de una regulación equilibrada de estas garantías, que al menos denote la misma preocupación que se da a la situación del ejecutante provisional, respecto del ejecutado que se ve en la necesidad, por la revocación de la sentencia de primera instancia, de requerir la devolución y la indemnización por daños y perjuicios²².

diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables; c) Si la sentencia revocada, modificada o anulada hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se indemnicen los daños y perjuicios causados; d) Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados; e) El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contempladas antes.

²² Situación que ha generado diferencias en países que ya aplican este instituto, como España. Ilustrativo es el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid –Sección 10ª– de 25 de enero de 2005, en el que se estudian, entre otras cuestiones, los efectos de la revocación de la sentencia impugnada y provisionalmente ejecutada:

“SEXTO.– (...) *si es revocada la sentencia que se ejecutó provisionalmente se cumple la ‘condición resolutoria’ a que estaba sometida la ejecución provisional y debe proceder: a) la reversión de los actos ejecutivos realizados; b) el resarcimiento al ejecutado de todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución provisional.* Con todo, la LEC es mucho más considerada con el ejecutante que solicitó la ejecución provisional cuando la sentencia sea después revocada, que con el ejecutado que sufrió –por ahora ‘indebidamente’– la ejecución provisional. O lo que es igual: la LEC 1/2000 está mucho más atenta en facilitar la ejecución provisional de cualquier resolución que en establecer mecanismos que permitan la plena satisfacción económica de quien sufrió indebidamente una ejecución provisional.

Centrados en la revocación de condenas pecuniarias –pues de esta índole es la recaída en primer grado y revocada, en segunda instancia–, es menester señalar que el resarcimiento del ejecutado es, en principio, pleno si la indebida ejecución provisional lo fue de una condena pecuniaria y, además, la sentencia provisionalmente ejecutada se revoca en su totalidad. (...)

Quando así sucede, *el ejecutante ‘provisional’ está obligado a devolver al ejecutado: a) la cantidad que hubiera percibido como resultado de la ejecución provisional; b) las cantidades que el ejecutado hubiera pagado por las costas de la ejecución; c) los daños y perjuicios que la ejecución le hubiere ocasionado* (533.1 LEC) que, a criterio de esta Sala, incluyen siempre los intereses del dinero. *Es este un tratamiento razonable; pero sólo en la medida en que efectivamente se incluyan en los daños y perjuicios de que habla el art. 533.1 LEC todos aquellos que el ejecutado haya experimentado como consecuencia de la ejecución* (v. gr., el coste actual de reposición si se embargaron bienes fungibles; el coste actual de adquisición si se enajenaron divisas; el coste de reposición si se subastó un bien inmueble, etc.).

No es pleno, en cambio, el resarcimiento –incluso puede generar un injusto desequilibrio– cuando el tribunal superior revoca parcialmente una sentencia pecuniaria.

En este caso al parcialmente frustrado ejecutante le basta con devolver la diferencia entre lo que percibió y lo que concede la sentencia que devino firme, más el interés legal del dinero (533.2), pero no los daños y perjuicios que la ejecución provisional hubiera podido producir al ejecutado –que pueden ser extraordinariamente graves–, y ni siquiera se grava a quien

Como fundamento de esta opción se ha señalado que los sistemas procesales que han recogido la ejecución provisional exigiendo caución han dejado el instituto en manos de quienes disponen de recursos económicos líquidos, circunstancia que termina circunscribiendo su aplicación en la práctica a limitados casos. En España parte de la doctrina criticó con fuerza esta fianza: "(...) la fianza habría que considerarla extraña al régimen de la ejecución provisional o habría que invertir claramente su sentido. Resulta absolutamente anómalo que la parte favorecida por la ejecución provisional sea la que tiene que prestar una fianza. Ha vencido y, aun por encima, tiene que pagar, si quiere ejecutar. Por fuerza, hay algo que no cuadra. La parte que debiera prestar fianza para evitar la ejecución provisional debería ser aquella cuyas pretensiones han sucumbido por el momento. (...) El ejecutante que la solicita debe, al pedirlo, ofrecer la constitución de una fianza y, tan pronto el Tribunal le indica su importe, depositarla a paso ligero: ¡en tres días, a partir del aviso de pasar por caja! Y se viene interpretando que el plazo es de los que obligan a un régimen marcial (...) Definitivamente, habrá que convenir que el régimen de la ejecución provisional no favorece precisamente a las partes más débiles económicamente, ni al litigante victorioso que se las prometía felices"²³.

La propuesta del Proyecto pretende la eficacia inmediata de las sentencias de primera instancia que sean recurridas de apelación, comprometido, como dijimos anteriormente, con el fortalecimiento de la impartición de la Justicia civil en dicha instancia, ahora no maniatada por los vicios ligados a la excesiva escritura y sustentada en la oralidad, la concentración y la efectiva intermediación judicial, y declaradamente confiado en la labor que realizarán los jueces de primera instancia, ha configurado un sistema de ejecución provisional que asume el modelo más ambicioso y arriesgado posible. Así es que se ha señalado que el cambio que se introduce es de tal envergadura que obliga a pensar en las sentencias dictadas en primera instancia (recurridas) como inmediatamente ejecutables, esto es, en principio eficaces.

Se trata de un nuevo sistema favorecedor de la parte vencedora, que ha obtenido una sentencia definitiva de condena a su favor. En el caso español, antecedente de la propuesta chilena, se ha llegado al punto de señalar que sin la ejecución provisional no se asumía con esta característica, haciendo más efectiva y responsable la Justicia de primera instancia,

'indebidamente' ejecutó con el incremento en dos puntos del interés legal (al modo en que lo hace el art. 576.1 LEC para los intereses procesales).

²³ Véase: RAMOS, F., *Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, Ed. J. Bosch, Tomo II, 1997, p. 611. En igual sentido, BANACLOCHE, J., "Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Tribunales de Justicia*, N° 1, 2000, p. 13, que señala que "la regulación de la ejecución provisional en la LEC de 1881, además de su carácter restrictivo, terminó por favorecer a quien tiene más recursos económicos, en claro detrimento de los menos poderosos desde un punto de vista económico".

hubiese bastado con modificaciones a la antigua ley en cuestiones de detalle, aunque fuesen muchas e importantes²⁴.

Hacemos referencia antes a que la ejecución provisional se contempla respecto de sentencias condenatorias (que no estén firmes, obviamente), de lo cual se desprende que no toda sentencia puede verse beneficiada por la aplicación de este instituto. Es uno de los presupuestos de la ejecución provisional. Quedan fuera y no pueden ser objeto de ejecución provisional las sentencias meramente declarativas ni las constitutivas, quedando circunscrita la ejecución provisional reservada a quienes hayan obtenido un pronunciamiento de condena a su favor²⁵. Así queda de manifiesto de la lectura de los arts. 234, 235 y 237 del Proyecto.

Por descontado también, aunque no se diga expresamente, que la ejecución provisional parte de la base de la pendencia de un recurso que se ha interpuesto en contra de la sentencia. Así, como bien se ha advertido por la doctrina que ha estudiado especialmente este instituto, de no interponerse el recurso dentro del plazo legal previsto o de no admitirse a tramitación, la ejecución de lo dispuesto en la sentencia no será provisional, sino que definitiva. Asimismo, si el recurso se desiste, se declara desierto, entre otras posibilidades, el trámite iniciado por la vía provisional se reformula y debiera continuar como ejecución definitiva.

En consecuencia, y precisado lo anterior, en el modelo que recoge el Proyecto, la ejecución provisional es viable sin necesidad de prestar fianza ni caución, lo que constituye, a no dudarlo, una propuesta que debe considerarse como una de las de mayor relevancia en esta reforma. En efecto, una vez notificadas todas las partes, bastará con solicitar la

²⁴ Como se recoge en la propia Exposición de Motivos de la nueva LEC española (Apartado XVI, párrafo 10º).

²⁵ No son provisionalmente ejecutables, conforme al art. 236 del Proyecto: 1) Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso; 2) Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato; 3) Las sentencias o laudos arbitrales; 4) Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo respecto de la cual se hubiere concedido un orden de no innovar que impidiera su cumplimiento; 5) Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten a favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución de dinero efectivo suficiente, en los términos que disponen los arts. 175 y 176. Dicha caución gozará de preferencia para responder de todas las restituciones y perjuicios que debieren efectuarse o hacerse efectivos en caso de anularse o dejarse sin efecto la ejecución provisional; 6) Las demás sentencias que indique expresamente la ley. Cabe preguntarse si en cada caso la excepción a la regla general tiene una explicación suficiente. Por ejemplo, si bien se entiende perfectamente que las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato estén excluidas, dado que la ejecución provisional de este tipo de pronunciamientos de condena podría generar, en caso de posterior revocación de la sentencia, una considerable inseguridad jurídica y una situación de difícil reparación (especialmente teniendo a la vista a los terceros de buena fe), desconocemos las razones por las cuales se incluye en este listado a las sentencias o laudos arbitrales.

ejecución provisional al juez que dictó la sentencia en primera instancia mediante una solicitud escrita, dando lugar a la aplicación de las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, salvo las reglas especiales que han sido contempladas para la ejecución provisional (art. 237)²⁶. No se requerirá de caución para que se decrete la ejecución provisional.

Esta opción, bastante contundente, no puede pasar desatendida por quienes estamos revisando el texto del proyecto con un afán constructivo y requiere revisarse fundamentalmente a la luz de la realidad que ofrece nuestra judicatura y nuestro sistema procesal civil, incluso reformado. Obviamente, este sistema supone aceptar el riesgo de que en ciertos casos sea imposible o difícil la revocación de lo provisionalmente ejecutado. Bien se ha dicho que al no exigirse ninguna garantía la probabilidad que no pueda hacerse efectiva la revocación parece mayor²⁷, lo que termina por instalar una preocupación que no se diluye invocando las razones bien intencionadas antes referidas ligadas a la mayor efectividad de la tutela judicial, dado que parten del error de idealizar todo lo que acontece bajo la fórmula de la oralidad y la inmediación judicial como si se tratara de unas reglas que mágicamente hicieran inmune al nuevo modelo procesal de errores y arbitrariedades²⁸. La experiencia nacional con los procedimientos orales ya en marcha en otras jurisdicciones y la experiencia que acumulan otros países que han adoptado esta opción aconsejan actuar con mayor prudencia, evitando la tentación de pasar de un extremo a otro sin hitos intermedios.

²⁶ Con lo cual se resalta que la ejecución provisional será, dejando a salvo sus particularidades –fundamentalmente la posibilidad de que la sentencia provisionalmente ejecutada sea revocada–, una ejecución hecha y derecha. La ejecución provisional se llevará a cabo del mismo modo que la ejecución “ordinaria”, gozando las partes de los mismos derechos y facultades procesales que en ésta.

²⁷ Véase: CABALLOL, L., “La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000”. *Revista Xurídica Galega*, Nº 26, 2000, p. 300.

²⁸ Van surgiendo voces críticas en la doctrina, que dan cuenta de algunos problemas que la práctica evidencia cuando se trata de modelos orales, realidad que no cabe desatender para evitar la concreción de perjuicios que finalmente pueden resultar irreparables. En este sentido, muy interesante resulta consultar los aportes realizados por el profesor NIEVA que, desde un enfoque crítico, realiza planteamientos que buscan poner en cuestión fórmulas que requieren de nuestra atención por el concreto desempeño que muestran en la realidad. Imprescindible la consulta de los siguientes trabajos: “Los problemas de la oralidad”, *Revista Justicia*, Nº 1-2, 2007; “La oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿Se ha generado superficialidad y precipitación en la elaboración de las resoluciones judiciales?”, *Revista Justicia*, Nº 3-4, 2007; “Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras”. Disponible en: <http://www.civilprocedurereview.com>; “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad”. Disponible también en la dirección anterior.

III. ROL DEL JUEZ Y MODELO *OPE LEGIS* CON OPOSICIÓN LIMITADA EN CUANTO A SUS CAUSALES

Otra marca del modelo de ejecución provisional que recoge el Proyecto está constituida por el hecho que el juez está obligado a concederla, sin que esté autorizado a efectuar ningún tipo de valoración acerca de las circunstancias del caso que le permitan ponderar las consecuencias que pueden generarse.

En relación con este aspecto de la regulación propuesta cabe señalar que en el derecho comparado se reconocen, si descontamos los casos especiales (como el francés), dos sistemas o modelos, dependiendo si la ejecución provisional puede depender de las facultades discrecionales o regladas que se reconocen al juez, o si su procedencia depende de la ley. En el primer caso estaremos frente al modelo de ejecución provisional *ope iudicis*, donde su procedencia es resuelta por el juez, considerando discrecionalmente las circunstancias del caso, o bien ciñéndose a ciertas reglas previstas por el legislador. En el segundo caso estaremos en el modelo *ope legis* que limita la intervención del órgano jurisdiccional, al que no le corresponde pronunciamiento alguno respecto de las posibilidades económicas o de otra índole que pueda ofrecer el solicitante, y sobre la conveniencia de la ejecución provisional solicitada. En este modelo debe el juez limitarse a verificar si se trata o no de una sentencia provisionalmente ejecutable (o lo que es igual, a verificar que no sea de las sentencias respecto de las cuales la ley no permite la ejecución provisional).

Pues bien, el Proyecto toma partido por el modelo *ope legis*, entendemos que con el propósito de destrabar al máximo la aplicación de la ejecución provisional de las sentencias. La ejecución provisional deberá decretarse por el juez en todo caso, sin que se le reconozca potestades en la materia, salvo verificar el cumplimiento de ciertos requisitos como el que la sentencia en cuestión sea de las que pueden ejecutarse provisionalmente²⁹. Por ello es correcto señalar, hasta el momento, que el título de la ejecución provisional lo crea la Ley. En consecuencia, coherente con las finalidades perseguidas, se ha descartado por el Proyecto la fórmula de la ejecución provisional *ope iudicis* en donde el cumplimiento inmediato lo resuelve el juez, sea de manera completamente discrecional o ajustándose a ciertas reglas técnicas que busquen controlar más la decisión.

Nuevamente la opción es contundente, aunque riesgosa, buscando seguramente dar una señal clara favoreciendo la aplicación de este instituto.

²⁹ La ejecutabilidad provisional de una sentencia se da *ex lege* y no tiene que ser concedida por el tribunal. El tribunal debe en todo caso despachar la ejecución provisional si concurren los requisitos previstos por la ley. En otras palabras, el despacho de la ejecución provisional, una vez solicitada por la parte favorecida por la sentencia, no es potestativo para el tribunal sino obligado, salvo que concurra alguno de los supuestos de exclusión legal o que aquella no contenga pronunciamiento de condena.

Otro tanto sucede, en la misma dirección, con la eventual oposición del ejecutado que se permite fundamentalmente en compensación al hecho de no contemplarse la exigencia de caución para decretar la ejecución provisional. De entrada, la ejecución se debe decretar sin necesidad de oír previamente al ejecutado³⁰. De acuerdo con lo que se lee del art. 238 del Proyecto será el ejecutado quien tendrá la carga de oponerse a la ejecución provisional solicitada, una vez que ésta haya sido decretada por el juez. Si no lo hace, vale decir, si no formula oposición, la ejecución seguirá adelante. Nada señala el Proyecto respecto de si de la demanda de oposición y de los documentos que se acompañen se debe dar traslado al solicitante de la ejecución provisional, para que manifieste y acredite lo que consideren conveniente. Se trata de un vacío que debiera llenarse durante la tramitación del Proyecto.

Ahora bien, debemos destacar que la oposición del ejecutado sólo podrá fundarse en los motivos explícitamente establecidos. En otras palabras, el Proyecto plantea una ejecución provisional con la posibilidad de oposición, pero limitada (art. 238). En efecto, dispone que la demanda de oposición a la ejecución provisional pueda fundarse únicamente en las causales que recoge. De la lectura del texto se pueden reconocer causales que son comunes a toda oposición, mientras se plantean otras en donde se distingue en función de la naturaleza de la sentencia.

La primera causal de oposición resulta bastante obvia, y consiste en que la sentencia no admita ejecución provisional. Vale decir, que se trate de alguna de las sentencias que señala el art. 236 y a las cuales ya hicimos referencia en este trabajo. Si este motivo es acogido deberá el Tribunal declarar no haber lugar a que se prosiga con la ejecución provisional, y deberán alzarse los embargos y medidas de garantía adoptadas. Si no lo es, la ejecución provisional debe seguir adelante.

Luego, el Proyecto contempla causales que distinguen si se trata de una sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto, o se trata de una sentencia de condena a dar una cantidad de dinero.

Tratándose de la oposición a la ejecución provisional de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto cabrá solamente cuando vaya a ser imposible o muy difícil (¿qué parámetros deberán tomarse en cuenta para valorar esto?) restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional. Si no concurriere la imposibilidad alegada, se contempla la posibilidad que el ejecutante rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso

³⁰ Del Proyecto parece desprenderse que el ejecutado sólo podrá oponerse a la ejecución provisional una vez que ésta haya sido decretada, ya que la ejecución se decreta *inaudita parte debitoris*.

de revocarse la sentencia³¹ (con lo que constatamos que la figura de la caución no se descarta completamente en el Proyecto), con el fin de que se le autorice a continuar con la ejecución provisional. Cabe preguntarse si lo que dispone el Proyecto es que en caso que se ofrezca la caución, ésta servirá automáticamente para desestimar la causal de oposición y seguir adelante con la ejecución, o si sólo deberá tomarse en consideración una vez que haya sido estimada. Lo que sí está claramente establecido es que en el caso que se acoja la demanda de oposición y no se haya rendido caución, o esta se estimare insuficiente para garantizar el resarcimiento de perjuicios al ejecutado, dejará en suspenso la ejecución el juez, subsistiendo los embargos y las medidas de garantía adoptadas para garantizar la ejecución, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 239.

Del otro lado, tratándose de la ejecución provisional de condenas a dar una cantidad de dinero, de acuerdo al régimen planteado en el Proyecto, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar. Por tanto, no cabrá plantear una oposición a la ejecución provisional “en su conjunto”, lo que evidencia un interés por fortalecer la ejecución provisional, pero que se trata de una opción que debe ser sometida a revisión: ¿Por qué descartar en estas sentencias la oposición a la ejecución provisional globalmente considerada? Cabe anotar en este punto que esta clase de condenas a dar una cantidad de dinero son, en la práctica, mucho más frecuentes que las otras, de ahí la importancia de las limitaciones previstas para la oposición del ejecutado.

La oposición en este último caso puede referirse solamente a concretas actuaciones ejecutivas del procedimiento de apremio, siendo el motivo el que ellas causarán una situación difícil restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de perjuicios en caso de revocación de la sentencia recurrida. En este caso, el ejecutado además tiene la carga de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que señala en su oposición³². Sin indicación de medidas alternativas no prosperará en ningún caso la

³¹ Lo que establece el Proyecto es que para que prospere la oposición debe ser imposible o muy difícil restaurar la situación anterior, lo que debe ser valorado objetivamente. En este sentido, y como lo ha entendido la doctrina, lo único que puede resultar en ciertos casos imposible o muy difícil es la restitución *in natura*, mientras que la restitución por sustitución (esto es, por el equivalente dinerario del bien o bienes objeto de la ejecución provisional) no tiene por qué resultar imposible o muy difícil.

³² En la LEC española la regulación es bastante similar. A su respecto se ha explicado que la idea que inspira el régimen de oposición a la ejecución provisional de condenas dinerarias es que el carácter genérico de su resultado permite conseguir su satisfacción afectando a distintos elementos de un mismo patrimonio siempre que este tenga un haber suficiente. Ello hace posible que si al intentar la ejecución sobre un bien concreto se estima que concurre una causa de oposición, aún exista la posibilidad de intentar la ejecución sobre otros bienes o elementos del patrimonio del ejecutado. Por ello la LEC establece que el ejecutado tan solo puede oponerse a actuaciones concretas y le exige que simultáneamente designe alternativas con las que proseguir la ejecución provisional del pronunciamiento. Véase: CABALLOL, L., “La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000...”, *op. cit.*, p. 315.

oposición. Consideramos que el tribunal deberá estimar dicha oposición si considera posibles y de eficacia equivalente las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente ejecutado³³. En tal evento, proseguirá el procedimiento de apremio en todo lo demás (art. 239).

No se contempla, tratándose de la ejecución provisional de condenas a dar una cantidad de dinero, como si ocurre en la LEC española, la posibilidad para el ejecutado de ofrecer caución suficiente para suspender la ejecución provisional. Se trata de una posibilidad que no cabe descartar, dado que esta fórmula sigue privilegiando la situación que quien ha resultado ganancioso en la primera instancia, al poner de cargo del ejecutado la satisfacción de la caución respectiva. Ahora, si así se decidiera, debiera contemplarse también una facultad al ejecutante de prestar una caución, de forma similar a lo establecido para el caso de las condenas a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto, que le permita continuar con la ejecución provisional.

Como sea, y bien se ha advertido, el principal problema de este régimen de oposición, tratándose de la ejecución provisional de condenas a dar una cantidad de dinero, es que puede generar situaciones de indefensión. En efecto, si el ejecutado carece de medios le será difícil ofrecer alternativas, lo cual le impedirá, de acuerdo con lo que hemos revisado (art. 238), ser tenido en cuenta. “En estos casos quizá hubiera sido preferible, que se hubiera previsto la posibilidad de estudiar los motivos alegados y, en atención a su relevancia, que se hubiere contemplado la posibilidad de solicitar al ejecutante una garantía que asegurara, cuando menos por equivalente, la efectividad en su caso, de la revocación”³⁴. Nuevamente queda en evidencia un déficit de equilibrio en la propuesta tenida a la vista.

Para concluir con las consideraciones ligadas a las causales de oposición, el Proyecto finalmente autoriza el planteamiento de oposición fundándose en una o más de las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo (art. 434: pago, prescripción, transacción, etc.), siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar.

Expuesta la propuesta de regulación, y teniendo a la vista lo ya adelantado en cuanto a valoraciones de la propuesta de regulación, corresponde preguntarse si las posibilidades que se brinda a la oposición del ejecutado provisional cumplen el estándar mínimo que cabe exigir a un modelo

³³ Así se ha explicado, tratándose de la LEC española, que tras la estimación del motivo alegado el juez decretará la sustitución de los elementos patrimoniales afectados por los ofrecidos como alternativa por el ejecutado, si considera que son de eficacia equivalente. En este caso deberá estarse al valor económico del bien. Aceptada la alternativa no será posible plantear de nuevo el incidente de oposición a la ejecución provisional en relación con el bien sustituido. Véase: CABALLOL, L., “La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000...”, *op. cit.*, p. 316.

³⁴ CABALLOL, L., “La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000...”, *op. cit.*, p. 316.

que postula este instituto sin exigencia de caución previa. La pregunta es pertinente si se atiende a lo que ha puesto de relieve la mejor doctrina³⁵ cuando advierte que la ejecución provisional tiene su fundamento y sus límites en el derecho a la tutela judicial efectiva, desde el momento que con ella se busca que la duración del recurso no retrase o frustre la efectividad del derecho reconocido en la sentencia; pero que, a su vez, la ejecución forzosa de una sentencia recurrida no puede ser la causa de la ineficacia de lo que pueda resolverse finalmente en el proceso. Por ello, siguiendo con esta sana doctrina, esta institución estará correctamente regulada cuando se evite transformarla en la causa de la indefensión del ejecutado en caso de revocación (aquí está el límite), y cuando, en el resto de los supuestos, consigue continuar con su tramitación hasta conseguir la satisfacción del ejecutante. En definitiva, no se trata de otra cosa que una invitación a una regulación equilibrada del instituto.

IV. PLANTEAMIENTO DE CIERRE. ALGUNAS DUDAS Y PROPUESTAS

En todo lo que se vincula con el instituto de la ejecución provisional hay una cuestión de expectativas que pueden ser muy altas y difíciles de cumplir. La prudencia debe jugar un papel, junto con los propósitos bienintencionados.

Dijimos en su momento que en los sistemas que la recogen en la forma que pretende asumirse en nuestro país se ha señalado que una ejecución provisional sin trabas impondría un notabilísimo cambio de mentalidad por parte de los operadores del sistema jurídico, un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos; en los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; en los pleitos, para afrontarlos con la perspectiva de asumir seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que hoy es habitual (así se leía de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la LEC española). Pues bien, con mayor realismo se ha señalado frente a estas consideraciones que parecería frívolo pretender convertir la ejecución provisional, por mucho que se reforme su régimen jurídico, en la institución clave de todo el sistema jurídico: “la obligación de cumplir los pactos y las sentencias está en la esencia del mismo Derecho y de todo el Ordenamiento jurídico”³⁶.

En esta misma línea, y más allá de lo legítimo que resulta apostar por un criterio de política legislativa que se comprometa con favorecer la posición procesal de la parte provisionalmente gananciosa, caben algunas observaciones sobre el contexto real sobre el cual operará la ejecución provisional que se recoge en el Proyecto. No basta con aludir a que todo

³⁵ CABALLOL, L., “La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000...”, *op. cit.*, p. 313.

³⁶ CABALLOL, L., “La ejecución provisional en el Anteproyecto de LEC...”, *op. cit.*, p. 589.

pasa por la convicción que tengamos sobre la calidad de la sentencia de primera instancia en el nuevo modelo procesal civil, como si se estuviera pidiendo un acto de fe, incompatible con el desarrollo serio de un debate que debe girar en torno a la perfección de un Proyecto que versa sobre uno de los aspectos más importantes del sistema judicial.

La primera duda parte de una constatación, cual es la fuerte carga de trabajo que incluso en la actualidad tienen los jueces del orden jurisdiccional civil, que los obliga a delegar buena parte de las tareas que el legislador les impone.

Siendo esto así, un punto que no puede ignorarse, dice relación con la necesidad de ampliar el número de jueces para la adecuada puesta en marcha del nuevo modelo procesal civil, toda vez que esta nueva normativa les impone muchas más tareas e importantes roles que, al contrario de lo que sucede hoy, no podrán delegarse ni esquivarse. Sin olvidar, desde luego, que es necesario poner especial énfasis también en la formación de los jueces³⁷.

Si esto no se entiende, y no se acompaña la reforma procedimental de la necesaria reforma orgánica que parta por el correspondiente aumento del número de jueces, o quedará irrealizada la aspiración de una respuesta más rápida para los justiciables, o bien –otra vez– se marcará una importante distancia entre lo prescrito por la ley como contenido de las audiencias y una deficitaria realidad práctica, con sacrificio a la calidad del producto de la jurisdicción, lo que derechamente pondría en entredicho las mejores posibilidades de un instituto como la ejecución provisional.

La segunda duda entronca directamente con el modelo procesal oral que se recoge en el Proyecto y las marcas o consecuencias que debieran o no desprenderse de esta apuesta procesal.

Nos referimos a que a la hora de evaluar la introducción de la ejecución provisional, se debe partir por poner cuidado en evitar que la fórmula de la oralidad se traduzca en la asunción de un sistema en el cual el juez reforzado especialmente en sus potestades termine apropiándose del proceso, como acontece en algunos procedimientos reformados. Ese es un escenario que no sólo muestra conductas reñidas con la debida imparcialidad, con el derecho de defensa y el principio de contradicción, sino que compromete la fiabilidad de la información que se incorpora al proceso, en un contexto que privilegia desequilibradamente la celeridad de la respuesta por sobre su calidad.

³⁷ DE LA OLIVA enseña: "... al factor humano principal de la Justicia civil, se le debe prestar preferente atención. En cuanto al número de juzgadores, pienso que será suficiente mencionarlo... Pero no es el número lo único que importa y ni siquiera lo más importante. Quizá aún de más relevancia es la formación judicial que podríamos llamar promedio, pues en todas partes coexisten (y son disfrutados o padecidos) buenos y malos jueces *qua tales*, es decir, no mirando a su bondad personal, sino a la bondad o calidad de su trabajo judicial". Véase: DE LA OLIVA, A., "El papel y los poderes del juez en el proceso civil...", *op. cit.*

Dicho claramente, desde nuestro punto de vista, una cosa es pensar la introducción de la ejecución provisional en el contexto de un modelo respetuoso de la imparcialidad judicial, del derecho de defensa y donde la información que se inserta al proceso es suficientemente depurada por la actuación de las partes, a partir de una contradicción garantizada debidamente. Y otra bien distinta es pensarla en un contexto donde el reforzado actuar de los jueces no tiene límites efectivos, quedando abierta la puerta al subjetivismo y la arbitrariedad judicial que se instala con un juez sin explícitos contrapesos, que no asegura la depuración adecuada de la información que servirá de sustento a la sentencia³⁸.

Por último, para evitar pasar de un extremo a otro, y sin perjuicio de las observaciones ya realizadas en este trabajo, podría ser conveniente considerar en la regulación algunos criterios que permitieran a los jueces moderar las consecuencias de este instituto, para evitar perjuicios irreparables al ejecutado provisional. Esta es una necesidad que se evidencia ya en aquellos países que han asumido el instituto (España, por ejemplo), por lo cual sería un grave error desatender dicha experiencia comparada. Se podrían considerar criterios como la elevada cuantía de la condena, la mayor complejidad del asunto³⁹, u otros⁴⁰, para que el juez, atendiendo

³⁸ Por descontado además que el uso por los jueces de potestades oficiosas no elimina posibles errores o injusticias. Véase: DE LA OLIVA, A., "El papel y los poderes del juez en el proceso civil...", *op. cit.*, En sentido similar se ha dicho muy ilustrativamente por Prieto Castro que no es consustancial a la jurisdicción acertar a la primera.

³⁹ Encontramos ejemplos en España, país donde este instituto se aplica bajo una regulación normativa muy similar a la que el Proyecto chileno está proponiendo. Así, el Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Valencia de 29 de mayo de 2001 recoge un caso basado en la consideración a la complejidad del asunto. "Aunque la exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, va encaminada a que las sentencias se puedan ejecutar provisionalmente, ello va encaminado a evitar los posibles recursos en plan dilatorio que se venían produciendo. Ahora bien, *casos en los que la complejidad del asunto es como en el presente, pese a la confianza que el legislador ha presupuestado en los Juzgados de Instancia, pueden ser modificadas las sentencias por la superioridad, creándose ante tales revocaciones, situaciones que podrían devenir irreparables para quien ha sido condenado, ha cumplido en razón a la ejecución provisional, y posteriormente al ser revocada aquella, no puede recuperar lo entregado. En razón a ello, hay que examinar cada ejecución provisional, atendiendo las circunstancias que en cada caso concurren.* El art. 530.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que cuando la condena sea dineraria, y la oposición se hubiera formulado respecto de actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el tribunal considerara posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente ejecutado. En el caso que nos ocupa, la parte ejecutada ha ofrecido aval bancario suficiente para garantizar el cumplimiento de la sentencia, e incluso los perjuicios que al demandante ejecutante pudiera irrogarle la espera a que tal sentencia sea definitivamente firme. Por ello, accediendo en parte a la oposición, procede anotar preventivamente los embargos practicados sobre los bienes inmuebles propiedad de los demandados, a instancias del acreedor, y no seguir adelante la ejecución provisional para la realización de los mismos, al considerar que están garantizadas las responsabilidades perseguidas, y los perjuicios que el retraso en la ejecución pudieran irrogar al demandante, con el aval ofrecido por el demandado para el cumplimiento de la sentencia recaída, caso de su confirmación".

⁴⁰ Por ejemplo, también en España, un caso en que *se alegó la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a la fundamentación de la sentencia que se ejecutaba y la falta de afianzamiento de los ejecutantes* lo que haría imposible la restitución de las canti-

a las circunstancias que en cada caso concurrieran resolviera la solicitud de ejecución provisional.

No hacerlo de este modo podría traer como consecuencia que en no pocos casos se transformaría en definitiva una ejecución que se ha previsto y regulado como provisional, haciéndose realidad todos los riesgos y peligros que rodean a la ejecución provisional.

dades entregadas caso de revocarse la sentencia. Pues bien el Juzgado de Primera Instancia Nº 49 de Madrid, en Auto de 7 de marzo de 2002 declaró: “Ahora bien, no cabe sustraerse al hecho acreditado de que con posterioridad a la sentencia que se está ejecutando provisionalmente –también con posterioridad a las sentencias de la AP de Madrid que se citan por la parte ejecutante– la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado cuatro sentencias conformes, constitutivas por tanto de doctrina jurisprudencial, resolviendo supuestos idénticos al de autos, en las que el Tribunal Supremo ha dado la razón (a las ejecutadas), negando la procedencia del cobro de las letras de cambio que constituyen el título de los actores... Argumentos contrarios a los que han basado la sentencia objeto de ejecución provisional. Por ello, *aunque la LEC, en esa idea de anteponer la efectividad de la sentencia al posible riesgo de no restitución, establezca una estricta limitación en las causas de oposición a la ejecución provisional, ello no puede llevar a un sistema aberrante de ejecución automática e indiscriminada cuando, como es el caso, es más que previsible que el pronunciamiento judicial que se ejecuta vaya a quedar sin efecto. Con base en tales razonamientos ha de interpretarse el requisito fáctico de la imposibilidad de restauración o compensación del art. 528 LEC, estimándose muy probable la necesidad de proceder a la devolución de las cantidades entregadas por virtud de la ejecución provisional, con el consiguiente trastorno para ejecutantes y ejecutados.* El art. 528 exige que el ejecutado indique otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal. En este sentido, la ejecutada ofrece la constitución de fianza o aval bancario para garantizar la ejecución íntegra e inmediata de la sentencia, lo que se estima adecuado a las circunstancias del caso”.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PCPC

NANCY DE LA FUENTE HERNÁNDEZ

*Profesora de Derecho Procesal,
Universidad Diego Portales*

INTRODUCCIÓN

La principal característica de los títulos ejecutivos es que de ellos emana la actividad de ejecución forzosa, una vez que se encuentran firmes y como un atributo de la cosa juzgada que los vincula. Ello implica naturalmente y, en el caso preciso de los títulos judiciales, un tiempo de espera para la parte que ha obtenido en el pleito una decisión favorable, período que media entre el pronunciamiento de dicha decisión y el momento en que ésta quede firme, como resultado del agotamiento de los recursos que contra ella procedan. Para evitar esta dilación temporal es que se ha ideado una ejecución inmediata, sin esperar que el título adquiera su condición de firme o ejecutoriado.

Se entiende, entonces, por ejecución provisional aquella institución por la que se declaran exigibles y se actúan coactivamente, si es preciso, los pronunciamientos de una sentencia de fondo recurrida, quedando subordinada la permanencia de lo conseguido a lo que resulte del recurso principal¹.

¹ CABALLOL ANGELATS, LLUIS, "La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC" en *Presente y futuro del Proceso Civil* (AAVV), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 585 y ss. Otra definición en ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, Tomo I, p. 42, entendiéndola como la posibilidad de "cumplir los efectos de la sentencia como si ella estuviera firme, permitiendo que el actor pueda empezar a gozar del contenido total de la pretensión admitida en la sentencia, aunque exista un recurso pendiente".

La doctrina distingue entre la ejecución provisional *ex lege* y *ope iudicis*, según sea el legislador o el juez, quien declare exigibles provisionalmente los pronunciamientos de la sentencia.

El profesor Ramos Méndez discrepa de la calificación “provisional” de la ejecución, por tratarse de una denominación inexacta, ya que ésta goza de los mismos atributos de la ejecución ordinaria y no se distingue de ésta en nada. Apoya su argumento en el texto del artículo 524,3 de la LEC 1/ 2000, que dice: En la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria. En cualquier caso, dice, lo provisional sería el título que puede ser revocado por una decisión posterior, no la ejecución que no se distingue de la ordinaria².

En la legislación española, bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente con anterioridad al año 2000 se regulaba una ejecución provisional *ope iudicis*, salvo en algunos casos especiales como alimentos provisionales e interdictos posesorios que consagraban la hipótesis de ejecución provisional *ope lege*. A partir de la entrada en vigor de la LEC 1/2000 la regla general es la ejecución provisional bajo la hipótesis *ope lege*.

El Código de Procedimiento Civil vigente en nuestro país no contempla ni reglamenta la institución de la ejecución provisional de la sentencia civil que aún no adquiere el carácter de firme o ejecutoriada, sin perjuicio de lo cual existe la posibilidad de pedir su cumplimiento de manera excepcional en las llamadas “resoluciones que causan ejecutoria”, de que se habla en el artículo 231 inciso 1º del citado cuerpo legal: “*La ejecución de las resoluciones corresponderá a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley*”³. La forma de proceder en estos casos es de acuerdo con las normas de los artículos 233 y siguientes, en lo que conocemos como procedimiento incidental de ejecución de resoluciones.

Estas sentencias que causan ejecutoria han sido tradicionalmente definidas como aquellas que pueden cumplirse no obstante existir recursos en su contra. La cátedra suele señalar como ejemplos dos casos: 1.– Cuando la apelación se concede en el solo efecto devolutivo y 2.– cuando se interpone un recurso de casación (artículo 773 del C de P.C.)⁴.

En las apelaciones concedidas en el solo efecto devolutivo, nos referiremos al caso más frecuente, el descrito por el artículo 691 inciso 1º, relativo a la sentencia definitiva dictada en procedimiento sumario y a

² RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 523 y ss.

³ Ver la historia de esta disposición legal en MENESES, CLAUDIO, “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 1, 2009, pp. 21-50.

⁴ DÍAZ URIBE, CLAUDIO, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Editorial Conosur, Santiago, Tomo I, 2000, p. 262.

la que dé lugar al procedimiento sumario en el incidente de sustitución previsto en el inciso 2º del art. 68 “...serán apelables en ambos efectos, salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados”. Se trata de una aplicación de la ejecución provisional *ope iudicis*, desde que dependerá del juez determinar el supuesto fáctico de “eludirse sus resultados” de concederse la apelación en ambos efectos.

En la segunda situación, recursos de casación, hay que señalar que conforme al art. 773 inc. 1º CPC, por regla general, ellos no suspenden la ejecución de la sentencia, y en general solo proceden en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o impidan su prosecución y, tratándose de casación en el fondo, contra sentencias definitivas inapelables o interlocutorias dictadas por Cortes de Apelaciones. Al no suspender la ejecución, y estar las resoluciones impugnadas, pese a haber sido conocidas en ambos grados jurisdiccionales, este es sin duda un claro ejemplo de ejecución provisional vigente, en cuanto al objetivo principal de la institución. La excepción a esta norma, contenida en el artículo 773, la trataremos más adelante a propósito de la caución o “fianza de resultas”.

Otro ejemplo de resoluciones que pueden cumplirse sin haber alcanzado el atributo de la firmeza, encontramos también en leyes especiales. Las resoluciones dictadas en los procedimientos de la Ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos causan ejecutoria y pueden cumplirse provisionalmente, ya que durante la tramitación de la segunda instancia no se podrá conceder orden de no innovar⁵.

La propuesta del PCPC ha sido tomada de la legislación española, según se dice expresamente en el Mensaje, de ahí la remisión que hacemos en este trabajo a dicho ordenamiento jurídico y a la doctrina que se ha elaborado en torno a la institución que nos ocupa, la mayoría de la cual la evalúa positivamente⁶.

I. FUNDAMENTO, FINALIDAD Y LÍMITES

El fundamento de esta institución se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que mediante ella lo que se pretende es que el recurso no retrase o frustre la efectividad del derecho reconocido en la sentencia. Tiene una finalidad principalmente satisfactiva y no preventiva, como se ha pretendido. Ello porque si bien como efecto reflejo se pretende conseguir disuadir a los litigantes de interponer recursos infundados

⁵ Art. 8º inciso antepenúltimo de la Ley N° 18.101: “Todas las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo; tendrán preferencia para su vista y fallo y durante su tramitación, no se podrá conceder orden de no innovar”.

⁶ Nota bibliográfica en CACHÓN CADENAS, MANUEL, *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 132.

con el solo ánimo de dilatar el cumplimiento de las decisiones judiciales, consecuencia valiosa en materia de políticas judiciales, este efecto no constituye la principal finalidad ni función de la ejecución provisional.

Avanzada la vigencia de la ley española, se ha discutido por algunos autores la efectividad de la reducción de la interposición de recursos como impacto de la variable ejecución provisional. Con apoyo en la experiencia acumulada, se analizan los datos estadísticos que indicarían que la posibilidad de ejecución provisional no reduce realmente la interposición de recursos⁷.

El límite, por su parte, se encuentra en la prohibición de producir indefensión al litigante que obtenga en el recurso y de causarle un perjuicio irreparable. Para ello, la ley debe prever los remedios necesarios, sea caución, acciones indemnizatorias u otras que protejan la revocabilidad de la decisión y la vuelta de las cosas al estado anterior al cumplimiento provisional.

II. EVALUACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LA LEY ESPAÑOLA

Los autores consultados opinan que introducir esta institución en las reformas legislativas constituye una audaz apuesta, desde que se asumen los riesgos que ello implica y se hace una opción legislativa razonable que puede contribuir a la mayor eficacia de la tutela efectiva. Como contrapartida, los tribunales se ven exigidos a respetar estrictamente las reglas del debate contradictorio y “acertar” al máximo en sus decisiones, puesto que obviamente los problemas de la ejecución provisional se suscitan en la revocación de las decisiones provisionalmente cumplidas.

Pese a que en un primer momento, el establecimiento de la institución en los términos referidos fue valorado como un vuelco al sistema de ejecución provisional, a los dos años de su aplicación parecía que ella había sido subutilizada por los litigantes y se registraba un bajo índice de solicitudes de ejecuciones provisionales.

Sin embargo, transcurridos cinco años de su vigencia, se decía que, en general se pedía automáticamente la ejecución provisional de la sentencia siempre que era posible, pero que no estaba claro que se hubiesen reducido las apelaciones improcedentes. Entre las principales críticas se consignan las siguientes: imposibilidad de prestar caución para evitar ejecución; no aseguramiento de la reversión de la ejecución, y no regulación de la condena en costas.

Se considera que debe regularse la reversión de la ejecución provisional por la vía de apremio y que en la traba deben también establecerse

⁷ RAMOS ROMEU, FRANCISCO, “La ejecución provisional tiene un efecto neutro sobre la decisión del demandado de interponer un recurso”, en *InDret*, N° 4, 2006, pp. 2 y ss.

procedimientos de devolución, restitución en especie y de indemnización por daños y perjuicios. Uno de los puntos más discutidos está en haberse asumido el riesgo de deshacer la ejecución, sin que se asegure la posibilidad de hacerlo.

En lo que sigue, veremos si esta evaluación resulta aplicable a nuestra realidad procesal y si el Proyecto se hace cargo de aquellas críticas que sean extrapolables⁸.

III. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PCPC

3.1. REGLA GENERAL

En sus artículos 234 a 241, el PCPC crea una ejecución provisional *ope legis* que encuentra su punto de partida, según se dice en el Mensaje, en la confianza puesta en la justicia de primera instancia. Si las estadísticas y la experiencia indican que la mayoría de las sentencias de primer grado no son recurridas y las que lo son, en igual proporción se confirman, no parece razonable mantener a quien recurre a la justicia en busca de tutela, esperando otros largos meses en las instancias superiores sin obtener la satisfacción de sus pretensiones. Se incrementa de este modo su potestad ejecutiva al dar la posibilidad de ejecución de sentencias de condena no firmes sin prestar caución, regulándolas en sede de ejecución forzosa.

Dice el Mensaje: *“Junto con fortalecer el rol del juez de primer grado, la opción por este procedimiento se sustenta en recientes datos estadísticos, conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes”*.

El ejercicio de la opción de ejecutar provisionalmente las sentencias, dependerá solo de la voluntad del litigante favorecido con la decisión, sin que quepa al tribunal discrecionalidad alguna en la concesión. Esta opción se refiere a las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes. La ley ha dotado a estas resoluciones de mérito ejecutivo al recogerlas en el artículo 418 número 2 del PCPC ⁹, en lo que también constituye una innovación en relación con la norma actual,

⁸ GÓMEZ CINTAS, MARÍA DEL MAR, “Aspectos prácticos de la ejecución provisional”, en *La aplicación judicial de la nueva ley de enjuiciamiento civil* (AAVV), Ed. JM Bosch, Barcelona, 2002, p. 180.

RAMOS ROMEU, FRANCISCO, *Un análisis de la LEC 2000*, Presentación en Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, ejemplar dactilografiado, 01/09/2005.

CABALLOL ANGELATS, LLUIS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 1993, pp. 208 y ss.

⁹ Art. 418. “Solo son títulos ejecutivos los siguientes: (...) 2. La sentencia definitiva e interlocutoria condenatoria, no ejecutoriada, siempre que sea procedente la ejecución provisional en conformidad a lo dispuesto en el Subpárrafo 2, del Párrafo 1, del Capítulo 5º del Título XIII, del Libro Primero”.

que exige la firmeza de las resoluciones definitivas o interlocutorias para darles el carácter de título ejecutivo. Esta es también una opción de política legislativa, ya que solo la ley crea títulos ejecutivos, con todas las implicancias que ello tiene en la vida económica del país. Impacta en la circulación de los bienes, la concesión de los créditos, el financiamiento de los emprendimientos, etc.

3.2. LEGITIMACIÓN

El artículo 235 consagra una legitimación amplia para solicitar la ejecución provisional, ya que la acción no solo ampara al apelado, sino a todo aquel que hubiera obtenido un pronunciamiento en su favor en sentencia definitiva de condena, independiente de su calidad procesal y sin necesidad de rendir caución.

3.3. TRIBUNAL COMPETENTE

En este punto tenemos que remitirnos a las normas que regulan el procedimiento ejecutivo, por la remisión que hace el artículo 235. De la lectura de estas normas podemos colegir que la solicitud de ejecución debe presentarse ante el Oficial de Ejecución, artículo 423, nueva figura que crea y atribuye funciones el PCPC, pero cuyo modelo orgánico está aún pendiente de definición. Luego, la oposición a la ejecución y demás cuestiones contenciosas serán conocidas por el juez que dictó la resolución cuyo cumplimiento provisional se ha decretado.

3.4. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE EJECUCIÓN PROVISIONAL Y EXCEPCIONES

El artículo 234 expresa que las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes, podrán ser cumplidas provisionalmente conforme a las disposiciones que el articulado siguiente señala.

La norma ampara entonces, en primer lugar a las sentencias definitivas, excluyendo a las demás resoluciones (interlocutorias y autos) que residualmente podrían contener decisiones de condena. Se zanja de este modo la discusión que provocó igual norma de la LEC 2000 de España, que habla solo de las sentencias de condena¹⁰.

En segundo lugar, se aplica tanto a las sentencias definitivas de condena tanto de primera como de segunda instancia. Como no se distingue, habría que entender incorporadas a ambas, pero a mayor abundamiento

¹⁰ CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, "La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español", en *Proceso Civil. Hacia una justicia civil* (AAVV), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 406 y ss.

el artículo 235 dispone que el que haya obtenido un procedimiento “en cualquier grado jurisdiccional”, con lo que se refuerza la postura analizada. Si bien las sentencias de segunda instancia adquieren firmeza con su sola notificación porque no proceden recursos ordinarios en su contra y la interposición del Recurso Extraordinario que contempla el Proyecto, no suspende la ejecución (art. 411), la Corte Suprema tiene facultades para decretar orden de no innovar a su respecto sea amplia o restringida.

Sin embargo, esta regla aparentemente tan general, contiene a continuación un amplio espectro de excepciones, que prácticamente revierte la situación, transformándola en excepcional. Revisaremos a continuación una a una las excepciones.

El artículo 236 dispone que no serán susceptibles de ejecución provisional, en ningún caso:

1. Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

Esta exclusión de la ejecución provisional de las sentencias constitutivas y declarativas se explica desde que solo las sentencias de condena son susceptibles de ejecución en sentido estricto. Las demás, constitutivas y meramente declarativas, pueden provocar lo que se denomina ejecución impropia. Estas resoluciones al crear, modificar o extinguir un estado o situación jurídica, precisan una serie de actuaciones complementarias que refuercen su efectividad práctica, tales como inscripciones, subinscripciones, anotaciones o cancelaciones en registros públicos, etc., actividades ejecutivas que no se identifican con la ejecución forzosa típica de las resoluciones jurisdiccionales de condena.

En cuanto a los pronunciamientos condenatorios que estas sentencias contengan y que regulan las obligaciones y relaciones patrimoniales referentes al objeto principal del proceso, parece razonable que puedan ejecutarse provisionalmente. No podría ejecutarse provisionalmente una filiación, pero sí la condena a prestar la obligación alimentaria.

2. Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato.

Se estima que suscribir un acto o contrato es una prestación de suyo personalísima y que su posterior revocación podría acarrear graves problemas, por lo que parece prudente excluir estas sentencias de la norma general.

3. Las sentencias o laudos arbitrales.

Llama la atención esta excepción, ya que la experiencia indica que si los índices de recurrencia y revocación son bajos en la justicia ordinaria, ellos llegan a niveles todavía menores aun en la justicia arbitral. La única justificación que podría tener esta excepción podemos suponerla de la lectura del quinto párrafo contenido en el apartado 2 del capítulo IV del Mensaje del Proyecto, cuando refiriéndose al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos de relevancia

jurídica, se señala que a partir de la promulgación de la ley de arbitraje internacional, corresponde modernizar y adecuar la regulación del arbitraje interno mediante su regulación en una ley especial¹¹.

4. Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo o respecto de la cual se hubiere concedido una orden de no innovar que impidiera su cumplimiento. Obviamente, la orden de no innovar debe constituir una excepción, puesto que es facultad del tribunal de alzada, a la vista de los antecedentes particulares del caso en cuestión, decidir la conveniencia de que se espere hasta la decisión superior, para cumplir lo resuelto en la primera instancia.
5. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176.
6. Las demás sentencias que indique expresamente la ley.

Ejemplos de estas últimas podemos encontrar en el siguiente párrafo en relación con aquellas que se dicten en contra del Fisco o de los órganos que integran la Administración del Estado, que requieren para exigir su cumplimiento la calidad de firmes o ejecutoriadas; en el artículo 247 en relación con las sentencias extranjeras condenatorias, con la salvedad de que se disponga lo contrario en tratados internacionales vigentes en Chile.

Como puede apreciarse, las excepciones son varias y abarcan un amplio espectro de cuestiones y algunas de ellas son más explicables que otras. Tratándose de excepciones a la norma general, habrá que tener en cuenta que deberá ser interpretada restrictivamente.

3.5. LA OPOSICIÓN

Lamentablemente para la viabilidad de la institución, se regula una oposición muy amplia, tanto a la ejecución en su totalidad distinguiendo si se trata de dinerarias o no, como a actuaciones ejecutivas concretas. La oposición se transforma entonces en la regla general.

Esta amplitud en las posibilidades de oposición, copiada casi textualmente de la ley española, ha llevado a decir al profesor Ramos Méndez respecto de esta última, que bastaría que se cumplieren medianamente los plazos de los recursos, para que la ejecución provisional “quedare

¹¹ La Ley N° 19971 sobre arbitraje internacional en su capítulo VIII regula el reconocimiento y ejecución de los laudos.

descafeinada”, ya que la oposición da margen a frenar en dichos plazos las verdaderas actuaciones ejecutivas¹².

El artículo 238 establece las únicas causales en que puede fundarse la oposición:

1. *En que la sentencia no admite ejecución provisional.*
2. *En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada. Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia. La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176.*
Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar.
Al formular esta demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.
3. *En una o más de las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo regulado en este Código, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar.*

Esta oposición reconoce dos vertientes:

- a) Oposición global, fundada en tres causales previstas en los numerales 1, 2 en sus incisos primero a tercero y 3.

La primera causal, esto es que la sentencia no admite ejecución provisional, está referida a infracciones de requisitos del despacho de la ejecución. Solicitada ésta corresponde al tribunal controlar el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley, tanto formales como de fondo. El artículo 235 se remite a las normas del procedimiento ejecutivo. Entre estas encontramos el artículo 426 que se refiere al control de la solicitud de ejecución e inicio del procedimiento.

Este control debe versar sobre el cumplimiento de los presupuestos y requisitos señalados en los artículos 418, 421, el inciso primero del artículo 423 y 425 y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

¹² RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, JM Bosch, Barcelona, 2000, p. 529.

El artículo 418 contiene el catálogo de títulos ejecutivos, cuyo numeral 2 señala: *La sentencia definitiva e interlocutoria, condenatoria, no ejecutoriada, siempre que sea procedente la ejecución provisional en conformidad a lo dispuesto en el Subpárrafo 2º, del Párrafo 1, del Capítulo 5º del Título XIII, del Libro Primero.* El artículo 421 a su vez, se refiere a la liquidez de la obligación y sobre cuáles puede recaer la ejecución. El artículo 423, que reglamenta las menciones que debe contener la solicitud de ejecución, exige en su numeral 1 “*El nombre, apellido, cédula de identidad o rol único tributario, domicilio y profesión u oficio del ejecutante y de las personas que lo representen y la naturaleza de la representación*”. Por último el artículo 425 contiene el listado de los documentos que deben acompañarse a la solicitud de ejecución¹³.

La segunda causal está referida a condenas no dinerarias, que hagan imposible o de extrema dificultad, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si la sentencia fuese revocada. En esta situación, si no concurriera la imposibilidad alegada, el Juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.

La tercera causal de oposición global admite que ésta también se puede deducir fundada en uno o más de las causales de oposición consagradas para el procedimiento ejecutivo que regula este mismo Proyecto, con los requisitos especiales que consten de un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar¹⁴. En este punto, el Proyecto se aleja de su modelo español, que no contiene esta causal de oposición y amplía cuantitativamente las causales de oposición. En un intento por morigerar este efecto, formula las exigencias de constar en un antecedente escrito y basarse en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se trata de ejecutar, al estilo de las exigencias actuales que para algunas causales de oposición al cumplimiento incidental de las

¹³ PCPC Art. 425. *Documentos que han de acompañarse a la solicitud de ejecución.* A la solicitud de ejecución se acompañarán:

El título ejecutivo.

Los documentos que sean necesarios para la liquidación de la obligación.

Los demás documentos que la ley exija para iniciar el procedimiento de ejecución.

También podrán acompañarse cuantos documentos considere el ejecutante útil o conveniente para el inicio y mejor desarrollo de la ejecución.

¹⁴ PCPC, Art. 434. *Causales de oposición.* El ejecutado podrá fundamentar su demanda de oposición en las siguientes causales, sea que afecten a la totalidad de la deuda o a una parte de ella:

1. Pago total o parcial de la deuda; 2. Prescripción o caducidad de la acción ejecutiva; 3. No empecer el título al ejecutado; 4. Transacción, conciliación o avenimiento; 5. Cosa Juzgada, y 6. Falsedad del título ejecutivo.

resoluciones judiciales exige el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil.

- b) Oposición a actuaciones ejecutivas concretas, en caso de condena dineraria que permite al ejecutado ofrecer alternativas.

El artículo 238 número 2 como se lee más arriba, regula la oposición en las ejecuciones de este tipo de condenas, que sin duda serán las de mayor frecuencia, y dispone que si la sentencia fuese de condena dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarían una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños o perjuicios.

Como requisito de admisibilidad de dicha oposición habrán de indicarse otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría la actuación que provoca la oposición. Esto es, recae sobre el ejecutado no solo la carga de la oposición, sino que además la de proponer otras medidas o actuaciones ejecutivas, sin cuyo cumplimiento su oposición no será aceptada a tramitación.

En este supuesto de oposición, la ley entrega amplias facultades al Juez, en primer lugar al establecer que será a él a quien corresponderá determinar si las actuaciones por las que el ejecutado deduce oposición causarían una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, valoraciones que deberán hacerse caso a caso, extrayendo de los hechos del caso concreto, la valoración general que la ley describe; y en segundo lugar, deberá determinar si las medidas de sustitución propuestas por el ejecutado en su oposición, son posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.

IV. LA CAUCIÓN

4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este es uno de los temas más debatidos en la doctrina española, en cuanto a si la imposición de caución o fianza en sentido amplio, constituye una real traba para la ejecución provisional y obstaculiza el fin querido por el legislador al optar por la ejecución provisional.

En general, cuando la ley concede la ejecución provisional (*ope lege*) no se exige fianza. Por el contrario si es el juez el que la concede, la fianza es un presupuesto necesario. Por lo tanto, desde el punto de vista de su

función, la fianza puede ser un presupuesto de concesión (ejecutante) o un presupuesto de suspensión (ejecutado).

La finalidad de la fianza, desde un punto de vista jurídico, es garantizar la indemnización por daños y perjuicios causados a la otra parte por la adopción de la medida que se solicita.

Desde el punto de vista sociológico, exigir una caución implica hacer responsable a la parte en el ejercicio de las facultades procesales que le otorga la ley para instar por la ejecución provisional. En su función de garantía está ligada al derecho a la tutela judicial efectiva.

Establecer una ejecución provisional conlleva el riesgo evidente que la sentencia que se ejecuta sea revocada, por lo tanto, en el necesario equilibrio entre la eficacia de las decisiones judiciales y la prohibición de indefensión de la parte ejecutada, se considera que no siempre puede concederse la ejecución provisional, tanto cuando cabe prever que se causaría un perjuicio irreparable, como porque no quepa ejecutar la resolución sin que previamente se haya asegurado, a lo menos, el cumplimiento por equivalencia de la sentencia que acogiendo el recurso, vaya a ser revocada.

En efecto, puestos en la situación de la parte condenada por la sentencia hay que plantearse qué sentido tiene concederle recursos en contra de tal resolución si durante el transcurso del mismo no solo será privada coactivamente de la posición que ocupaba al inicio del pleito, o antes de dictarse la sentencia, sino que ni siquiera tendrá asegurada la eficacia por equivalencia de su derecho en caso de que la decisión sea revocada. Esta es una situación de clara indefensión de la parte condenada que debe tomarse en consideración.

Puede argumentarse de contrario que al demandante le puede ser imposible conseguir la eficacia del derecho que pretende, si el demandado carece de bienes, pero en tal caso la causa de la ineficacia de la decisión es ajena a la actuación de la jurisdicción, de manera que en esta situación no puede afirmarse que exista infracción al derecho a la tutela efectiva.

En relación con el perjuicio irreparable y la asimilación de esta irreparabilidad al supuesto futuro de la indemnización, se ha entendido que el Estado no puede comprometer su capacidad de coacción en tanto el cumplimiento de este mínimo no esté garantizado.

Para reforzar esta tesis el Tribunal Constitucional español, bajo la vigencia de la LEC vigente con anterioridad a la LEC 1/2000 al plantearse la posibilidad de suspender la ejecución de resoluciones firmes recurridas en amparo, consideró que debía seguir la ejecución, pero subordinó su continuación a que la parte beneficiada constituyera fianza suficiente para asegurar la restitución en caso de que se otorgara el amparo, por lo que debe deducirse que si no se exigiera la fianza el recurso de amparo podría perder su finalidad.

El ámbito de la garantía se determinará según el régimen jurídico de los bienes entregados durante la tramitación del recurso. Puede quedar

garantizada la restitución, pero ello no obsta la necesidad de exigir fianza para garantizar aquellos extremos cuya satisfacción no puede asegurarse por otra vía, por ejemplo, daños y perjuicios.

También se justifica en los sistemas de ejecución provisional, en los que es la parte ejecutada la que debe prestar la fianza para suspender la ejecución, ya que en caso de confirmarse la resolución, habrá causado un perjuicio, tanto por el retraso en la realización de su derecho como porque durante la tramitación de recurso puede haber devenido en imposible la realización de lo que ordena la sentencia.

La exigencia de prestar fianza se fundamenta en cada uno de estos casos en la prohibición de causar indefensión a la parte perjudicada por la medida.

La fianza es tan consustancial a la tutela efectiva de la parte que se ve afectada por la medida que la falta de medios económicos de la parte interesada en su adopción, no permite eximir de su constitución. Efectivamente la fianza se constituye como una carga para la parte que pretende conseguir la ejecución provisional o suspender su continuación.

Para no causar indefensión en estos supuestos la alternativa que la parte no preste fianza es socializar su responsabilidad. En opinión del profesor Caballol, esta medida en un Estado Social solo debe alcanzar a aquellos procesos en los que la falta de medios económicos se presenta como un elemento constitutivo de la pretensión o a aquellos en que estructuralmente se provea una desigualdad entre las partes motivada por esta causa, como sucede en el proceso laboral¹⁵.

4.2. LA CAUCIÓN EN EL PCPC

Como ha quedado dicho, el PCPC adopta el régimen general de ejecución provisional de sentencias de condenas dinerarias o no dinerarias, tanto de primera como de segunda instancia, sin prestación de caución previa o simultánea.

En la actual legislación, como sabemos, se consagra la caución en el Recurso de Casación, artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, como una forma de morigerar el efecto no suspensivo de este recurso en relación con la ejecución de la sentencia, a favor del litigante vencido, que puede exigir de la parte vencedora una fianza de resultas para el evento de que se quiera cumplir la resolución pendiente el recurso.

Se trata el tema de la caución, en primer lugar, al conceder al Juez la facultad de ordenar al ejecutado provisionalmente, una caución en la oposición a condena no dineraria, fundada en que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional y no concurriera la imposibilidad alegada y, en segundo lugar, en el

¹⁵ CABALLOL ANGELATS, LLUIS, *La ejecución provisional...*, op. cit., pp. 208 y ss.

número 5 del artículo 236 del Proyecto que la consagra como una contra excepción en la situación de los condenados afectos a la Ley de Quiebras.

En cuanto a la forma que debe constituirse la caución, debemos remitirnos a los artículos 175 y 176 relativos a las medidas cautelares. La primera disposición recoge el principio de la proporcionalidad y suficiencia y entrega al Juez la facultad para determinar el monto.

La caución podrá real o personal, previa calificación de suficiencia del tribunal, o en dinero efectivo consignado en la cuenta corriente del tribunal, depósitos bancarios, boletas bancarias de garantía, pólizas de seguro u otros instrumentos de similar liquidez¹⁶.

En cuanto a su vigencia la primera disposición citada determina que la caución durará durante todo el juicio. Al aplicar esta norma a la ejecución provisional, habrá que entender como límite de esta vigencia, la decisión firme del Tribunal de alzada, que confirma la sentencia recurrida. A partir de ese momento lo ejecutado provisionalmente será definitivo. Para el caso de revocación habrá que estarse a lo que se dispone en los artículos del título que trataremos a continuación.

V. MEDIDAS DE RESTITUCIÓN

El artículo 241 bajo el título: *Término de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios*, establece medidas de restitución para el caso que la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada.

Este es el gran riesgo de política legislativa que se asume al optar por la ejecución de resoluciones no firmes, cuya revocación conlleva la vuelta de las cosas al estado anterior al cumplimiento. Si la sentencia recurrida es confirmada totalmente y adquiere firmeza, lo ejecutado provisionalmente adquiere carácter de definitivo y se sigue adelante. Mientras esta confirmatoria no adquiera firmeza, se continuará con la ejecución provisional.

La revocación puede ser parcial o total y su efecto natural será que queda sin efecto lo provisionalmente ejecutado, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a la ejecución, con la salvedad de que si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, corresponderá al

¹⁶ “Art. 176. *Suficiencia y naturaleza de la caución*. La caución ofrecida podrá ser real o personal. Para aceptar las cauciones que se ofrezcan, el tribunal procederá previamente a la calificación de su efectiva suficiencia.

Para estos efectos, deberá acreditarse que el bien ofrecido, ponderadas las demás garantías o embargos que lo afecten y su efectivo valor comercial, cubre el monto fijado para la caución. Igual ponderación se efectuará tratándose del fiador, caso en el cual deberá comprobar al tribunal su real capacidad patrimonial para responder por el señalado monto.

Se entenderá siempre apta la caución que consista en dinero efectivo consignado en la cuenta corriente del tribunal, depósitos bancarios, boletas bancarias de garantía, pólizas de seguros u otros instrumentos de similar liquidez”.

juez regular prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.

Para esta situación, se indica en el título de la referencia, que será quien hubiere solicitado la ejecución provisional quien deberá proceder a la devolución de lo percibido, quedando además obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, distinguiéndose nuevamente entre condenas dinerarias o no dinerarias.

Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado.

Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago del interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.

Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados. Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

Será competente para dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes, el tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional.

El ejecutado podrá hacer valer este derecho de indemnización por daños y perjuicios en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177, relativo a medidas cautelares, esto es dentro del plazo de seis meses conforme al procedimiento sumario. Resulta muy interesante precisar que la remisión al artículo 177 está limitada solo a “plazo y procedimiento”, desde que ésta última disposición contiene además la normas sancionatorias a la petición y obtención de medidas dolosas y abusivas, lo que nada tiene que ver con estas medidas de restitución, que en nuestra opinión deben regularse en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios por las reglas generales del derecho.

Pareciera que las normas referidas cumplen a cabalidad con el propósito del legislador de limitar la institución y establecer los resguardos necesarios para que las cosas vuelvan al estado anterior en caso de revocación y que los perjuicios que se hayan ocasionado al ejecutado provisionalmente sean debidamente resarcidos.

VI. CONCLUSIONES

Nos propusimos revisar brevemente si las disposiciones del Subpárrafo 2º del Capítulo 4º del Título XIII del PCPC, cumplen con los expresados propósitos del Mensaje de asegurar la tutela judicial efectiva para los que obtienen sentencia favorable de primera instancia, fortalecer el rol de los jueces de primera instancia y asegurar asimismo la posibilidad de revertir lo ejecutado provisionalmente.

El análisis que hemos hecho nos lleva a la conclusión, que con las salvedades que han sido consignadas en el desarrollo del mismo, el Proyecto cumple con sus objetivos. Se faculta al litigante que ha obtenido una sentencia favorable de condena, a instar por su cumplimiento en tanto ésta adquiere firmeza, consagrando a favor del ejecutado diferentes derechos procesales para instar a su vez por la suspensión de esta ejecución, sea oponiéndose a la ejecución o mediante la obtención de una orden de no innovar, que el Tribunal de Alzada concederá o denegará ponderando debidamente los antecedentes.

En la etapa de solicitud y decreto de la ejecución provisional, el órgano que actúe posee un margen de discrecionalidad que se amplía en la etapa de la oposición del ejecutado. Frente a la solicitud de ejecución provisional, el Oficial de Ejecución no actúa como simple buzón, tiene la obligación de revisar el cumplimiento de todas las exigencias que impone la ley. Deducida oposición por el ejecutado provisionalmente, el asunto se judicializa y el Juez tiene amplias facultades para determinar, por ejemplo, si la resolución es susceptible de ejecución provisional. No es banal señalar que se dan numerosas situaciones en que una sentencia de condena no contiene realmente pronunciamientos de condena.

Otros ejemplos de discrecionalidad judicial los encontramos en la facultad de determinar si la ejecución provisional hará imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior, cuestión estrictamente fáctica, fijar la caución en la situación prevista en el N° 2 del artículo 238, fijar los términos en que el proceso deba volver al estado anterior, en caso de revocación, etc.

La fijación de la caución en los casos que procede como la regulación de las medidas de restitución, nos parecen equilibradas y prudentes. Conjugan en nuestra opinión de manera acertada el derecho del deman-

dante a tutela judicial efectiva y el derecho del demandado a defenderse y oponerse a la ejecución.

Si bien la consagración de la ejecución provisional de las sentencias obtuvo consenso en el Foro Procesal Civil, según puede leerse en las Actas de las Sesiones, no nos cabe duda que la discusión que genere provocará temores y escepticismos, pero enriquecerá la normativa y flexibilizará las posiciones en aras de una justicia moderna y eficiente como se merece nuestro país.

LOS RECURSOS Y LA CORTE SUPREMA

MIGUEL OTERO LATHROP
Profesor de Derecho Procesal,
Universidad de Chile

PREÁMBULO

Este trabajo no pretende hacer reseña acabada de los pensamientos de los distintos tratadistas sobre las materias que contempla, sino que analizar los temas conforme a nuestra actual legislación, sin entrar a las teorías que pueden avalar distintas interpretaciones.

Resulta indispensable, para evaluar la necesidad de la presencia de la Corte Suprema en el resultado final de los procesos, analizar todo el procedimiento anterior y que comprende el sistema de prueba, la valoración de los medios de prueba, la incorporación en la sentencia de los requisitos que conlleva cada sistema de apreciación de la prueba en la determinación de los hechos, la aplicación del derecho a los hechos establecidos legalmente en el proceso, el debido proceso y la igualdad ante la aplicación de la ley.

I. FINALIDAD DE LA JURISDICCIÓN Y PROCESO

La jurisdicción tiene por finalidad solucionar los conflictos de relevancia jurídica que se susciten, entre partes, en el territorio nacional. El medio para ejercer la jurisdicción y solucionar el conflicto es el proceso, para cuya existencia se requiere de un tribunal absolutamente competente, de un conflicto de relevancia jurídica y de la completa y debida individualización de las partes, o sea, entre quienes existe el conflicto a solucionar.

Los tribunales o cualquier otro órgano al cual la ley le confiere jurisdicción deben necesariamente adecuar su actuar al procedimiento que establece la ley para ejercer la jurisdicción y resolver el conflicto. Así lo establece expresamente el artículo 7° de la Constitución que sanciona con nulidad todo acto que contravenga esta norma.

Complementa esta disposición la garantía constitucional del debido proceso que obliga a todos los tribunales, sin excepción alguna, a conformarse a sus normas, las que hoy están expresamente establecidas en el Tratado de San José de Costa Rica, aprobado y promulgado como ley chilena en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo quinto de la Constitución.

La razón de ser de la jurisdicción es hacer justicia, como lo señala el pórtico de nuestros Tribunales Superiores en Santiago. Esto es, darle a cada uno lo suyo y teniendo presente que es justo lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales. Sin embargo, no corresponde a los Tribunales establecer una desigualdad que afecte la igualdad ante la justicia. La diferencia entre iguales y desiguales, en cuanto a derechos y obligaciones, la establece la ley. Frente a conflictos en que los hechos, legal y definitivamente establecidos, son similares la ley debe aplicarse de igual manera, no cabe al Tribunal hacer diferencia alguna.

Lo anterior es lo que caracteriza al Estado de Derecho, esto es la igual aplicación de la ley en los casos en que los hechos son similares y consecuentemente, a su respecto, rigen las mismas normas de derecho. Hoy esto no ocurre y es una materia que se analizará en este trabajo, considerando que tal aplicación igualitaria de la ley, es una de las funciones que corresponde realizar a la Corte Suprema.

II. LOS HECHOS Y SU IMPORTANCIA

Sin hechos no hay derecho. En efecto, las normas legales aplicables a la solución del conflicto de relevancia jurídica dependen exclusivamente de los hechos que se acrediten en el proceso. Existe una verdad real que corresponde a lo efectivamente sucedido, cuyos hechos hemos apreciado o percibido por nuestros sentidos y una verdad jurídica que nace de la prueba rendida en el proceso por las partes y cuyo objeto es convertir la verdad real pasada en una realidad jurídica presente. Raramente los hechos que fundamentan la pretensión de las partes son coincidentes. De aquí, la importancia de la prueba y, consiguiente a ello, la valoración que de ésta hace el juez para justificar el cómo y el porqué establece los hechos sobre los cuales basará su decisión.

Esta realidad la materializa expresamente el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil al establecer que, terminado el período de discusión, el Tribunal deberá determinar si existen hechos pertinentes, sustanciales

y controvertidos en relación con el conflicto de relevancia jurídica que debe resolver. De estimar que existe controversia entre las partes respecto de la existencia u ocurrencia de estos hechos, la ley lo obliga a recibir la causa a prueba y a determinar cuáles, en su opinión, son los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que las partes deberán probar. Como lo señala el profesor Couture “*sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba*”¹.

Esto demuestra la clara responsabilidad del juez en cuanto a determinar, desde luego, cuales son los hechos reales que, a su juicio, van a determinar qué normas legales o convencionales son aplicables a la solución del conflicto. Esto reafirma que “sin hechos no hay derecho”.

III. LOS MEDIOS PROBATORIOS

Es medio probatorio todo aquello que permita acreditar la existencia de un hecho. Sin embargo, en nuestro código de procedimiento civil y en el antiguo código de procedimiento penal, la ley limitó los medios de prueba y los estableció expresamente, creando una limitación artificial que debió ser suplida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, nadie discute que una fotografía, un video, una piedra manchada con sangre, son medios de prueba, pero que no están considerados dentro del listado de medios de prueba que contempla nuestro código de procedimiento civil. La Jurisprudencia los ha acogido bajo el término “Instrumentos”.

Nuestra realidad jurídica actual demuestra que hay una clara diferencia entre lo que establece el C. de Procedimiento Civil y lo que se establece en el nuevo C. Procesal Penal, en el C. del Trabajo y en la ley sobre Tribunales de Familia, como lo demuestran las siguientes disposiciones legales:

– Código de Procedimiento Civil

Artículo 341: Se inicia con la frase: “*Los medios de prueba de que pueda hacerse uso en juicio son:*” y los enumera.

– Código del Trabajo

Artículo 453 N° 4: “*4) El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente.*”

¹ COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 273.

Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.

Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”.

Artículo 454 N° 8: “8) Cuando se rinda prueba que no esté expresamente regulada en la ley, el tribunal determinará la forma de su incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo”.

– Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia

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

Artículo 29: “Ofrecimiento de prueba. Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.

El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.

Artículo 54: “Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe”.

– Código Procesal Penal

Artículo 323: “Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación

al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo”.

Artículo 324: “Prueba de las acciones civiles. La prueba de las acciones civiles en el procedimiento criminal se sujetará a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar y a las disposiciones de este Código en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria.

Lo previsto en este artículo se aplicará también a las cuestiones civiles a que se refiere el inciso primero del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales”.

Lo anterior demuestra que la nueva tendencia legislativa es cambiar el sistema de medios de prueba legales por un sistema de libertad en cuanto a los medios probatorios; criterio que se mantiene en el nuevo proyecto de Código Procesal Civil.

IV. INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA

Prevía a la valoración de la prueba se produce la interpretación de ésta por parte del juez. Esto es, la conclusión íntima que el juez hace en cuanto a la información que recibe de los medios probatorios. Así, por ejemplo, la interpretación que da a lo que expresa un peritaje o lo que concluye de la absolución de posiciones o de la declaración testimonial como lo señala el profesor Tavolari, *“se requiere de una tarea previa: la prueba debe ser interpretada, esto es, corresponderá al juez dilucidar, antes de dar inicio a la ponderación qué datos contiene la información probatoria, en otros términos precisar en qué consiste dicha información”*².

Lo anterior se refiere a que el juez, al analizar la absolución de posiciones, puede interpretar, de los dichos del absolvente, que tal declaración constituye una confesión sin que realmente lo sea y, en el caso de los testigos, considerar que sus dichos permiten dar por establecido un hecho que realmente no ocurrió.

Obviamente esta interpretación afectará posteriormente la valoración de la prueba como lo señala el profesor TAVOLARI: *“el error cometido en la valoración –actividad intelectualmente posterior– no afecta ni podría afectar a la interpretación –intelectualmente anterior y, por tanto, ya consumada–. “La reseña que precede busca tan sólo precisar que la actividad valorativa del juez no puede verificarse sino cumplida la etapa previa de la interpretación y que ésta, en tanto anterior y diferente, no debe ser confundida con aquélla”.*

² TAVOLARI, RAÚL, *El Proceso en Acción*, Editorial Libromar, Valparaíso, cap. II.

La ley puede establecer normas para la valoración de la prueba pero no puede dar normas o reglas para la interpretación de la prueba que hace íntimamente el juez.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El profesor COUTURE expresa: *“Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir”*.³

Dada la importante gravitación de la valoración de la prueba en la resolución del conflicto que debe resolver el juez, las legislaturas y la propia doctrina han distinguido cuatro sistemas para ello, a saber:

5.1. TASACIÓN LEGAL

La ley fija el valor probatorio que el juez pueda darle a cada medio de prueba producido en el proceso. Va íntimamente ligado al sistema de prueba legal. Esto es, la ley fija los medios de prueba y su valoración. En apariencia, bajo este sistema, no cabe la interpretación de la prueba por cuanto es la ley la que determina su valor. Sin embargo, ello no es absoluto por cuanto la interpretación de la confesión, de las pruebas testimoniales y de la pericial son posibles y el juez, cumpliendo con la tasación legal, justifica o no su interpretación.

Nuestro Código de Procedimiento Civil establece este sistema para apreciar la prueba testimonial y fija los requisitos para la procedencia de la presunción judicial y, respecto de la prueba instrumental y confesional, se remite a las normas del Código Civil.

Ello no obstante, establece que la apreciación de la prueba pericial se rige por las normas de la sana crítica e igual interpretación se ha dado a la norma del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil que reglamenta la situación que se produce cuando hay pruebas contradictorias, toda vez que faculta al Juez para preferir la que estime más conforme a la verdad.

5.2. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA

En nuestro ordenamiento jurídico, este sistema se establece expresamente en los juicios de mínima cuantía y en otras leyes, como ser: en el N° 7) del artículo octavo de la ley de arrendamiento de predios urbanos, artículo 15 de la Ley N° 18.101 y artículo 59 de la Ley N° 11.625, analizados en la jurisprudencia que se cita más adelante.

³ COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 273.

– Código de Procedimiento Civil

Artículo 724: “La prueba se preciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él”.

Artículo 717: “La declaración de testigos se presentará bajo juramento, en presencia de las partes que asistan, quienes podrán dirigir preguntas al deponente por conducto del juez. Antes de la declaración de cada testigo, la parte contra quien deponga podrá deducir las tachas de los artículos 357 y 358, que a su juicio le inhabiliten para declarar. El juez, si lo estima necesario, proveerá lo conducente al establecimiento de las inhabilidades invocadas, las que apreciará en conciencia en la sentencia definitiva. Las inhabilidades que se hagan valer en contra de los testigos no obstan a su examen; pero el tribunal podrá desechar de oficio a los que, según su criterio, aparezcan notoriamente inhábiles”.

El profesor Colombo estima que este medio de valorización de la prueba: “Significa ponderar con arreglo al conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, o sea al lado de la sana crítica la apreciación en conciencia es absolutamente subjetiva porque el bien y el mal son conceptos valorativos que sólo el juez podría tomar en cuenta. Resulta obvio que hay un concepto generalizado del bien y un concepto generalizado del mal, y es por ese motivo que por lo menos en ese cuadro nosotros hemos puesto en el límite la prueba en conciencia que está ubicada entre la prueba tasada y la contraprueba, porque no obstante que aquí no hay sana lógica ni hay máxima experiencia, hay un concepto ambiental del bien y del mal que de todas maneras influye en el conocimiento y conciencia del juzgador⁴.

El sistema de valoración en conciencia presenta las siguientes características: a) La conciencia corresponde al juez, b) La conciencia normalmente es el reenvío que la ley hace al juez para que sea él quien aprecie las pruebas de acuerdo a su real saber y entender, c) El juez debe formar su convicción por los medios de prueba logrados en el proceso, de tal manera que debe convencer a los demás de la certeza de los hechos que ha dado por establecidos y de la justicia y de su propia conciencia que aplica a la calificación de los hechos⁵.

⁴ COLOMBO, JUAN, “Apreciación de la prueba”. En: DUNLOP, Sergio (Coordinador). *Nuevas orientaciones de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 176.

⁵ COLOMBO, JUAN, “Apreciación...”, *op. cit.*, p. 177.

– Jurisprudencia Corte Suprema

ROL 656-2005, considerando 9º: “Estos sucesos fueron fijados por el juez de fondo en virtud del artículo 59 de la Ley N° 11.625, que le faculta para apreciar la prueba en conciencia, esto es, analizarla, ponderarla y asignarle valor con libertad, lo que le permite alejarse de las disposiciones que el Código de Procedimiento Penal ha establecido para determinar los hechos de la causa. Por lo tanto, la sentencia de primera instancia se ajusta a las leyes reguladoras de la prueba, razón suficiente para desestimar el recurso en este aspecto”.

ROL 6811-09, 11 de noviembre de 2009, considerandos sexto y noveno: “Sexto: Que de los métodos de valoración de la prueba, el elegido en esta materia por el legislador, de **apreciación en conciencia**, claramente libera al juez de la obligación de sujetarse a las normas que regulan el mérito de cada antecedente allegado por las partes, pudiendo formar su convencimiento, a partir de los mismos, de acuerdo a su íntima convicción de justicia en el caso de que se trata. Se concretiza entonces el significado ético y general del vocablo “conciencia”, desde una perspectiva jurídica, en un obrar interno y reflexivo. Noveno: Que, en consecuencia, la potestad ínsita en el sistema de **apreciación en conciencia** se encuentra contenida por la proscripción de la mera voluntad sin fundamento y de las simples estimaciones, es decir, de la arbitrariedad, mediante la imposición al tribunal de manifestar las razones de su veredicto a partir de las pruebas reunidas de acuerdo a la ley e inserto siempre en el marco de la lógica y la normativa vigente. De esta manera, nunca la amplitud en la valoración de los antecedentes puede excusar la falta de equidad y prudencia al juzgar un hecho y sus circunstancias, así como tampoco la carencia de razones, aún de diversos caracteres, pues ello importa desatender la función natural y legal en cuyo nombre aquélla fue concebida”.

ROL 3897-1996 13 de noviembre de 1996, considerando tercero y cuarto: “3. Que en el recurso de casación en el fondo se denuncian como infringidos los artículos 1702, 1712, 1560 1563 del Código Civil, en relación con los artículos 346 y 385 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que los sentenciadores han desconocido todo el valor probatorio de los medios de prueba, apreciándolos discrecionalmente, “casi arbitrariamente”, porque le ha otorgado a una carta el valor de plena prueba que ésta no tiene y, luego de hacer un análisis general de la prueba rendida en la causa, concluye que si bien en el juicio de arrendamiento la prueba se aprecia en conciencia, eso no autoriza a los sentenciadores para hacerlo arbitrariamente. 4. Que como se advierte, los hechos en que se funda el recurso no guardan relación con las normas que se dan por infringidas, disposiciones que, además, no son aplicables en el caso sub-litis en que, y

como lo reconoce expresamente el recurrente, por disposición del artículo 15 de la Ley N° 18.101 el juez está facultado para apreciar la prueba en conciencia, todo lo cual conduce a concluir que no pueden haberse producido las infracciones legales de la manera como se denuncian, y que el recurso de que se trata adolece de manifiesta falta de fundamentos y puede ser rechazado en esta etapa de su tramitación”.

5.3. LIBRE CONVICCIÓN

Según el profesor COUTURE, la libre convicción es *“aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun en contra de la prueba de autos”*⁶.

Corte Suprema, Rol 6424-2007, 28 de mayo de 2008, considerando decimotercero: “Que resulta innegable también, a estas alturas, la existencia de otras restricciones al sistema en comento, en tanto la normativa exige del tribunal la exteriorización de sus razones, forzándolo con ello a la comentada reflexión en pos de un conocimiento cabal de las cosas y sustrayéndolo de la arbitrariedad. Lo anterior permite distinguir la actuación en conciencia de aquella conforme a la libre convicción, por cuanto en esta última no sólo se prescinde de las motivaciones, sino que, además, conlleva una diversidad de fuentes a partir de las cuales se llega a la verdad, pudiendo originarse el convencimiento en la prueba de autos, fuera de ella y aún contra la misma. Al respecto, las ilimitadas herramientas que se han entendido incorporadas al método en comento, aparecen de manifiesto con ocasión de la diferenciación que el Profesor don Eduardo Couture efectúa entre aquél y las presunciones judiciales, explicando que “la libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que podrían extraerse de la prueba producida. Las presunciones judiciales son sana crítica y no libre convicción, ya que ellas deben necesariamente apoyarse en hechos probados y no en otras presunciones; deben, además, encadenarse lógicamente de tal manera que conduzcan sin violencia hasta el resultado admitido. La libre convicción, en cambio, no tiene por qué apoyarse en hechos probados: puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez aun por su saber privado; no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de

⁶ COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 273.

tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”.

5.4. SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

Según Hugo Alsina: *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”*⁷.

Couture las define como *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*⁸.

Friedrich Stein señala que: *“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*⁹.

Calamandrei, por su parte, las define como aquellas: *“...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...”*, y destaca su utilidad, pues: *“las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)...”*¹⁰.

Ello no obstante, hay uniformidad en considerar que el juez debe valorar toda la prueba rendida en el proceso ajustándose a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Así lo establecen las normas legales contenidas en el C. del Trabajo, la ley de Tribunales de Familia, en el Código Procesal Penal y en el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección.

VI. LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

–Código de Procedimiento Civil

⁷ ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, v. I, 1956.

⁸ COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 270-274.

⁹ STEIN, FRIEDRICH, *El conocimiento privado del juez*, Temis, Bogotá, 1988, p. 27.

¹⁰ CALAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 381.

Artículo 428: “Entre dos más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme a la verdad”.

Según el profesor Maturana: “Este precepto constituye una aplicación de la sana crítica, puesto que el tribunal debe manifestar en su fallo las razones que ha tenido para estimar una de ellas como más conforme con la verdad, que necesariamente deberán basarse en las reglas de la lógica y máximas de la experiencia para posibilitar a los jueces superiores controlar la convicción que sobre la materia ha sentado el tribunal inferior en su fallo”¹¹.

– Código del Trabajo

Artículo 456: “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, Técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

– Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia

Artículo 32: “Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

– Código Procesal Penal

Artículo 297: “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente

¹¹ MATURANA CRISTIÁN, *Aspectos Generales de la Prueba*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, ejemplar dactilografiado, p. 221.

afianzados. 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 dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección, inciso 2° del número 5°: “La Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación”.

- Otras normas que incorporan la sana crítica

Existen otras leyes que, para la resolución de los conflictos que pueda generar su aplicación, también contemplan la valorización de la prueba en base al sistema de la sana crítica, como ser: ley del medio ambiente, ley de defensa del consumidor, ley de copropiedad inmobiliaria, ley de defensa de la libre competencia, procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, ley de arrendamiento de predios urbanos, juicio de alimentos, etc.

VII. LA SENTENCIA DEFINITIVA

Es la resolución que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión debatida. Es por ello que el Legislador y la propia Corte Suprema han establecido requisitos de forma y de fondo para su dictación, cuyo incumplimiento puede acarrear su nulidad mediante la interposición de los recursos pertinentes o, como ha sido reiterativo en los últimos años, por la propia Corte Suprema haciendo uso de su facultad de casar de oficio. Las normas aplicables, en lo pertinente, son:

- Código de Procedimiento Civil

Artículo 170 (en lo pertinente): “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;

5. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y

6. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

En igual forma deberán dictarse las sentencias definitivas de segunda instancia que confirmen sin modificación las de primera cuando éstas no reúnen todos o algunos de los requisitos indicados en la enunciación precedente”.

Auto Acordado de la E. Corte Suprema de 30 de setiembre de 1920, (en lo pertinente): “5° Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión.

6° Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes.

7° Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso.

8° La enunciación de las leyes o en su defecto los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncian el fallo”.

– Jurisprudencia reiterada y uniforme de la E. Corte Suprema sobre forma de la sentencia

Rol N° 7191-2004, 9 de septiembre de 2008, considerando quinto y sexto: “Quinto: Que, el Código de Procedimiento Civil, en los artículos 169, 170 y 171 reguló la forma de las sentencias. El artículo 5° transitorio de la ley N° 3.390, de 15 de julio de 1918, dispuso: “La Corte Suprema establecerá, por medio de un auto acordado, la forma en que deben ser redactadas las sentencias definitivas para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 170 y 785 del Código de Procedimiento Civil, ante lo cual este Tribunal procedió a dictar el Auto Acordado, de fecha 30 de septiembre de 1920, expresando que las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las que revoquen o modifiquen las de otros tribunales, contendrán:... “5° Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que deba fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión; 6° En seguida, si no hubiere discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose,

en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales; 7° Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes; 8° Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso; 9° La enunciación de las leyes o en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; 10° Tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho, el Tribunal observará al consignarlas el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera, y, al efecto, se observará, en cuanto pueda ser aplicable a tribunales unipersonales, lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, actual artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales.

La importancia de cumplir con tales disposiciones, la ha acentuado esta Corte Suprema en diversas oportunidades, para la claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar los fallos. En este contexto surge toda la distinción racional sobre lo que efectivamente constituye el fundamento del fallo por parte de los jueces, distinguiendo lo que son las motivaciones, fundamentaciones, justificaciones y argumentaciones, resolviéndose por la jurisprudencia comparada que hay ausencia de fundamento tanto cuando éste se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que al existir incoherencia interna, arbitrariedad e irrazonabilidad.

Los tribunales y la doctrina han hecho hincapié en esta obligación de motivar o fundamentar las sentencias, por cuanto tal exigencia no sólo dice relación con un asunto exclusivamente procesal, referido a la posibilidad de recurrir, que implica impugnar una resolución de manera de evitar errores y arbitrariedades derecho consagrado en la Carta Fundamental que importa la idea del racional, justo y debido proceso que debe alcanzarse en la sentencia, sino porque, además, se relaciona con un tema externo a la procesabilidad referida, que se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y que hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar éstas conocimiento del porqué de una determinación.

La jurisprudencia comparada, al exigir la motivación de los fallos, conforme a la tutela judicial efectiva, ha resumido su finalidad, en que “1° Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. “2° Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución. “3° Permite la efectividad de los recursos. “4° Pone de manifiesto la vinculación del juez a la ley (Sentencia del Tribunal Constitucional español, de 5 de febrero de 1987). Sexto: Que los Jueces para dar estricto

cumplimiento a lo dispuesto por el constituyente y el legislador han debido emitir en la especie necesariamente pronunciamiento respecto de todos los argumentos vertidos por las partes. Así, como se adelantó, al omitir tal examen, indispensable para una adecuada resolución del asunto sometido al conocimiento del Tribunal, se ha dejado de dar cumplimiento a las exigencias que se le han impuesto a los sentenciadores, en orden a indicar las fundamentaciones que permiten asentar las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción en el Estado. Tan importante como antigua es esta obligación impuesta a los magistrados, que su inobservancia corresponde sancionarla, privando de valor al fallo.

Que es así como del contexto de justificación que antecede, queda claramente demostrada la falta absoluta de consideraciones de hecho y de derecho correspondientes en el sentido que se ha expresado, luego de lo cual resulta procedente ponderar la prueba rendida precisamente a la luz de tales postulados cuyo examen este Tribunal extraña”.

- Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia

Artículo 66 (en lo pertinente): “Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva deberá contener:

4) El análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión;

5) Las razones legales y doctrinarias que sirvieren para fundar el fallo”.

- Código del Trabajo

Artículo 459 (en lo pertinente): “La sentencia definitiva deberá contener: 4.– El análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación;

5.– Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda”.

- Código Procesal Penal

Artículo 342 (en lo pertinente): “Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá:

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren 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;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”.

VIII. RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA

– Código de Procedimiento Civil

Artículo 187: “Son apelables todas las sentencias definitivas y la interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso”.

Artículo 766, inciso primero: “El recurso de casación en la forma se concede contra las sentencias definitivas, contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente, contra las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa.

Procederá asimismo, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquellos que se refieran a la constitución de las juntas electorales y a las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial y de los demás que prescriban las leyes”.

– Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia

Artículo 67 (en lo pertinente): “Recursos. Las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley, y sin perjuicio de las siguientes modificaciones:

2) Sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación, y las que se pronuncien sobre medidas cautelares.

3) La apelación, que deberá entablarse por escrito, se concederá en el solo efecto devolutivo, con excepción de las sentencias definitivas referidas a los asuntos comprendidos en los numerales 8), 10), 13) y 15) del artículo 8°

4) El tribunal de alzada conocerá y fallará la apelación sin esperar la comparecencia de las partes, las que se entenderán citadas por el ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso”.

– Código del Trabajo (en lo pertinente)

Artículo 474: “Los recursos se regirán por las normas establecidas en este Párrafo, y supletoriamente por las normas establecidas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil”.

Artículo 476: “Sólo serán susceptibles de apelación las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronuncien sobre medidas cautelares y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficio de seguridad.

Tratándose de medidas cautelares, la apelación de la resolución liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social que la otorgue o que rechace su alzamiento, se concederá en el solo efecto devolutivo.

De la misma manera se concederá la apelación de las resoluciones que fijen las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social”.

Artículo 477: “Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.

El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda”.

Artículo 478: “El recurso de nulidad procederá, además:

a) Cuando la sentencia haya sido pronunciada por juez incompetente, legalmente implicado, o cuya recusación se encuentre pendiente o haya sido declarada por tribunal competente; b) Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica;

c) Cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior;

d) Cuando en el juicio hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre inmediación o cualquier otro requisito para los cuales la ley haya previsto expresamente la nulidad o lo haya declarado como esencial expresamente;

e) Cuando la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 ó 501, inciso final, de este Código, según corresponda; contuviere decisiones contradictorias; otorgare más allá de lo pedido por las partes, o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue, y

f) Cuando la sentencia haya sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y hubiere sido ello alegado oportunamente en el juicio.

El tribunal ad quem, al acoger el recurso de nulidad fundado en las causales previstas en las letras b), c), e), y f), deberá dictar la sentencia de reemplazo correspondiente con arreglo a la ley. En los demás casos,

el tribunal ad quem, en la misma resolución, determinará el estado en que queda el proceso y ordenará la remisión de sus antecedentes para su conocimiento al tribunal correspondiente.

No producirán nulidad aquellos defectos que no influyan en lo dispositivo del fallo, sin perjuicio de las facultades de corregir de oficio que tiene la Corte durante el conocimiento del recurso. Tampoco la producirán los vicios que, conocidos, no hayan sido reclamados oportunamente por todos los medios de impugnación existentes. Si un recurso se fundare en distintas causales, deberá señalarse si se invocan conjunta o subsidiariamente”.

– Código Procesal Penal

Artículo 370: “Resoluciones apelables. Las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos:

- a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y*
- b) Cuando la ley lo señalare expresamente”.*

Artículo 372: “Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley”.

Artículo 373: “Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

- a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento 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, y*
- b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.*

Artículo 374: “Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

- a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;*
- b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;*

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341 y

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada”.

IX. RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

– Código de Procedimiento Civil

El Código de procedimiento Civil contempla dos recursos de casación: el recurso de Casación en el Fondo, destinado a corregir los errores que se hubieren cometido en la aplicación de la ley en la sentencia definitiva de segunda instancia; y el recurso de casación en la forma, destinado a corregir los vicios de procedimiento en que se hubiese incurrido en la tramitación del proceso, tanto en primera como en segunda instancia.

Artículo 766, inciso primero: “El recurso de casación en la forma se concede contra las sentencias definitivas, contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente, contra las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa”.

Artículo 767: “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

– Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia

Artículo 67 (en lo pertinente): “Recursos. Las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley”.

Esta ley no introdujo modificación alguna a las normas del recurso de casación en el fondo, pero sí limitó las causales para recurrir de casación en la forma en la letra b) del N° 6° de este artículo 67, que establece: “*b) Sólo podrá fundarse en alguna de las causales expresadas en los números 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, y 9° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o en haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la presente ley*”.

– Código Procesal Penal

Este Código sólo contempla el recurso de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal penal oral colegiado y contra la sentencia definitiva del juez de garantía en el procedimiento simplificado y en el procedimiento por delito de acción privada.

Artículo 372: “Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley.

Deberá interponerse, por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral”.

Artículo 373: “Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento 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, y

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Artículo 374: “Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio.

b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286.

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga.

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio.

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Artículo 376: “Tribunal competente para conocer del recurso. El conocimiento del recurso que se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), corresponderá a la Corte Suprema.

La respectiva Corte de Apelaciones conocerá de los recursos que se fundaren en las causales señaladas en el artículo 373, letra b), y en el artículo 374.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, cuando el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra b), y respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema.

Del mismo modo, si un recurso se fundare en distintas causales y por aplicación de las reglas contempladas en los incisos precedentes correspondiere el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta se pronunciará sobre todas. Lo mismo sucederá si se dedujeren distintos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema”.

Artículo 399 (Procedimiento simplificado): “Recursos. Contra la sentencia definitiva sólo podrá interponerse el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro Tercero. El fiscal requirente y el querellante en su caso, sólo podrán recurrir si hubieren concurrido al juicio”.

Artículo 405 (Procedimiento por delito de acción privada): “Normas supletorias. En lo que no proveyere este Título, el procedimiento por delito de acción privada se regirá por las normas del Título I del Libro Cuarto, con excepción del artículo 398”.

La Comisión Técnica del Senado dejó la siguiente constancia en actas: “Es, por tanto, un recurso que apunta a dos objetivos perfectamente diferenciados: la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el

pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico”.

En el hecho se refundieron las causales de casación en la forma y del fondo que establecía el antiguo código de procedimiento penal, con la salvedad que, salvo lo establecido en el artículo 376, el recurso lo va a conocer una sala de la respectiva Corte de Apelaciones.

La Corte Suprema queda limitada a conocer del recurso cuando se alega una infracción a las garantías constitucionales o al debido proceso y, excepcionalmente, si en el recurso, además de las otras causales, se incorpora esta causal.

Esto demuestra que la pretensión del Senado en cuanto a que *“el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho”*, no se cumple en modo alguno.

En el hecho, la aplicación de la ley penal y su interpretación reside únicamente en cada sala de cada Corte de Apelaciones y, dentro de ésta, de su integración. Ello implica que la ley de fondo puede ser aplicada con múltiples criterios sin que exista un único tribunal que pueda determinar su correcta y debida aplicación. Tampoco existe un tribunal que pueda determinar si en la valoración de la prueba se respetaron las reglas de la sana crítica o no, por lo cual la respectiva sala de la Corte de Apelaciones no tiene control alguno a este respecto, transformándose en un verdadero sistema de prueba de libre tasación.

De otro lado se altera sustancialmente la razón de ser de la Corte Suprema, cual es determinar la correcta aplicación e interpretación de las leyes del fondo. El recurso de nulidad en materia penal le quita a la Corte Suprema toda facultad para pronunciarse sobre la ley sustantiva y lo único que le entrega es la apreciación en materia de hechos, por cuanto determinar si existió o no una violación a las garantías constitucionales o al debido proceso, es una materia de hecho y no de derecho, con las excepciones ya mencionadas que son de escasa o ninguna concurrencia.

– Código del Trabajo

Artículo 477: “Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sus-

tancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.

El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda”.

Artículo 483: “Excepcionalmente, contra la resolución que falla el recurso de nulidad podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia.

Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales superiores de justicia”.

Al analizar las causales de nulidad se comprueba que este recurso, entre otras causales, está basado fundamentalmente en errores en la apreciación de la prueba o en causales que serían constitutivas de casación en la forma, esto es por vicios en el procedimiento. De manera que la Corte de Apelaciones, mediante la apreciación sin control ulterior de la forma en que valorizó la prueba y estableció los hechos, puede dictar sentencia sin entrar a analizar la aplicación del derecho sustantivo, o sea, sin necesidad de pronunciarse sobre la correcta aplicación o interpretación de éste.

En la práctica, las Cortes de Apelaciones han descubierto que, resolviendo de la manera antes dicha, eliminan la intervención de la Corte Suprema, por cuanto al no pronunciarse sobre las leyes sustantivas, jamás puede darse el caso de que existan interpretaciones distintas en uno o más fallos firmes emanados de los Tribunales Superiores de Justicia. La ausencia de considerandos en materia de aplicación o interpretación de las leyes sustantivas no permite la intervención de la Corte Suprema, por cuanto no existirán interpretaciones distintas al respecto, simplemente no habrá interpretaciones.

Lo mismo ocurre al valorar la prueba en el sistema de la sana crítica. No existe recurso alguno que permita controlar si hubo o no infracción a las reglas de valoración de la prueba mediante el sistema de la sana crítica, lo que, en el hecho, se traduce en una libre apreciación de la prueba.

X. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

En opinión del autor, las normas constitucionales a considerar son las siguientes:

Artículo 6º: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

Artículo 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente *previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*”

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:

N° 3° La Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

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”.

Artículo 5°, inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El “Debido Proceso” no ha sido específicamente definido, pero en las actas de la Comisión Redactora de la Constitución de 1980 quedaron claramente establecidos los elementos que lo componen: tribunal absolutamente competente, imparcial y preestablecido por la ley para conocer del conflicto, bilateralidad de la audiencia, oportunidad razonable para acreditar los hechos, decisión conforme a derecho.

En otras palabras, el debido proceso está constituido por todos aquellos elementos, trámites, oportunidades, plazos y acciones que permitan a las partes una debida y adecuada defensa de sus derechos y al tribunal, preestablecido por ley, absolutamente competente e imparcial, resolver en derecho en base a los hechos jurídicamente acreditados en el proceso.

El propio Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en los autos rol N° 986/2007, señaló: “A este respecto, *por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución les asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar*

los derechos de los litigantes, y el poder deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento”.

- La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, cuyo texto promulgatorio es el Decreto Supremo 873, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

Artículo 8: “Garantías Judiciales. 1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y 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.*

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Artículo 9: “Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Actualmente, atendido el texto del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución y la promulgación del Pacto de San José de Costa Rica como ley de la República, los principales elementos del debido proceso están claramente definidos.

XI. IGUALDAD ANTE LA LEY Y EN SU APLICACIÓN

– Constitución Política de la República

Artículo 1°: “Las personas nacen libres en igualdad y derechos”.

Artículo 5°, inciso 2°: “El ejercicio de la Soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile”.

Artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden constitucionales de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Artículo 19, N° 2°: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados... Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Las normas antes citadas constituyen la esencia del Estado de Derecho, cual es la igualdad ante la ley e igualdad en el trato en la aplicación de la ley. En la historia de la Constitución se dejó explicitado que la igualdad ante la ley era responsabilidad del Poder Legislativo por cuanto no podía haber leyes discriminatorias entre personas o situaciones iguales, pero respetando el aforismo que es justo lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales.

La segunda igualdad es que la ley debe aplicarse en forma igualitaria sin discriminación alguna. Esto es, la interpretación, el alcance y la finalidad de la ley deben ser similares ante igualdad de situaciones y de hechos; obligación que recae en todos los órganos del Estado, lo que incluye al poder judicial.

En la práctica, los Tribunales no aplican esta igualdad. En efecto, en situaciones absolutamente similares, hay fallos que resuelven blanco y otros negro, dependiendo del tribunal y de la integración de la Sala de la Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema que dicte la sentencia.

El Tribunal Constitucional tampoco escapa a esta violación en la igual aplicación de la ley. Dentro de un lapso de seis meses, los mismos ministros, por unanimidad y basándose en las normas del debido proceso, determinaron la inaplicabilidad de un precepto legal que concedía el recurso de apelación respecto de una resolución judicial pero negaba la procedencia del recurso de casación en la forma. En otro caso, por mayoría de votos, no obstante que la ley prohibía la apelación y el recurso de casación en la forma en contra de una sentencia de un tribunal unipersonal de primera instancia, declaró aplicable el precepto.

XII. FUNCIONES DE UNA CORTE SUPREMA

En todos los países de cultura occidental existe una Corte Suprema destinada a resolver en forma definitiva la aplicación de la ley sustantiva a los hechos determinados en una sentencia de segunda instancia, como también, a revisar si tales hechos han sido o no determinados conforme a las normas de valorización de la prueba.

En un principio, la Corte Suprema no sólo conocía de estas materias, sino que también le correspondía revisar materias de constitucionalidad. Hoy, en una gran mayoría de los países, se han separado las materias de constitucionalidad de las materias propias de la jurisdicción, creándose los Tribunales Constitucionales; situación que actualmente existe en Chile.

También existen diferencias en cuanto al efecto de las sentencias de la Corte Suprema. En Estados Unidos de Norteamérica, la decisión de la Corte Suprema es obligatoria para todos los tribunales del país sean estatales o federales, sin perjuicio que la propia Corte Suprema, frente a hechos nuevos, pueda alterar el precedente. En otros países, como Chile, no existe la institución del precedente y el fallo de la Corte Suprema no obliga a los demás tribunales y sólo es imperativo para la causa en que se dictó la sentencia.

De igual manera, hay diferencias en cuanto al funcionamiento de la Corte Suprema. En EE.UU. y en otros países, la Corte Suprema conoce y falla en pleno, por lo cual su sentencia representa la opinión mayoritaria de la Corte y, de ahí, la obligatoriedad del precedente.

En Chile ocurre exactamente lo contrario, funciona en cuatro Salas compuestas de cinco ministros, con la salvedad que, de éstos, dos pueden ser abogados integrantes por lo cual si la sentencia ha sido aprobada con los votos de un ministro y de dos abogados integrantes, este fallo representa la opinión final de la Corte Suprema en esa causa, no obstante que sólo haya contado con el voto de un solo ministro de los veintiuno que la conforman.

Es más, una misma sala, con distinta integración, puede dictar sentencias contrapuestas y ambas son sentencias finales de la Corte Suprema. A ello se agrega que la especialización de las Salas conlleva la realidad que no hay una sola Corte Suprema sino cuatro y, dentro de cada sala, puede haber fallos contradictorios dependiendo de su integración, motivo por el cual es imposible aplicar la norma del precedente obligatorio. Esto constituye una clara violación a la garantía constitucional de igualdad en la aplicación de la ley.

Lo anterior permite sostener que en Chile no se cumple la función que justifica la existencia de una Corte Suprema, cual es determinar el verdadero alcance y aplicación del derecho sustantivo y procesal y, por consiguiente, garantizar la debida aplicación de la garantía constitucional de igualdad en la aplicación de la ley.

Más grave aún es que, en materia penal, se privó a la Corte Suprema de su facultad de determinar el alcance y aplicación de la ley penal, lo que quedó entregado a cada una de las salas que compongan las diecisiete Cortes de Apelaciones y, excepcionalmente, a la Corte Suprema si, entre las causales invocadas en el recurso, se contempla la de la letra a) del artículo 373.

XIII. LA CASACIÓN DE FONDO EN CHILE

“El tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre nuestro sistema de casación declarando que: mediante el recurso de casación en el fondo, el sistema procesal da eficacia al principio de legalidad y al de igualdad ante la ley. Nuestro sistema procesal constitucional contempla los siguientes principios fundamentales, jurisdicción de derecho, debido proceso y recursos procesales; la casación en el fondo es una de las máximas expresiones de la garantía del estado de derecho y de la igualdad ante la ley. La sentencia de casación en el fondo que acoge el recurso pone término definitivo a el conflicto con efecto de cosa juzgada y fija la doctrina generando un precedente jurisprudencia”¹².

¹² ROMERO, ALEJANDRO; AGUIRREZABAL, MAITE; BARAONA, JORGE, Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil. En: *Revista ius et praxis* – año 14.

Ha sido la jurisprudencia y la doctrina las que han decantado las hipótesis de infracción de la ley que influye en la parte dispositiva del fallo, distinguiendo las siguientes situaciones: a) la contravención formal a la ley, b) la errónea interpretación de la ley, c) la falsa aplicación de la ley y d) la infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

- La casación en Chile por infracción a las leyes reguladoras de la prueba

No hay una definición que señale en qué consiste la infracción a una ley reguladora de la prueba toda vez que ello conlleva necesariamente a la estimación íntima que hace el tribunal en cuanto a la justicia de lo resuelto. De ahí que, para alterar el fallo en derecho sustantivo, necesariamente han de establecerse previamente los hechos que así lo justifiquen. Precisamente, el tribunal de casación debe analizar si la sentencia recurrida ha establecido los hechos dentro de los parámetros que la ley ha establecido.

Aun, en la prueba tasada, el fallo recurrido debe explicitar claramente el porqué se prefiere la declaración de un testigo a otro o a un informe pericial sobre otro. El Tribunal de casación deberá revisar si ello se ajusta a la lógica y a las máximas de experiencia¹³.

“cabe entender vulneradas las normas reguladoras de la prueba, principalmente cuando los sentenciadores, invierten el onus probandi, o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran la procedencia que la ley le diere”¹⁴.

“Las leyes reguladoras de la prueba susceptibles de casación en el fondo, son aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan limitaciones concretas de su facultad de apreciación, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento”.

En lo que respecta a la valoración de la prueba por la sana crítica, cabe tener presente lo expuesto por el profesor Cristián Maturana en un informe en derecho: *“En general, nuestra jurisprudencia ha establecido que la determinación de los hechos y que la aplicación de los artículos 384 y 428 del Código de Procedimiento Civil no están sujetos al control de la casación en el fondo, por estar tales reservados a la apreciación soberana y a las facultades privativas de los tribunales de instancia.*

Sin embargo, ello no puede llegar al extremo de tolerar que la sentencia definitiva incurra en una infracción a los principios básicos de la

¹³ CS, 13 de junio de 2000, *RDJ*, t 97, sec. 1º, p. 132.

¹⁴ CS, 4 de enero de 2001, *RDJ*, t 98, sec. 1º, pp. 15-19.

lógica y en hacer una falsa aplicación de la ley para efectos de otorgar valor a la prueba testimonial, alterando la carga de la prueba al estimar por acreditados hechos respecto a los cuales no se ha referido la prueba rendida y soslayando otorgar valor de plena prueba a documentos no objetados en juicio con ello.

Admitir que la facultad soberana de los jueces llegue al extremo de desconocer la prueba de autos y las reglas de la lógica, implicaría tolerar la arbitrariedad y discrecionalidad máxima, lo que no ha sido el objetivo de nuestro legislador, por cuanto ello habría significado atentar contra la garantía del debido proceso y admitir la deformación de la ley por su falsa aplicación a supuestos de hechos que nunca han ocurrido”.

XIV. CONCLUSIONES

A.— En Chile, la valoración de la prueba que determina los hechos sobre los cuales se va a aplicar el derecho sustantivo opera con tres sistemas: tasación legal, apreciación de la prueba en conciencia y apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

B.— La sentencia, en todos los procedimientos, a través de sus considerandos debe demostrar que cumple con todos los requisitos señalados, como lo ha reiterado la Corte Suprema.

C.— Hay plena conciencia que ninguno de estos sistemas permite al juez apartarse de la debida aplicación de las normas sobre la carga de la prueba y hacer una libre valoración de la prueba. Esta debe ajustarse a determinados parámetros que garanticen la objetividad, la imparcialidad, la lógica y la consideración de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados. Ello determina que debe existir un tribunal superior que controle el debido cumplimiento de estos requisitos, única manera de garantizar la igualdad en la aplicación de la ley.

D.— Las nuevas normas del Código Procesal Penal permiten eliminar la intervención de la Corte Suprema en la determinación de la debida interpretación y aplicación del derecho sustantivo a los hechos establecidos en la sentencia definitiva, lo que queda entregado a la libre decisión de cada sala de la Corte de Apelaciones.

La Corte Suprema queda limitada a pronunciarse sobre hechos y no sobre el derecho, toda vez que establecer la violación de las garantías constitucionales o al debido proceso es una materia de hecho y no de derecho. Basta eliminar, en el recurso de nulidad que se interponga, la invocación de esta violación para que la Corte de Apelaciones quede como el único tribunal que puede pronunciarse sobre los hechos y el derecho.

E.— En el Código del Trabajo, las causales de nulidad están basadas fundamentalmente en errores en la apreciación de la prueba o en cau-

sales que serían constitutivas de casación en la forma, esto es por vicios en el procedimiento.

En la práctica, las Cortes de Apelaciones eliminan la intervención de la Corte Suprema al no pronunciarse sobre las leyes sustantivas. Con ello, nunca puede darse el caso de que existan interpretaciones distintas en uno o más fallos firmes emanados de las salas de las Cortes de Apelaciones, lo que elimina la intervención de la Corte Suprema.

F.— La radicación en salas se estableció para garantizar que fueran los mismos ministros del tribunal superior de justicia que previene en el conocimiento de un proceso, los que conocieran y resolvieran sobre las materias de hecho y de derecho que se suscitaban en tal proceso, con el objetivo de garantizar la igualdad en la determinación de los hechos y la aplicación del derecho,

Hoy ello es letra muerta, se sustituyó la integración de los miembros del tribunal por el espacio físico de una sala. Así, hoy la integración no se hace por los mismos ministros, sino que queda determinada por la sala físicamente considerada. Esto ha permitido que, en un mismo proceso, la sala radicada haya resuelto que los hechos en un proceso constituyen delito y confirme el auto de reo e, integrada por otros ministros, frente a nuevos recursos de otros reos, haya resuelto que tales hechos no son constitutivos de delito, revocándose los autos de reo apelados.

Lo mismo ocurre en la Corte Suprema, en materia civil, una misma sala frente a situaciones de hecho y de derecho iguales, en un lapso de seis meses, con distinta integración, en tres casos falló blanco y en otros dos resolvió negro.

La Sala en lo penal de la Corte Suprema, según sea su integración, en unos casos determina la aplicación de la prescripción y en otros la rechaza. Esto es, hay condenados y absueltos por hechos que constituyen iguales delitos.

G.— *En Chile no hay Estado de Derecho por cuanto no existe igualdad en la aplicación e interpretación de la ley.* Es un hecho que, frente a hechos y situaciones similares, hay fallos contradictorios entre los mismos Tribunales Superiores de Justicia e incluso dentro de las mismas salas de un mismo tribunal.

Es más, la norma que establece el inciso 4° del artículo 782 del C. de P. C. precisamente para tratar de uniformar la jurisprudencia, en los años que lleva en vigencia, ha carecido de aplicación.

H.— En el caso del inciso cuarto del artículo 782 citado, de establecer la Corte Suprema la correcta interpretación y aplicación de la ley, su resolución no implica precedente obligatorio alguno para los tribunales, por lo cual seguirán produciéndose fallos contradictorios, con lo cual la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley desaparece.

I.— Es imperativo cumplir con la garantía constitucional de la igual aplicación e interpretación de la ley, tanto en materia de la apreciación de la prueba como en la aplicación de la ley sustantiva a los hechos le-

galmente establecidos. La única manera que esto se materialice es que sea la Corte Suprema la que determine, con carácter obligatorio, la correcta aplicación e interpretación de la ley sustantiva, una vez establecidos los hechos mediante la correcta aplicación del sistema de valoración de la prueba que corresponda.

J.— No hay justificación alguna que permita que, para recurrir de sentencias definitivas, existan procedimientos distintos, en circunstancias que se trata de revisar la correcta determinación de los hechos y la debida aplicación del derecho sustantivo. Esta es una misma y única función del Tribunal Superior frente a cualquiera sentencia definitiva, cualquiera sea la materia sobre la que haya recaído.

El sistema actual es engorroso, discriminatorio y obliga a aplicar distintas reglas para la tramitación de recursos que persiguen una misma finalidad. Lo lógico es uniformar el sistema recursivo.

K.— Dado que no hay limitación alguna para interponer recursos ante la Corte Suprema, ésta se ve obligada a conocer de asuntos carentes de toda trascendencia social, jurídica o económica, lo que es absolutamente inadecuado. A falta de una norma que reglamente el acceso a la Corte Suprema, ésta limita el conocimiento de los recursos de casación en el fondo declarando a una gran mayoría de ellos inadmisibles por falta de fundamento. Actualmente, se han declarado inadmisibles recursos de casación en el fondo por estimar que las causales invocadas son supletorias o subsidiarias entre sí, sin explicitar o dar razón alguna para ello. Como antecedente, cabe señalar que aproximadamente, desde el año 2004 a la fecha, se ha acogido un 12% de los recursos presentados y se ha rechazado o declarado inadmisibles un 88%.

L.— Cabe precisar que la Corte Suprema jamás debe constituirse en un tribunal de tercera instancia, al cual sólo debiera recurrirse cuando se trate de uniformar jurisprudencia o de materias que, por su trascendencia social o jurídica o económica, ameriten que el Supremo Tribunal se pronuncie sobre ellas. Ello hace imprescindible dictar la legislación correspondiente y adecuada.

XV. SUGERENCIAS

1.— A objeto de dar cumplida aplicación a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, en la Corte Suprema, el relator de la causa, sea ésta civil, penal, laboral o de familia, debería informar a la respectiva sala de la existencia de fallos anteriores de la propia Corte Suprema sobre la misma materia. En el evento que el nuevo fallo fuere contradictorio con lo ya resuelto, la causa de oficio debería elevarse al pleno para que sea éste quien determine la correcta aplicación e interpretación de la ley sustantiva.

Esta decisión debiera ser obligatoria para todos los Tribunales Superiores de Justicia y sólo podría ser modificada por el propio Pleno si, en una nueva causa, se acreditan hechos o situaciones diferentes a las que determinaron el anterior fallo.

2.- Restablecer que la radicación de una causa a una sala determinada obliga a que dicha sala deberá estar integrada, a lo menos, por una mayoría de los ministros que previnieron en el conocimiento del asunto.

3.- Materializar el convencimiento de que, al menos en lo que respecta a la Corte Suprema, las salas deberán estar integradas por ministros titulares o suplentes, eliminándose su integración por abogados integrantes.

4.- Dictar una ley que establezca los requisitos para recurrir ante la Corte Suprema, cuya actividad debiera estar destinada a uniformar jurisprudencia contradictoria de las Cortes de Apelaciones y a conocer recursos de casación en el fondo en materias que, por su trascendencia social o jurídica o económica, ameriten que el Supremo tribunal se pronuncie sobre ellas, sin afectar su competencia para conocer en segunda instancia de la acción de protección.

5.- Establecer un único sistema de recursos contra las sentencias definitivas que dicten los Tribunales de Justicia, cualquiera sea la materia sobre que recaigan.

FUNCIÓN Y FINALIDAD DE LOS RECURSOS DE NATURALEZA CASACIONAL: CONCEPTOS ÚTILES PARA EL DISEÑO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL*

CARLOS DEL RÍO FERRETTI
*Profesor de Derecho Procesal,
Universidad Católica del Norte*

I. FUNCIÓN Y FINALIDAD DE LOS RECURSOS DE NATURALEZA CASACIONAL

Los recursos de naturaleza casacional tienen una función y finalidad propias que difieren de las del resto de las formas de ejercicio jurisdiccional que se prevén en un Ordenamiento. Con más precisión se podría decir que ellas se manifiestan en orden inverso. Así, para los jueces de mérito la función de su jurisdicción se resuelve en la declaración de la voluntad concreta que surge de la norma, pero su finalidad será invariablemente ofrecer tutela jurisdiccional¹. La Corte de casación, en cambio, tiene una función (lo que hace) que precisamente se resuelva siempre en operar como tutela jurisdiccional que conoce de pretensiones, dentro de sus precisos límites y sobre las que en definitiva decide, sin embargo, tal actividad está inevitablemente destinada a controlar que la interpretación dada por los jueces de mérito sea correcta y que tal control se traduzca en la orientación de la jurisprudencia hacia la interpretación acertada del Derecho.

Por ello creemos, además, que la interpretación de la norma positiva resulta estar en la jurisdicción de mérito en una relación instrumental con respecto a su “función”. Esta no se puede realizar o verificar, si no es por la vía de la interpretación –aplicación del Derecho: desde este punto de vista la interpretación es el medio de la función de la jurisdicción de mérito; mientras que –al contrario– la Corte de casación ejerce

* Se han respetado las normas editoriales pertinentes en el presente artículo.

¹ Otra cosa es el significado que esta tutela adquiere en cada ámbito procesal.

su función de dar tutela jurisdiccional, como el medio o vía para tener la oportunidad de interpretar el Derecho objetivo: en esta la interpretación es una finalidad. Gráficamente se podría decir que los jueces de mérito interpretan para poder aplicar el Derecho, mientras que los de casación aplican el Derecho para tener oportunidad de interpretarlo.

Con todo, la cuestión de la función y finalidad requiere obviamente de una compleja matización sobre diversas variables que inciden en el asunto y que suponen en conjunto una toma de posición que en definitiva va a repercutir en la concepción que se tenga del instituto casacional. Lo cierto en todo caso es que el problema casacional en un sistema jurídico como el chileno consiste en la armonización de las variables que componen o que se encuentran comprendidas en la función y finalidad antes apuntadas. Especialmente crítica se plantea la relación (tensión) que se registra entre la tutela del Derecho objetivo (nomofilaxis) y la unificación de jurisprudencia –subpropósitos de la finalidad casacional–, y al respecto cabe plantearse ¿existe uno solo de esos subpropósitos, o uno predominante y que se acaba por fagocitar al otro o lo deja reducido a sus márgenes?

El problema se plantea de forma inevitable en tanto nos encontremos en un sistema jurídico de Derecho positivo que se resuelva en un único Derecho objetivo que resulta aplicado por distintos órganos jurisdiccionales en diversos niveles judiciales, en cuyo caso habrá interés en defender la unidad del Derecho objetivo ante eventuales infracciones y habrá interés –al tiempo– en la unificación de la interpretación judicial que muchos jueces realizan sobre el mismo Derecho objetivo. El primero de aquellos intereses se constituye en una finalidad negativa de la casación (la de defender el Derecho objetivo), y el segundo en una finalidad positiva (la de unificar por medio de la orientación interpretativa de los jueces).

Desde las perspectivas anotadas se hace menester indagar sobre los precisos sentidos de las denominadas nomofilaxis y unificación jurisprudencial y la forma en que estas inciden en la amplitud de la configuración de la recurribilidad objetiva y los tipos de infracciones que dan lugar a la casación: amplitud del control casacional, y la existencia y calidad de los sistemas de selección de asuntos: el acceso a la casación. Las variables condicionantes son aquellos intereses de nomofilaxis y unificación y la forma en que estos interactúan, de modo que la incidencia que se les atribuya variará según el concepto que sobre ellos se quiera defender. Sobre este asunto existen distintas posiciones con diversas consecuencias.

La primera posición es aquella que esgrime la convergencia o potenciación y que sostiene que la finalidad de la unificación de la interpretación coexiste con la de defensa del Derecho objetivo, y que siendo distintas ambas resultan necesarias y complementarias². Esta posición afirma enton-

² Como en su momento sostuvo CALAMANDREI (1945), T. II, V.3, pp. 101 y ss.; o actualmente NIEVA FENOLL (2010), *passim*, o una parte de la doctrina nacional, así ORTÚZAR (1958), p. 9; PAILLAS (2008), p. 49.

ces que son dos intereses distintos y que aportan resultados diversos de los que no se puede prescindir, y desde esta perspectiva se suele afirmar que la unificación de jurisprudencia sin defensa de la norma objetiva nos podría llevar a que la casación consintiera la posibilidad de existencia de jurisprudencia uniforme, pero al margen de la ley. En consecuencia, con lo anterior se reclama la necesidad de ambos fines de la casación, pero además de aquello se considera que ambos –siendo distintos– tienden a converger, de modo que la obtención de uno propicia a la vez la consecución del otro. Así, el mantenimiento del Derecho objetivo tiende a la par a posibilitar la creación de una jurisprudencia que predomine y se imponga sobre otras posibles discordantes. Y a la inversa el mantenimiento de la unificación de la interpretación jurisprudencial hace posible que el juez casacional haga primar directamente la interpretación correcta de la norma objetiva por sobre las otras incorrectas.

Este enfoque tradicional de la casación en la práctica llega a ser ineficaz –en nuestro sistema jurídico como en otros de nuestra tradición jurídica–, ya que no satisface adecuadamente ni el interés de defensa del Derecho objetivo ni menos, en consecuencia, el de la orientación jurisprudencial³, fundamentalmente a raíz de que entendido sin reservas propicia una carga de asuntos siempre creciente que satura la capacidad de trabajo del tribunal de casación⁴, incidiendo negativamente en el funcionamiento y consistencia de la casación que en definitiva se traduce en una enorme producción de sentencias que resuelven los asuntos planteados siempre desde la urgencia, que deja poco espacio para un estudio concienzudo del problema jurídico que se plantea y que frecuentemente en la misma sede casacional recibe distintas soluciones-interpretaciones⁵.

Una segunda posición constituye una reacción frente al panorama descrito, ubicándose en las antípodas de la idea de convergencia y potenciación de los intereses de nomofilaquia y unificación de jurisprudencia, al sostener que un funcionamiento adecuado de la casación (o con el nombre que reciba) deba únicamente responder u orientarse a la unificación de jurisprudencia, propiciando la entera desaparición de la nomofilaquia como interés autónomo o separado de aquél, reconociéndole solo en la escueta medida que quede comprendido por la unificación jurisprudencial. Un enfoque como este tiene la ventaja práctica de consentir una reducción drástica del ingreso de asuntos a la casación, pero sacrifica la nomofilaquia (finalidad) y el *ius litigatoris* (función).

³ Vid. en nuestra doctrina Romero, Aguirrezabal y Baraona (2008), pp. 225-259.

⁴ Aun cuando resulta discutible que actualmente nuestra Corte Suprema conozca de un número desbordante de asuntos. El desempeño insatisfactorio de la casación chilena podría deberse a otros factores todavía más gravitantes que la saturación, a raíz de un presunto crecimiento exponencial de recursos, como sí acontece en otros modelos mucho más desarrollados que el nuestro. Al respecto algún indicio se puede encontrar en ISRAEL (2006), pp. 191-203.

⁵ MUÑOZ (2010), pp. 109-113.

Una variante complementaria de la posición anterior es aquella que ha sugerido la necesidad de dotar de mayor eficacia a la labor casacional por medio del expediente del precedente judicial más o menos vinculante⁶, medida que resuelve el problema a través de un expediente extraño a la casación, y que ciertamente trae aparejado problemas de diversa índole, apuntados ya por la doctrina⁷.

La tercera posición si bien asume el diagnóstico del mal desempeño casacional en muchos ordenamientos jurídicos (desde luego en el nuestro) y por razones semejantes, generalmente asociadas a la sobrecarga de asuntos, entiende al mismo tiempo que una ordenación de la casación supone tanto la racionalización jurídica de la misma como el compromiso con los intereses irrenunciables que son tan inherentes al sistema jurídico positivo, y que podríamos decir que resultan “fisiológicamente” exigibles. A la ordenación de la casación –a su diseño– le viene impuesto un esfuerzo de armonización de los intereses casacionales tutelados por este instituto y la racionalización del mismo, lo que sin duda parece una condición de viabilidad innegable. Desde esta perspectiva puede parecer excesiva la posición que enfatiza únicamente la unificación de jurisprudencia, tanto como la idea del precedente vinculante, aun cuando en ambas se encuentran ínsitos elementos que reelaborados sí pueden ser considerados en la casación en un diseño actual de ésta.

Es en este contexto problemático en donde intentaremos apuntar algunas ideas sobre estos extremos en las nuevas orientaciones que se insinúan en estas materias en el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, con la novedosa disciplina del recurso extraordinario, cariz prospectivo que la realidad del debate legislativo nos plantea.

II. BASES PARA ANÁLISIS

Consideramos –como se ha apuntado– que para la materia que nos ocupa sobre los recursos de naturaleza casacional cabe atender a la diferencia entre la función y la finalidad del instituto de la casación, supuesta la necesidad de ambas. Esto permite separar con nitidez lo que hace la Corte Suprema cuando conoce de la casación (función) de lo que son los propósitos que se consiguen con ella (finalidades), puesto que en nuestro Derecho la Corte Suprema conoce de recursos de casación interpuestos por las partes y lo hace exactamente dentro de los límites específicos que esta impugnación le impone, con lo cual no puede negarse en absoluto que la Corte deba pronunciarse sobre el derecho a obtener la anulación

⁶ Cuestión últimamente explorada en nuestra doctrina en importantes estudios monográficos: ACCATINO (2002); ROMERO (2004); MUÑOZ (2010); COUSO y MERA (2011).

⁷ NIEVA (2010); DELGADO (2009, 2011a, 2011b).

de la sentencia presuntamente viciada, como un derecho de configuración legal, obviamente⁸.

Desconocer lo precedente es imposible, puesto que es evidente que la casación no resulta en absoluto una jurisdicción meramente objetiva⁹. De allí es que para Calamandrei¹⁰, la casación y el recurso de casación se comprenden mejor si se advierte que la sentencia que tiene un vicio de origen, aun siendo válida, puede ser anulada si la parte gravada denuncia el vicio a través del recurso, con lo cual el recurso es el medio para hacer valer “un verdadero y propio *derecho* (potestativo) *de impugnación*”. Por lo anterior este autor considera que la Corte de casación anula una sentencia siempre que reconozca la existencia del derecho del recurrente a obtener la anulación al comprobar la concurrencia del error denunciado que conforme a la ley autoriza la anulación.

Ahora bien, si lo dicho explica la función que desarrolla la Corte con el conocimiento y decisión de un recurso de casación la misma no agota el sentido del recurso de casación, el que tiene por propósito la consecución de intereses públicos distintos de los del justiciable¹¹. Estos están más allá o trascienden a la inmediata función de la casación y quedan representados por la finalidad del instituto, y que, como se ha señalado, consiste tanto en defender el Derecho objetivo como en asegurar la unificación de la interpretación jurisprudencial. En efecto, tanto uno como otro son intereses públicos necesitados de casación y por ello resulta sumamente discutible querer hacer desaparecer sin más la defensa del Derecho objetivo como si bastara con el segundo, pues no se puede soslayar que el primero no siempre queda cubierto y satisfecho con la correcta tutela del segundo, ya que son intereses públicos con alcances y radios de acción diversos¹².

Con respecto al binomio de conceptos *ius litigatoris-ius constitutio-nis* lo cierto es que ante todo es menester apuntar con precisión en qué ámbito puede tener sentido la utilización de estas categorías o, mejor, con qué contenido se deben dotar las mismas. Y a este respecto no se puede desconocer que el *ius litigatoris* está en la misma identidad de la casación en tanto se le conciba como un medio de impugnación de las partes, identidad que se manifiesta de manera inequívoca en el objeto de conocimiento, en la decisión y en su alcance.

Por otra parte es evidente que el *ius litigatoris* está inevitablemente presente en la casación en tanto medio de impugnación que resulta armo-

⁸ Tal como lo afirmara CALAMANDREI (1945), T. 2, V.3, pp. 172-173; BONET (2000), pp. 26-27; ORTELLS (2010), pp. 41-42. Y así por lo demás viene expresamente reconocido en el artículo 359 del Proyecto (el derecho a recurrir).

⁹ Nótese lo que dicen hoy BRENNER y WHITMEYER (2009), y HAZARD y TARUFFO (2006).

¹⁰ CALAMANDREI (1945), p. 165.

¹¹ Entre nosotros, NÚÑEZ (2008), pp. 199-223.

¹² CALAMANDREI (1945), T. 2, V.3, pp. 93 y ss.; NIEVA (2010), *passim*; SIGÜENZA (2010), pp. 247-258; ZOPPELLARI (2010), pp. 663-675.

nizable o incluso potenciado en su relación con el interés de la defensa del Derecho positivo, de modo que esa relación podríamos decir resulta directamente proporcional. Con lo cual, mientras más se intensifica la defensa del Derecho objetivo más intensa podría resultar la tutela del *ius litigatoris*¹³, fenómeno que aparece muy enfatizado en los modelos de casación como tercera instancia¹⁴. El *ius litigatoris*, en cambio, ya no se presenta tan naturalmente consistente con el interés de la unificación jurisprudencial, si con ello al mismo tiempo se quiere significar la necesidad de hacer prevalecer este incluso por encima del de defensa del Derecho objetivo. En ese caso, si bien no se llega a negar la existencia e importancia del *ius litigatoris*, este resulta limitado por la fuerza que se le reconoce a la unificación de interpretación jurisprudencial al que se le atribuye preeminencia¹⁵, supuesto que tenderá a propiciar un modelo de casación menos intenso que la tercera instancia y por consiguiente que tienda a armonizar de mejor forma con determinados sistemas de selección de asuntos y a concentrarse en la censura de vicios *in iudicando* que incidan directamente sobre la interpretación de la norma objetiva¹⁶.

En último término, si la unificación de jurisprudencia es el único fin o resulta en una preeminencia absoluta, el *ius litigatoris* queda en una posición muy debilitada, surgiendo en su lugar el *ius constitutionis*, entendido como una suerte de opción incontrarrestable por el interés público ínsito en la casación. En ese esquema la casación puede llegar a perder su identidad de recurso, y dar lugar a un instituto jurídico distinto, en donde la pretensión recursiva pierde todo su significado tradicional, lo mismo que el derecho a obtener la anulación de una sentencia viciada¹⁷⁻¹⁸.

III. DOS EJES FUNDAMENTALES

Conforme a las explicaciones precedentes destinaremos algunos apuntes a dos ejes fundamentales del diseño casacional que tienen relación con las variables explicadas con anterioridad. En primer lugar, respecto de la relación y condicionamientos que puedan existir entre fines del recurso y la configuración de los motivos de procedencia que determinan en

¹³ SASSANI (2010), pp. 657-661.

¹⁴ WACH (2006), pp. 249 y ss; GOTTWALD (2008).

¹⁵ ORTELLS (2008, 2010); CHIARLONI (1992), pp. 11-27, y (2008).

¹⁶ TARUFFO (2006), pp. 151 y ss.

¹⁷ Casación en interés de ley, BALLESTEROS (1890); TRONCOSO (1992); *petition for a writ certiorari*, BRENNER y WHITMEYER (2009).

¹⁸ En suma, lo precedentemente expuesto guarda relación íntima con los denominados modelos de Tribunales de casación o de Tribunales Supremos, cuestión que en definitiva resulta el correlato exacto mirado desde el lado del diseño orgánico-funcional del Tribunal que se pone en la cúspide de la estructura judicial, como bien ha explicado TARUFFO (2006, 2007), y que también ha llamado la atención de nuestra doctrina MUÑOZ (2010); BORDALÍ (2010); MOSQUERA y MATORANA (2010).

abstracto la amplitud del control casacional. De este modo, si se reconoce sólo la finalidad de la unificación de la interpretación jurisprudencial o si se admite importancia y autonomía a la nomofilaquia como defensa del Derecho objetivo: tal alternativa según la opción debiera guardar correspondencia o determinar el diseño de los motivos (amplitud) *in iudicando*, de tal manera que en la primera hipótesis –de preeminencia de la unificación de la jurisprudencia– la misma debiera suponer un recurso que se haga procedente por motivos *in iudicando* que se limitan a la incorrecta determinación de la norma (contravención de ley) o a la incorrecta interpretación de la misma al determinar su sentido y alcance, excluyendo a los errores de calificación jurídica y subsunción (falsa aplicación de ley), que son sin duda errores *in iudicando in iure*, pero únicamente referidos al caso concreto y que no tienen la capacidad por sí mismos de extenderse a otras decisiones y por lo tanto de lesionar la uniformidad de la jurisprudencia, salvo, claro está, que al mismo tiempo el error de calificación y subsunción importen un error de interpretación¹⁹.

Por otra parte, también debe comprenderse que esta opción por la preeminencia de la unificación de jurisprudencia puede actuar como un vector propiciatorio de motivos del recurso basados en la censura directa de la infracción de lo que se ha denominado entre nosotros la doctrina jurisprudencial²⁰. Lo anterior, aunque pueda no parecerlo, en principio no plantea dificultad en un ordenamiento jurídico de Derecho positivo (y no jurisprudencial), siempre que aquello no se formule como una causal independiente o completamente autónoma de las normas jurídicas positivas, derechamente en lugar o en reemplazo de los errores *in iudicando* por infracción del Derecho objetivo²¹, ya que en ese caso la discusión en realidad se remonta a un problema anterior al de la casación, como es el de las fuentes formales del Derecho en un Ordenamiento como el nuestro y el lugar que en este se quiera o no reconocer a la jurisprudencia o, mejor, al precedente judicial como norma vinculante²². Este punto aparece actualmente como muy relevante, ya que resulta una idea esencial (aunque no bien lograda) en la configuración propuesta en el denominado recurso extraordinario en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil (artículo 409 PCPC).

Por el contrario, si se opta por reconocerle algún grado de autonomía a la nomofilaquia como una finalidad del recurso, y se admite el *ius litigatoris* en la función de la casación, no parece factible negar en términos absolutos la relevancia de los errores *in iudicando* que supongan cues-

¹⁹ NAPPI (2006); TARUFFO (2006) y (2007).

²⁰ Como sostienen ROMERO, AGUIRREZABAL y BARAONA (2008), pp. 225-259; en un sentido crítico DELGADO (2009), pp. 345-367 (2011a), pp. 473-494 (2011b), pp. 275-304.

²¹ Aclara los alcances, SERRA (1993), pp. 265-267.

²² Cuestión que ya ha concitado la atención de los profesores ACCATINO (2002); ROMERO (2008), y en el ámbito penal la de los profesores COUSO y MERA (2011). En términos generales en la doctrina comparada útiles resultan las reflexiones de ZACCARIA (2007).

tiones *in hypothesis*, como son los de calificación jurídica y subsunción (denominados falsa aplicación de la ley), en cuanto se defina a la nomofilaquia como la defensa de la correcta determinación, interpretación y aplicación del Derecho objetivo. Sobre este punto, por último, cabe señalar que las cuestiones de aplicación supondrán con frecuencia problemas de interpretación y aun de integración normativa por parte del juez, ya que este se encontrará habitualmente ante normas incompletas o de textura abierta que le impondrán, antes de la aplicación, una actividad interpretativa intensa cuando no derechamente la heterointegración de la norma²³, de modo que habrá de admitirse que la labor judicial de aplicación lleva ínsito el sorteo previo de diversos problemas de interpretación de difícil separación de la aplicación misma y, otras veces, la aplicación requiere previamente del concurso del juez para completar o integrar el mandato legal incompleto o abierto que luego se decide aplicar.

Estos matices técnicos reseñados previamente enmarcan el diseño de cualquier recurso de naturaleza casacional respecto del eje de la configuración de los motivos de procedencia. El legislador chileno optó por un modelo que se condensa en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil. Sobre el mismo podría creerse que en nuestro Derecho vigente la opción legal es por la nomofilaquia y el *ius litigatoris*, pues el legislador chileno no parece limitar los errores *in iudicando* únicamente a los errores de determinación de la norma jurídica (contravención de ley) y a los de interpretación, sino que también abarca a los errores de aplicación (falsa aplicación de ley). Pero un análisis más detenido conduce a relativizar la afirmación precedente, pues la peculiaridad de nuestro sistema reside en restringir notablemente la tutela o defensa del Derecho objetivo, reconociéndola de manera excepcional respecto de normas de naturaleza no legislativa, de manera que la finalidad nomofiláctica no resulta tan fuertemente respaldada, sino de una manera más bien limitada. Y lo peor es que tal restricción ni siquiera se compensa por un reforzamiento de la función unificadora. En el Proyecto de Código Procesal Civil, la cuestión no aparece completamente resuelta y se opta por un sistema abierto, donde el acento viene dado por una ordenación equívoca del interés general (409 PCPC), que se combina con una diluida configuración de motivos.

El otro eje del diseño casacional que queda también fuertemente influido por la función y finalidades que se quieran atribuir al instituto es aquel referido a la previsión y tipos de mecanismos de selección de asuntos. Es así como un modelo de selección completamente discrecional en la norma o en la praxis jurisprudencial revela una negación consciente o inconsciente del derecho a obtener la anulación, mien-

²³ Fenómeno precisa y ampliamente reconocido por la teoría del Derecho. Así LARENZ (2001), pp. 363-414; WRÓBLEWSKI (1979), pp. 27 y ss. (1992), 305 y ss; FERRAJOLI (2007), T. I, *passim*, pp. 333 y ss., 195 y ss y 879 y ss, y T. II, 71 y ss, 90 y ss y 212 y ss. Agudamente y con anterioridad CALAMANDREI (1945), T. II, V.3, pp. 96-97.

tras que las opciones que niegan la selección como filtro, más allá de la recurribilidad objetiva, pueden estar demostrando una preferencia absoluta por el *ius litigatoris*, casi en los mismos términos en que se puede sostener este en los recursos ordinarios o de mérito, acercándose al modelo de la tercera instancia. En fin, la opción por un sistema de selección judicial de asuntos, pero con tasación legal surge como la vía que no renuncia a la armonización de las eventuales fuerzas opuestas al interior del instituto de la casación que, de un lado, demandan una enfatización de sus intereses públicos –y especialmente el de la unificación jurisprudencial– con una dosis de pragmatismo por la realidad del funcionamiento aceptable del instituto casacional, y que de otra, ponen en evidencia la misma e irrenunciable calidad jurídica de la casación de derecho del justiciable, que se opone en nuestra tradición a entenderla como una jurisdicción meramente objetiva que prescinde de la pretensión recursiva, pero que se sirve de ella.

Nótese que en contra de lo que se pueda pensar, la configuración casacional chilena no contempla un régimen de acceso a la casación indiscriminado basado únicamente en la naturaleza o tipo de resolución impugnada, puesto que el sistema legal ha previsto requisitos que limitan la recurribilidad en razón de criterios cuantitativos o cualitativos del asunto decidido por la resolución objetivamente recurrible²⁴. De alguna manera el legislador chileno ha obrado estableciendo normas de selección aisladas que ciertamente no responden a una política jurídica clara y concebida dentro de un esquema de conjunto. Así, podría decirse que se excluye de la casación (en el fondo) los asuntos que no alcanzan una cuantía determinada y que por lo tanto deban someterse al procedimiento de mínima cuantía. Aunque bien es cierto que en este caso el criterio cualitativo de la *summa gravaminis* sea indirecto y esté referido a la apelación, refleja no obstante su efecto selectivo sobre la casación. Otras veces en razón de un criterio cualitativo de la cuestión resuelta es que se niega acceso a la casación como acontece respecto de las sentencias inapelables dictadas en el marco de los procesos seguidos de conformidad al procedimiento ante el Juzgado de Policía Local, los que no tienen acceso a la casación no obstante tratarse en ellos de acciones civiles indemnizatorias de importancia, o como acontece en determinados asuntos contenciosos administrativos civiles: así, por ejemplo, con los reclamos de ilegalidad en contra del Gobierno Regional. Otras veces el sistema de selección de asuntos opera en la práctica al amparo de normas ambiguas como aquella del artículo 782 del Código de Procedimiento Civil que la Corte Suprema ha convertido en una suerte de control discrecional de selección de asuntos, que permiten cohonestar diversos criterios de oportunidad no declarados por medio de una interpretación bien alejada de lo que en

²⁴ Seguimos a ORTELLS (2010), pp. 32-34.

estricto rigor resulta un poder para la desestimación de fondo *in limine* por falta de fundamentos²⁵.

IV. REGULACIÓN PROPUESTA EN PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL RESPECTO DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO Y DEL DISEÑO DE LA SELECCIÓN DE ASUNTOS

Una lectura atenta del Proyecto en las dos cuestiones señaladas con anterioridad provoca comentarios generales y otros más específicos. Una observación general es que nos hallamos frente a un asunto que requerirá de variadas mejoras y de un importante conjunto de normas que corrijan el carácter lagunoso y, a veces, impreciso o equívoco de la propuesta legislativa. Otro apunte útil es que tal vez por lo anterior se observa todavía una baja precisión técnica en el modelamiento de los recursos, cuestión que debe ser cuidadosamente reflexionada y enmendada.

Respecto de las observaciones específicas sobre las materias señaladas, cabe apuntar las que siguen:

4.1. RESPECTO DE LOS MOTIVOS

El Proyecto no trata claramente la configuración de los motivos del recurso, sino de una manera implícita y confusa. El análisis debe centrarse en los artículos 405 y 409.

El encabezamiento del primero (art. 405) dice referirse al objeto –se entiende, del recurso extraordinario–, lo cual podría suponer una alusión a la pretensión recursiva o a los posibles motivos que puedan fundar la pretensión de aquella, pero lo cierto es que el precepto no se refiere en absoluto ni a lo uno ni a lo otro, y al final contiene una referencia oblicua a la competencia funcional de la Corte Suprema, además de un manifiesto error sintáctico y jurídico, como es aquella mención vacía que refiere que la Corte Suprema deba “avocarse al conocimiento del asunto”. ¿De qué asunto? No se sabe, puesto que no se ha dicho nada sobre los motivos del recurso ni tampoco sobre la pretensión recursiva. Una buena técnica legislativa –en mi opinión– sería partir sistemáticamente señalando primero los motivos y luego la pretensión recursiva. Y solo habiendo apuntado y distinguido bien estas dos cosas cabe hacer referencia a la cuestión del interés general (casacional), si con ello se quiere introducir alguna forma de selección de asuntos. A este respecto no está de más tener presente que el motivo fija la sustancia de lo que es denunciado por la vía del recurso de casación o extraordinario, mientras que el interés general (o

²⁵ Vid. LIBEDINSKY (1995), pp. 7-11; ISRAEL (2006), pp. 191-203.

casacional) opera como un requisito concreto aplicable al momento del juicio de admisibilidad (selección concreta de aquellos asuntos).

A mi juicio habría que regular nítidamente los motivos del recurso, y consagrar claramente que un motivo del recurso es aquel consistente en el error en la determinación, interpretación o aplicación de una norma de derecho positivo material, o de doctrina jurisprudencial, cuando ésta complementa o completa un precepto jurídico, o reconoce y aplica una costumbre o principio jurídicos.

La referencia al Derecho positivo material puede parecer una obviedad, pero la realidad es que tal como está concebido el denominado recurso extraordinario (en su lagunosa regulación), aquello no aparece cubierto. Y ciertamente, un sistema jurídico sano ha de contar con este mecanismo de defensa del Derecho objetivo.

Por otra parte, con respecto a la referencia a la doctrina jurisprudencial se hace menester dar un preciso concepto legal vinculante de cuándo se va a entender formada la mencionada doctrina jurisprudencial, consistente y uniforme, lo que requiere de la específica fijación de criterios cuantitativos, como la cantidad de fallos que la configuran –dos o más–; de los criterios cualitativos, tal como la determinación de qué órganos deba derivar esa doctrina jurisprudencial –si solo doctrina de la Corte Suprema o también de Cortes de Apelaciones–; de los criterios temporales, esto es, en qué época deba haberse producido la jurisprudencia que configura la doctrina jurisprudencial –si períodos breves o más amplios, con tal que no aparezca contradicha–.

Lo que parece del todo desaconsejable es señalar lo de la doctrina jurisprudencial y no hacer mención alguna a las cuestiones precedentes, menos si se tiene en cuenta nuestro débil desarrollo jurídico, tanto práctico como doctrinal, cuestión que hace sumamente riesgoso y poco sensato dejar conferidas estas cuestiones a un presunto desarrollo supletorio a cargo de la práctica o de la doctrina.

Con respecto al problema esencial de la confusa regulación, el artículo 409 que lleva por encabezado exactamente el denominado “interés general”, mezcla de forma patente aquello con lo que técnicamente son “motivos” del recurso. En suma, el Proyecto comete el error de tratar confusamente las dos cosas. Y en ese equívoco se corre el riesgo alternativo de o quedarse únicamente con los motivos, perdiendo eficacia normativa aquella mención al interés general, entendiéndose que siempre concurrirá este cuando concurra el motivo, o, mucho peor (y más probable), de que el interés general, al estar confundido con el motivo, se acabe alzando en una suerte de autorización legal abierta e ilimitada para la selección discrecional de asuntos.

Dicho de otra manera: el artículo 409 dice establecer criterios sobre lo que habrá de entenderse por interés general, aun cuando a medias y confusamente. El absurdo normativo es que si le creemos al precepto y consideramos que el mismo refiere el interés general, advertimos que

este aparece referido, pero no los motivos. En un recurso extraordinario o de naturaleza casacional si hay algo que debe estar claro es justamente sobre qué tipos de infracciones de Derecho se autoriza la impugnación. Es más un modelamiento de un pretendido interés general requiere de aquello también o, en otro caso, cabe preguntarse ¿sobre qué cosas entonces se modela ese interés?

Si consideramos el artículo 409, por el contrario, desde la perspectiva de los motivos, se observa que su cobertura es completamente deficitaria e insatisfactoria, pues en el primer supuesto hace referencia a la infracción esencial de derechos o garantías fundamentales –casi en idénticos términos al art. 373 letra a) del CPP–, aunque obviamente en el proceso civil tenga menos trascendencia práctica que en el proceso penal y, por supuesto, mucho menos relevancia que la infracción de otras fuentes normativas, partiendo por la legal, las que aparecen inexplicablemente preteridas.

En cuanto al segundo motivo (o criterios de interés general), el cual está referido a la necesidad de crear, fijar o modificar jurisprudencia, llama la atención que la misma se predique respecto de una categoría jurídica indeterminada, que no sabe si goza o no de autonomía respecto de las normas de Derecho positivo. La cuestión es esencial para saber de lo que estamos hablando. En un caso nos estamos refiriendo exactamente a la interpretación judicial respecto de una norma o a su función supletoria o complementaria. En el segundo supuesto podríamos estar refiriéndonos a algo más próximo al concepto de precedente (o jurisprudencia) como fuente formal y autónoma en sí mismo. En este segundo caso lo más absurdo es que se constituiría en motivo (o en interés) la infracción de un precedente o la necesidad de crear uno, pero no la violación o infracción de una norma de Derecho positivo. De hecho –como ya se ha dicho–, esta hipótesis no aparece precisamente cubierta. De esta manera el recurso extraordinario aparece completa y totalmente desvinculado a la finalidad nomofiláctica o de defensa del Derecho positivo, salvo en los limitados márgenes en que se pueda entender lesionado un derecho fundamental.

4.2. SELECCIÓN DE ASUNTOS POR LA VÍA DEL INTERÉS GENERAL

En términos generales conviene señalar que un sistema de selección de asuntos para la casación (o recurso extraordinario) debe suponer en nuestro Derecho un modelo racionalizado y legalmente tasado, puesto que es evidente que aquello es condición *sine qua non* del mismo concepto de derecho al recurso y antes del propio concepto de recurso, puesto que un poder discrecional de la judicatura competente (Corte Suprema) para negar acceso a ella misma, sin más, abierta y libremente, hace ilusorio lo indicado. Esta idea afortunadamente debe entenderse reconocida en el primer precepto sobre los recursos que contempla el Proyecto, como es el artículo 359.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, la Sentencia de 1 de febrero de 1995, rol 205, del Tribunal Constitucional. En ella esta judicatura se ha pronunciado –en control de constitucionalidad preventivo– sobre la propuesta de establecimiento de una facultad (de la Corte Suprema) para el rechazo *in limine* (norma de selección encubierta) por carencia de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de que la infracción *in iudicando* solo pudiese prosperar como motivo del recurso cuando en ella se planteara una cuestión relevante y aprovechable para resolver asuntos interpretativo-aplicativos jurisprudenciales, con el propósito de generar doctrina o jurisprudencia, idea que siendo propuesta como norma legal que se pretendía introducir en el artículo 782 del CPC, el mencionado Tribunal Constitucional no dudó en calificarla de abiertamente inconstitucional –entre otras razones– por su manifiesta ambigüedad y por someter por completo la pretensión recursiva al interés público de unificación jurisprudencial y doctrinal, desentendiéndose por completo de la cuestión planteada por el recurrente.

Creemos que esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional debe ser considerada por nuestro Legislador, la cual no pierde vigor –obviamente– por la razón de haberse cambiado el nombre al recurso.

En fin, el interés general podría atender a los siguientes criterios, intentando interpretar la *ratio legis* del proyecto:

Primero, para el caso de los errores *in iudicando*, este interés debería estribar en la necesidad de fijar un criterio jurisprudencial sin antecedente (leyes nuevas o reformas novedosas), o en uniformar discrepancias jurisprudenciales (entre Cortes o entre estas y la Corte Suprema), o en aclarar o modificar un criterio jurisprudencial asentado (*stare decisis*).

Obsérvese que el último supuesto –sobre la necesidad de modificar el criterio jurisprudencial– resulta muy importante, pues permite en todo caso una articulación adecuada de la unificación (sincrónica) y la evolución jurisprudencial (diacrónica) y, por otra parte, reconoce que junto a la unificación se da por supuesto siempre la independencia judicial.

Segundo, para el caso de las infracciones de garantías y derechos, el interés puede residir en la necesidad de generar criterios normativos que doten de eficacia a las cláusulas constitucionales o a las de los tratados internacionales que aparezcan efectivamente embarazadas por la inejecución procesal (procedimental) o por la infracción que se verifica con el pronunciamiento de la sentencia.

DERECHO A LA TUTELA EJECUTIVA DEL CRÉDITO: ENTRE MITOS, TEMORES Y REALIDAD

ÁLVARO PÉREZ RAGONE*
*Profesor de Derecho Procesal,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

I. PLANTEOS INICIALES

El derecho a la ejecución integra las garantías constitucionales, de derechos humanos y derechos fundamentales procesales. Esta afirmación sin embargo suele no tener correlación con la importancia legislativa, doctrinaria y especialmente funcional-práctica que se le asigna a la par de otros derechos o garantías como el de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva¹. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido parca en tratar este tema, pero con certeza no por desconocimiento o desinterés, sino porque no es una “violación” usual a la Convención. O los sistemas de ejecución civil (donde incluyo el laboral y claro el contencioso-administrativo) en Iberoamérica son irreprochables, o bien tal cual lo sostuve al iniciar este párrafo, parecería ser un tema marginal y sin mayor necesidad de discusión y cambio. Solo como propuesta introductoria, hablar de ejecución es referir a “(...) *el procedimiento ante la injustificada negación al cumplimiento de una prestación a través del cual se busca quebrantar la voluntad de deudor con reserva del ejercicio de la fuerza por parte del Estado (...)*”².

* Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Contribución enmarcada dentro del Proyecto Fondecyt N° 1111021 “Principios de la tutela ejecutiva del crédito” donde es investigador principal.

¹ MARINONI, LUIS GUILLERMO, PÉREZ RAGONE, ÁLVARO y NÚÑEZ, RAÚL, *Fundamentos del Proceso Civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 20-56.

² PÉREZ RAGONE, Álvaro “Prelación, isonomía y agrupamiento de créditos en la ejecución civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 2011, p. 459.

1. Más preocupante aún es ver la importante jurisprudencia comparada (especialmente de la Corte Europea de Derechos Humanos), que ha ido dando forma y contenido al derecho a una tutela ejecutiva del crédito a partir de la tutela judicial efectiva inclusiva de la ejecución³. No parece adecuado plantear el derecho de acceso a la justicia, sin enfatizar igualmente el derecho a que, una vez transitado el palacio del proceso y haber obtenido la razón, ello quede solo declarado: ya porque termina difiriéndose su cumplimiento, ya porque el mismo modelo ejecutivo es ineficiente en poder acceder al patrimonio a ejecutar, ya porque se termina entendiendo que al menos la victoria que obtuvo la otrora parte demandante, ahora acreedor satisfizo su derecho de acción. Digámoslo claramente, la falta de satisfacción oportuna, razonable y adecuada de un derecho indubitado (una prestación declarada judicialmente o contenida en lo que denominamos en general títulos ejecutivos) no solo vulnera la garantía de tutela judicial efectiva, sino que además es una burla al derecho de acceso a un proceso debido, justo y equitativo. Estos enunciados reflejan lo decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones desde el emblemático caso *Horsnby vs. Grecia* (1997) seguido por *Martins vs. Portugal* (1988), *Guincho vs. Portugal* (1984), *Trana vs. Italia* (2008), *Burdov vs. Rusia* (2009), hasta el más reciente *Pellya vs. Rusia* (2012). Veremos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido siguiendo el mismo rumbo (*Cinco Pensionistas* (2003) y *Baena* (2008) ya había sentado las bases que con *Mejía* (2011) se consolidaron).

2. Quisiera tomar como modelo la experiencia chilena con la ejecución civil y laboral. La última por la gran reforma a una justicia laboral exitosa en sus cometidos en los últimos tres años, pero cuyo talón de Aquiles fue y es la ejecución. La civil la mencionaré con ocasión del actual Proyecto de Código Procesal Civil para Chile (en adelante PCPC) en tramitación parlamentaria que propone cambiar los paradigmas orgánicos y funcionales de la ejecución, asumiendo que lo existente no funciona y ello vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva. Asumiendo que el Estado debe proveer de un sistema ejecutivo orgánica y procedimentalmente eficiente. Asumiendo que el paradigma del juez ejecutando es en la realidad una ficción, el patrimonio o la conducta afectada del deudor no están dentro del despacho del juez por un lado y por otro la ejecución necesita de mucha actividad y medidas en terreno para lo cual se requiere de calidad, excelencia, profesionalismo y marcos adecuados superadores⁴. Por cierto no es indiferente a esto, el hecho de que casi un 86% de los procesos en

³ BORDALÍ, ANDRÉS, "Análisis crítico de la jurisprudencia del TC sobre derecho a la tutela judicial", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, 2011, pp. 311-337.

⁴ Para un estudio comparado y las ventajas en eficiencia, transparencia y finalmente satisfacción de los usuarios del sistema con modelos desjudicializados puede verse KENNETT, WENDY, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford University Press, London, 2012, pp. 10-25.

materia civil en Chile sean ejecuciones o gestiones de preparación. Y no debiera ser indiferente, ya que el mismo PCPC introduce un modelo de procesos por audiencia con un juez activo, director material y formal del proceso, que no estará (ni creo debe estar) ocupándose de la ejecución, so consecuencia de ineficiencia del proceso de conocimiento en el que es un engranaje esencial. Cada una de estas afirmaciones tiene sustento empírico y de derecho comparado recientemente hecho notar por un importante estudio del Banco Mundial⁵.

3. Si la interrogante es sobre si debe o no ser reformado el sistema de ejecución civil (por cierto aplicable supletoriamente a lo laboral que son las áreas de muestra que planeo tomar como ejemplo de modelos rezagados o fracasados), dudo que existan argumentos de peso en un contexto internacional y nacional para responder negativamente. No solo hay argumentos constitucionales y de imperativos contra y para con el Estado de proveer un sistema de tutela ejecutiva funcional (desde los derechos fundamentales del acreedor y del respeto y trato profesional y adecuado del deudor), sino también de modernización del Estado y la asunción de sus distintas funciones⁶. Un diagnóstico poco optimista tienen los sistemas en Latinoamérica donde la formalidad excesiva y el rol del juez como formalmente presente controlando y resguardando la ejecución contrastan con la justicia, oportunidad y eficiencia del sistema. Materialmente el juez solo decide las innumerables alternativas de discusión con las que cuenta el deudor, sean técnicas (tasación de un bien por ejemplo) sean netamente jurídicas como observaciones de presupuestos procesales generales, de la acción ejecutiva en especial o relativos a la existencia y validez de la obligación en particular⁷. Las recomendaciones para desjudicializar y profesionalizar la ejecución (especialmente dinerarias o cobranzas) también han sido recomendadas en el marco de tutela eficiente del crédito en la UE⁸. En el ámbito del derecho procesal

⁵ Ver GRAMCKOW, HEIKE, “Effective Processes and Enforcement Agents”, en *Justice Reform Practice Group*, World Bank, 2012, *passim*, puede verse en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2012/02/23/000356161_20120223004238/Rendered/PDF/669500WP00PUBL0ies00J0D018020120web.pdf (visitado 10.3.2012).

⁶ Al respecto no debe ignorarse el excelente estudio para el Banco Mundial de Henderson, Keith *et. al.*, *Barriers to the Enforcement of Court Judgments and the Rule of Law*. IFES: Washington D.C., 2003, disponible en http://www.ifes.org/rule_of_law/enforcement.html.

⁷ Véase para un estudio detallado y comparado en varios países de Latinoamérica comparables (idénticos) con la ejecución chilena en un estudio de HENDERSON KEITH *et. al.*, *Regional Best Practices Enforcement of Court Judgments Lessons Learned From Latin America*, aunque del año 2004, totalmente vigente a hoy (Washington: IFES, 2004), esp. pp. 17-20 (Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/WhitePaper5EnforcementofCourtJudgments.pdf> (visitado 10.11.2011); para un estudio centrado en Perú y los problemas de modelo ejecutivo judicializado véase el informe de IFES (2004) <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/EnforcementofJudgmentsinPeru.pdf> (visitado 10.11.2011).

⁸ Solo un ejemplo de muchos al respecto: “*Recommendation N° 6: Alternatives to enforcement by the courts should be considered. More business-oriented, managerial enforcement would be more effective and could achieve economies of scale. For example, in Sweden the enforce-*

latinoamericano hay aún, especialmente es verificable ello en Chile, un cierto temor a la desjudicialización de la ejecución. Temor que impide ver las ventajas especialmente para el justiciable, no solo para el acreedor, sino y especialmente para el deudor y sociedad en su conjunto: mejor acceso a la justicia, menor costo, mayor transparencia, eficiencia y justicia en un área dejada de lado como lo es la ejecución. Pretender abordar el diagnóstico, funcionamiento y en su caso rediseño de la ejecución civil con cánones exclusivos de un área del derecho es errar el camino. Si hay un ámbito donde se entrelazan derecho público, privado y procesal justamente para lograr la confluencia del derecho material con el formal, es el ámbito de la ejecución⁹.

Este aporte tratará primero la ejecución desde la óptica de algunos fallos del sistema europeo y americano de derechos humanos para determinar el centro de atención de ellos en el derecho a la tutela ejecutiva (efectiva); en el siguiente apartado se examinará el diagnóstico de la ejecución civil en Chile y la reforma propuesta, diagnóstico que quizás sea comparable al de otros países en Latinoamérica; luego se expone la opción en la reforma a la justicia civil chilena actualmente en tramitación legislativa; se concluye con algunas referencias a la necesaria coordinación que debe

ment of payment orders is centralised in one State agency. The advantages of this model are that it permits process management, has a number of synergies and liberates the judiciary from non-legal tasks. The introduction of a centralised Europe-wide database of enforceable claims should be considered, to avoid more than one court acting against the same debtor without coordination". Según European Financial Markets Lawyers Group (2008), ver en http://www.efmlg.org/Docs/Final_EFMLG%20Report_Improved%20judicial%20efficiency%20for%20financial%20services%20claims_220808.pdf (Visitado 12.11.12); comp. por cierto con PAREDES, RICARDO A., ANDRÉS CRISOSTO, and PHILIPPE MARTÍ, "Judicial versus Private Auctions: Better without Protection?" en *International Society for New Institutional Economics*, Nanterre, Timmermans, 2009, *passim*; WIM A. "Comparative Overview of Important Issues Concerning the Functioning of Court Bailiffs in Various European Countries", en *Execution and Efficiency of Justice in the Russian Federation*, Moscú, The Administration of the President of the Russian Federation, 2010, *passim*. Para un especial detalle en países que en su momento asumieron el cambio del modelo judicializado y los argumentos dados ver UZELAC, ALAN, "The Role played by the Profession of Bailiffs in the Proper and Efficient Functioning of the Judicial System: An Overview with Special Consideration of the Issues Faced by Countries in Transition", *Lecture delivered at the Council of Europe seminar*, "The Role, Organization, Status and Training of Bailiffs – Strengthening the Enforcement of Court Decisions in Civil and Commercial Cases", Varna, Bulgaria, 2002, *passim*.

- ⁹ Creo más que nunca en las sabias palabras de la introducción a la obra española "El embargo de bienes", que hiciera su autor JORGE CARRERAS en 1957: "Si existe un sector en el que más acusadamente se entrecruzan el derecho material y el procesal es este indudablemente, el del proceso de ejecución. Por tanto, mientras los procesalistas no han podido ocuparse de la ejecución forzosa por las razones apuntadas, los civilistas e hipotecaristas no han podido, en muchos casos, soslayar el estudio de los fenómenos que la ejecución produce en el derecho material. La consecuencia es completamente lógica; al tratarse la ejecución por los estudiosos del derecho privado se han examinado sus problemas bajo un prisma distinto –nos atreveríamos a decir contrario– de aquel bajo el cual debe ser contemplado para hallar una solución correcta. La investigación se ha llevado a cabo unilateralmente y se ha elaborado una doctrina que emplea conceptos y categorías de derecho privado difícilmente acumulables a instituciones de derecho público", p. 6; luego en p. 5 y s.: "En España... la ejecución no ha podido ser estudiada aun con la profundidad deseable y necesaria" (Barcelona: Bosch, 1957).

haber entre la ejecución singular y la universal (Derecho Concursal) para concluir con algunas apreciaciones generales.

II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA E INTERAMERICANA EN DERECHOS HUMANOS Y LA EJECUCIÓN CIVIL

La comunitarización del proceso civil europeo no cesa. A la serie de reglamentos y directivas relacionados con la prueba, las notificaciones, los procesos de menor cuantía, tutela cautelar, se suma en el último tiempo la ejecución civil. Todo ello con una decidida y coherente jurisprudencia nacional y supranacional de sustento. Desde el ámbito de las pequeñas cuantías siguiendo por las medidas provisionales (cautelares) para resguardo de situaciones jurídicas sin tener aun título ejecutivo, el procedimiento monitorio, como el título ejecutivo europeo, la propuesta de embargo de activos bancarios, la transparencia patrimonial, la desjudicialización de la ejecución civil son apenas manifestaciones de concreción general de vías para garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos (lo más general). No obstante ello, e incluso mucho tiempo antes, se anticipó que de alguna o de otra forma el tribunal europeo de derechos humanos, brindando la noción del derecho a una tutela ejecutiva del crédito (especie del anteriormente descrito) y como corolario del derecho a un juicio justo, equitativo y razonable¹⁰.

1. Tanto a nivel de los estados miembros, en el derecho comunitario y a nivel de tratados internacionales se suele aludir frecuentemente al derecho a un debido, justo y equitativo proceso. Incluso a nivel constitucional nacional de muchos estados miembros se reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva¹¹. Esto sirve como punto de partida para la formulación de los siguientes interrogantes: ¿esos imperativos de justicia, equidad y oportunidad son aplicables a la ejecución?; de ser positiva la respuesta, ¿cuáles serían las consecuencias dentro de los sistemas de ejecución civil de los estados miembros? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya había planteado la necesidad de contemplar dentro de la noción de “proceso” también a la ejecución, amparado en el artí-

¹⁰ TROCKER, N., “The Right to Effective Enforcement of Civil Judgements and Orders”, en STÜRNER, R.-KAWANO, M., *Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 21-25.

¹¹ A nivel comunitario ya el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva, cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la unión hayan sido violados. El artículo 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 como así también el artículo seis de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 refieren al derecho a un juicio equitativo y justo. Incluso la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 en su artículo 10 alude a la necesidad de un proceso justo.

culo 6.1 de la convención en el derecho a “un juicio equitativo”¹². Ello entendido en tanto que lo lógico garantizado, además de una sentencia adecuada a derecho, equidad y justicia, debe ser la puesta a disposición del ciudadano de todos los medios para su adecuada ejecución en un plazo razonable de tiempo¹³. Si se considera que el término “razonable” depende de variables relacionadas con la circunstancia de la causa, la complejidad del asunto y la consideración al comportamiento de las partes (en especial de la requirente)¹⁴; con ello el plazo razonable se convierte en un imperativo aplicable no sólo al deber de juzgar, sino que también al de hacer ejecutar lo juzgado, es decir, es aplicable a todas las fases de los procedimientos judiciales que tengan por objeto resolver los litigios sobre los derechos y deriven en constatación de obligaciones, no pudiéndose excluir justamente las vías que tienen por objetivo la satisfacción del crédito ya reconocido en una sentencia. De lo contrario, la inoperancia del sistema y el resguardo adecuado de los intereses de acreedor y deudor importa la denegación de justicia¹⁵.

2. La Corte Europea partió con un argumento simple, pero convincente. La ejecución integra el imperativo de un proceso justo y equitativo, de allí que cada uno de los estados miembros debe permitir en su diseño orgánico y procesal particular el cumplimiento de las resoluciones judiciales¹⁶. La fórmula en este fallo lo dice todo: efectivamente se tornaría ilusorio si un estado parte pudiera permitir arribar a una decisión final y obligatoria si la misma va a quedar finalmente inoperante. La ejecución de lo decidido integra el derecho a un juicio justo y equitativo. Este fallo será el precedente más fuerte a partir del cual se comienza a construir el conjunto de estándares de justicia procedimental ejecutiva: aquello que se decide tiene sentido, siempre que sea posible su cumplimiento. La relación de coherencia entre el juicio justo y la lógica necesidad de que lo decidido pueda y deba cumplirse, tiene sus importantes antecedentes. Con ello se supera la posible discusión dogmática existente en algunos sistemas comparados sobre si la ejecución constituye o no una tercera etapa, no solamente temporal y sucesiva, sino también como centro de “tercera” importancia y atención para validar un sistema de justicia civil. Como veremos en algunos casos decididos por el TEDH no solamente

¹² Para un estudio anterior y pionero en la materia véase el aporte de la jurista griega YESSIOU FALTSI, PELAYIA, *Le droit de l'exécution selon la cour Européenne des droits de l'homme: analyse et prospective, Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Conferencia del Congreso Internacional de HJ, Paris, 2001, pp. 198-199 y 205-206.

¹³ Así lo decidido en *Zappia c. Italia* (29.8.1996).

¹⁴ *Estima Jorge c. Portugal* (21.4.1988).

¹⁵ *Horvat v. Croatia*, 26.7. 2001, “in so far as the applicant has no domestic remedy whereby she could enforce her right to a ‘bearing within a reasonable time’ in either of her cases as guaranteed by Article 6 (1)”.

¹⁶ *Hornsby c. Grecia* (19.3. 1997) en tanto ya que la autotutela está proscripita, los Estados están obligados por el art. 6 del CEDH a proporcionar una estructura orgánica y un procedimiento adecuados para el cumplimiento y satisfacción del crédito.

se ha establecido que el derecho a la tutela ejecutiva efectiva es parte del derecho a un juicio justo y equitativo, sino que paulatinamente ha fijado sólidas pautas –directa o indirectamente– a los distintos estados miembros para el cumplimiento de las condenas por vulneración al referido artículo sexto. Así por ejemplo, en el caso *Trana* del año 2008¹⁷ donde se identificó la deficiencia sistémica de un ordenamiento en relación con el mal funcionamiento de su legislación interna sobre ejecución, que afecta a un gran número de ciudadanos que no pueden verse satisfechos en sus derechos ya declarados judicialmente. O en decisiones como el caso *De Burdov* del año 2009¹⁸, recriminando al estado ruso la persistente y continua reticencia para eludir la ejecución de las sentencias civiles, especialmente en casos donde el Estado era el deudor. Estas indicaciones a los estados miembros, destinadas a cesar la violación a un derecho, evitar que se repita o, en su caso, proveer la reparación suficiente a las partes afectadas, han ido aumentando. Incluso en muchos ordenamientos de Europa del Este que modificaron radicalmente su sistema ejecutivo en el último tiempo, especialmente el aspecto orgánico, con la introducción de los modelos de *Bailiff/Huissier*/oficiales de ejecución, la Corte Europea ha instado, no obstante a reconocer los avances, a establecer mecanismos más eficientes de fiscalización, funcionales y orgánicos relacionados con los nuevos sistemas ejecutivos.

3. En *Burdov vs. Rusia* la propia Corte Europea apercibió y emplazó a las autoridades rusas para no demorar y proceder al cumplimiento oportuno de las deudas pecuniarias que ya habían sido establecidas judicialmente. A ello se sumó el reconocimiento de que los estados miembros se obligan frente a dicha demora a la reparación de los daños que la insatisfacción del crédito hubiere ocasionado. Dentro de los daños indemnizables se debe incluir el daño moral (entre los que no solamente se incluyen la “incertidumbre y ansiedad”, sino también la debida protección “al sentido de injusticia”) sufrido por los ciudadanos. Incluso en *Sophia* del año 2003 se condenó al pago de daños materiales como morales¹⁹. Este avance no es sino una consolidación de lo ya sentado tiempo antes en *Brumaresku* en el año 1999, en tanto se impone al Estado demandado una obligación legal no solamente para cesar en el incumplimiento de la debida ejecución, sino también una obligación positiva de adecuar su sistema y, concretamente, de reparar los perjuicios que su conducta ocasionó al justiciable²⁰.

Pero no solo hay sustento en la interpretación de la cláusula de proceso justo y tiempo razonable. También se refieren a especiales valores socioeconómicos con los cuales se relaciona una ejecución más funcional.

¹⁷ *Trana c. Italia* (16.1.2008).

¹⁸ *Burdov c. Rusia* (15.1.2009).

¹⁹ *Sophia Grudun Hansen c. Turquía* (23.9.2003).

²⁰ *Brumaresku c. Rumania* (28.10.1999).

Como sabemos, la eficiencia de la justicia es esencial para el desarrollo económico del país, ya que un sistema de cobro de deudas es supuesto para la inversión, previsibilidad y confianza en un sistema jurídico. La previsibilidad no solo es importante para el acreedor, sino también para el deudor. Ya en varios informes internacionales se ha hecho hincapié en que el retraso en el cobro de deudas en los tribunales es perjudicial para la economía, porque obliga a la financiación necesaria y a la cobertura nominal para sanear problemas de liquidez en la cadena. La creación de procedimientos eficaces para reducir los plazos de pago (solo diseñados para funcionar y ya con ello ser disuasivos), ayudan a estimular la economía. No solo se requiere rapidez y eficacia, lo que significa que queremos lograr un resultado dentro de un plazo razonable y con una mayor eficacia económica. No sólo la ley dispone que todo ciudadano tiene derecho a un plazo razonable para la resolución de los casos. Esto ya está consagrado en las normas constitucionales y los tratados internacionales hace mucho tiempo²¹.

4. Con relación a los modelos que habían adoptado el sistema de oficial de ejecución, el TEDH se pronunció al respecto sobre los beneficios para el acceso a la justicia y funcionalidad del sistema a partir de la apertura del mercado a una mayor competencia y calidad. No solo es una alternativa con un estándar en beneficio del acreedor, sino que el profesional permite más cercanía y trato adecuado directo con el deudor. El rol de la desburocratización judicial de la ejecución coadyuva a un sistema eficiente. La calidad funcional del modelo depende de un adecuado marco deontológico y de responsabilidad que garantice un desempeño del oficial respetando los intereses en juego²². El TEDH en otro caso también consideró casos elogiando la modificación orgánico-procesal y con mejoras evidenciables. Ello como superación de situaciones que ocurrieron en el pasado debido a la falta de comunicación entre el poder judicial y la ventaja que trajeron la incorporación de TIC: un proceso más rápido y con mejora de faz previa a medidas de apremio, una Justicia más barata porque el agente realiza búsquedas electrónicas; son totalmente gratuitos y una adecuada preparación para instar acuerdos o llevar adelante la ejecución. No obstante la desjudicialización es un avance para un adecuado sistema ejecutivo, señala la Corte que es también deber del Estado en este rediseño una diagramación orgánica adecuada que contemple mecanismos de fiscalización, códigos deontológicos y sistemas adecuados de responsabilidad para fijar el marco de actuación del oficial de ejecución. El pilar disciplinario-responsabilidad-fiscalización asegura transparencia y confianza en el oficial tanto del acreedor, del deudor como de la sociedad²³.

²¹ *Mehmet c. Turquía* (2007).

²² *Pralika c. Bosnia Hersegovina y Bieliec c. Montenegro* (2009).

²³ *Nicolow contra Macedonia* (2007).

El cumplimiento *in natura* y el rol del oficial de ejecución ha sido también objeto de decisión por la CEDH, y ello con ocasión de instar y justificar la existencia de medidas de coerción como adecuadas y de seguimiento para el cumplimiento especialmente en el caso de obligaciones de hacer: “Siendo el propósito específico de tal disposición para obligar al deudor a cumplir, la superación de la resistencia de su oposición o su descuido, indiferencia o negligencia, lo que limita a obedecer la sentencia, lo que genera un nuevo requisito; sin embargo, ceñidos a obligaciones de infungibles de un hacer, positivo o negativo, se extiende sólo en cuanto a estos últimos, por la naturaleza duradera en el tiempo de la obligación (...) “fin de la sanción no es compensar la pérdida sufrida por el acreedor para vivir, sino para obligar al deudor a cumplir, la superación de la resistencia de su oposición o su descuido, indiferencia o negligencia”²⁴.

5. El derecho de acceso a la justicia dentro del sistema interamericano²⁵ y europeo está sujeto a que el “adentro” de la justicia a la que se accede posibilite un proceso justo, equitativo y con duración razonable. En otros términos, el presupuesto para ser oído en un proceso legalmente establecido y con los estándares de racionalidad y justicia sólo es posible cuando el justiciable pueda ejercer su acción frente a los tribunales de justicia, en otros términos pueda acceder²⁶. A partir de este primer pilar se pueden fijar al menos dos principios básicos: en primer lugar, la posibilidad que debe tener todo ciudadano para poder someter sus pretensiones civiles al conocimiento de un juez (poder acceder a la justicia y a un juez en concreto, el juez natural), lo que condice con un segundo principio, cuál es la prohibición de denegación de justicia. Un segundo pilar es coherente y argumentativamente secuencial y se conforma de los siguientes argumentos. Es inherente al derecho de acceso a la justicia la propia satisfacción del derecho que allí se reconozca, en tanto difícilmente podría someterse una pretensión a un juicio justo y equitativo sin que el mismo pueda ser introducido (accedido) para el conocimiento de los tribunales. Difícilmente se cumplirá con dicho imperativo cuando ello no va seguido de medidas positivas de acceso, tránsito y cumplimiento en caso de victoria; en correlación con otras conductas de los estados de eliminación de todo aquello que implique denegación de justicia. Así ambos pilares imponen al Estado conductas negativas y positivas a seguir.

En el sistema interamericano la CIDH en *Mejía Idovro vs. Ecuador* incluyó el derecho a la tutela ejecutiva dentro de las garantías básicas

²⁴ *Zenid vs. Rumania* (2000); y nuevamente incorporados en *Ouzunides c. Grecia* (2002).

²⁵ Ejemplos son los casos *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003), *Baena c. Panamá* (2003) y recientemente *Mejía Idovro vs. Ecuador* (2011).

²⁶ BEERNAERT, M., “La Cour européenne des droits de l’homme à la recherche d’une conception pragmatique du procès équitable”, en *Les droit de l’homme et l’efficacité de la Justice*, Paris, Larcier, 2010, pp. 197 y ss.

relacionadas con la tutela jurisdiccional efectiva²⁷. Un sistema de ejecución civil precisa de mecanismos auxiliares coercitivos funcionando como incentivos *ex ante* (disuasivos) o *ex post* (represivos o coactivos) para justamente “auxiliar” la efectividad y oportunidad de la satisfacción del crédito. Estos deben ser adecuados, proporcionales y funcionales al crédito a ser satisfecho. El tribunal europeo no solamente justificó la existencia de mecanismos como las sanciones conminatorias transparentes, que de ninguna manera implicarían una nueva fuente de ingreso para el ejecutante (enriquecimiento sin causa), sino que también la justificación de la posibilidad de aplicación de multas e incluso sanciones que afecten la libertad del ejecutado remiso al cumplimiento de sus obligaciones a las cuales fue condenado. El deudor ejecutado no está sujeto en lo que a su patrimonio y responsabilidad dice a cargas, sino a deberes procesales de cooperación. Ya no deberes para esclarecer una disputa, sino para garantizar la satisfacción del crédito ejecutado, no obstante poder discutir sobre él²⁸.

III. EL DIAGNÓSTICO Y LA PROPUESTA DE CAMBIO EN CHILE

1. La situación de la ejecución civil en Chile es crítica, dada su gran carga de trabajo y su poca eficacia y eficiencia a la hora de hacer realidad los derechos del acreedor consagrado por nuestro ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, no creo sea esa afirmación contundente, y menos suficiente. Las solas estadísticas en ingresos de causas civiles (mayoritariamente ejecutivas) no es suficiente argumento, en mi opinión, abstrayéndome de que la reforma propuesta incluye un proceso declarativo por audiencias y la carga de trabajo que ello podría significar para el juez. El variopinto de situaciones y congestiónamiento no es muy diverso al que se aprecia en la región; en la región parece minarse el solo justificativo de números y estadísticas. La propia opinión de los actores, más el trabajo teórico y estadístico realizado, demuestran un aparato eje-

²⁷ *Mejía Idovro vs. Ecuador*. (5.7. 2011), (105 y 106): “(...) *La Corte considera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, inter alia, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora. (...) Asimismo, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia*”.

²⁸ PÉREZ RAGONE, A. MIQUEL SALA R., “Ejecución transfronteriza en la Unión Europea: reflexiones desde Budapest”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, AEDIP/2009, publicado en octubre de 2010, pp. 1319-1332.

cutivo lento, pesado y obsoleto en relación con una justicia que pretende ser más cercana al ciudadano y exteriorizar características de celeridad y eficacia. Este modelo judicializado vigente en materia civil se replica en la ejecución laboral, donde incluso el proceso ejecutivo debiera ser funcionalmente más expedito: colapso, ineficiencia, descontento de los actores con el sistema. Dentro de la reforma a la justicia resalta la nueva y mejor ejecución civil, orgánica y funcionalmente eficiente, transparente y accesible. Además, no puede ignorarse la existencia del mercado de las empresas de *recovery* o cobranzas “*Inkasso/Recovery/con o sin factoring*” que asumen extrajudicialmente el rol de intentar el cobro amistosamente o la repactación, las que son funcionalmente útiles para grandes empresas prestadoras de bienes y servicios que normalmente son abusivos frente al deudor. El argumento para el debido resguardo de los derechos del deudor para dejarlo en manos de un profesional, quien podría asumir más adecuadamente la función son razones de peso importantes²⁹.

2. El modelo del oficial de ejecución permite, orgánicamente, liberar al tribunal de innecesarias cargas administrativas “judicializadas” introduciendo un verdadero auxiliar de la jurisdicción (al igual que lo es actualmente el abogado) para la obtención del cumplimiento, priorizando el profesionalismo y rol facilitador en beneficio de acreedor y deudor. La propuesta de mejora y rediseño de la ejecución civil a partir del oficial de ejecución tiene especiales antecedentes³⁰. Se evalúan las alternativas para el ropaje orgánico que tendrá el oficial de ejecución, que está ya funcionalmente definido en el PCPC chileno. Varios países europeos y sistemas angloamericanos cuentan con procedimientos y mecanismos para agilizar las cobranzas. Tanto directivas dentro de la Unión Europea como internacionales recomiendan la adopción del modelo de desjudicialización de la ejecución civil con sus externalidades positivas. Podemos clasificar los modelos de ejecución conforme al sujeto funcional y orgánicamente asignado para instar y diligenciar la ejecución de decisiones o títulos que la ley atribuye calidad similar (títulos ejecutivos extrajudiciales). Así, existen sistemas *de tipo judicial* donde el sujeto es un juez (Poder Judicial - poder del Estado que orgánicamente titulariza

²⁹ Este diagnóstico es compartido en la mirada de la Asociación Internacional de Huissier de Justice, según las conclusiones del último congreso en Ciudad del Cabo (2012). Conclusiones que son asumidas como aplicables incluso por el “receptor” alemán cuya reforma es materia aun de discusión con argumentos similares a los esgrimidos en la arena nacional, aunque incluso con una eficacia y mejor funcionalidad del sistema. Véase el reporte de BRUNNER, KARL-HEINZ, “Der Gerichtsvollzieher des 21. Jahrhunderts Ein Bericht des stellvertretenden Bundesvorsitzenden Karl-Heinz Brunner über den 21. Weltkongress der UIHJ vom 01. - 04. Mai 2012 in Kapstadt”, en *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, Agosto 2012, pp. 149 y ss.

³⁰ En el año 2010, el Ministerio de Justicia encargó a la empresa EMG Consultores S.A. la realización de un estudio denominado “Estimación de ingreso de causas para el sistema de justicia civil bajo el actual régimen de funcionamiento”, en el cual se concluyó que los procedimientos ejecutivos son los de mayor frecuencia con un 55,4% del total de ingreso de causas (Fuente: elaboración Ministerio de Justicia, en base a información enviada por la Corporación Administrativa del Poder Judicial).

la función ejecutiva judicial), ya sea que estos mismos hayan dictado la resolución que se pretende hacer cumplir o sean “jueces de ejecución” dedicados a cumplir las resoluciones de otros jueces del sistema (sea que compartan competencia en otros negocios, sea que solamente les compete conocer sobre ejecuciones independiente del tipo de título)³¹. En este modelo se circunscribe España y los países de Centro y Sudamérica y se basa en ciertos imperativos constitucionales, considerando a la ejecución como una continuación del proceso de conocimiento (es decir, función jurisdiccional excluyentemente judicial) en que nadie mejor que quien dictó la resolución puede hacerla cumplir. Si bien el centro es el juez, las actividades para la ejecución son, en los hechos, delegadas. El rol del juez se concentra en la orden que inicia la ejecución y en el control y decisión de eventuales contradictorios. Necesita de auxiliares, ya que la mayoría de los actos ejecutivos/coercitivos no se efectúan en la oficina judicial o despacho³².

3. Existe otro modelo de ejecución *desjudicializado o descentralizado*³³, de fuerte aplicación en Europa, que importa atribuir a la ejecución ya sea a oficiales estatales, donde la actividad netamente material de ejecución es similar a la “actividad administrativa ejecutiva” (se realiza en terreno,

³¹ KENGYEL, M.-HARSÁGI, *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Sellier, Múnich, 2011, pp. 239 y ss (para el funcionamiento eficiente y eficaz de la ejecución en su conjunto y el rol del oficial de ejecución).

³² JONGBLOED, A., *The bailiff in Europe, utopia or reality?*, Kluwer, Deventer, 2004, pp. 159-165, se toman los criterios que se desarrollarán para cada modelo nacional de oficial ciertas variables para su análisis como el marco legal, su capacitación y profesionalismo exigido, el procedimiento de designación, la competencia en la ejecución y otras funciones, su fiscalización, sistema de sustentabilidad económica. Adicionalmente ya se proponían por entonces considerar ciertas recomendaciones de orden de ética profesional que permiten resguardar en equilibrio los intereses de acreedor y deudor. Los mismos parámetros se mantienen en el examen más contemporáneo como obra colectiva y en los reportes nacionales bajo la dirección de VAN RHEE, R.-UZELAC, A., *Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform*, Intersentia, Antwerp, 2010, esp., pp. 41 -58 bajo la redacción del profesor alemán B. Hess. Finalmente son los criterios de diferenciación generales y particulares adoptados por la UIHJ ver http://www.uilhj.com/europe_1012039.html

³³ El término “descentralizado” refiere solo a que el rol funcional en la ejecución es realizado por un funcionario y con intervención minimizada o subsidiaria del juez. Valga la aclaración para diferenciar el uso de los términos “centralizado-descentralizado” para referirse a la ejecución en su conjunto orgánico-funcional. Así por ejemplo, el sistema alemán en términos de ejecución es en su conjunto “descentralizado”, de esta manera, según el tipo de bien a ejecutar, la prestación requerida y el tipo de medidas ejecutivas a realizar actúan diferentes funcionarios (el juez si hay hipoteca y un bien inmueble, el Oficial de ejecución si existe dinero y bienes muebles, el juez si la obligación es de hacer, el oficial del registro inmobiliario, de aeronaves o buques), etc. Por el contrario, los sistemas de ejecución suecos, español, austriaco por ejemplo, son centralizados, ya que toda la actividad ejecutiva se concentra en un funcionario de la administración pública o el juez y por delegación los funcionarios intervinientes. JONGBLOED, A., *The Bailiff...*, *op. cit.*, pp. 159-165, partiendo de esta clasificación ya en el Simposio organizado por la Asociación Internacional de Oficiales de Ejecución y la respectiva Asociación holandesa se comenzó a trabajar en una propuesta de “oficial de ejecución comunitario”.

no es adjudicativa y por ende puede delegarse)³⁴. Se atribuye este modelo a la gran mayoría de los países europeos, en especial en la opción por la figura del *agente/oficial/secretario de ejecución*, que es un funcionario especializado autorizado por el Estado para hacer cumplir los títulos ejecutivos³⁵, que puede ejercer (i) libremente la profesión (normalmente con altos estándares y requisitos en su formación académico-profesional) –como en el caso de Bélgica, Hungría, Holanda, Francia, Reino Unido– (cuyos costos se traducen en aranceles (tarifados), combinados o no con honorarios (libre y adicionalmente pactados), o puede (ii) desempeñarse en el organigrama de la oficina judicial, no necesariamente con previa formación académico-profesional, como ocurre en Finlandia, respecto de ciertos oficiales en el Reino Unido, y parcialmente en Italia (donde el arancel, tarifa o tasa por el desempeño del funcionario o el procedimiento instado, se combina con la relación de dependencia en sueldo del funcionario público)³⁶.

Se evaluaron esos modelos en base a tres vectores relevantes a considerar que son: (i) *Vector orgánico-institucional* (el marco legal de la función dentro del modelo orgánico-institucional; fiscalización-responsabilidad; y formación o grado de capacitación requerido); (ii) *Vector funcional* (competencia funcional en la ejecución y fuera de ella (actividades oficiales), dedicación y actividades no oficiales, aplicación de TIC), (iii) *Vector financiero* (Economía del sistema). En algunos se acotan comentarios especialmente cuando están en una etapa de reforma o cambio, lo que resulta atractivo, ya que las causales que impulsan ello podrían ser similares o idénticas a lo diagnosticado en la primera parte de este informe (diagnóstico). Estos vectores de comparación coadyuvan a una mejor comparación y propuesta de modelo/s a adoptar en Chile.

4. No es indiferente el modelo de procedimiento o el diseño orgánico que se escoja, si se parte con indicar que el derecho a una ejecución eficiente, rápida, transparente y accesible es un imperativo del derecho a un juicio justo, en tanto derecho a satisfacción de un derecho que es reconocido. Con ello se fija el piso mínimo a partir del cual se debe construir para mejor un sistema ejecutivo que en la experiencia comparada no se centra en el procedimiento, sino en el órgano de intervención prioritaria en la ejecución. Relevante para este estudio es el reciente informe del Banco Mundial sobre costos de la ejecución y oficiales de ejecución, donde no solo se trabajan criterios de clasificación similares a los aquí propuestos en la metodología de elaboración del presente estudio, sino además sienta bases con suficiente evidencia indicando las alternativas más exitosas.

³⁴ En Finlandia, Suiza y Suecia, por ejemplo, la competencia está en cabeza de un órgano central y administrativo que se encarga de realizar todo el procedimiento.

³⁵ CHARDON, M., VAN RHEE, R.-UZELAC, A., *Enforcement...*, *op. cit.*, esp. 147, 155; y, en la misma obra ver JONGBLOED en relación a Holanda, pp. 179 y ss.

³⁶ HESS, B., in VAN RHEE, R.-UZELAC, A., *Enforcement...*, *op. cit.*, esp., pp. 41-58.

5. De dichos modelos, destaca la implementación de procedimientos más rápidos y especiales donde interviene un oficial de ejecución. Con estos antecedentes, han optado por la figura del oficial de ejecución y, en consecuencia, es la que en el futuro se busca implementar. Para esta propuesta se evalúan aún los cuatro modelos que diseñan y conforman al oficial, y se ha analizado el modelo de negocios que cada uno de ellos conlleva. En este sentido, se presentan los costos y ganancias de cada modelo, y las ventajas y desventajas económicas que significaría su implementación en nuestro país. De este modo, del estudio se concluye que uno de los modelos más eficiente y eficaz, tanto desde un punto de vista jurídico como económico, es el que consagra al oficial como un profesional liberal, auxiliar de la jurisdicción que ejerce función pública por delegación³⁷.

En estas conclusiones se esbozan las principales recomendaciones a partir de la experiencia comparada fundada en las buenas prácticas reconocidas por la CEPEJ³⁸. Un resumen básico y como partida en las indicaciones a los oficiales de ejecución en cualquiera de sus modalidades, pero especialmente relacionado con la modalidad liberal y judicializada moderada puede desprenderse del discurso en el marco del reciente congreso celebrado en mayo de 2012, por la Asociación Internacional de Oficiales de ejecución³⁹.

³⁷ Proyecto EJE y CEPEJ de la EU. Dentro del contexto de Estados miembros de la UE por entonces (2009); de 27 estados 19 tenían un sistema más o menos cercano al modelo del oficial de ejecución como órgano principal en la ejecución civil.

³⁸ Especialmente las aprobadas en Estrasburgo en 2009 que pueden verse en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2009\)11&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2009)11&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6) (visitado 10.3.2012) Las que por cierto fueron materia de discusión y ratificación en el encuentro internacional de oficiales de ejecución en Sudáfrica en mayo de 2012.

³⁹ En la recomendación mencionada, ratificada en el último congreso internacional en Sudáfrica 2012 se recomienda:

- a. Claridad en el marco jurídico en la determinación de responsabilidades, derechos, facultades de las partes, terceros y oficiales intervinientes en la ejecución.
- b. Las partes deberían tener la obligación de cooperar adecuadamente en el proceso de ejecución.
- c. Los ejecutados deberían facilitar información actualizada sobre sus ingresos, activos y otros temas pertinentes que constituye la base para el ejercicio de los derechos del crédito en el patrimonio del deudor. La búsqueda e incautación de bienes del ejecutado debe ser lo más eficaz posible, teniendo en cuenta los derechos humanos pertinentes y las disposiciones de protección de datos personales. Debe existir una adecuada combinación de la oportunidad de una declaración jurada libre por el ejecutado con la investigación oficiosa de su patrimonio e información de terceros.
- d. Los Estados deben establecer un mecanismo para evitar el mal uso del proceso de ejecución. La ejecución no debiera suspenderse, sino en casos preestablecidos y graves sujeto a revisión judicial. Determinación, definición y claridad exhaustiva del listado de los títulos ejecutivos;
- e. Maximizar el empleo y aplicación de los TIC, trato personalizado del oficial de ejecución y cercanía con el ciudadano.
- f. Establecer los mecanismos de control judicial de la ejecución civil. El inicio de la ejecución con las eventuales medidas de coerción y coacción debe ser decidida luego de sopesar la

El sistema de incentivos económicos o ingresos del profesional debiera combinar adecuadamente aranceles por actividades reembolsables y proporcionales con la gestión y posibilidad de éxito de ella; más tasas judiciales a partir de determinada cuantía por causa o por usuario masivo del sistema; finalmente debe dejarse un margen para el acuerdo de honorarios según criterios que se fijen. El conjunto de incentivos deben centrarse en la solución amigable y la actuación del oficial como facilitador.

Es conveniente que puedan asumir otras funciones además de las señaladas en la ejecución, como ser la notificación y en tanto ministro de fe una actividad cooperativa con el notario en la preconstitución de prueba. No se ven obstáculos, sino ventajas para que el oficial de ejecución asuma la ejecución laboral y eventualmente previsional ampliando el horizonte de ingresos posibles.

Los aranceles están cuidadosamente determinados y preestablecidos con algún mecanismo de actualización y son (o deben ser) previsibles y proporcionales, de modo que la inversión en la ejecución no supere a la cuantía de la prestación que integra el título ejecutivo⁴⁰. En los sistemas donde el oficial es un profesional liberal por su lado, existe la posibilidad de determinar honorarios en su favor (no perciben sueldo del Estado), con ciertos marcos de regulación y no libremente.

En los sistemas con oficial de ejecución, en tanto profesional liberal, al no necesitar el usuario (acreedor) del patrocinio letrado (de un abogado) y poder acceder a un profesional que lo asesorará, ordenará sus documentos e intentará primeramente un acuerdo de pago con el deudor, permite transferir costos. En lugar de tener que determinarse, en caso de un procedimiento judicial de ejecución, las costas personales (honorarios) a favor del abogado de la parte, se fijarán para el oficial de ejecución que intervino⁴¹.

razonabilidad y proporcionalidad de la petición ejecutiva, los ingresos previstos para ser recuperados, así como los intereses de la parte demandada.

g. La aplicación de las tasas judiciales (de existir) debe ser razonable, prescrita por la ley y dada a conocer con claridad y antelación a las partes.

h. Los gastos necesarios para la aplicación debe ser por lo general, a cargo de la demandada, sin perjuicio de la posibilidad de que los costos pueden ser sufragados por las otras partes si abusan del proceso.

i. En el reclutamiento de agentes del orden, se debe considerar que las normas éticas de los candidatos y sus conocimientos y formación jurídica en la legislación pertinente y el procedimiento. Para ello, deben ser obligados a tomar los exámenes para evaluar sus conocimientos teóricos y prácticos. Los agentes encargados de hacer cumplir deben ser honorables y competentes en el desempeño de sus funciones, deben comportarse en todo momento, de acuerdo con las normas reconocidas de alto nivel profesional y ético.

j. Los oficiales de ejecución deben ser imparciales en su trato con las partes y estarán sujetos a escrutinio profesional y el seguimiento que puede incluir el control judicial. Deben poder estar sujetos a sanciones disciplinarias, civiles y/o penales.

⁴⁰ HODGES, CH.-VOGENAUER, S. TULIBACKA, M., *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Oxford U. Press, Oregon, 2010, pp. 1-8.

⁴¹ *Ibíd.*

Mientras mayor formación (universitaria y/o profesional) tenga el oficial de ejecución, mayor es su rango de actuación y discrecionalidad sujeto al control directo de las partes e indirecto del tribunal. A menor formación su actuar es más rígido y sujeto a control y autorización judicial más intensa; el control directo lo efectúan las partes y el tribunal.

El modelo puede adoptar orgánicamente en sus etapas de implementación la oferta de oficiales dependientes del Estado (modelo de defensorías) que compitan con profesionales liberales (ejemplo adoptado por Hungría desde la implementación del sistema) en competencia. En el ejemplo húngaro fue reduciéndose con el tiempo al mínimo la planta de oficiales “públicos” por la ventaja comparativa que se obtenía en servicio y costo por parte de los liberales.

IV. LA ADECUACIÓN DE LA PROYECTADA NUEVA EJECUCIÓN CIVIL CHILENA A LOS PARÁMETROS DE EFICACIA, TRANSPARENCIA, CELERIDAD Y CERCANÍA AL CIUDADANO

En el actual sistema de ejecución civil comercial laboral y parcialmente de familia, de acuerdo con la interpretación y aplicación del artículo 76 de la Constitución Política de la República, artículo 1 y 11 del Código Orgánico de Tribunales son los tribunales de justicia los encargados de hacer cumplir o ejecutar las resoluciones judiciales. Con ello quiero significar que no obstante, intervenir en actos importantes en los procedimientos de ejecución forzada, el juez en la práctica sólo participa en tanto función de decisión y un juzgamiento, en tanto se presente durante la ejecución oposición o controversia por parte del ejecutado. Toda la actividad fáctica y material de coerción y coacción es llevada adelante por auxiliares del tribunal (receptores, martilleros, fuerza pública) y no por el juez mismo. Ello de la misma forma que la actividad ejecutiva que realiza la administración pública, la que está sujeta a control judicial. El punto de vista del diseño procedimental y orgánico del sistema vigente en Chile, se siguió al modelo tradicional español⁴², que es el existente en

⁴² Uno de los pocos estudios en España para propender a la desjudicialización fue auspiciado por el Consejo General de Procuradores, es la pequeña monografía de DÍAZ RIAZA, SARA, *Armonización Europea en Materia de Ejecución Procesal Civil. Especial consideración de la introducción del huissier de justicia en nuestro ordenamiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, *passim*, esp. en p. 59 donde dice: “es hora pues, de que se conceda a los procuradores de los tribunales, como profesionales liberales sujetos a las garantías estatutarias sobre responsabilidad civil, con una formación técnica adecuada en el campo del derecho procesal, mayores competencias en el campo de la ejecución, que vayan más allá de la estricta representación procesal de las partes delegando en su persona la práctica de todos los trámites... para llevar a cabo la ejecución de las resoluciones judiciales con celeridad y eficacia...”. En la actualidad por ejemplo en torno a la discusión sobre el modelo de Huissier Comunitario y la situación de España en ese contexto <http://www.cgpe.es/descargas/revista/92/28-30Ponencia3.pdf>; sobre el futuro de la profesión de procuradores en España, el encarecimiento del proceso con su intervención y las posibilidades de adopción del modelo de Huissier (francés) o solicitadores (portugueses) en <http://www.upsj.org/do>

todos los países de Iberoamérica con algunas excepciones donde el juez interviene en la ejecución por una “ventaja” de carácter impositiva constitucional y/o legal, cuestionable por cierto desde el punto de la eficacia y la eficiencia justamente de la ejecución forzada. Con ello cabe calificar a la intervención del juez más bien como una ventaja que como mito de respeto a la constitución y a la ley que, en términos prácticos de eficacia y eficiencia, se termina transformando en una desventaja.

1. El proyecto de CPC chileno en trámite adecua la ejecución civil a estándares constitucionales de tutela de garantías y derechos fundamentales: con énfasis en la necesidad de la satisfacción oportuna e íntegra del crédito, lo que se ha considerado ya en la doctrina comparada como en la jurisprudencia nacional e internacional; imperativos relacionados con el derecho a una duración razonable, a un justo y debido proceso. De allí que considero que es necesaria la alteración y modificación radical de los principios que imperan el actual “juicio ejecutivo”. La razón fundamental es que creo no se satisfacen estándares mínimos de funcionalidad exigidos por la constitución política y los tratados internacionales en relación al debido y justo proceso.

La figura novedosa que se introduce es la del oficial de ejecución, cuyo diseño orgánico está aún en curso. Me parece óptima, adecuada y coherente con la mayoría de los sistemas comparados en Europa y países desarrollados. El rol del OE es necesariamente “de parcialidad multilateral”⁴³ en tanto el éxito de su desempeño se da en instar el cumplimiento o acuerdo de repactación voluntario, antes de las medidas ejecutivas entre acreedor y deudor. Debe asistir y asesorar a ambas partes para lograr un resultado satisfactorio con el menor gasto posible para el acreedor, la menor intromisión y molestia al deudor, la mayor y mejor satisfacción del interés del acreedor y el efecto de paz social y justicia del resultado. El patrimonio y/o la conducta requerida del deudor no se encuentra en el despacho del juez. Entiendo que la naturaleza y funcionamiento mismo de la ejecución civil (también aplicable a la laboral y parcialmente a la de familia) impone la necesidad de dicha figura, como la más adecuada, eficiente, transparente y cercana orgánicamente al justiciable. Creo además que es un sinceramiento con la realidad actual de la ejecución civil chilena en particular. Con ello quiero significar que no obstante, intervenir en actos importantes de los procedimientos de ejecución forzada, el juez en la práctica sólo participa en tanto función de decisión y un juzgamiento, en tanto se presente durante la ejecución oposición o

cumentosenitem.291/la-procura-es-españa-y-sus-expectativas-de-futuro-el-agente-de-eje.html (Ver GARCÍA TOBIO, ALBERTO, *La procura en España y sus expectativas de futuro*, Colegio de Procuradores, N. 97, 2012, pp. 42 y ss. En <http://www.cgpe.net/descargas/revista/97/42-46FirmaInvitada.pdf>).

⁴³ Término empleado con corrección por el jurista belga VERBEKE, A., “Quel huissier pur l’Europe?”, en *Le droit processuel et le droit de l’exécution*, Conferencia del Congreso Internacional de HJ, Paris, 2001, pp. 309-313.

controversia por parte del ejecutado. Toda la actividad fáctica y material de coerción y coacción es llevada a adelante por auxiliares del tribunal (receptores, martilleros, fuerza pública) y no por el juez mismo. Ello de la misma forma que la actividad ejecutiva que realiza la administración pública, la que está sujeta a control judicial.

2. Entre los mitos que se van creando en torno a la figura del oficial de ejecución, ya sea por la ignorancia de su función y como está contemplado en el proyecto, ya sea por una visión inútilmente conservadora del actual sistema, lo cierto es que la ejecución fue y parece ser el área menos atractiva para investigar, poder formarse una opinión fundada y claro está aceptar alternativas de reforma legislativa.

La ejecución civil (no es correcto hablar de “juicio ejecutivo”, ya que existen tantos procedimientos de ejecución de acuerdo con la combinación de diferentes variables como el tipo de prestación a ejecutar, el objeto sobre el cual recaerá en la actividad ejecutiva sean bienes o la conducta del deudor, los órganos intervinientes, etc.) debe satisfacer los estándares del debido y justo proceso de la misma forma que el proceso declarativo. Los principios que rigen la ejecución civil son en algunos casos exclusivos de ella, y no compartidos con los otros tipos de procesos: una influencia fuerte de principios de derecho privado combinados con otros de derecho público.

Los principios del derecho privado que inspiran la ejecución civil se relacionan con la necesidad de hacer efectivas y dar vida a las promesas que otorga el derecho sustantivo (derecho civil) al acreedor. Éste tiene un derecho de prenda general, en otros términos, a ejercer sus derechos agrediendo patrimonialmente al deudor remiso a cumplir con sus obligaciones. A este principio se le debe sumar el de satisfacción integral, idéntica, oportuna y según el interés de que tiene un derecho de crédito.

3. Pero en la ejecución, en tanto posibilidad de empleo de medidas coercitivas poco activas reservadas y bajo el control de la fuerza del Estado, exige la aplicación de principios propios del derecho público. Sucede que el formalismo en la ejecución manifestado fundamentalmente en la necesidad de un documento escrito (título ejecutivo), la regulación de los actos posibles a realizar, su secuencialidad, y las distintas alternativas permiten conocer y controlar las conductas en especial de aquellos órganos de ejecución que con funciones propias o delegadas intervienen en los distintos procedimientos ejecutivos. Por cierto en *Olsby* la Corte Europea remarcó que el derecho del acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación en forma rápida y eficiente debe contar con las garantías de razonabilidad y mínima protección de los derechos del ejecutado, desde la información detallada de lo exigido, hasta los tiempos y plazos⁴⁴.

4. Además de este principio, cada acto en la ejecución que implique la potencialidad de afectar derechos fundamentales del ejecutado, aun

⁴⁴ *Olsby vs. Suecia* (21.6. 2012).

cuando ello sea legítimo y al menos fundado en un derecho indubitable, requiere la aplicación del examen de razonabilidad: necesidad, idoneidad o adecuación y proporcionalidad de la medida que se adopta. Hay desde luego algunas concordancias con los principios procesales dispositivo, de escrituración y, en menor medida, de oficialidad; todos comunes al ámbito ejecutivo y de conocimiento. De allí que los principios formativos del procedimiento sean sólo aplicables también a la ejecución pero de ninguna manera en forma excluyente ni con prelación a los otros dos enunciados. En la doctrina se ha acostumbrado a minimizar este principio reduciéndolo a enunciados tales como: “la máxima satisfacción del interés del acreedor, con el menor sacrificio del interés del deudor”.

La razonabilidad en el conocimiento del patrimonio del ejecutado para poder determinar las medidas ejecutivas adecuadas no afecta al deudor en tanto: tiene primero la oportunidad de indicar voluntariamente sobre qué podría recaer la medida ejecutiva, en su defecto y, acá justamente es donde se diferencia la ejecución del procedimiento declarativo de conocimiento, no tiene “la carga” de indicar los bienes de su patrimonio, sino el deber de hacerlo. Esto es coherente con el rol que se le asigna al deudor por el derecho sustantivo en relación con su acreedor, por un lado⁴⁵. Pero, además de ello, es coherente con la lógica de que, por ejemplo, es medio incompleta la regulación que castiga con diferentes tipos de sanciones actos de disposición de un bien embargado, sin que existan disposiciones complementarias que coadyuven o incentiven para que efectivamente pueda individualizarse, ubicarse y determinarse bienes necesarios de un patrimonio para proceder a una medida ejecutiva indispensable en muchos casos como es el embargo. No es proporcional aceptar el simple silencio u ocultamiento de información patrimonial por parte del deudor o de terceros vinculados con él. Ningún perjuicio le ocasiona el indicar el bien sobre el cual deberá recaer la medida, en tanto la razonabilidad y contenido de ella depende de la razón y contenido de la información fidedigna que tiene que brindar sobre los bienes que integran su patrimonio.

5. Los mecanismos previstos podrían clasificarse en incentivos genéricos y concretos. Así por ejemplo un incentivo genérico está contenido en la obtención de determinados beneficios para que el deudor ejecutado, que tiene voluntad de pago, pueda hacerlo como la repactación de la deuda, la eliminación del efecto suspensivo de la ejecución como regla que insta a que no necesariamente mediante un recurso u otro tipo de

⁴⁵ Para un examen detallado de los deberes de colaboración de las partes en el proceso civil, en especial distinguiendo aquellos relacionados con aporte probatorio, para diferenciarlos de los relacionados con la información necesaria para llevar adelante la ejecución con eficiencia véase PEREZ RAGONE, ÁLVARO JAVIER/ NÚÑEZ, RAÚL, “Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Beweisbeschaffung im Zivilprozess: der Vorschlag des chilenischen Reformentwurfs im Kontext der internationalen Diskussion”, en *Zeitschrift für Zivilprozessrecht International*, N° 14, 2009, pp. 349 y ss.

estrategia se pueda llevar a la discusión sobre una ejecución por ante un juez, suspendiendo el funcionamiento de aquella; finalmente y en general la ejecución provisional de la sentencia debiera aportar también a ello.

Entendiéndose por esta que la limitación y especificidad de la ejecución tiene una doble cara, por un lado, de exigencia para el acreedor ejecutante y aquel órgano de ejecución, que llevará a cabo las medidas ejecutivas, cumplan con la legitimación y formalidad (requisitos). La otra cara es la necesidad del resguardo de ámbitos mínimos que no pueden ser afectados por la ejecución del deudor, tanto patrimonial como personalmente. Entre los incentivos concretos se podrían mencionar el establecimiento legal de un deber de transparencia y colaboración por parte del ejecutado, a los efectos de indicar sobre qué ámbito de su patrimonio podría recaer la ejecución, con claras reglas de aplicación de sanciones meramente civiles o conminatorio, multa y, en determinados casos, remisión a tipos penales. Otro supuesto de incentivo concreto está destinado hacia los terceros que como tales debieran cooperar, en tanto son requeridos para que lo hagan en forma voluntaria por el oficial de ejecución a aportar información patrimonial relevante para la satisfacción del crédito del ejecutante, pudiéndoseles aplicar también sanciones pecuniarias frente a su falta de colaboración. Dentro del procedimiento todo tipo de sanción que implique coacción deben ser ordenada por el juez a petición del oficial de ejecución. Éste, de la misma forma que los actuales receptores, puede requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones.

De ninguna manera transgrede el principio dispositivo. Muy por el contrario lo afianza. Recuérdese que con el oficial de ejecución, el justiciable accede a aquel directamente sin ningún tipo de asistencia jurídica o letrada. Es de desear que el mismo oficial de ejecución tenga una formación profesional que permita discernir si están o no satisfechos los requisitos en la solicitud, mediante la cual se ejerce la acción ejecutiva. Así como puede decidir que ella procede, también la podría denegar, en cuyo caso indica cuáles son las deficiencias de las cuales adolece y como eventualmente podrían sanearse. El rol del oficial de ejecución no es el de un juez, sino que el de un profesional calificado que asiste con su conocimiento no sólo al acreedor, sino que también al deudor.

En caso de deficiencias de la solicitud de ejecución queda sujeto al principio dispositivo, a la iniciativa propia del acreedor el sanearla o rectificarla, de modo que considero acorde y de ninguna forma contrario a la esencia propia del principio. Debo remarcar que el juez no desaparece ni es sustituido, más bien es complementado por el oficial de ejecución. El control judicial de los títulos surge de la necesidad de confiar al juez el control de acuerdo con la visión que describía en el punto anterior. Si el título ejecutivo no es judicial, tal como resulta y permite el actual sistema ejecutivo, la diversidad e irregularidad de muchos "títulos" llevaron, en mi opinión, a exagerar en algunos casos justificadamente el control judicial

de los mismos. Creo que el elemento esencial a tener en cuenta para la noción de título ejecutivo es que se trata de un documento que contiene una prestación u obligación avalada por la fe pública; obligación en cuya constitución participó oportunamente el deudor. Con esta noción se concretiza y fijan los límites de lo que es un título, que habilita acceder a la ejecución pudiendo trabajar con el control judicial no *ex ante*, sino *ex post*. Es decir, siempre y cuando el deudor solicite al juez la revisión de todos los requisitos de la acción ejecutiva, entre ellos, por ejemplo, la calidad y alcances del título, siempre y cuando se informe debidamente su derecho al deudor o ejecutado el mecanismo de legitimidad para un procedimiento ejecutivo, con participación del juez, por la sencilla razón de que es el ejecutado quien se opone o demanda la insuficiencia de la acción ejecutiva ejercida en su contra por parte del acreedor.

La degeneración de determinados títulos denominados títulos ejecutivos aparentes, que no son autosuficientes y que tienen una pluralidad de documentos que debieran acompañarse en conjunto, llevan a temer la propuesta de que el juez actúe con posterioridad a requerimiento del ejecutado y no antes. Si la exigencia para todo título ejecutivo es la necesaria fe pública, de otro juez, notario u otro tipo de funcionario, creo que los cuestionamientos a la intervención del juez posterior y no anterior a la oposición del ejecutado se diluyen. En otros términos, el título adquiere dos fuentes fuertes de legitimidad: por un lado el haber sido otorgado con algún grado de participación de la fe pública, y por otro la posibilidad de que sea el propio ejecutado o deudor quien decida no observarlo u objetarlo, convirtiéndose entonces en innecesaria la intervención del juez, al menos para el examen del título ejecutivo, pudiendo quedar reducida su intervención en la ejecución para los supuestos de medidas coercitivas, habilitación de la coacción y casos estrictamente necesarios.

6. La evolución que prevé el proyecto en relación con la ejecución civil se podría sintetizar en cuatro aspectos relevantes: (i) en primer lugar, la intervención de un oficial de ejecución (cuyas calidades, características y funciones no corresponden a un código procesal, sino que a un orgánico, profesional o funcionario encargado de intervenir en el examen de las calidades de un título ejecutivo, el requerimiento de pago o cumplimiento al ejecutado, incentivos para la obtención del cobro amistoso y asunción en su totalidad de los principales actos de carácter material de la ejecución civil; (ii) el juez interviene para ordenar medidas de coerción frente a la falta de cooperación del ejecutado o de terceros con él vinculados, como así también cuando éste interpone una demanda de oposición; (iii) la modernización en las medidas de coerción aplicables, con la introducción de las sanciones conminatorio pecuniarias o *astreintes* debieran generar un mayor incentivo al que actualmente contribuyen las multas; (iv) las vías de ejecución quedan unificadas a un solo procedimiento sin distinción de título ejecutivo judicial o extrajudicial, y con un mayor grado de flexibilización para la satisfacción del crédito y la minimización de conductas

de mala fe, dilatorias y/o delictuales de las partes intervinientes; (v) la mejor sistematización de las vías de ejecución según el tipo de prestación exigida, siendo un buen inicio para poderse coordinar en forma adecuada con el derecho sustantivo de las obligaciones.

Finalmente, y creo que esto cierra las objeciones posibles al sistema propuesto, es la inclusión de algo que curiosamente pasó inadvertido: me refiero a la reserva de derechos. En el actual modelo del CPC tanto ejecutante como ejecutado pueden hacer reservas de sus derechos en el juicio ejecutivo, para poder iniciar con posterioridad otro proceso sin que el primero lo impida por haberse concluido y quedado firme. El Ejecutante puede reservarse su derecho para iniciar un nuevo juicio ejecutivo o (de haberse opuesto excepciones antes de la sentencia) para iniciar un proceso declarativo posterior. Por su lado el ejecutado puede reservarse sus derechos para iniciar un proceso declarativo fundamentalmente para discutir y tener amplitud probatoria sobre las excepciones que opuso sin éxito probable en la ejecución. Para las dos partes toda reserva de derechos requiere declaración expresa de quien la realiza, además de otras condiciones más o menos estrictas según el caso y el momento procesal en el que se la efectúa. Justamente el PCPC cambia radicalmente ello y la demanda de oposición interpuesta por el deudor ejecutado de tener o no éxito, *ministerio legis* se presume que las partes hicieron reservas de sus derechos para discutir lo que no pudo ser objeto de disputa en oposición, en un proceso declarativo posterior. Es decir, la posibilidad para un control judicial profundo y detallado de una ejecución exitosa o fallida en la que se interpuso demanda de oposición.

7. Sí, manifiesto mi temor sobre la carga que tendrá el juez para todo aquello que continúa en su esfera (monitorio, cautelares, medidas de coerción, conocimiento frente a una demanda de oposición) y en especial los canales de comunicación entre el oficial y el tribunal. Confío en que un adecuado manejo en tiempos, gestión y coordinación puedan evitar algún colapso. También confío en que en la medida en que el oficial actúe más preventivamente como facilitador y mediador, debiera ser un factor más de descongestiónamiento judicial.

8. Solo unas observaciones para concluir:

Considero que debe reformarse orgánica y procedimentalmente el sistema ejecutivo actual. Todo lo “tradicional” que existe y sobre lo cual no hay disenso nacional ni internacionalmente se conserva en el PCPC en lo procedimental.

a) Sí, creo que el OE debe en el examen de la solicitud de ejecución recibir un simple “visado” o formalidad autorizante del juez (esto para satisfacer a los espíritus más conservadores), para llevar adelante la ejecución incluso acudiendo a todas las medidas de coerción necesarias que pueda ordenar hasta el pago o realización de bienes, y no obstante las oposiciones que pueda hacer valer el ejecutado para ante

- el juez competente. (i) Este oficial, con los recaudos de capacitación, fiscalización, deberes de actuación según parámetros legales-éticos y una correcta regulación de su responsabilidad, estoy convencido de que los incentivos negativos-positivos para adecuar su proceder son *ex ante* mucho más efectivos. (ii) Incentivos que procedimentalmente también deben contemplarse (de hecho lo hace el PCPC) en relación con las partes y terceros *ex ante*, priorizar la ejecución con liquidez (aún “modalizada” a plazo) antes que la realización y el hábil manejo de las voluntades enfrentadas es siempre más eficiente.
- b) Con o sin reforma constitucional, un auxiliar de la jurisdicción, debidamente investido por una ley orgánica constitucional, que será el que estructurará el diseño del OE ya lo debiera facultar para ello. (i) Hay que sincerar que el poder de actuación administrativa del Estado con el acto administrativo que puede hacerlo cumplir sin necesidad de proceso judicial alguno. (ii) En el actual diseño del PCPC, el juez debe intervenir muchas veces como una “santidad que purifica o beatifica un actuar” de un (de esperar) profesional cuyo control según lo dicho infra c), será más eficiente que solo desde y del juez.
- c) El argumento de la proliferación de títulos ejecutivos es importante, pero no dirimente. Los títulos que están mencionados en el PCPC son los únicos títulos ejecutivos (muchos son títulos ejecutivos JUDICIALES). El temor es la válvula de los otros que señale la ley. Pues bien, para todos aquellos donde existe duda sobre su calidad de tal o en la dispersión legislativa exista alguna disposición, el profesional OE debe estar en condiciones de saberlo o poder saber. En la duda o cuando no sea título ejecutivo habrá que acudir a un procedimiento donde se puede obtener eventualmente uno y de nuevo (un título ejecutivo JUDICIAL): (i) proceso monitorio (recuerden que se eliminan las GPVE) donde no basta solo con comparecer y negar, sino que es con controversia y audiencia (en caso de haber oposición) y (ii) en su caso derivado al Juicio Sumario. Recuerden que el sumario es de aplicación obligatoria cuando la cuantía no exceda las 500 UTM (curiosamente monto máximo para acudir al monitorio, salvo que se trate de títulos de crédito y otras casos de obligaciones de hacer).
- d) En definitiva de futuro la regla será un título ejecutivo JUDICIAL, con suficiente fuerza e indubitabilidad para la apertura a la ejecución y que puede actuar el OE “delegado” en todo lo necesario para su desempeño. (i) No existen títulos ejecutivos “imperfectos”, o es o no y la regla de examen debe ser clara. En esto el aporte de Gonzalo de replantear cuáles son o no títulos ejecutivos me parece importante. (ii) Reducir al máximo aquellos “extrajudiciales” donde sea escrito, exista fe pública en su otorgamiento, contenga una obligación, sea autosuficiente y haya tenido oportunidad de intervenir en su constitución el deudor son las bases mínimas para considerarlo como tal.

V. LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE LA EJECUCIÓN SINGULAR CON LA UNIVERSAL

La ejecución universal heredada en varios sistemas de tradición sustantivo-privada franco-española fue y es la “quiebra” como materia casi exclusiva del Derecho Mercantil o Comercial. Por un lado focalizada casi exclusivamente en la “cesación” en lugar de la “incapacidad de pago”, a partir de lo cual se puede instar un proceso que se inicia con la “declaración de quiebra”. Por otro lado ello habilita la posibilidad de acudir a acuerdos preventivos y otros mecanismos para prevenir lo que realmente ya está sellado en el destino de aquella declaración, es decir, el sesgo de la quiebra como carga negativa, lo que seguramente solo coadyuva a arribar más rápidamente a la liquidación y distribución entre algunos acreedores de lo realizado. Veamos sólo como ejemplo el caso chileno: *“Las cifras demuestran que actualmente existen 1.443 quiebras vigentes en Chile y anualmente se declaran 150 en promedio. Del total de quiebras publicadas desde 1982, estos procesos afectan principalmente a los rubros del comercio (22,52%) y de la industria manufacturera (13,38%). El número de trabajadores comprometidos se elevó de 2.247 el año 2010 a 3.160 en 2011. Bajo el actual sistema de administración de Síndicos Privados, la recuperación en una quiebra alcanza sólo a un 3% en el caso de los créditos comunes, normalmente proveedores de servicios o suministros (PYMES) y un 43% para aquellos dotados de garantías (acreedores institucionales), en tanto que el Fisco recupera cerca de un 58% de sus acreencias, lo que genera un desincentivo importante en los acreedores. Además de esas tasas de recuperación debe considerarse el tiempo que transcurre desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la última resolución, encontrando un promedio de 40,7 meses en tanto que el promedio de los países de OCDE es de 1,7 con menores tiempos y mayores tasas de recuperación”*⁴⁶.

En términos simples según lo expuesto por el actual ministro de economía de Chile: *“Es importante que terminemos con el estigma asociado a la quiebra, que impide buscar ayuda a quien ha fracasado en un negocio. Necesitamos que el sistema ayude a ‘bajar las cortinas’ de manera ordenada y volver a emprender, sin el temor de verse etiquetado como delincuente, sólo porque uno de sus emprendimientos no resultó exitoso”*⁴⁷.

El escenario descrito se complica aún más cuando el Derecho de Quiebra, y permítaseme ya usar terminología adecuada de “Derecho Concursal”, apenas resulta atractivo para el deudor insolvente en tanto empresa y se ignora que el estado de sobreendeudamiento (e insolven-

⁴⁶ PRADO PUGA, ARTURO, *Mecanismos destinados a prevenir y regular situaciones de quiebra en Chile*, Roma, 2012. Disponible en <http://www.creditmanagementbank.eu/attach/Content/Eventi/3615/o/pradopuga.pdf>.

⁴⁷ <http://www.economia.gob.cl/2012/04/10/ministerio-de-economia-realiza-consulta-ciudadana-para-evaluar-nueva-ley-de-reorganizacion-y-liquida.htm>.

cia con otros ribetes) también pueden afectar a personas naturales. La ejecución universal es una forma particular de regulación de la ejecución donde el impacto socioeconómico del modelo que se adopte es muy fuerte. El problema de agredir un patrimonio insuficiente como un todo y no simplemente bienes singulares de éste, sumado a la complejidad del concurso de acreedores impone coordinar la regulación de la ejecución (universal y singular) en forma coordinada y coherente. Un sistema ejecutivo coherente y funcional debe tener vasos comunicantes entre la ejecución universal y la singular. Las relaciones de eficiencia y justicia entre ambas aseguran su funcionamiento coordinado⁴⁸.

VI. CONCLUSIONES

La decisión legislativa adoptada en Chile aún en discusión en el Parlamento ha aprendido y aprende de errores y aciertos. Lo cierto es que la ejecución civil, laboral y de familia han dejado de ser un tema postergado y encriptado al dogma de que el juez (o incluso un auxiliar de la burocracia judicial) lo pueden todo, incluso hacerse cargo de la ejecución no obstante estar bajo el peso de las exigencias mayores y en sus despachos de la actividad adjudicativa.

Llegó la hora de despojar de dogmas poco idóneos para la ejecución civil. Desde el momento mismo que el deudor y aquello con lo que responde, se ubican fuera de la oficina judicial, desde el momento mismo que la necesidad de ubicación e individualización del patrimonio requiere ciertas competencias que quizás no las deba ejercer el juez, desde el momento mismo que se hace necesario pensar una ejecución eficiente y con celeridad, pero con la transparencia y aplicación de criterios adecuados de razonabilidad y proporcionalidad, es que cada vez más pueda repensarse nuestra ejecución civil.

Quizás sea necesario comenzar a analizar qué tipo de ejecución tenemos y a cuál aspiramos con la lupa de los fallos en materia de tutela jurisdiccional efectiva, justamente desjudicializando no “desjurisdiccionalizando” la etapa donde el derecho sustantivo se encuentra (o se frustra) en pleno con el procesal. El examen debe ser interdisciplinario en un área donde justamente la investigación y publicaciones a nivel nacional son dispersas en área, calidad y cantidad. Pretender abordar el diagnóstico, funcionamiento y en su caso rediseño de la ejecución civil con cánones exclusivos de un área del derecho es errar el camino. Si hay un ámbito donde se entrelazan derecho público, privado y procesal justamente para lograr la confluencia del derecho material con el formal es el ámbito de la ejecución.

⁴⁸ WESTBROOK, JAY LAWRENCE, CHARLES D. BOOTH, CHRISTOPH G. PAULUS, HARRY RAJAK, *A Global View of Business Insolvency Systems*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 35-53.

El punto de partida en la ejecución no es divagar sobre si es o no jurisdiccional: ¿alguien dudaría que el Estado en ejercicio de función administrativa (con presunción de juridicidad) puede por sí hacer ejecutar sus actos? Siempre puede el justiciable acudir al control jurisdiccional de una actividad fuera de la jurisdicción. Si el alcance del art. 76 de la CPR en lo que a función jurisdiccional se refiere, incluyendo la ejecución como necesariamente jurisdiccional-judicial, es justificar el estado actual de la ejecución (en materia civil y claro está, laboral) creo que toma un camino posible, pero incompleto y finalmente cuestionable. El punto de partida no debiera ser ese, aunque tenga que ser un segundo punto. Es el art. 19, n. 3 y el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, en este caso del crédito (por cualquiera de los medios, órganos y procesos que el Estado establezca) que logren una mayor eficacia, justicia, cercanía al ciudadano, transparencia y acceso. Si esa alternativa es desjudicializada mucho mejor, pero de ninguna manera fuera del control del juez. La realidad concreta actual demuestra que el juez no lleva adelante la actividad ejecutiva, solo adjudica (cuando debe resolver sobre las excepciones y en los casos de tercerías), sería muy idealista de mi parte considerar que examinar y admitir una demanda ejecutiva es una actividad de adjudicación imprescindible. Ello perfectamente puede ser delegado y entonces, recién entonces, pasar al punto de la “jurisdicción” para los casos donde de ella se necesite, es decir, cuando hay controversia relevante por la oposición e impugnación que el deudor debe hacer del título en el que se funda el ejecutante (de la misma forma que el justiciable debe y corre con la carga de ir contra el acto administrativo).

ALGUNOS ASPECTOS DEL INICIO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

FERNANDO ORELLANA TORRES
*Profesor de Derecho Procesal,
Universidad Católica del Norte*

El *Proyecto de Código Procesal Civil*, actualmente en tramitación parlamentaria en el Congreso Nacional, contempla entre sus importantes novedades un nuevo tratamiento de la Ejecución¹.

La Ejecución² aparece tratada en el Libro IV del proyecto, distinguiendo entre ejecución por obligación de dar (Título II) y ejecución de obligaciones de hacer y no hacer y de mera entrega de una especie o cuerpo cierto (Título III), abandonando, por lo tanto, la postura doctrinaria y jurisprudencial del actual Código de Procedimiento Civil que incorpora a la obligación de entregar en la de dar³.

Pero no son estos los únicos procesos de ejecución dentro del Proyecto. El Libro I, dentro del Título XIII, dedicado a las “resoluciones judiciales y su eficacia”, contempla en el Capítulo IV las normas sobre “ejecución de resoluciones judiciales”, distinguiendo entre resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos y extranjeros. Respecto de los primeros se contemplan el procedimiento de *Ejecución Provisional*, pero sólo respecto de sentencias definitivas de condena, sin necesidad de caución; y el procedimiento *para el cumplimiento de resoluciones judiciales en contra del*

¹ REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la LEC española*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1963.

² VEGA TORRES, *Derecho Procesal Civil: Ejecución forzosa. Procesos Especiales* (con DE LA OLIVA y Díez-PICAZO), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 69; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium. Madrid, 2001.

³ ORELLANA TORRES, “Medios de Impugnación en la ejecución no dineraria”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 2006; FRANCO ARIAS, “Análisis de dos cuestiones relativas al apremio”, en *La ejecución civil: problemas actuales* (coords. CACHÓN CADENAS y PICÓ JUNOY), Atelier, Barcelona 2008.

Fisco o de los órganos que integran la administración del Estado, sobre sentencias de condenas firmes o ejecutoriadas. Respecto de los segundos, se mantienen en general las normas del Código de Procedimiento Civil, con la gran excepción que su competencia queda entregada a un Juez de Letras y no a la Corte Suprema.

También encontramos otros procedimientos de ejecución relativos a multas y costas, dentro del libro I.

En lo que respecta a la *Ejecución* propiamente tal, debemos manifestar que recogiendo las palabras del mensaje, el Proyecto parte de una premisa básica: “descentralización de la ejecución”. Esta se manifiesta en dos grandes cuestiones, la primera que sin lugar a dudas será una de las grandes novedades de nuestro sistema de ejecución, la implementación de un “Oficial de Ejecución” (entregada su regulación a una ley especial); y lo segundo una restringida y sólo necesaria participación de los Tribunales de Justicia.

Las *cuestiones generales de la ejecución* contenidas en el proyecto son las siguientes: la ejecución sigue siendo una secuencia de actos escritos; los presupuestos siguen siendo la existencia de una pretensión ejecutiva, el título ejecutivo, obligación líquida y actualmente exigible y la acción judicial no prescrita⁴.

Otra novedad que emerge del Proyecto es la eliminación de los llamados por la doctrina “títulos ejecutivos imperfectos”, quedando sólo contemplados en el artículo 418 los títulos ejecutivos perfectos. Si bien se eliminan los títulos ejecutivos imperfectos, de todos modos existirá una vía procesal, distinta al proceso declarativo ordinario o sumario, para producir un título ejecutivo; esta vía procesal se denomina *Procedimiento Monitorio* que está contemplado en el Libro V del Proyecto con una importante limitación, la cantidad total de la deuda no debe exceder de 500 UTM.

El inicio de la ejecución es muy distinto al actual procedimiento ejecutivo, porque como ya adelantamos la figura del Oficial de Ejecución es un pilar fundamental de este nuevo edificio procesal: No hay demanda ejecutiva, sino una “solicitud de ejecución”⁵, que se presentará directamente ante este Oficial, y la cual debe cumplir con los requisitos expresamente mencionados en el artículo 423 del proyecto.

Lo que nos llama inmediatamente la atención, es la opción que han elegido los redactores del Proyecto, de no exigir representación letrada, al momento de presentar la solicitud de ejecución. Todos tenemos presente el grave problema que se produjo en el proceso de familia, al no exigir la Ley de Tribunales de Familia la intervención letrada en las primeras presentaciones de las partes ante estos juzgados, rectificando el legislador

⁴ SENES MOTILLA, *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2000.

⁵ DAZA VELÁSQUEZ DE CASTRO, *Ejecución Forzosa en el Proceso Civil*, Comares, Albolote (Granada), 2004.

dicho error con posterioridad. Si bien es cierto que este tipo de comparecencia formó parte importante de las ideas fundantes del nuevo sistema procesal de familia, inspirado en la idea de una justicia más accesible al ciudadano común, en su expresión práctica produjo inconvenientes tanto en la eficiente defensa de los derechos de los recurrentes, como en la gestión de los tribunales y el desarrollo del procedimiento (Véase la Historia de la Ley N° 20.286).

Pienso que puede llegar a producirse un problema similar al señalado con las ejecuciones sin intervención de abogados, no por la complejidad de hacer una solicitud, la que en todo caso debemos entender que se hará vía formulario electrónico, sino por las expectativas que genera iniciar un proceso de ejecución y verse truncado por no estar debidamente asesorado por alguien que sabe de cuestiones jurídicas. Asimismo, el natural desconocimiento por parte de los litigantes de aspectos tan trascendentales como lo es el uso de herramientas procesales en la ejecución, imposibilitarán un desarrollo adecuado del procedimiento de ejecución, obligando a asumir a los propios Oficiales de Ejecución una labor de asesoramiento, fin que no persigue este Proyecto.

Volvamos a nuestro texto de estudio. Presentada la solicitud de ejecución, el Oficial debe hacer un estudio de admisibilidad, respecto del título ejecutivo, a la obligación líquida, a los requisitos de la solicitud y de la documentación acompañada. Si no reúne los requisitos, denegará la ejecución mediante resolución escrita, a menos que el o los defectos sean subsanables. En este caso otorgará un plazo de cinco días para subsanar.

En el evento de denegarse la ejecución, dicha resolución es reclamable ante el mismo Oficial de Ejecución, y si dicha reclamación también es rechazada nos encontramos con la primera intervención del Juez Letrado. El afectado podrá impugnar dentro de un plazo de cinco días la resolución que rechazó el reclamo ante el tribunal competente. Y si el juez también rechaza, es apelable ante la Corte de Apelaciones.

Por otra parte, si reúne los requisitos, el Oficial de Ejecución emitirá una “Decisión de Ejecución”, la cual debe ser puesta en conocimiento de la persona del ejecutado. La notificación que podrá ser personal o personal subsidiaria –o incluso por avisos– debe ser hecha por el Oficial de Ejecución.

El proyecto contempla la posibilidad de que en el acto de la notificación, el ejecutado pague o acepte convenios o propuestas de pago. Además puede oponerse a la ejecución o bien quedarse en un estado de rebeldía.

Me referiré a la oposición a la ejecución⁶. Aquí el Proyecto nuevamente hace un cambio radical con respecto a nuestro actual procedimiento. La

⁶ ACHÓN BRUNEN, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 205; MARTÍN PASTOR. *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007; LAFUENTE TORRALBA, *La Oposición a la Ejecución*, Editorial Civitas, Navarra, 2006.

oposición generará un procedimiento declarativo en la ejecución, que se inicia con una “demanda de oposición”⁷, la cual debe intentarse dentro del plazo de 10, 20 o 30 días dependiendo del lugar (Provincia es el territorio que interesa, no la comuna; fuera de la Provincia; o fuera del país) donde haya sido notificado. Esta demanda de oposición si bien el Proyecto no la contempla expresamente, pienso que deberá presentarse con asesoría letrada, pues como veremos va dirigida al Juez Letrado, quien deberá conocerla y fallarla. Debe el ejecutado señalar en esta demanda todas las cuestiones procesales que pudieren afectar la eficacia del procedimiento o de determinados actos procesales, y además las causales de oposición que fundamentan su pretensión. Estas causales difieren de las actuales excepciones del artículo 464, porque como se puede leer del artículo 434 del Proyecto, sólo se contemplan el pago, prescripción, caducidad, no empecer el título al ejecutado, transacción, conciliación, avenimiento y falsedad del título ejecutivo. La demanda de oposición se notificará por cédula al ejecutante.

Si bien el Proyecto expresa que la demanda de oposición deberá interponerse ante el Oficial de Ejecución para ante el Tribunal competente, no contempla de qué manera y dentro de qué plazo la demanda pasa al juez, como si lo hace, por el contrario, respecto de las tercerías donde expresamente señala que el Oficial de Ejecución “...deberá remitirla inmediatamente al tribunal que esté conociendo o sería competente para conocer de la demanda de oposición”.

La intervención del Tribunal que deberá conocer de la demanda de oposición, es la segunda actuación de importancia que tendrá el Juez en la ejecución. El Proyecto contempla la posibilidad de que el tribunal declare inadmisibile de plano la demanda interpuesta, en ciertos casos, como por ejemplo, no presentarse oportunamente o no fundarse en causales legales, o bien por no señalarse con precisión los hechos en que se fundamentan las causales de oposición.

No hay claridad en el texto respecto de la oportunidad en que debe notificarse la demanda al ejecutante, ni tampoco respecto del momento en que el juez debe hacer el estudio de admisibilidad. Parece que por la ubicación de estas materias en sus respectivas normas, la notificación por cédula de la demanda debería producirse por iniciativa del Oficial de Ejecución, según se desprende del artículo 433 del Proyecto, antes del estudio de admisibilidad por parte del juez, porque el artículo 436 se refiere recién a la inadmisibilidad. Esta es una materia que hay que precisar.

La demanda no tiene efectos suspensivos en lo que respecta al embargo de bienes, pero sí los hay en materia de realización de bienes y de pago efectivo al ejecutante.

⁷ LAFUENTE TORRALBA, “La tutela del ejecutado a través del proceso declarativo del artículo 564 LEC”, en *Diario La Ley*, N° 6952, 23 de mayo 2008.

Señalemos que el procedimiento que contempla en materia de demanda de oposición, es que una vez notificado el ejecutante, éste tendrá el plazo de 10 días para contestar. Con su contestación o rebeldía, el juez puede resolver inmediatamente, sin audiencia, cuando las cuestiones procesales o las causales de oposición se apoyen en la sola prueba documental. En caso contrario fijará una audiencia⁸, la que se rige por las normas contempladas para la “audiencia sumaria”. Si el ejecutado no concurre a esta audiencia se produce el desistimiento de su defensa.

La sentencia definitiva que pronuncie el Juez, debe hacerlo primero respecto de las cuestiones procesales y, si acoge alguna de ellas, se abstendrá de pronunciarse sobre las causales de oposición. Si el juez rechaza las cuestiones procesales, o bien estas han sido subsanadas cuando correspondiere, deberá pronunciarse sobre las causales de oposición.

No hay referencia a la Cosa Juzgada en este tema, por lo que estimamos que debe hacerse una modificación al proyecto que permita tener claridad en los efectos que ocasiona la oposición⁹.

Finalmente, señalemos que la sentencia definitiva es apelable para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones¹⁰.

⁸ PALOMO VÉLEZ, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 181 y ss.

⁹ ROMERO SEGUEL, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 119 y ss.

¹⁰ MARTÍN PASTOR, *Los recursos en el proceso civil de ejecución*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2008, p. 190.

REFLEXIONES EN TORNO AL DISEÑO DE SISTEMAS DE EJECUCIÓN CIVIL

MACARENA VARGAS PAVEZ
*Profesora de Derecho Procesal,
Universidad Diego Portales*

INTRODUCCIÓN

Sin duda una de las modificaciones más innovadoras de la reforma procesal civil es aquella referida a la ejecución. Hasta ahora el foco del debate se ha centrado en la desjudicialización de algunas de las fases del procedimiento a través de la figura del oficial de ejecución.

Sin embargo, poco se ha dicho sobre las modificaciones relativas al rol que juegan las partes en este nuevo procedimiento, los derechos y deberes que ellas poseen y la forma en que éstos deben ser cautelados. Ello supone preguntarse, por ejemplo, ¿cómo se asegura el derecho del acreedor a obtener la satisfacción de su crédito dentro de un plazo razonable? ¿Qué instancias se ofrecen al deudor que –dispuesto a cumplir la obligación– requiere de algunas facilidades de pago? ¿Cómo se cautela su derecho a una agresión patrimonial proporcional a lo adeudado?

Estas son algunas de las preguntas que surgen del estudio de los procedimientos ejecutivos, las que unidas a aquellas relativas al órgano o agente a cargo de éstos, nos entregan luces sobre los objetivos de política pública que subyacen al diseño de un sistema de ejecución.

En este contexto, el trabajo que a continuación se presenta tiene como objetivo examinar la regulación contenida en el Código de Procedimiento Civil y en el proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil en materia de ejecución desde una perspectiva de políticas públicas, con el fin de determinar si estas normativas se avienen con las tendencias procesales modernas que buscan instaurar sistemas de ejecución equilibrados entre acreedores y deudores.

Para ello en la primera sección se presentan algunas consideraciones de política pública que se deben tener presentes a la hora de diseñar un nuevo procedimiento ejecutivo, según las concepciones doctrinarias modernas. En la segunda parte, se analiza críticamente la normativa vigente en materia de ejecución civil a partir de las consideraciones antes revisadas, para finalizar en la tercera sección con una revisión del proyecto de ley en curso bajo esta misma perspectiva.

I. SISTEMAS DE EJECUCIÓN CIVIL Y POLÍTICAS PÚBLICAS

La decisión de diseñar nuevos procedimientos, como ocurre en la actualidad en materia procesal civil, entraña importantes definiciones por parte de los hacedores de política pública o *policy makers*. No sólo se trata de definir la estructura de los nuevos procedimientos, sus instituciones básicas o los principios que los sustentarán, sino que es preciso determinar en forma previa qué objetivos de política pública se busca lograr con la nueva normativa.

En el caso de los juicios ejecutivos ello resulta especialmente relevante por el impacto que la cobranza judicial tiene en acreedores y deudores, especialmente en aquellos de menores ingresos, pero también por el efecto expansivo de este tipo de asuntos en el sistema productivo, económico y financiero.

El profesor alemán BURKHARD HESS distingue dos grandes objetivos de política pública desde los cuales abordar la ejecución civil: (a) como un mecanismo eficiente para asegurar el cobro de deudas o (b) como un sistema “balanceado” entre acreedores y deudores, que permita compatibilizar los derechos y deberes de ambas partes en juicio¹.

La primera opción pone el acento exclusivamente en la eficacia de la ejecución, objetivo altamente deseable, pero que enarbolado como única finalidad del sistema podría acarrear consecuencias adversas, principalmente para el ejecutado. El segundo, en cambio, pone el acento en el equilibrio de los intereses de ambas partes, de modo de garantizar el respeto y protección de sus derechos en forma igualitaria.

Estimo que –sin descuidar la necesaria búsqueda de eficacia del procedimiento ejecutivo– la segunda opción debiera ser el modelo a seguir. Un sistema de ejecución civil coherente con el paradigma de los derechos fundamentales exige el respeto y protección de los derechos de todos los intervinientes en el proceso. No sólo se trata de cautelar el derecho del acreedor a obtener la satisfacción de su crédito en forma oportuna,

¹ HESS, BURKHARD, “*Different enforcement structures*”, en *Enforcement and enforceability- Tradition and reform* (editors VAN RHEE, C.H. y UZELAC, A.), Oxford, 2010, p. 53.

sino que también el deudor está protegido por garantías constitucionales que es necesario asegurar.

Alain Wandji Kamga considera que si bien los procedimientos ejecutivos deben ser ágiles y simples de modo de obtener rápidamente la concreción de los derechos del acreedor, a la vez deben ser humanos. La humanización de la ejecución busca cuidar los derechos que el deudor puede ver afectados con ocasión de un procedimiento ejecutivo que no contemple resguardos adecuados y suficientes². Así, por ejemplo, se debe respetar al deudor su derecho a la propiedad, a la privacidad y a que la coacción que se le imponga para entregar información acerca de su situación financiera y/o sobre el paradero de sus activos no vulnere sus derechos fundamentales³.

Profundizando en esta línea, WANDJI KAMGA considera que una ejecución respetuosa del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos –y en nuestro caso del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica– debe ser leal o correcta.

Que la ejecución sea leal o correcta supone la honestidad de las partes dentro del proceso, tanto a propósito de la información que se deben recíprocamente como en relación con la elección de las medidas ejecutivas de agresión patrimonial (por parte del acreedor) y a la forma de evitar tales medidas (por parte del deudor)⁴.

Así, por ejemplo, esta lealtad exige al deudor entregar información acerca de su paradero y de sus activos⁵ en forma completa y veraz, de modo de permitir la satisfacción del crédito del acreedor. Esto es lo que en doctrina se denomina el deber de transparencia patrimonial, de veracidad y colaboración⁶.

Como contrapartida, este deber exige que el acreedor otorgue al deudor debida información de la demanda seguida en su contra por medio de una notificación previa a toda decisión judicial y, en particular, exige la notificación del requerimiento de pago en forma previa al embargo. A ello se añade la obligación de cumplir con los requisitos mínimos para solicitar la ejecución, lo que se traduce, por ejemplo, en exigencias de precisión y claridad de la demanda.

También obliga al acreedor a una agresión patrimonial proporcional al monto de lo adeudado. Se exige la razonabilidad de los medios utilizados, de modo de evitar que las medidas ejecutivas decretadas puedan

² WANDJI KAMGA, ALAIN-DOUGLAS, *Le droit à l'exécution forcée. Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Germany, 2009, p. 331 a 348.

³ KODEK, GEORGE E., "The impact of the European convention on human Rights and the fundamental liberties on enforcement practices", en: *Enforcement agency practice in Europe* (ADENAS, M., HESS, B., OBERHAMMER, P., editors), London, 2005, p. 308 a 310.

⁴ WANDJI KAMGA, ALAIN-DOUGLAS, *Le droit à l'exécution...*, *op. cit.*, p. 195.

⁵ WANDJI KAMGA, ALAIN-DOUGLAS, *Le droit à l'exécution...*, *op. cit.*, p. 197.

⁶ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO y SILVA ÁLVAREZ, OSCAR, *El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución civil eficiente*, Talca, 2009, p. 81.

afectar derechos fundamentales del deudor, lo que conocemos como el principio de la adecuación y limitación de la agresión ejecutiva⁷.

En efecto, las medidas de incautación o embargo no pueden constituir una expropiación arbitraria de los bienes del deudor ni se puede consentir que éstos sean vendidos a bajo precio. Consideraciones de este tipo se observan, por ejemplo, en la legislación española que para evitar prácticas fraudulentas en la venta de los bienes embargados incorporó nuevas modalidades para la realización forzosa de los bienes a través de entidad o persona especializada y/o por medio de un convenio privado de realización⁸.

En esta misma línea, HESS estima que la facilitación de convenios negociados entre las partes con la asistencia del juez o del agente a cargo de la ejecución constituye otra importante manifestación de la búsqueda de equilibrio entre las partes⁹ o, en palabras de WANDJI KAMGA, de humanización de la ejecución¹⁰. Consideraciones de este tipo se observan, por ejemplo, en la legislación francesa donde se contempla un intento de conciliación antes de las audiencias fijadas en la ley y, también –aunque en menor medida–, en el sistema de ejecución austriaco y alemán, ambos orientados hacia la exploración de acuerdos de pagos entre acreedores y deudores¹¹.

II. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y SISTEMAS “BALANCEADOS” DE EJECUCIÓN

No hay dudas que la regulación de nuestro actual procedimiento ejecutivo no responde a la noción de sistemas de ejecución balanceados de la que venimos hablando.

Una revisión de la doctrina y la jurisprudencia nacional da cuenta de la ausencia de consideraciones de este tipo. En el caso del deudor se podría mencionar tal vez como única manifestación la inembargabilidad de algunos de sus bienes, institución que a juicio de Fernando Orellana Torres encontraría sus fundamentos en el “orden público, social, laboral o de la persona y su familia”¹². En este mismo sentido, RAÚL ESPINOSA sostiene que esta “institución de excepción” constituye un privilegio para

⁷ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “Principios de la ejecución civil singular”, en *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, RAÚL TAVOLARI (coord.), Santiago, 2010, p. 1126; BONET NAVARRO, ÁNGEL, *El juicio sobre la suficiencia en la ejecución de sentencias de condena*, Madrid, 2009, p. 190.

⁸ CERATO, ELISABET, “La ejecución privada por entidad o persona especializada”, en *La ejecución civil: problemas actuales*, Barcelona, 2009, p. 238.

⁹ HESS, BURKHARD, *Different enforcement structures...*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰ WANDJI KAMGA, ALAIN-DOUGLAS, *Le droit à l'exécution...*, *op. cit.*, p. 195.

¹¹ HESS, BURKHARD, *Different enforcement structures...*, *op. cit.*, p. 44.

¹² ORELLANA TORRES, FERNANDO, *Manual de Derecho Procesal*, Santiago, 2008, Tomo III, p. 128.

el deudor, pues busca evitar que éste se vea privado de lo indispensable para su subsistencia¹³.

Esta situación –de ausencia de una consideración explícita de los derechos de las partes– puede explicarse por la falta de adecuación de la normativa contenida en el Código de Procedimiento Civil a las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales modernas, y a las nuevas tendencias en el derecho comparado en esta materia.

En efecto, las normas sobre ejecución fueron creadas en un momento de desarrollo de la disciplina del derecho procesal completamente distinto al actual. Nuestra legislación procesal –tributaria de la tradición española– encuentra sus bases en el proceso romano o común de la Edad Media que se caracterizó, entre otros aspectos, por la escrituración y el secreto de sus procedimientos, así como por la ausencia de contradictorio y una fuerte presencia del principio inquisitivo.

Siglos más tarde, la Revolución Francesa trajo consigo cambios sustantivos a la estructura del proceso: procedimientos organizados sobre la base de la oralidad y la publicidad, la preeminencia del principio de contrariedad y la libre convicción como mecanismo de valoración de la prueba, cuya máxima expresión se encuentra en el *Code de Procedure* francés de 1806 y más tarde en el Código Procesal Civil (ZPO) de Franz Klein de 1879.

Sin embargo, España permaneció inmune a estos cambios y mantuvo las características del proceso común, lo que se refleja claramente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855¹⁴. Esta estructura procedimental es la que más tarde llegaría a Iberoamérica y a Chile de la mano de los conquistadores y la que pervive –cambios más, cambios menos– hasta nuestros días.

Así, el procedimiento ejecutivo chileno es escrito, ritual y adolece de una serie de problemas, tanto de diseño estructural como de orden práctico, que lo torna un instrumento engorroso y poco eficiente.

Pero ¿es un sistema “balanceado” entre deudores y acreedores? ¿A quién favorece la estructura procedimental y la forma en que se desarrolla la ejecución en la cotidianeidad de los tribunales?

Permítaseme ofrecer algunas ideas para el debate:

2.1. DISEÑO ESTRUCTURAL

Desde una perspectiva estructural es posible encontrar normas que parecen favorecer al acreedor, pero también hay otras que parecen proteger el interés del deudor. En el primer caso, el diseño del procedimiento permite –si no hay oposición de excepciones o si éstas son rechaza-

¹³ ESPINOSA, RAÚL, *Manual de Procedimiento Civil. El juicio ejecutivo*, Santiago, 2010, p. 144.

¹⁴ NÚÑEZ, RAÚL, “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, 2005.

das— que todo el aparato jurisdiccional del Estado se dirija en contra del ejecutado a través de sendas medidas ejecutivas. En efecto, de no mediar el pago de lo adeudado o la obtención de acuerdos extrajudiciales, el proceso continuará hasta obtener la satisfacción del crédito del acreedor por medio de la realización de los bienes del deudor.

Sin embargo, se podría sostener que la exigencia de presentar una demanda, luego de tener por acreditada la obligación a través de la preparación de la vía ejecutiva, parece innecesario e iría en desmedro de los intereses del acreedor¹⁵.

Ahora bien, desde el punto de vista del deudor podría decirse que sus derechos están adecuadamente protegidos, entre otras razones, pues cuenta con un gran número de excepciones para oponer contra la demanda (18); porque está prohibido el retiro de especies inmediatamente después de trabado el embargo y porque puede formular observaciones al valor mínimo fijado para la subasta, por mencionar algunos ejemplos.

No obstante, si bien el deudor posee numerosas excepciones para evitar o limitar la agresión patrimonial del acreedor, los plazos que le concede la ley son muy reducidos (4 a 8 días). Considero que sólo si el ejecutado tiene información previa de la acción deducida o cuenta con asesoría letrada permanente tendrá posibilidades reales de oponerse en forma oportuna, de lo contrario sus opciones serán relativamente bajas.

A ello se puede añadir que la actual normativa no contempla ninguna fórmula que permita al deudor acordar convenios de pago u otras alternativas de solución con el acreedor. Es más, ello se encuentra expresamente prohibido por nuestra legislación procesal civil en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, pues parece pugnar con la lógica de este procedimiento que parte de la base de un derecho indubitado que no admite negociación alguna entre las partes.

Sin embargo, la evidencia empírica muestra que este tipo de mecanismos operan en la práctica, aunque en una bajísima proporción. En efecto, las estadísticas judiciales de casos terminados en 2009 dan cuenta que un 0,154% de los casos registra como forma de término un avenimiento y un 0,034% una transacción¹⁶.

2.2. OPERACIÓN PRÁCTICA DEL SISTEMA

Este diagnóstico no estaría completo sino se incorporan elementos propios de la práctica forense que puede inclinar la balanza para uno u otro lado.

¹⁵ RIED, JOSÉ MIGUEL, "Juicio ejecutivo y protección del crédito: su impacto en el mundo económico y comercial", en *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, SILVA, JOSÉ PEDRO; GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO y LETURIA, FRANCISCO J. (editores), Santiago, 2006, p. 483.

¹⁶ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, *Informe Final "Estudio de Análisis de Trayectoria de las causas civiles de los Tribunales Civiles de Santiago"*, Santiago, 2011, p. 28.

En desmedro del acreedor se observan serias dificultades para notificar la demanda y requerir de pago al deudor por falta de información sobre su paradero. Algo similar ocurre a propósito del embargo y retiro de especies, pues en no pocos casos los deudores realizan maniobras o prácticas destinadas al ocultamiento de sus bienes¹⁷.

A ello hay que agregar que el sistema se ha mostrado ineficaz para satisfacer el crédito al acreedor en forma oportuna, si ello se evalúa a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En efecto, conforme a la noción de plazo razonable que contiene el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo octavo, la Corte IDH ha sostenido que la “razonabilidad” de los plazos debe valorarse en función de los siguientes criterios: (a) complejidad del asunto; (b) actividad procesal del interesado y (c) conducta de las autoridades judiciales¹⁸.

A la luz de estos criterios, y en particular del primero de ellos, la duración del procedimiento ejecutivo en nuestro sistema está muy lejos de ser razonable. La evidencia empírica muestra que los procedimientos ejecutivos terminados en el año 2009 tuvieron una duración promedio que fluctúa entre 500 y 1.000 días¹⁹.

En los casos en que se registra oposición de excepciones, la duración promedio de un procedimiento ejecutivo –cualquiera sea su forma de término– es de 1.070 días. Ello podría explicarse por el carácter contencioso que adquiere el procedimiento con la presentación de excepciones y la necesidad eventual de abrir un término probatorio, entre otras actuaciones judiciales. Con todo, parece excesivo para la resolución de excepciones que sólo atañen a la calidad del título ejecutivo invocado.

Por su parte, cuando el deudor no opone excepciones, la duración promedio es de 522 días, poco menos de un año y medio. Pese a que cuantitativamente se trate de menos tiempo, la duración parece igualmente excesiva que en la situación anterior, ya que se trata de casos sin controversia, que no revisten de mayor complejidad y que en la práctica se reducen casi exclusivamente a la realización de los bienes del deudor.

¹⁷ RIED, JOSÉ MIGUEL, *Juicio ejecutivo y protección...*, op. cit., p. 485 a 489.

¹⁸ CORTE IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006; Caso La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de septiembre de 2005; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, Caso Baldeón García v. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006. En el caso Mejía Idovalo vs. Ecuador de 2011, la Corte IDH sostuvo que “las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia. La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución”. Disponible en www.corteidh.org.cr, consultado el 10 de agosto de 2010.

¹⁹ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, *Informe Final...*, op. cit., p. 51 y 52.

Mirado ahora desde la perspectiva del deudor, la operación práctica del sistema de ejecución también plantea dudas respecto de la protección de sus derechos, sobre todo si se toman en consideración algunos datos sobre el perfil de los litigantes en los juicios ejecutivos.

La investigación realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en 2009 sobre Trayectoria de las Causas en los Tribunales Civiles de Santiago, entrega algunas pistas sobre el perfil de ejecutantes y ejecutados en nuestro sistema²⁰. Decimos “algunas pistas”, pues se trata de un estudio cualitativo que tomó como base una muestra aleatoria de expedientes de los tribunales civiles de Santiago, razón por la cual sus resultados no son indiciarios de una tendencia nacional ni constituyen una muestra representativa.

El estudio revela que los demandantes en el procedimiento ejecutivo son, en su gran mayoría, personas jurídicas, en particular, bancos, casas comerciales, empresas de telefonía celular y de *retail*. Ellas registran domicilio principalmente en las comunas de Santiago, Las Condes y Providencia.

Por el contrario, los ejecutados –en su gran mayoría– son personas naturales y registran domicilio predominantemente en las comunas de Maipú, Santiago y La Florida.

Estos datos –unidos a la alta concentración de causas ejecutivas en la composición del litigio civil en nuestro sistema judicial– parecen corroborar una percepción más o menos generalizada en el foro, esto es, que los tribunales civiles se han transformado en “verdaderas oficinas de cobranzas del sistema bancario y financiero”²¹.

En este punto vale la pena traer a colación la distinción que hace MARC GALANTER entre partes ocasionales y partes habituales, y las grandes diferencias producto de las capacidades de los litigantes. Las partes ocasionales (*one-shooters*) son personas que litigan en forma individual y esporádica y, por lo general, cuentan con menor cantidad y calidad de asesoría jurídica. Por el contrario, las partes habituales (*repeat players*) son organizaciones que cuentan con verdaderas políticas judiciales para enfrentar los litigios y los tienen incorporados en sus planes de costos²².

Me parece que esta caracterización es aplicable al perfil de los litigantes de nuestros juicios ejecutivos. Es dable imaginar que en su gran mayoría los ejecutantes–personas jurídicas, cuentan con políticas específicas en materia de cobranza judicial y son representadas por estudios jurídicos medianos o grandes. A ello hay que añadir, que si bien deben incurrir

²⁰ *Ibid.*, nota anterior.

²¹ DE LA FUENTE, NANCY, “Desjudicialización y procedimiento de realización de bienes embargados”, en *La ejecución civil: problemas actuales*, Barcelona, 2009, p. 470.

²² GALANTER, MARC, *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. Originally published in Volume 9:1 *Law and Society Review*, 1974. Reprinted (with corrections) in R. Cotterrell (Ed.) *Law and Society*, Aldershot, Dartmouth, 1994, pp. 165-230. Disponible en: <http://citeserx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.128.6122>. Página visitada el 12 de octubre de 2012.

en costos para llevar adelante estos procedimientos, el alto volumen de casos que tramitan les permite hacer importantes economías de escala, para las cuales el costo de demandar es menor debido a las economías de escala que obtienen por el volumen de casos que tramitan.

Por su parte, los ejecutados-personas naturales podrían responder a las características de una parte ocasional y, por ende, tienen un acceso limitado a la defensa letrada, o al menos probablemente más limitado que el de su contraparte.

Otro dato que resulta interesante para configurar este panorama dice relación con las materias ejecutivas de mayor ingreso a los tribunales. Conforme a las estadísticas judiciales, el cobro de pagaré constituye la causa de más alto ingreso durante el año 2009 con un 71,6% del total²³. Ello se puede explicar por los cambios que ha experimentado la actividad comercial en nuestro país en las últimas décadas y la facilidad para acceder al crédito que hoy tenemos todos los chilenos.

Las actuales condiciones de la actividad comercial y contractual son muy distintas a las existentes a la época de promulgación del Código de Procedimiento Civil en 1903. En efecto, las normas sobre ejecución fueron concebidas para ser aplicadas a una realidad en que la actividad contractual era incipiente y el acceso al crédito era limitado. Hoy en cambio, la actividad comercial se caracteriza, entre otras cosas, por la contratación en masa y la celeridad en los negocios.

La contratación masiva o en serie imprime a la actividad comercial rapidez y agilidad, por lo cual se ha tendido hacia la estandarización de convenios, la simplificación de las formas y la disminución de las medidas tendientes a asegurar el cumplimiento del contrato. Como contrapartida, esta actividad está cubierta por el mérito ejecutivo de los documentos, tales como la letra de cambio y el pagaré, la carta de porte y la factura, que permiten su ejecución en caso de incumplimiento²⁴.

Este progresivo aumento de la actividad comercial y del acceso al crédito en nuestro país ha conllevado a una “democratización” del consumo, pero también a altas tasas de sobreendeudamiento de los chilenos. Conforme a los datos proporcionados por el Banco Central de Chile, entre 2003 y 2008 el número de deudores aumentó en un 55% y el monto promedio de la deuda en un 34%, siendo los bancos uno de los principales proveedores de financiamiento (72%)²⁵.

Por otra parte, el tipo de deuda más extendido dentro del crédito de consumo es la deuda con casas comerciales (entre un 35% y un 57%), observándose que el quintil de hogares con menores ingresos es el que

²³ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Informe Final...*, op. cit., p. 25.

²⁴ RIED, JOSÉ MIGUEL, *Juicio ejecutivo y protección...*, op. cit., p. 483.

²⁵ BANCO CENTRAL DE CHILE, *Endeudamiento de los hogares en Chile: Análisis e implicancias para la estabilidad financiera*. Disponible en: http://www.bcentral.cl/publicaciones/recuadros/pdf/ief/2010/ief2010_1endeudamiento.pdf. Página visitada el 25 de julio de 2012.

presenta indicadores de carga financiera más altos²⁶. Otros datos muestran que cerca de 4 millones de personas se encuentran en el registro de información económica en Chile (DICOM) por atrasos, moras o incumplimientos comerciales²⁷.

III. ¿QUÉ PODEMOS ESPERAR DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL?

El escenario, sin embargo, puede cambiar drásticamente de aprobarse el proyecto de ley de reforma a la justicia civil despachado al Congreso Nacional en marzo de 2012²⁸. En mi opinión, este proyecto contempla algunas instituciones que parecen sintonizar con la noción de sistemas de ejecución “balanceados” entre acreedores y deudores.

Una revisión de las normas propuestas revela la intención del legislador de cautelar los derechos de ambos intervinientes en la ejecución a través de la incorporación de nuevas instituciones que se observan tanto a nivel orgánico como procesal.

Me refiero, por una parte, a la posibilidad de celebrar acuerdos entre deudores y acreedores en distintas etapas del procedimiento ejecutivo y, por otra, al deber de transparencia patrimonial y colaboración que se exige al deudor. A ellas hay que agregar la figura del oficial de ejecución y su posible impacto en la búsqueda de equilibrio entre ambas partes.

3.1. ACUERDOS EN LA EJECUCIÓN

El proyecto de ley regula la posibilidad de aceptar o convenir propuestas alternativas de pago del crédito como una de las actitudes que puede asumir el ejecutado una vez notificado de la decisión de ejecución. Estos acuerdos que deberán ser firmados ante el oficial de ejecución pondrán término al procedimiento ejecutivo, según dispone el artículo 432 N° 2²⁹.

²⁶ *Ibid.*, nota anterior.

²⁷ Ley 20.575 que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales publicada en el Diario Oficial el 17 de febrero de 2012. Esta ley, más conocida como la Ley DICOM, establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, con el fin de asegurar que los sistemas de registro de deudas sean usados para evaluar riesgos y no con otros fines, cambiando la forma de utilizar y comunicar los datos comerciales de las personas que se aplicaba hasta ahora. En el caso de las deudas de personas, dispone en el artículo segundo transitorio lo que se ha denominado el “Perdonazo Bicentenario”, que borra de las listas de morosos a todas las personas que registren deudas inferiores a los \$ 2.500.000 antes del 31 de diciembre de 2011. Disponible en www.bcn.cl. Página visitada el 25 de julio de 2012.

²⁸ Proyecto de ley que crea el Nuevo Código Procesal Civil –presentado por el gobierno del Presidente Sebastián Piñera– con fecha 12 de marzo de 2012 (Boletín 8197-07).

²⁹ Art. 432.– *Emplazamiento y actitudes del ejecutado*. En el acto de la notificación de la decisión de ejecución, el ejecutado podrá:

2. Aceptar o convenir la propuesta alternativa de pago del crédito ejecutado o de cumplimiento de la obligación que se le hubiere formulado. El acuerdo firmado ante el oficial de ejecu-

La propuesta legislativa contempla también la posibilidad de acuerdos en la etapa de realización de los bienes a través de planes de enajenación de los bienes embargados (artículo 472)³⁰. Otra manifestación se observa en la fase de determinación del monto mínimo para la subasta, toda vez que en caso de formularse observaciones a las bases, la ley prevé la posibilidad de llegar a acuerdos sobre las bases del remate (artículo 482 inciso 2)³¹.

3.2. DEBER DE TRANSPARENCIA PATRIMONIAL, DE VERACIDAD Y COLABORACIÓN

El proyecto de ley establece el deber de información patrimonial y colaboración, que obliga al deudor a declarar bajo juramento ante el oficial de ejecución en forma completa y veraz los bienes suficientes de su patrimonio, tal como señala el artículo 444³².

ción pondrá término al procedimiento de ejecución y tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales.

El incumplimiento del deudor hará inmediatamente exigible el total de la deuda, facultándose al acreedor para concurrir ante el mismo oficial de ejecución ante el cual se celebró el acuerdo para iniciar un nuevo procedimiento o ante el que sea competente conforme a las reglas generales. En este nuevo procedimiento ejecutivo la demanda de oposición del deudor sólo podrá fundarse en las causales previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 434.

³⁰ Art. 472.– *Acuerdo de enajenación.* Si no se hubiere verificado la entrega de los bienes prevista en el artículo anterior o ella no hubiere sido suficiente para cubrir el valor de la deuda, intereses y costas, el oficial de ejecución comunicará a las partes que tienen quince días para acordar y presentar un acuerdo o plan de enajenación de los bienes embargados. El oficial de ejecución podrá intervenir para que las partes lleguen a dicho acuerdo.

Si las partes no presentan un acuerdo dentro del plazo señalado en el inciso anterior o no concurren al mismo los demás acreedores embargantes o quienes tuvieren preferencias o privilegios sobre los bienes embargados, como los terceristas de pago o acreedores hipotecarios y prendarios, el oficial de ejecución procederá a realizar los bienes embargados en la forma que más adelante se indica.

³¹ Art. 482.– *Conocimiento y aprobación definitiva de las bases.* Las bases para la subasta serán puestas en conocimiento del ejecutante, del ejecutado y de los acreedores hipotecarios o embargantes que hayan comparecido, otorgándoseles un plazo de cinco días para que formulen las observaciones que ellas les merezcan. Para estos efectos, el oficial de ejecución les comunicará su contenido.

Si se formularen tales observaciones, el oficial de ejecución deberá promover un acuerdo sobre los términos definitivos de las bases entre las partes y los acreedores hipotecarios interesados al más breve plazo. De no obtenerlo dentro de quince días, remitirá los antecedentes al juez para que éste resuelva, previa citación de las partes, del oficial de ejecución y de los acreedores hipotecarios.

La resolución judicial que se pronuncie sobre las objeciones a las bases se librará en audiencia que tendrá lugar con las partes e interesados que asistan, quienes deberán concurrir con todos sus medios de prueba. Si se hubiere objetado el valor mínimo para la subasta, el juez determinará el valor comercial del inmueble que estime acreditado, fijando el setenta y cinco por ciento del mismo como mínimo de la subasta. Dicha resolución que se pronuncie sobre las objeciones a las bases no será impugnada por recurso alguno.

³² Art. 444.– *Manifestación de bienes del ejecutado.* Una vez notificado de la decisión de ejecución el deudor, para los efectos del embargo, tiene la obligación de declarar bajo juramento ante el oficial de ejecución en forma completa y veraz los bienes suficientes de su patrimonio en el orden previsto en el artículo 458 para satisfacer el monto de la ejecución y sus costas.

Ello deberá realizarse en el acto de notificación de la decisión de ejecución (artículo 445) y, en caso que ésta no se efectúe oportunamente, incluya bienes de terceros, omita bienes o no dé a conocer las cargas o gravámenes que recaen sobre ellos, el juez podrá imponer al deudor sanciones conminatorias de hasta 20 UTM a beneficio del ejecutante, las que podrán repetirse las veces que sea necesario, según dispone el artículo 446.

Es importante señalar que este deber de colaboración se extiende a todas las personas y entidades públicas o privadas que puedan entregar al oficial de ejecución información y documentación, terceros que también podrán ser objeto de sanciones conminatorias, según establece el artículo 448.

3.3. LA FIGURA DEL OFICIAL DE EJECUCIÓN

Ahora bien, sin duda una de las mayores innovaciones del proyecto es la incorporación de la figura del oficial de ejecución, quien estará encargado de llevar adelante varias gestiones del procedimiento ejecutivo.

Este agente tiene entre sus funciones la recepción y control de la solicitud de ejecución presentada por acreedor (artículos 422 y 426); la emisión de una decisión de ejecución con la cual se da inicio a la ejecución (artículo 427); la notificación de esta decisión (artículo 431); el embargo de bienes del deudor (artículo 450) y la realización de éstos (artículos 471 a 499), entre otras³³.

Sin embargo, hasta ahora esta figura carece de un modelo orgánico que la sustente, lo que ha generado –como era previsible– un sinnúmero de dudas acerca de su diseño y funcionamiento. En efecto, hemos sido testigos como en los últimos meses se ha desarrollado un interesante debate a través de la prensa sobre este oficial.

En mi opinión, el eje de la discusión parece situarse en la protección de los derechos del deudor atendida la amplitud de las facultades que el proyecto entrega al oficial de ejecución.

Se cuestiona, por ejemplo, que este nuevo agente tenga en sus manos la totalidad de la fase de apremio (embargo, retiro de especies, liquidación

En el evento que el ejecutado no fuere habido, se negare a formular la declaración o señalare bienes insuficientes, el oficial de ejecución procederá a trabar el embargo sobre los bienes del ejecutado siguiendo igualmente el orden previsto en el artículo 458 y sin perjuicio de realizar las diligencias de investigación referidas en el artículo 447 que estime necesarias.

La calificación de la suficiencia de los bienes será determinada por el oficial de ejecución.

³³ Notificado el deudor de la decisión de ejecución podrá interponer una demanda de oposición dentro del plazo de 10 días para ante el tribunal competente (artículo 432 N° 4), el cual luego del examen de admisibilidad ordenará la notificación de dicha demanda al acreedor (artículo 433). El ejecutante, a su vez, tendrá un plazo de 10 días para contestar de esta demanda y el tribunal sustanciará el procedimiento de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 439 a 442.

del crédito y la realización de bienes raíces), sin control jurisdiccional³⁴. Se ha sostenido que entregar estas tareas al oficial de ejecución es altamente peligroso debido a que las medidas ejecutivas que éste puede realizar suponen una severa agresión patrimonial al deudor, lo que podría prestarse para graves abusos en un país con altas tasas de sobreendeudamiento y grandes diferencias socioculturales³⁵.

En esta misma línea, otros sostienen que la cobranza judicial es un asunto de carácter jurisdiccional que no puede ser entregado a un privado, pues ello supondría una vulneración de las garantías constitucionales tanto de acreedores como de deudores³⁶.

Por su parte, quienes apoyan la incorporación de esta figura, además de entregar argumentos de evidencia empírica y de derecho comparado, consideran que –conforme al texto del proyecto– el oficial de ejecución está sujeto al control jurisdiccional, amén de otros mecanismos que se puedan establecer cuando se defina su modelo orgánico. Destacan además que desjudicializar los aspectos administrativos de la ejecución no sólo busca descongestionar los tribunales de justicia, sino que contribuir a mejorar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos³⁷.

En defensa de la figura, debo decir que sea que se trate de un oficial estatal, privado o mixto, su incorporación –además de dotar de mayor agilidad y eficacia al sistema– busca profesionalizar los procedimientos ejecutivos entregando a un agente u órgano experto el desarrollo de las actuaciones procesales que carecen de contencioso, en particular, aquellas relativas a la realización de los bienes del deudor.

La experiencia europea muestra que en la gran mayoría de los países donde la ejecución está a cargo de oficiales estatales, éstos son profesionales especializados supervisados por la autoridad en su función de hacer cumplir los títulos ejecutivos como ocurre, por ejemplo, en Bélgica y Francia. En este último caso, se exige a los postulantes contar con grado universitario, participar en un programa de entrenamiento de dos años en la oficina de un oficial de ejecución, cursar estudios de especialización y rendir un examen³⁸.

Por una parte, conforme al proyecto, este agente posee un relevante rol a la hora de equilibrar los derechos y deberes de las partes en juicio. Por ejemplo, tiene la facultad de solicitar información patrimonial del deudor a personas naturales y jurídicas, cuando éste se haya negado a

³⁴ BARAONA, JORGE, *Reforma procesal civil*, El Mercurio, Cartas al director, 26 de julio de 2012.

³⁵ BARAONA, JORGE, *Reforma procesal civil*, El Mercurio, Cartas al director, 28 de julio de 2012; BARAONA, JORGE, *Oficial de ejecución*, El Mercurio, Cartas al director, 31 de agosto de 2012.

³⁶ ABOGABIR, FELIPE, *Oficial de ejecución*, El Mercurio, Cartas al director, 27 de agosto de 2012.

³⁷ INSUNZA, MATÍAS, *Reforma procesal civil*, El Mercurio, Cartas al director, 27 de julio de 2012; DE LA FUENTE, NANCY, *Oficial de ejecución*, El Mercurio, Cartas al director, 2 de agosto de 2012.

³⁸ VARGAS, MACARENA, "Reflexiones en torno a la figura del oficial de ejecución", en *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?*, LETURIA, FRANCISCO J. (editor), Santiago, 2011, pp. 471 a 487.

entregarla o ella sea insuficiente, siempre y cuando dicha información no esté legalmente protegida por secreto o reserva, según dispone el artículo 447³⁹.

Por otra parte, el oficial de ejecución juega un papel preponderante al momento de la búsqueda de acuerdos entre las partes. En los casos antes mencionados, la propuesta legislativa prevé su intervención, aunque con distintos énfasis y dejando algún margen de duda acerca de la específica función que desempeñará en estos actos.

Por ejemplo, en el caso de los convenios de pago en la etapa inicial del procedimiento, el proyecto establece que los acuerdos deberán ser firmados ante el oficial de ejecución, pero no entrega mayores datos sobre el rol que éste tendrá: sí actuará como un conciliador proponiendo bases de arreglo; como un mediador facilitando la comunicación de las partes o como un mero observador de la negociación de las partes.

En el caso de posibles planes de enajenación de bienes embargados, el proyecto establece un rol un poco más definido del oficial de ejecución. En primer término deberá comunicar a las partes que tienen un plazo para negociar y presentar un acuerdo y “podrá intervenir para que las partes lleguen a dicho acuerdo”⁴⁰. La voz “intervenir”, sin embargo, entrega pocas luces acerca del rol específico que deberá desempeñar en esta fase.

Por último, en relación con eventuales acuerdos en la fijación de las bases de la subasta, el proyecto establece explícitamente que el oficial de ejecución “deberá promover un acuerdo sobre los términos definitivos de las bases”⁴¹.

Cabe señalar que esta misma orientación es la que contiene el proyecto de ley de “Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”, en actual tramitación parlamentaria⁴². Este proyecto establece nuevos órganos y nuevos procedimientos, entre los cuales se encuentra un proceso de “renegociación” de las deudas personales. Así, se regula la posibilidad de llegar a acuerdos de reorganización a cargo del veedor, quien actuará como un especialista en esta materia.

Pero me parece que el punto de quiebre de esta discusión dice relación con otro aspecto, mucho más complejo y que amerita una profunda discusión académica. Me refiero al necesario debate sobre la naturaleza

³⁹ Art. 447.- *Investigación del patrimonio del ejecutado*. En caso de incumplimiento de la declaración de bienes o insuficiencia del embargo, el oficial de ejecución estará facultado para recabar de personas naturales y jurídicas y organismos y registros públicos, información que no esté legalmente protegida por reserva o secreto, acerca de bienes del ejecutado susceptibles de ser embargados. En caso de negativa injustificada del requerido, el oficial de ejecución deberá requerir autorización judicial para realizar la investigación.

⁴⁰ Artículo 472 inciso primero del proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil.

⁴¹ Artículo 482 inciso segundo del proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil.

⁴² Mensaje N° 081-360/ de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea una nueva legislación concursal mediante la ley de reorganización y liquidación de empresas y personas y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. 15 de mayo de 2012.

de la ejecución. Algo de ello se observa en algunos de los argumentos planteados a través de la prensa, pues –en definitiva– lo que discutimos es si la ejecución constituye un acto jurisdiccional y si algunas de sus actuaciones pueden ser entregadas a órganos o agentes distintos del juez⁴³.

Hace ya varios años Carnelutti sostuvo que el procedimiento ejecutivo tiene un contenido diverso del proceso jurisdiccional, enfatizando la relación de subordinación del primero respecto del segundo⁴⁴. En esta misma línea argumental, Serra Domínguez considera que es posible distinguir entre jurisdicción en sentido estricto y jurisdicción en sentido amplio. En el primer caso, estaríamos frente a actos esencialmente jurisdiccionales (“decir el derecho”), mientras que en el segundo frente, actos jurisdiccionales por simple conexión, donde se sitúa la ejecución⁴⁵.

Desde esta perspectiva, los tribunales no son los únicos órganos llamados a hacer ejecutar lo juzgado, sino que pueden recurrir a otros agentes o autoridades para dar cumplimiento a lo resuelto a través de ciertos mecanismos legales especialmente diseñados para estos efectos, todos ellos debidamente regulados y fiscalizados. Estos mecanismos son los que Guasp y Aragoneses denominan “auxilios jurisdiccionales” y que incluyen a todas las personas públicas o privadas que conforme a la ley tienen un deber de colaboración con la actividad de los jueces, ya sea en el curso del proceso o en la etapa de ejecución de lo resuelto, las que pueden o no formar parte de la organización judicial⁴⁶.

En mi opinión, la fase de apremio no requiere de intervención judicial, un oficial de ejecución sometido a fuertes mecanismos de control y supervisión por parte del juez y otros organismos, además de altos estándares de exigencia en materia de calificación profesional y experiencia, debieran garantizar una adecuada protección de los derechos de ambas partes en el proceso.

IV. CONCLUSIONES

En una sociedad de mercado como la nuestra, el diseño de procedimientos destinados al recaudo de deudas exige reflexionar detenidamente respecto de los objetivos de política pública desde los cuales se abordará

⁴³ VARGAS, JUAN ENRIQUE, *Cobranzas judiciales*, El Mercurio, Tribuna, 8 de agosto de 2012; ABOGABIR, FELIPE, *Oficial de ejecución*, El Mercurio, Cartas al director, 27 de agosto de 2012; VARGAS MACARENA, *Oficial de ejecución*, El Mercurio, Cartas al director, 30 de agosto de 2012.

⁴⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944. Tomo I, p. 213.

⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 49 y 51. Este autor define la jurisdicción como “determinación irrevocable del derecho en un caso concreto seguida en su caso por su actuación práctica”.

⁴⁶ GUASP, JAIME Y ARAGONESES, PEDRO, *Derecho Procesal Civil. Introducción y Parte General*, Madrid, 2005, p. 111 y 112.

la ejecución civil. Preguntarse qué sistema de ejecución queremos y cómo llevaremos adelante estos objetivos es una cuestión de vital importancia de cara al proceso de reforma que enfrentamos en la actualidad.

El legislador entonces debe pensar en fórmulas tanto procedimentales como orgánicas que permitan dotar de agilidad y mayor eficacia al procedimiento ejecutivo, de modo de asegurar el derecho del acreedor a obtener la satisfacción de su crédito en forma oportuna. Pero no se trata de privilegiar sólo el derecho del acreedor y desconocer los derechos del deudor, quien también debe ver sus derechos protegidos en forma correcta. Concebir la ejecución civil en el marco de las garantías constitucionales exige establecer un sistema “balanceado” entre acreedores y deudores.

Nuestro actual Código de Procedimiento Civil ofrece escasas manifestaciones de esta tendencia, que dicho sea de paso se observa con fuerza en el derecho comparado. Fuera de la institución de la inembargabilidad de algunos bienes del deudor, es difícil encontrar normas que den cuenta de una decisión explícita del legislador en esta materia, cuestión que puede explicarse por el desarrollo del derecho procesal a comienzos del siglo XX.

No ocurre lo mismo en el proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil, actualmente en proceso de tramitación parlamentaria. En efecto, la propuesta legislativa contiene dos instituciones que pueden ser consideradas como manifestaciones de la noción de sistemas equilibrados entre acreedores y deudores. Ello se observa, por una parte, en el deber de transparencia patrimonial, de veracidad y colaboración y, por otra, en la facilitación de convenios negociados entre las partes.

La primera de estas instituciones –unida a la facultad del oficial de ejecución de solicitar información a terceros sobre los activos del ejecutado– va en directo beneficio del acreedor. La segunda, en cambio, favorece al deudor, quien con la asistencia del referido oficial tendrá la posibilidad de arribar a acuerdos en distintas fases del procedimiento.

Considero que la figura del oficial de ejecución regulada e implementada en forma adecuada y, desde luego, sometida a un fuerte sistema de pesos y contrapesos debiera cumplir un relevante rol en la búsqueda de un sistema de ejecución que equilibre los derechos y deberes de acreedores y deudores.

La profesionalización del órgano de ejecución y la concentración de las labores de ejecución en un solo agente traerá aparejada una mayor agilidad en la cobranza de deudas. Con ello se evitará la dispersión de las tareas ejecutivas en distintos órganos, como ocurre en la actualidad, algunos de los cuales además carecen de calificación profesional. Todo ello sin duda propenderá a dotar de mayor agilidad y eficacia al procedimiento ejecutivo que tanto se necesita.

