

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

La Revista Entheos acepta artículos sobre materias jurídicas y sociales y tiene por objeto contribuir a la investigación, promoviendo la discusión y estudio en materias relevantes de estas especialidades.

También se aceptan estudios sobre jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, e incluso es posible incluir algunos fallos de gran interés.

Puede disponer de una sección destinada a reseñaciones.

La Revista Entheos está abierta en especial a los profesores de nuestra Facultad, pero también se incluye un artículo premiado en concurso, de algún alumno de la Facultad de Derecho de Universidad de Las Américas.

Además, se acogen con mucho agrado colaboraciones de académicos extranjeros y de otras universidades que tengan interés en colaborar con nuestra Revista.

Las colaboraciones deberán presentarse en castellano, en páginas tamaño carta, letra times new roman 12, a espacio y medio. Es deseable que no tengan una extensión mayor de 25 páginas. Las reseñaciones deberán tener una extensión no mayor de 6 páginas.

El autor debe titular su trabajo, y en nota al pie, indicará su nombre, con los dos apellidos, grado académico, Universidad a la que pertenece, y correo electrónico.

Las citas bibliográficas y notas al texto deben hacerse al pie de página. Al final, los artículos deben contener bibliografía utilizada.

El trabajo debe ser enviado por correo electrónico en versión word al siguiente correo electrónico: efigueras@uamericas.cl

Los trabajos recibidos son sometidos a revisión por el Consejo Asesor de la Revista.

Los colaboradores recibirán un ejemplar gratuito de la edición en que hayan participado.

La dirección de la Revista puede sugerir al autor algún cambio de forma, pero sin alterar al fondo.

FACULTAD DE DERECHO

REVISTA

ENTHEOS

AÑO VII
VOLUMEN ÚNICO

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
CHILE

ÍNDICE
REVISTA ENTHEOS AÑO 2009

Volumen único

Año VII

1. PRÓLOGO

Patricio Zapata Larraín.

Decano Facultad de Derecho Universidad de Las Américas 7

2. INTRODUCCIÓN ACERCA DE LAS “JORNADAS DE ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL”

Julio Rojas Chamaca. Director Departamento Derecho Procesal

Facultad de Derecho Universidad de Las Américas 9

3. GÉNESIS Y NECESIDAD DE UNA REFORMA PROCESAL CIVIL

Sergio Villalobos Ríos..... 11

4. PRINCIPIOS Y REGLAS TÉCNICAS DEL PROCESO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Julio Rojas Chamaca 19

5. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Felipe Polanco Zamora 31

6. DISPOSICIONES GENERALES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Mario Steffens Fortune y Manuel Ramírez Escobar 41

7. EL PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Marcelo Chandía Peña 59

8. LA PRUEBA EN JUICIO. PRINCIPIOS Y REGLAS QUE LA RIGEN Y FACULTADES DE OFICIO DEL JUEZ EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Jorge Correa Selamé 71

**9. TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO
DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Andrés Saldivia Wellmann..... 81

**10. PANORAMA DE LA EJECUCIÓN EN EL PROYECTO
DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Andrés Saldivia Wellmann..... 103

**11. ADOPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO
EN CHILE. UN ENFOQUE ANALÍTICO Y CRÍTICO**

Hugo Muñoz Basáez..... 135

**12. LOS RECURSOS Y SUS EFECTOS EN EL PROYECTO
DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Ricardo Márquez Acevedo..... 165

PRÓLOGO

Muchos, y profundos, son los cambios que ha experimentado el derecho chileno en los últimos 15 años. Las transformaciones principales han incidido en las áreas del derecho de familia, procesal penal y laboral. Todas las reformas anotadas responden al doble propósito de cautelar de mejor manera, por una parte, los derechos involucrados y, por la otra, de asegurar procedimientos más expeditos y eficaces para la resolución de los conflictos.

Estando en vías de consolidación las modificaciones ya enunciadas, este es el momento en que la comunidad jurídica evalúa la próxima generación de reformas jurídicas. Esta nueva etapa supondrá, al menos, y necesariamente, una profunda revisión del Código Penal y un nuevo Proceso Civil.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas quiere ser parte activa de la discusión de las nuevas reformas. Estamos convencidos de que el aporte de la academia es clave para optimizar la calidad técnica de las modificaciones.

Este volumen de la Revista *Entheos*, que inaugura una Nueva Época, está dedicado, precisamente, a contribuir al estudio del Nuevo Proceso Civil. Lo hace, recogiendo las contribuciones de nuestros profesores de Derecho Procesal.

Los artículos que integran este libro fueron concebidos, originalmente, como presentaciones a un ciclo de seminarios organizado por el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad. El éxito de esta actividad, así como la calidad de las conferencias, nos llevó a pedir a los ponentes que se dieran el tiempo para transformar las exposiciones respectivas en los textos que se acompañan.

Al concluir esta breve presentación no me queda sino agradecer a todos los académicos que contribuyeron a este libro. Sus trabajos son de gran calidad y, sin duda, serán de gran utilidad para todos quienes deseen participar en la discusión del Nuevo Proceso Civil. Quisiera felicitar, finalmente, al profesor Julio Rojas, quien, en su calidad de Director del Departamento de Derecho Procesal, asumió con el entusiasmo y rigor académico que lo caracterizan, la difícil tarea de asegurar el éxito de esta convocatoria. Me complace congratularlo por este logro.

Patricio Zapata Larraín
Decano

INTRODUCCIÓN ACERCA DE LAS JORNADAS DE ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

A comienzos del año 2009, el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho decidió dar inicio a sus actividades académicas con las “Jornadas de Análisis del Anteproyecto de Código Procesal Civil”. Tal decisión fue adoptada en consideración a tres razones fundamentales. Primero, la modernización de la justicia civil y comercial, que se une a los cambios ya producidos en materia penal, laboral y de familia, representa un enorme desafío del cual nadie en el mundo académico puede estar ajeno. En segundo lugar, la presentación del primer Anteproyecto de Código Procesal Civil ha originado un interesante e intenso debate académico y profesional que demanda de todos quienes participan en él un profundo conocimiento de los conceptos fundamentales, principios y reglas técnicas envueltas en dicho proyecto. El conocimiento profundo de los principales perfiles del proyecto de modernización de la justicia civil y comercial resulta indispensable para efectuar una efectiva contribución crítica y académica en la ardua tarea de superar el actual modelo, colapsado e ineficiente, con miras a la construcción de un sistema renovado que permita la concreción del anhelo de justicia oportuna para todas las personas. Y, en tercer lugar, actividades de extensión orientadas de la forma ya descrita, sin duda contribuyen a la formación de nuestros alumnos y los estimulan a participar activamente en el debate que comienza, adquiriendo una visión crítica de las diferentes tendencias que se confrontan en la génesis de esta crucial reforma institucional.

Esta importante iniciativa se tradujo en una serie de actividades realizadas en las distintas sedes de Universidad de Las Américas en la Región Metropolitana. Comenzó con la realización de cuatro foros entre los meses de abril a junio y fue inaugurada con una conferencia del Decano de nuestra Facultad, Profesor Patricio Zapata Larraín, sobre el “Marco Constitucional de la Reforma al Proceso Civil”. Luego se dio paso a los demás expositores invitados, que en esta oportunidad fueron los propios académicos de Derecho Procesal de la Facultad, quienes con mucha dedicación y seriedad analizaron y criticaron los tópicos más relevantes del entonces Anteproyecto –luego Proyecto– de Código Procesal Civil. A todos ellos agradezco su compromiso y entrega, especialmente valoro sus aportes y opiniones, cuyo resultado es lo que hoy presentamos en esta edición de la Revista *Entheos*.

Como corolario de estas Jornadas, la Facultad invitó, en el mes de agosto, al destacado profesor Doctor Adolfo Alvarado, quien desde el garantismo procesal nos entregó una visión del estado actual del proceso y lo que debe ser, conferencia que dictó en las Sedes de Santiago y Viña del Mar.

Reafirmando la importancia de la temática central de estas jornadas, en mayo, la Presidenta de la República presentó en el Congreso Nacional el proyecto de ley que crea un nuevo Código Procesal Civil. Los artículos publicados corresponden en su mayoría a análisis

que sus autores realizaron con ocasión del Anteproyecto de Código Procesal Civil elaborado por el Foro convocado por el Ministerio de Justicia, de ahí esta prevención. Sin embargo el contenido final de este volumen es, sin lugar a dudas, igualmente útil. Constituye, en lo medular, un interesante aporte para el nuevo debate que se abrirá ahora en el Congreso Nacional.

La discusión recién se ha iniciado y tenemos la convicción, siguiendo a Michele Taruffo, de que debe producirse una decidida mutación en la cultura procesalista, que permita superar una serie de actitudes obsoletas y formalistas que son un legado de la dogmática tradicional; por ello y en función de obtener una mejor ley procesal la discusión debe recibir diferentes ideas y pensamientos que representen las visiones de la ciencia procesal, la que, por cierto, no es unívoca.

Por todo lo anterior, la Revista Entheos N° VII se dedica a la Reforma a la Justicia Civil. Con el mayor de los gustos, ponemos a disposición de la comunidad académica el trabajo de nuestros profesores, con la expectativa de constituir un aporte en la discusión sobre nuestro futuro Código Procesal Civil.

Julio Rojas Chamaca
Director Departamento Derecho Procesal

GÉNESIS Y NECESIDAD DE UNA REFORMA PROCESAL CIVIL

Sergio Villalobos Ríos¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Causas de los problemas del actual modelo de justicia civil y comercial en Chile; III. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

En los largos años que he ejercido la profesión de abogado y durante 20 años que he enseñado en diferentes Universidades el Derecho Procesal y siendo además Juez de un Tribunal Especial durante casi toda mi vida profesional, he podido llegar a la conclusión que en materia de Justicia Civil, lo más importante para el representado o cliente, es la rapidez del órgano Jurisdiccional. Pudiera ser liviano realizar una afirmación de este tipo a quien le corresponde ejercer una de las cátedras mas importantes relacionadas con la justicia, sin embargo, creo que el derecho está para servir a la gente y por lo tanto es a ella a la que hay que escuchar para hacer cualquier crítica o proponer ideas para formular una nueva legislación y para el caso que nos ocupa es a esas personas a quienes debemos considerar para determinar cuál es la norma a seguir.

Dicho de otra forma, todos los aportes teóricos jurídicos de los juristas especializados en estas materias, entre otros importantes aspectos, deben estar dirigidos a terminar con este gran defecto que tiene la Justicia Civil en nuestro país y que es la lentitud de los procesos, que hacen creer a la gente que la justicia no existe.

Una de las grandes críticas al sistema judicial chileno y a sus Tribunales es a la demora en su tramitación y, en materia civil, esta mala opinión es mucho más evidente. En materia procesal penal, además de lo dicho, existían otros defectos que no son del caso entrar a analizar en este momento, pero en materia civil, no cabe duda que es la más importante. Todos los abogados que ejercemos, sabemos que en la mayoría de los juicios civiles que hemos tramitado, nuestros clientes en un principio del procedimiento nos preguntan sobre el avance del juicio, pero cuando el asunto comienza a dilatarse en el tiempo, por los diferentes trámites y recursos que la ley contempla, comienza a distanciarse de su pleito y muchas veces prácticamente se olvida del mismo y le da lo mismo el resultado, ya que dio por perdido lo que él pretendía obtener.

Cuántas veces nuestros alumnos nos han escuchado decir, que en Chile es mucho más fácil ser demandado que demandante y por qué no decirlo, cuántos abogados sólo se

¹ Abogado, Juez de Policía Local de Vitacura, Santiago. Profesor Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico svillalobos@vitacura.cl

dedican a defender a demandados, ya que no están dispuestos a mover montañas siendo demandante. Bueno, eso es precisamente lo que hay que tener presente en cualquier cambio que se pretenda realizar en los procedimientos civiles.

II. CAUSAS DE LOS PROBLEMAS DEL ACTUAL MODELO DE JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL EN CHILE

Frente a este planteamiento cabe preguntarse cuál sería la causa u origen de estos procedimientos lentos y tan formales. La respuesta es bastante lógica y conocida y es que el legislador que creó la norma procesal civil optó por legislar en esta materia basándose en dos grandes principios formativos del procedimiento: el principio dispositivo y la escrituración. El primero de los nombrados señala que en un procedimiento cada actuación procesal debe ser promovida por la parte y nunca por el Juez, por eso también se llama “a petición de parte” y el segundo establece que el medio para tramitar los procedimientos es la escrituración. Nuestro antiguo legislador fue demasiado extremista para aplicar estos principios, porque como sabemos prácticamente no hay excepciones a estos principios en nuestra legislación y tradicionalmente en las cátedras de derecho, los profesores decimos a nuestros alumnos que los únicos ejemplos de excepción al principio dispositivo son las medidas para mejor resolver que tiene el Juez al momento de dictar sentencia, y en el caso de la escrituración la única excepción son los alegatos ante las Cortes.

Podríamos preguntarnos si los Jueces también son culpables en la demora que tienen los juicios civiles y creo que debemos responder que también tienen alguna responsabilidad al respecto, pero creo que la culpabilidad no es porque los Magistrados sean los que fomentaron esta lentitud por su propia manera de ser, sino que la legislación los obligó a actuar en esa forma. Cuando el profesor comienza a enseñar el Derecho Procesal y da las primeras ideas sobre los procedimientos, lo que más llama la atención es que los alumnos no pueden comprender que a los jueces le sea aplicada una pasividad por ley y que ellos no sean los verdaderos interesados en hacer avanzar los procesos. Cuando uno va más allá de la cátedra y conversa con otras personas, no creen que los jueces civiles deben actuar solo a petición de parte y eso significa que el expediente (que es el medio escrito del procedimiento) no se mueve una hoja si las partes no lo impulsan en algún sentido.

También la escrituración ha sido una de las grandes culpables de la demora en la Justicia civil. Respecto de este principio, podemos ver lo anticuada que ha quedado nuestra legislación. Cómo va a ser posible que todas las peticiones que realicen a los Tribunales deban ser escritas, y además, las comparencias de terceros, como los testigos o las propias partes a través de la confesión, aun cuando se realicen en forma oral, deban consignarse por escrito (principio de la protocolización), cuando la tecnología de la reproducción de palabras o imágenes ha avanzado de una manera vertiginosa en los últimos tiempos.

No cabe duda de que nuestra idiosincrasia es conservadora, ya que no se explica cómo no hemos podido modificar parcialmente, todos aquellos artículos de los medios probatorios del Código de Procedimiento Civil que nada dicen sobre las ya antiguas tecnologías como las grabaciones, películas, videos, etc. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha tenido que pronunciarse respecto de cómo poder presentar esos medios de prueba y cómo el Juez debe valorarlos, pero no hemos conocido mociones o iniciativas legislativas tendientes a modificar el Código de Procedimiento Civil en este sentido.

Ahora bien, con motivo de la gran reforma procesal penal, se ha puesto énfasis en la modificación de las norma procesales civiles, pero solo porque nos hemos podido dar cuenta del gran avance que existió en materia penal y que los procesos ahora son muchísimos más cortos que los anteriores, pero si no hubiere existido esta reforma dudo que se hubieren reformado aun parcialmente las reglas de la prueba en materia civil.

Otra de las causas que a mi juicio han influido en realizar una profunda transformación de la legislación procesal civil es la gran cantidad de materias que ocupan a los Tribunales Civiles y que no son 100% jurisdiccional, como es el caso de los juicios ejecutivos y algunos asuntos voluntarios.

Según estadísticas que se manejan en Tribunales, un porcentaje superior al 80% del ingreso de los Juzgados Civiles del país son de Juicios ejecutivos o cobranzas judiciales como son llamadas, por lo que el resto serían otros ingresos de carácter jurisdiccional, debiéndole también restar de ese saldo, los asuntos voluntarios o no contenciosos, que no tienen un carácter de Jurisdiccional propiamente tal.

De acuerdo a lo expresado, la gran carga judicial que tienen los Juzgados civiles, no es precisamente la de ejercer la función propia de un Tribunal que es de carácter jurisdiccional. Es evidente que la labor de un Juez es la de decidir o declarar el derecho de una de las partes frente a un conflicto y no la de tramitar asuntos que perfectamente se podrían traspasar a otros entes administrativos, descongestionando por lo tanto a los órganos Judiciales.

Respecto a lo señalado anteriormente, es interesante citar lo expuesto por los profesores José Francisco García y Francisco Javier Leturia, en la Revista de Derecho, volumen 33 N° 2, página 345. Señalan que “un aspecto fundamental de la reforma que deberá hacerse en Chile dice relación con la manera de abordar los juicios de cobranza, así como los asuntos no contenciosos. Por regla general, ninguno de ellos importa un conflicto que requiera de un dictamen judicial, pero por estar radicados en sede judicial, generan niveles de congestión que los actuales Tribunales no pueden asumir. La mayoría de las causas en materia contenciosa ingresadas a los Tribunales Civiles, dice relación con el cobro y ejecución de deudas ciertas (juicios de cobranzas), a las que básicamente les falta la orden de ejecución. Las causas señaladas presentan como característica procesal común, el estar sometidas a ciertos trámites no decisionales, más o menos idénticos, lo que significa que, salvo excepciones,

la función del Tribunal es mecánica y rutinaria. A mayor abundamiento, el alto número de causas por deudas impagas ocasiona atochamiento y demoras con el consiguiente perjuicio que ello implica al acreedor. En esta materia, como en todas las demás, hay distintas soluciones que se pueden plantear. En primer lugar, y con el objeto de dar una mayor agilidad y efectividad a su tramitación y dadas las características propias de la cobranza judicial, es factible pensar sacarlas de la esfera de la Justicia Civil común, reduciendo significativamente la problemática de la justicia civil. Se podría pensar por ejemplo entregarlas a una nueva forma de auxiliar de la administración de justicia, creada especialmente para estos efectos, mediante organismos de naturaleza privada o mixta, que debidamente fiscalizadas, podrían competir entre sí por un mejor servicio. Quienes detenten esta investidura, podrían tener prohibición de realizar otras actividades y serán responsables de velar por los derechos y garantías de ambas partes, pudiendo estar sometidas a un único Tribunal de Cobranzas que haría analógicamente las veces de los Tribunales de garantía en materia penal, resguardando el debido proceso y los derechos de las partes. De esta manera el título ejecutivo se presentaría ante alguno de estos nuevos órganos, los que serían designados de común acuerdo por las partes, o por cualquier sistema general, imparcial y ampliamente aceptado. Naturalmente, deberá pensarse en sistemas complementarios para las personas de escasos recursos.”

Otra forma de solucionar esta excesiva cobranza judicial, sería la de crear Tribunales especializados de cobranza, de una manera similar a los Juzgado de cobranza en materia laboral, los cuales tendrían como única competencia la cobranza de títulos ejecutivos y por lo fácil que sería la tramitación, no tendríamos por qué estar pensando en una gran cantidad de estos Tribunales.

Otra causa del desprestigio de la Justicia Civil es la ya comentada tardanza por el excesivo número de ingreso de causas. Es difícil conseguir estadísticas de ingresos en Tribunales, pero en base a la escasa evidencia empírica disponible, se puede observar que entre 1973 y el 2005, el aumento porcentual de los ingresos civiles llegó a un 1281%.² Para los que llevamos años en el ejercicio profesional, recordamos que nuestras primeras andanzas en Tribunales eran en 5 Juzgados Civiles de Mayor Cuantía y si la memoria no me falla existían también 5 de menor cuantía, solo en Santiago. Luego y como todos sabemos hoy existen solo 30 Juzgados civiles en Santiago, debiendo ser mucho mayor su número atendido el gran volumen de ingresos que ha existido.

También es necesario destacar como causa de la necesidad de reformar el sistema procesal civil el excesivo formalismo de los procedimientos, que ha traído como consecuencia la dilatación excesiva de los mismos, teniendo este hecho consecuencias desastrosas en relación a los derechos que tienen las partes en los juicios, ya que muchas veces con la multiplicidad de actuaciones e incidentes casi se olvida del fondo del asunto que se está litigando. Tam-

² Revista Chilena de Derecho vol. 33 N° 2, pág. 345.

bién, se debilita el imperio de la ley, por cuanto los deudores comienzan a darse cuenta que es fácil no pagar y demorarse en cumplir sus obligaciones porque cuando tengan que hacerlo forzosamente ya va a pasar mucho tiempo o van a tener posibilidades de estudiar cómo burlar los derechos del acreedor demandante. Y obviamente, esto traerá como consecuencia una gran influencia negativa en el desarrollo económico de un país, por ser fácil burlar el sistema y por qué no decirlo, propende a que gran número de abogados se especialicen justamente en demorar los juicios, con una falta de ética en el ejercicio profesional.

El proceso es una institución teórica que se define como una secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión y el procedimiento como el conjunto de formalidades externas que organizan el desarrollo del proceso hasta el cumplimiento de su fin. Nuestro legislador intentó llevar a la norma positiva el proceso, con excesivas e innecesarias ritualidades. Una de las grandes características de los procedimientos es precisamente la positivización del proceso en la ley con la incorporación de una gran cantidad de ritualidades que en este tiempo aparecen como que muchas de ellas no tienen sentido. El gran aumento de causas que hablábamos anteriormente, hace que sea imposible cumplir con cada una de las formalidades señaladas en la ley. La demora en la tramitación, se debe fundamentalmente al cumplimiento de trámites o solemnidades que no tienen como finalidad el éxito final de la decisión judicial, sino que aparecen como entrabadoras de la búsqueda efectiva de la verdad. Podemos señalar por ejemplo el caso de la absolucón de posiciones; este medio de prueba implica que luego de realizar una serie de trámites y cumplimiento de varias formalidades se da por confesa a una persona de las preguntas que están señaladas en forma asertiva en un sobre acompañado al proceso. Este medio de prueba aparece hoy día como absolutamente anacrónico y alejado de la realidad, ya que mediante un sistema de formalidades escritas se da por confesa a una persona aun cuando los hechos no hubieren ocurrido de la manera que se señalan en las preguntas. Otro ejemplo es la forma como se acompañan los instrumentos privados al juicio. En este caso, también se le da un valor de instrumento público a ese documento si la contraria no lo impugna dentro de 6 días, cumpliendo con todas las formalidades señaladas en el artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil. Mediante estas ficciones creadas por los legisladores, se aleja nuestra legislación de los grandes principios que rigen las nuevas legislaciones procesales, tendientes a buscar una verdad real y no ficticia, para que la Justicia en definitiva convenza a la gente y no existan dudas sobre ella.

Relacionado con lo anterior, también debemos señalar como poco acorde con los tiempos que el Código de Procedimiento Civil consagre el principio de la legalidad, para la valoración de la prueba. Este principio señala al Juez que los medios de prueba son los que la ley establece y que la forma de rendir la prueba en juicio y la forma como el Juez debe valorizarla está señalada en la propia norma legal y por lo tanto deberá ceñirse estrictamente a sus disposiciones. En el sistema procesal chileno, los únicos procedimientos que están

basados en este principio, son los civiles, en todos los demás los Jueces valoran la prueba de conformidad a las normas de la sana crítica. Esta situación nos lleva nuevamente a la falta de credibilidad en la Justicia, por cuanto no existe una verdad real en los fallos, sino que una verdad judicial, o sea la que consta en la prueba que hay en el proceso, valorizada en la forma que la ley señala. El ejemplo más gráfico sobre esto es el valor probatorio de los testigos, consagrado en el Código de Procedimiento Civil. La ley señala una serie de normas sobre cómo los jueces deben valorar la prueba testimonial, que ha traído como consecuencia la poca credibilidad en este medio probatorio, porque basta alistar a los testigos en la forma que dice el Código, para que tengan un mayor valor probatorio. En cambio, en los sistemas en que los Jueces valorizan la prueba de conformidad a la sana crítica, éstos deben demostrar de acuerdo a la lógica y experiencia, porque ha producido convicción en el sentenciador el testigo y por lo tanto, este medio de prueba se ha constituido como la principal prueba en estos Juicios.

Otros aspectos que hay que hacer notar al estudiar los orígenes de la crisis del sistema es que la Justicia Civil solo tiende a favorecer a los privados, es decir se está manteniendo por el Estado a toda una organización, para el beneficio de unos pocos que usufructúan de él. La gran mayoría de los Juicios civiles, son iniciados por entidades de crédito, que son los grandes tenedores de títulos ejecutivos. Es decir una carga importante del Estado, que la estamos financiando todos, en la mayoría de los casos está para el servicio de unos pocos. Los particulares de medianos y escasos recursos, prácticamente no participan en esta justicia, ya que sus problemas civiles, que a veces son importantes, no los someten a la decisión de estos Tribunales, por la gran cantidad de juicios que existen y la demora en su tramitación, ya latamente comentada anteriormente.

Como consecuencia de los problemas anotados en los números anteriores, podemos señalar que los juicios civiles no finalizan por las causas que la propia ley señala, sino que son archivados por causas que no son precisadas, porque como sabemos la figura del archivo no es un concepto jurídico en materia civil, sino que solamente tiene una connotación administrativa que consiste en dejar al lado un proceso porque no hay interés en seguir tramitándolo, existiendo otras muchas razones de diversas índole que originan este archivo.

De acuerdo a estadísticas de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, las causales de término en 30 Juzgados Civiles de Santiago, durante los años 1999 al 2002, son las siguientes;

- archivadas: 66,3%
- cambio de procedimiento: 2,9%
- incompetencia: 0%
- retiro de demanda: 4,8%

- otros: 7,1%
- sentencia definitiva: 8,6%
- Art. 472 CPC: 5,1%
- avenimientos: 3,6%
- transacciones: 0,1%
- desistimientos: 0,3%
- conciliaciones: 1,1%
- abandono del proced.: 0,2%

También es necesario destacar como crítica a la actual legislación lo oneroso que resulta litigar civilmente en nuestro país. En relación a esta afirmación debemos señalar que otro de los principios en que se funda nuestra legislación es el de la gratuidad, el que en la práctica no existe y por lo tanto ha contribuido también al desprestigio de nuestro sistema judicial. Es cierto que los Tribunales no cobran por ejercer jurisdicción, pero no podemos cerrar los ojos frente al hecho de que los auxiliares de la administración de justicia sí cobran altos derechos por sus actuaciones, lo que hace ilusoria esta gratuidad. En efecto, las actuaciones de los Receptores judiciales son tremendamente onerosas y deben pagarse antes de que se lleve a cabo la diligencia y solo si la contraria es condenada en costas, puede recuperarse su monto. Pero para poder encargarla, la mayoría de los particulares no tiene cómo cancelar la actuación, por lo que también se produce una renuencia a iniciar un juicio. Los medios electrónicos y de reproducción de palabras e imágenes, deben necesariamente incorporarse a estos procesos y junto con esto estudiar alguna fórmula que permita poder litigar en materia civil a aquella persona que no tenga los recursos para poder cancelar los derechos de los Receptores. También debemos citar el excesivo monto de los derechos de otros auxiliares de la administración de justicia como son los Notarios, Conservadores y Archiveros judiciales, los cuales cobran derechos que en la mayoría de los casos la gente no tiene cómo cancelarlos y son necesarios para presentarlos en juicio. Este encarecimiento en la administración de justicia produce un efecto muy negativo en la opinión pública, ya que se percibe que los Tribunales son solo para ciertas personas que pueden pagar su costo y por lo tanto las dudas sobre corrupción, caen en un terreno abonado para aquellos que critican permanentemente a nuestros órganos Jurisdiccionales.

Por último, no podemos terminar este trabajo de crítica al actual sistema procesal civil y que ha originado un gran interés en nuestra sociedad para modificarlo, sin referirnos al recurso de apelación que procede en contra de las sentencias definitivas e interlocutorias.

Respecto del recurso de apelación la demora en su conocimiento por las Cortes es un asunto que los mismos Tribunales de Alzada están realmente preocupados por ponerse al día en su conocimiento. Sin embargo, la diligencia y buena voluntad de los Ministros, va a ser imposible que tenga un resultado positivo, porque el conocimiento de estos medios de impugnación, está sometido a trámites y solemnidades que no pueden soportar la gran cantidad de casos que están ingresando para su conocimiento. Este trabajo no está dirigido a proponer soluciones, sino que a detectar cuáles son las anomalías que han precipitado la urgencia de modificar la legislación, por lo que nuestra crítica está hecha con altura de miras. En la actualidad las Cortes deben conocer primeramente las causas agregadas, las preferentes y las del nuevo sistema procesal penal y de familia, quedando rezagadas al último lugar las ordinarias. Precisamente estas últimas causas, son las sentencias que han recaído en juicios ordinario-civiles y que son los procedimientos declarativos en que los Tribunales dirimen litigios controvertidos entre las partes y como dijimos anteriormente son los conflictos que están desmejorados en la actual legislación, frente a los juicios ejecutivos que en las Cortes gozan de preferencias. De todos es conocido que las apelaciones recaídas en juicios ordinarios tardan años en verse, porque de acuerdo a la ley son dejadas en último lugar, lo que ha traído como consecuencias que no se inicien juicios ordinarios, todo esto unido al largo trámite a que están sometidos en primera instancia. La simplificación de la vista de la causa en las causas ordinarias debiera ser tratada en forma preferencial por las personas que estudian las nuevas modificaciones a los procesos civiles, porque esto traería como consecuencia, que al simplificar el juicio ordinario en primera y segunda instancia, se fomentaría el interés por iniciar este tipo de procedimientos que constituyen la principal labor jurisdiccional de los Tribunales civiles.

III. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto, la génesis de la reforma que se estudia a la legislación procesal civil, se basaría fundamentalmente en los problemas descritos y esto se deduce básicamente por el tenor de las normas que están en estudio, las cuales precisamente tienen por objeto que los juicios sean más rápidos y menos formales. Por esta razón, este anteproyecto propone un juicio civil oral, realizado en audiencias, con un mínimo de formalidades y con una actuación del Juez más efectiva en lo que dice relación con el avance del juicio.

PRINCIPIOS Y REGLAS TÉCNICAS DEL PROCESO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Julio Rojas Chamaca¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Sobre la necesidad que el legislador procesal contemple principios. Diferencia con las llamadas Reglas Técnicas del proceso; III. Regulación de los principios en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno. El Rol del Juez como Director del Proceso; IV. Visión desde el garantismo procesal; V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN EN EL TEMA

Dentro de las “Jornadas de Análisis del Anteproyecto del Código Procesal Civil Chileno”, el tema que hemos seleccionado para trabajar y exponer corresponde a los principios y reglas técnicas del proceso que inspira al legislador del Anteproyecto. En dicha consideración, el formato de trabajo será analizar qué son los principios formativos, cuál es su diferencia con las llamadas reglas técnicas del procedimiento, para luego analizar los principios regulados en el Anteproyecto desde una visión crítica formulada por la corriente de estudio del garantismo procesal, estableciendo contradicciones que idealmente deben ser superadas para la mejor puesta en marcha del nuevo Código Procesal Civil.

A modo preliminar cabe señalar que, tanto la doctrina nacional como nuestras autoridades políticas y legislativas llegan a un diagnóstico inequívoco –por lo demás compartido por la comunidad jurídica–: “nuestra justicia civil vive momentos de ineficacia, que no permiten brindar el servicio que todos deseamos. Es una justicia tardía, cargada de funciones que la distraen de su labor esencial. La inmensa carga de trabajo que los órganos jurisdiccionales correspondientes han debido asumir, junto con la escrituración como mecanismo de desarrollo y una extrema formalización de sus actuaciones, han impedido que exista una relación directa entre el juez y las partes; y muchas veces incluso, entre las partes y el juez y el desarrollo de importantes etapas del procedimiento”.²

En tal consideración y frente a la realidad de un Código de Procedimiento anticuado que contiene procedimientos lentos, rígidos y exageradamente formales, los que en muchas oportunidades lesionan flagrantemente el Debido Proceso amparado por la Carta Fun-

¹ Abogado. Profesor de Derecho Procesal. Director Departamento Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas. Maestrando en Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, Argentina; correo electrónico vrojas@uamericas.cl

² BATES HIDALGO, Luis. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia de Chile*. Año 4 N° 7, Santiago, Noviembre de 2005, p. 6.

damental, el legislador ha planteado la necesidad de una nueva justicia: más rápida, más eficaz, más transparente, desformalizada, protectora de los sujetos intervinientes y accesible para todos los ciudadanos en los mismos términos sugeridos a propósito de las reformas en materia penal, de familia y laboral.

Teniendo claro el diagnóstico, algunas preguntas que nos debemos plantear para acercarnos a la discusión son las siguientes: ¿cuál es el rol de los principios formativos en el proceso? ¿son concordantes los principios enunciados en el anteproyecto de Código Procesal Civil con lo que debemos entender por proceso?

II. LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS DEL DEBATE EN EL PROCESO CIVIL

El proceso es un método de debate, una estructura, un mecanismo, mediante cuyo uso se llega a la demostración o a la verificación de los hechos controvertidos, en procura de dirimir las contiendas. Ahora el proceso como forma de solución de conflictos, “exige que la discusión sea ordenada; que esa discusión que se celebra ante los jueces siga un método, una regla, un principio y una pauta. Es decir no es un debate cualquiera; es un debate en el que deben asegurarse oportunidades parejas para ambos contendientes y ciertas regularidades”.³

Quisiéramos destacar lo planteado por Eisner hace más de cuarenta años y cuya vigencia se refuerza hoy; el proceso y la dialéctica para obtener la solución del conflicto requiere de un método, de reglas y sobre todo de principios. Así entonces, preliminarmente señalaremos que los principios son puntos de partida, lineamientos o límites impuestos por el propio Estado, tanto para sí como para el resto de la comunidad. El contenido, alcance y efectos de los principios procesales provienen de dos fuentes determinadas: i) los establecidos en la Constitución Política como imperativos de una filosofía política en un momento determinado, y ii) los señalados por el legislador, que naturalmente deben subordinarse en su estructura y finalidad a lo sostenido en la Carta Política.

La importancia de los principios procesales, radica en que guían, orientan y fijan límites en el proceso para todas las partes, incluyendo por cierto al órgano jurisdiccional que es quien debe promoverlos y aplicarlos, cuando se someta un asunto a su conocimiento, pero muy especialmente cuando no exista norma alguna que resuelva el conflicto.

Sin perjuicio de lo señalado a modo preliminar respecto de los principios, la doctrina procesal no es muy clara en cuanto a su concepto, naturaleza y jerarquía. De tal manera “que una definición puede ser rápidamente atacada o considerada incorrecta”.⁴ En efecto,

³ EISNER, Isidoro. Principios Procesales. *Revista de Estudios Procesales N° 4*, editada por el Centro de Estudios Procesales, Rosario, Argentina, 1970. p. 48.

⁴ FALCÓN, Enrique. Los principios procesales en www.elprocesalista.com.ar/lectura_03.html (fecha

con la expresión principios “se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras”⁵.

Siendo que el objeto del proceso es “regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema”.⁶

En virtud de lo expuesto, podemos señalar que los *principios* instrumentan directivas unitarias (no admiten en consecuencia otras antagónicas), y ello los diferencia de las llamadas reglas técnicas del procedimiento⁷. Así, los principios procesales son sólo cinco: *igualdad de las partes litigantes, la imparcialidad del juzgador, la transitoriedad de la serie, la eficacia del debate y la moralidad en el debate*.⁸

“La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a los principios enunciados”⁹.

La diferencia entre los principios y las reglas técnicas del debate procesal, radica en que sin principios, el proceso no existe y en tal caso el medio de debate podría ser cualquier cosa menos un proceso; en cambio si se verifica el cumplimiento de los principios ya enunciados en un proceso poco importaría que por ejemplo el medio de expresión del debate sea oral o escrito, ello siempre y cuando no se desnaturalice el respeto al debido proceso legal. Se concluye entonces que las reglas técnicas del debate procesal se presentan siempre en forma binaria.

III. REGULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO. EL ROL DEL JUEZ COMO DIRECTOR DEL PROCESO

Lo expuesto en el apartado anterior nos entrega ciertas pautas para formular una pregunta fundamental: ¿lo enunciado en el Libro Primero Título I del anteproyecto con el nombre de “Principios Básicos” es concordante con lo que son efectivamente los principios procesales?

de consulta 20 de enero de 2009), p.1.

⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Teoría General del Proceso. www.academiadederecho.org Lección 13 p. 4 (fecha de consulta 17 de marzo de 2009).

⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Ibid.* p. 5.

⁷ Es común en la doctrina procesal agrupar y clasificar a los principios en pares antagónicos que responden a diferentes sistemas y concepciones filosóficas, por ejemplo oralidad-escrituración; mediación-inmediación; publicidad-secreto, etc.

⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Ibid.* p. 6.

⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Ibid.* p. 8.

Previo a responder la pregunta, y para comprender la forma y enunciado de los principios establecidos en el anteproyecto, destacaremos algunas opiniones de la doctrina nacional respecto de nuestro actual proceso civil, que servirán posteriormente para generar un análisis:

“Errónea aplicación del principio de bilateralidad de la audiencia e igualdad procesal incide en la demora del proceso civil, ya que se entiende que de todo debe darse conocimiento a la contraparte.

La falta de un juez que haga ver su rol preponderante de la relación jurídico-procesal como representante del Estado en el ejercicio de sus funciones, ha dado pie a tal pasividad, que permite que el proceso sea utilizado con fines meramente dilatorios y abusivos.

La ausencia casi total de principios tan importantes como la oralidad y la inmediación han producido un brutal distanciamiento del juzgador con las partes del juicio y con el material probatorio las que, sumadas a la lentitud de respuestas, redundan la mayoría de las veces en soluciones jurisdiccionales inoportunas y desapegadas absolutamente de la realidad, y por ende muy distante de la verdadera voluntad de los justiciables.”¹⁰

La constatación fáctica de los problemas descritos, ha generado entre nuestros juristas diversas reacciones en el ámbito del proceso y específicamente en el tema de los principios procesales, lo que podemos constatar de la lectura del anteproyecto de Código Procesal Civil. En efecto las orientaciones filosóficas de éste, que son agrupadas por los profesores Silva y Domínguez en principios relativos al órgano jurisdiccional, a las partes y al procedimiento, discurren en tópicos comprensibles desde la realidad –y que hemos enumerado en forma precedente–, pero jurídicamente controvertidos, especialmente a la hora de regular el rol del juez en el proceso en el anteproyecto.

Llegamos a dicha conclusión, por cuanto, el anteproyecto de Código Procesal Civil, en función de cumplir los estándares fijados por el legislador: justicia oportuna, eficiente y desformalizada, reenmarca el rol del juez, transformándolo en “Director del Proceso”, quebrantándose en nuestra opinión, uno de los presupuestos básicos del Debido Proceso, esto es el derecho de las partes a un juez independiente e imparcial.

En ese contexto, y respondiendo a la pregunta planteada al iniciar este apartado, cabe concluir que el anteproyecto no es totalmente compatible con la Carta Fundamental en lo

¹⁰ SILVA, José Pedro y DOMÍNGUEZ, Juan Pablo. *Principios Fundamentales del Procedimiento Civil: Diagnóstico a la luz de un nuevo ordenamiento* en “Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente: bases para el diseño de la reforma procesal civil”. 1ª edición. Pontificia Universidad Católica de Chile e Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006 p. 417.

referido a la regulación de dicho principio procesal establecido en el artículo 6 del anteproyecto, por los siguientes motivos:

1º Aun cuando en lo formal, el orden y la enunciación explícita se agradecen, en estricto rigor, hay confusiones terminológicas en relación a lo que son los principios procesales. En efecto, el anteproyecto asimila los principios con las reglas técnicas del debate procesal, ello porque se regulan como principios institutos procesales que, como vimos, tienen fuentes binarias por ejemplo artículos 9 (oralidad), 10 (inmediación), 11 (concentración y continuidad), 12 (publicidad), 13 (libertad y oportunidad probatoria), etc.

Del mismo modo, la pertinencia y relevancia de estas reglas técnicas no están puestas en discusión, es más, se promueven en su aplicación y se comprenden en su finalidad, por lo demás unas y otras se encuentran concatenadas: oralidad, inmediación, concentración y continuidad.

El anteproyecto de Código Procesal Civil mantiene en tal sentido, las orientaciones de las grandes reformas realizadas en el sector justicia en nuestro país, en particular lo referido al proceso penal de corte acusatorio. No obstante ello, existe una diferencia relevante: mientras en materia procesal penal se fundamenta la exclusión del juez en la investigación y generación de pruebas, dejándose su rol sólo para el juzgamiento; pareciera ser que en materia civil, su rol en la “Dirección del Proceso”, implica de facto afectar un principio –que como vimos– es unitario, no admitiendo un par binario.

Se puede concluir en este punto que nuestra doctrina procesal ha desconocido la progresividad e irreversibilidad de los derechos fundamentales, ya que, todo avance en derechos fundamentales se amplía y consolida pero no retrocede, y acá, so pretexto de un diagnóstico compartido, el anteproyecto falla en su regulación y alcance.

2º La necesidad de agilizar del proceso implicó un modelo donde se plantea un rol activo del juez, el anteproyecto lo denomina “Director del Proceso”. Así dispuesta la redacción de la norma, concluimos que el anteproyecto se adscribe en la corriente denominada “**activismo o solidarismo procesal**”. Si revisamos, la orientación fue clara: “el tribunal podrá tomar de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto.”¹¹ Frente a las opiniones fundadas que estiman que el rol del juez no es sólo de mero espectador sino que debe cumplir una función más activa en el proceso, la siguiente pregunta que planteamos es: ¿cómo compatibilizamos su independencia e imparcialidad establecidas en la Carta Política con este nuevo criterio?

¹¹ Anteproyecto de Código Procesal Civil artículo 6, extraído de www.minjusticia.cl (fecha de consulta 17 de marzo de 2009).

3º Se ha manifestado que... “no parece razonable un juez que sea mero espectador en la relación jurídico-procesal, cuestión que ha llegado incluso al extremo de permitir que muchas veces el proceso mismo haya sido utilizado para fines no solo ajenos, sino absolutamente contrapuestos, para los que ha sido concebido. No puede tolerarse, so pretexto de no conculcar la libertad individual, que el juez, por ejemplo, sea un mero espectador de procesos fraudulentos e incoados con el solo fin de perjudicar los derechos de los terceros ajenos a la relación procesal, por ejemplo”.¹²

Sin perjuicio de ello, de igual manera es destacable que la doctrina deja establecido que estos mayores roles del juez dentro del proceso deben ser reglados y “referirse únicamente a otorgar mayores o nuevas facultades de índole exclusivamente procesal”.¹³ La pregunta que formulamos es ¿cómo se puede controlar ello?, ¿sólo con una imposición normativa?

En principio ese argumento tendiente a darle más atribuciones al juez en el proceso convence, y ello es así porque la sociedad exige justicia oportuna, rápida, desformalizada, y transparente, como sostiene Alvarado Velloso. ¿Quién no quiere justicia?, ¿quién no quiere verdad? ; sin embargo la crítica que se plantea es que sin abandonar o relegar esos nobles objetivos, ellos no pueden superponerse por sobre la Constitución Política. En tal sentido coincidimos con Duce, Marín y Riego, quienes sostienen “que el debido proceso no ha sido considerado suficientemente como el criterio orientador al momento de diseñar los nuevos procedimientos...”.¹⁴

IV. VISIÓN DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

La corriente conocida como el garantismo procesal es “una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de la Constitución”.¹⁵

En el tema en discusión, esto es elevar a la categoría de principio básico procesal el rol de “Director del Proceso” que el artículo 6 del anteproyecto le asigna al Juez, la corriente que se denomina en el derecho comparado “garantismo procesal”, tiene una visión crítica del rol del juez en los términos definidos en el anteproyecto.

¹² SILVA, José Pedro y DOMÍNGUEZ, Juan Pablo. ob cit, nota supra n°8 p. 421.

¹³ SILVA, José Pedro y DOMÍNGUEZ, Juan Pablo. Ibid p. 423.

¹⁴ DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián. Reformas a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la información en *“Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina”*. Editado por el Centro de Justicia para las Américas (CEJA), 1ª edición, Santiago de Chile, Agosto, 2008 p. 145.

¹⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El Garantismo Procesal en *“Activismo y Garantismo Procesal”*. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1ª edición, Córdoba, Argentina, enero 2009.

Entre quienes siguen la doctrina que sigue el garantismo procesal, se destacan en España Juan Montero Aroca, en Italia Franco Cipriani. En Argentina, destacamos especialmente a Adolfo Alvarado Velloso, quien nos señala a propósito del tema de la imparcialidad: “que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y el juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del conflicto (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*)”.¹⁶

Esta corriente reconoce la dificultad para que el juez logre imparcialidad, el juez está anclado con sus circunstancias personales, vivencias históricas y políticas de un momento determinado, lo que determina en consecuencia que este concepto debe ir afianzándose en un Estado de Derecho, representado ello por medio del cumplimiento de la garantía constitucional del Debido Proceso. En tal sentido, coincidimos con la profesora Andrea Meroi quien señala “si la imparcialidad es un concepto que se *construye*, lo que queremos afirmar aquí es que existen diseños procesales que favorecen la imparcialidad y diseños procesales que, a nuestro entender, *conspiran* contra ella, haciéndola depender *exclusivamente* de valores morales de las personas y excluyendo o dificultando el control”.¹⁷

Si ponderamos esta corriente versus lo señalado en el anteproyecto, podremos concluir –en función de lo sostenido por estos autores– que el juez adquirirá un rol paternalista en el proceso civil con las partes o realizará tareas que no le incumben conforme a lo señalado por la Carta Fundamental, por lo que el “*diseño procesal*” del anteproyecto en este punto debe ser revisado especialmente en su discusión parlamentaria.

La corriente llamada “activismo o solidarismo procesal”, cuya impronta tiene nuestro anteproyecto, rechaza la pasividad del juez, y que su rol sólo sea el de un espectador. En tal sentido sus promotores nos señalan que “La figura de un juez activo no se relaciona únicamente con aquel que hace uso de las facultades referidas a disponer pruebas de oficio. Su actuación, se ubica comprometida con la celeridad y efectividad del proceso, reencausando el procedimiento, recalificando postulaciones, utilizando el poder de rechazo in limine, evitando desgastes innecesarios, proscribiendo el abuso del proceso, menteniendo una real igualdad de las partes y, en fin, buscando soluciones pretorianas, hacia la “tutela efectiva” cuando la orfandad legislativa no brinda la solución adecuada”.¹⁸

Interesante es el debate que se puede colegir del análisis de ambas posiciones, por ello nos preguntamos: ¿cuál es el estado de discusión en la doctrina nacional en materia de imparcialidad judicial?

¹⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. ob. cit. nota supra n° 13 p. 147.

¹⁷ MEROI, Andrea. La imparcialidad judicial en “*Activismo y Garantismo Procesal*” p. 44.

¹⁸ BARBERIO, Sergio José. La imparcialidad judicial en “*Activismo y Garantismo Procesal*” p. 27.

Pragmática, podría ser nuestra conclusión, ya que, considerando el estado actual de la justicia civil, neutraliza todo debate entre las corrientes procesales existentes y aceptadas, a objeto de cumplir cabalmente, como lo señala Montero Aroca, con un “pretendido valor técnico del aumento de los poderes del juez civil”¹⁹, en desmedro de un mayor análisis científico y profundo del proceso y sus instituciones relacionadas. En ese sentido, algunos autores opinan: “estimamos desechar, desde luego, la adopción de algunos de los modelos en debate (dispositivismo y autoritarismo) entendidos en su más extrema aplicación. Ha de seguirse en el nuevo Código el principio dispositivo pero con las moderaciones necesarias que reinvidiquen el gravitante rol del juez en el proceso.”²⁰

Considerando en primer lugar la exigencia de un juez imparcial que emana tanto de la Carta Política (artículo 76) como de Tratados Internacionales de Derechos Fundamentales (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos) y en segundo lugar, que el derecho comparado nos habla de manera permanente y con un alto grado de complejidad que la imparcialidad del juez se ve afectada si asume más roles que el de heterocomponer el litigio, incidiendo ello directamente en la afectación de la garantía del debido proceso. ¿Será adecuado que a priori, no se discuta en el foro procesal, si se debe elevar a la categoría de principio que el juez sea o no el Director del Proceso Civil?, ¿se puede renunciar anticipadamente a una garantía para cumplir con fines aparentemente técnicos? Creemos que la respuesta es negativa, ya que la sociedad exige el cumplimiento de todas las garantías, especialmente las señaladas en la Ley Fundamental, y no por cumplir con ciertos modelos de eficiencia y oportunidad se deberá prescindir de los principios y garantías fundamentales como si resultaran meras declaraciones de buenas intenciones; recordemos en ese sentido la progresividad e irreversibilidad de los Derechos Fundamentales.

Por otra parte, el solidarismo o activismo judicial implícito entre los promotores del anteproyecto, está consciente de los eventuales riesgos de los mayores poderes que pueden entregárseles al juez; para ello se propone de “una adecuada capacitación de los nuevos actores del proceso civil, ya que la línea divisoria entre mayores poderes del juez y la dictadura judicial puede a veces ser bastante tenue”²¹, formulamos la siguiente pregunta ¿basta sólo una capacitación en la estructura formal de nuevo Código, si hay aristas reconocidas como más complejas?; ¿cómo implementamos límites para los jueces para que se cautele la imparcialidad señalada en la Constitución?; ¿cómo los haremos exigibles?; ¿basta las herramientas formales conocidas como impugnancias y recusaciones, si hay un riesgo intrínseco de obviar el Debido Proceso?

¹⁹ MONTERO AROCA, Juan. *Sobre el mito autoritario de la “Buena Fe Procesal”* p. 34, en www.glaucogumerato.com.br, sección colaboradores internacionales (fecha de consulta 24 de marzo 2009).

²⁰ SILVA, José Pedro y DOMÍNGUEZ, Juan Pablo, ob cit. nota supra n° 8 p. 420.

²¹ SILVA, José Pedro y DOMÍNGUEZ, Juan Pablo. Ibid p. 421.

La evidencia ha demostrado, que aun en los procesos exitosos de implementación de reformas procesales, se han generado dudas y lagunas procesales que sólo se pueden subsanar si éstas se subsumen en el respeto íntegro de la Constitución Política como manifestación de un Estado Democrático y Republicano de Derecho.

De igual manera, se extraña una discusión a fondo del concepto de debido proceso y sus alcances en el anteproyecto, para lo cual se debe en primer lugar generar un foro de discusión más amplio, cuando el anteproyecto se discuta en el Congreso Nacional, integrando además a juristas en el ámbito del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, áreas que han dedicado más tiempo y estudio al tópico del debido proceso –como hemos apreciado– que la doctrina procesal nacional.

V. CONCLUSIÓN

El anteproyecto de Código Procesal Civil nace como la natural reacción a una justicia civil ineficiente, lenta y burocrática, que obedece a esquemas procesales anclados en el siglo XIX; dicha constatación ha sido establecida empíricamente y compartida por la sociedad, y en particular la comunidad jurídica.

Con relación al establecimiento de principios básicos; esto es, los criterios ideológicos permanentes y que guían el actuar de las partes y del juez en el proceso civil, constituyendo a la vez límites para el órgano jurisdiccional, apreciamos que el anteproyecto confundió los conceptos, por cuanto asimiló dentro de la categoría de principios a las reglas técnicas procesales del debate procesal.

Los principios, apuntábamos, son siempre unitarios, no permitiendo la justificación de pares antinómicos, lo que sí ocurre con las reglas técnicas del debate que son esencialmente binarias. El corolario de dicha diferenciación es que un proceso sólo existe y adquiere vigencia si se rige por principios, los que son ciertos y determinados; la reglas técnicas –en cambio- al ser binarias podrían presentarse en una de sus dos opciones, pero cualquiera sea la elegida –por criterios ideológicos– estaremos frente a un proceso.

Aun existiendo errores conceptuales, el anteproyecto sigue las tendencias reformadoras en el campo del derecho procesal de los últimos tiempos; no obstante ello, se aleja – con preocupación nuestra- de dichas reformas en el aspecto relativo al rol del juez como “Director del Proceso”; en ese sentido el anteproyecto siguió explícitamente una de las tendencias procesales vigentes denominada “activismo o solidarismo judicial”, que rechaza la existencia de un juez espectador del proceso, dándole las facultades materiales suficientes, sin perder la imparcialidad necesaria para dar curso progresivo al proceso, evitando así una justicia lenta, tal como se ha descrito durante todo este trabajo.

Hemos resaltado además, que uno de los conceptos claves en este ámbito, es el de la imparcialidad judicial, principio que se subsume dentro de otra garantía como es la del Debido Proceso Legal y que se encuentra regulada en la Carta Política y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que en nuestra opinión se vulneraría por la incorporación definitiva del artículo 6 del anteproyecto que regula el rol del juez como “Director del Proceso”.

Aun cuando el diagnóstico y el remedio procesal sean eficientes –en concepto de los promotores del anteproyecto–, ideológicamente no se puede prescindir a priori de ningún método o esquema procesal, pero el diseño del anteproyecto, en nuestra consideración no sería el más apropiado para regular esta exigencia de origen constitucional, por ende de mayor jerarquía normativa, ya que, no cautela normativamente la imparcialidad judicial, al dársele más atribuciones a los jueces.

Los avances logrados en reformas legales, especialmente en materia procesal penal –a propósito de la imparcialidad–, nos llevó a recordar el principio constitucional de la progresividad e irreversibilidad de los derechos fundamentales; el anteproyecto adolecería de un error, que los legisladores deberán tener en cuenta al momento de votar por este nuevo Código Procesal Civil.

Es necesario mayor y profundo debate, el que incluya a expertos constitucionalistas y del ámbito del derecho procesal, de todas las corrientes políticas-filosóficas, ello por cuanto cada uno, desde su visión puede aportar al mejoramiento de la legislación que regirá el principal foco de conflictos de la sociedad civil.

En dicho debate se debe puntualizar por un lado, la jerarquía de las fuentes normativas, siendo prioridad la Carta Política y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes en Chile y por otra parte, se debe identificar y delimitar el concepto de “imparcialidad judicial”, clarificando el diseño procesal que se pretende.

Finalmente se debe abordar la discusión en cuanto a los órganos jurisdiccionales que participarán, el modelo no se contempla en el anteproyecto y mucho se podría lograr si existieran jueces diferenciados, unos que participaran hasta la audiencia preliminar y otros que sólo se abocaran a sentenciar, sólo así se podría subsanar las aprensiones expuestas –que no son únicas ni nacionales, están claramente identificadas en el Derecho Comparado–.

Estimamos que es perfectamente posible compatibilizar criterios de eficiencia procesal en el diseño del Código Procesal Civil, teniendo claro que su vigencia y validez están dados por el respeto y sujeción a la Constitución Política.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Alvarado Velloso, Adolfo. Teoría General del Proceso, disponible en www.academia-dederecho.org.
- Alvarado Velloso, Adolfo. El Garantismo Procesal en “*Activismo y Garantismo Procesal*”. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1ª edición, Córdoba, Argentina, enero 2009.
- Anteproyecto de Código Procesal Civil, disponible en www.minjusticia.cl
- Barberio, Sergio José. La imparcialidad judicial en “*Activismo y Garantismo Procesal*”. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1ª edición, Córdoba, Argentina, enero 2009.
- Bates Hidalgo, Luis. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia de Chile*. Año 4 N° 7, Santiago, noviembre de 2005.
- Duce, Mauricio; Marín, Felipe y Riego, Cristián. Reformas a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la información en “*Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*”. Editado por el Centro de Justicia para las Américas (CEJA), 1ª edición, Santiago de Chile, agosto, 2008.
- Eisner, Isidoro. Principios Procesales. *Revista de Estudios Procesales N° 4*, editada por el Centro de Estudios Procesales, Rosario, Argentina, 1970.
- Falcón, Enrique. Los principios procesales, en www.elprocesalista.com.ar/lectura03.html (fecha de consulta 20 de enero de 2009)
- Meroi, Andrea. La imparcialidad judicial en “*Activismo y Garantismo Procesal*” Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1ª edición, Córdoba, Argentina, Enero 2009.
- Montero Aroca, Juan. *Sobre el mito autoritario de la “Buena Fe Procesal”* en www.glaucogumerato.com.br
- Silva, José Pedro y Domínguez, Juan Pablo. *Principios Fundamentales del Procedimiento Civil: Diagnóstico a la luz de un nuevo ordenamiento* en “*Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente: bases para el diseño de la reforma procesal civil*”. 1ª edición. Pontificia Universidad Católica de Chile e Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 2006.

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Felipe Polanco Zamora¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Los métodos alternativos de solución de controversias en el anteproyecto de Código Procesal Civil; III. Estudio de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el Derecho Comparado; IV. Nociones generales sobre las fórmulas autocompositivas; V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Se nos ha solicitado, con el fin de iniciar un largo proceso de estudio del que debiese llegar a ser el Código Procesal Civil, el preparar una serie de pequeños artículos sobre temas de interés del proyecto, correspondiéndome abordar los aspectos relativos a las soluciones alternativas de controversias desde la óptica del mencionado proyecto.

Probablemente, ante el éxito de las denominadas salidas alternativas en el proceso penal, que, junto a los mecanismos de selectividad, han evitado el colapso del sistema de enjuiciamiento criminal, es necesario abordar eficazmente la concepción de estas salidas, teniendo presente en primer lugar la naturaleza de los bienes que están presentes en los litigios civiles, esencialmente disponibles, salvo algunas excepciones.

Tengamos presente que, según estadísticas del poder judicial², durante el transcurso del año 2007, ingresaron a cada uno los Tribunales Civiles de Santiago poco más de 28.500 causas, cuestión que si proyectamos en el tiempo y no relacionamos adecuadamente con estas salidas alternativas negociadas, podría implicar el colapso de nuestro sistema judicial: He aquí la importancia de su adecuada implementación.

Sabemos que para la ordenación de la sociedad y de sus límites, se crean diversas normas, de carácter religioso, moral, de convivencia, de etiqueta, etc., entre las cuales se incluyen por cierto las normas jurídicas.

Y es también un hecho conocido que como consecuencia de la inobservancia de estas normas suelen surgir una serie de conflictos, de variada índole.

Estos conflictos, en lo que nos interesa para estas breves líneas, pueden ser de dos clases, siendo la primera de ellas las de conflictos sin relevancia jurídica y la segunda, de aquellos con relevancia jurídica.

¹ Abogado. Profesor Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico polanco.felipe@gmail.com

² <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estadisticas.php>

Los que carecen de relevancia jurídica son aquellos que se generan cuando no conllevan una infracción al derecho, sino solo a normas de otro carácter, como morales, de convivencia, etc.

Los que tienen relevancia jurídica son precisamente aquellos que se producen cuando un sujeto, a través de una acción o de una omisión, produce un quebrantamiento del ordenamiento jurídico, o mejor dicho, de una norma reguladora de su conducta, sea imperativa, prohibitiva o permisiva, y hablamos entonces de litigio.

Así, el litigio, puede ser definido como “el conflicto intersubjetivo de intereses, jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo y caracterizado por la existencia de una pretensión resistida”.³

El tema que nos ocupa dice relación con la forma en que han de resolverse lícitamente los conflictos, superada, aunque no del todo, la auto-tutela y entendiendo a la jurisdicción como un mecanismo *por defecto* de solución de conflictos.

Decíamos que la auto-tutela o autodefensa, constituye sin dudas la más primitiva de las fórmulas de solución de controversias y se caracteriza por una solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ocupa en el mismo conflicto una situación hegemónica. “Consiste en la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”.⁴ Representa el imperio de la ley del más fuerte y se caracteriza por la imposición coactiva de la decisión por parte de una de ellas, siendo indiferente que la solución se adopte a través de un procedimiento establecido anteriormente. Es propia de las comunidades o sociedades en ciernes, como en el ámbito del derecho internacional, sin perjuicio de manifestaciones menores en el ámbito del derecho interno.

Con el tiempo, atendidos los excesos que significaba, se han ido creando una serie de limitaciones para la auto tutela, como por ejemplo, la ley del talión (que implicaba un límite a la reacción) y, siempre en el ámbito del derecho internacional, la prohibición de ciertas armas (nucleares).

II. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Lo que hemos dicho hasta este momento, justifica la adecuada regulación de estas fórmulas *colaborativas* de solución de controversias, que se caracterizan porque las partes, de diversas maneras y aun por medio de ciertas maneras *indirectas* (como cuando someten el

³ Francisco Hoyos H., “Temas Fundamentales del derecho Procesal”, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

⁴ Eduardo Cotoure, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones de Palma, Buenos Aires.

conocimiento del asunto a un árbitro) alcanzan un entendimiento que pasa a ser un equivalente jurisdiccional, componiendo o solucionando la litis.

Lo importante es en primer término destacar la manera en que se ha tratado este tema en el proyecto del Código Procesal Civil, para ver si, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras materias, como en el ámbito de los Tribunales de Familia, puede llegar a ser un verdadero apoyo a la solución de conflictos o se convierten simplemente en un trámite más que solo supone demoras.

La presentación del anteproyecto nos da, desde un inicio, una idea de la forma en que se abordarán estos mecanismos tan necesarios, al señalar que *“no se han regulado los mecanismo de solución alternativa de conflictos y el arbitraje, las que deben ser materias a considerar en otro u otros proyectos de ley. Con ello esperamos que se resalte la importancia que revisten los mecanismos de solución alternativa de conflictos que conduzcan a concebir la existencia del proceso civil oral como ultima ratio, al cual debemos recurrir sólo en la medida en que las partes hayan reconocido su incapacidad e ineficiencia de resolver el conflicto por sí mismas”*.⁵

Así, en mi parecer, se reconoce lo que sosteníamos más arriba, en orden a destacar la trascendencia de estos mecanismos para evitar el colapso de la justicia civil; pero también la dificultad en su regulación al tratarse muchas veces de normas de orden no estrictamente procesal que un anteproyecto de este carácter malamente puede abordar.

Con todo, ciertas referencias a estas salidas alternativas inevitablemente se contienen en el proyecto, que conviene destacar, para una aproximación a ellas.

Ya el artículo primero señala:

Artículo 1º. Auto tutela y Auto composición.

No es lícito recurrir a la fuerza para la protección de los derechos, salvo en los casos expresamente admitidos por la ley.

Las partes podrán precaver o poner término a todo conflicto de común acuerdo, tanto dentro como fuera del proceso, con o sin la asistencia de un tercero, en la medida que se trate de derechos disponibles.

Las partes podrán convenir en acudir a un árbitro para la solución de un conflicto, salvo norma legal expresa en contrario.

Con ello, los autores del anteproyecto no hacen sino introducir en este sistema expresamente una antigua solución para determinar la procedencia de estas soluciones, cuando se trata de bienes jurídicos disponibles, por oposición a aquellos de “orden público”. Así, el procedimiento, cualquiera que éste sea, dentro de las gamas que considera el proyecto -ordinario, sumario, monitorio- es de aplicación por defecto de la existencia de un enten-

⁵ Anteproyecto del Código Procesal Civil. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. De www.minjusticia.cl

dimiento entre las partes, el que puede lograrse en carácter de extra procesal o procesal, de manera asistida o no asistida, conforme a la usanza más tradicional.

Lo anterior, es concordante no solo con el art. 12º del Código Civil, en cuanto a la renuncia de los derechos, sino también, en igual sentido, con la norma del art. 5º del proyecto, cuando señala que tanto la iniciación del proceso como la introducción de las pretensiones y excepciones incumbe a las partes, de tal suerte que el Tribunal sólo podrá actuar de oficio y pronunciarse sobre pretensiones y excepciones que no se hubieren hecho valer por las partes cuando la ley lo faculte expresamente. Corolario necesario de ello es que las partes podrán disponer de sus derechos, salvo que ellos fueren indisponibles por mandato de la ley, y terminar, unilateralmente o de común acuerdo, el proceso pendiente en la forma prevista en la ley.

Más adelante, en el ámbito ya de los procedimientos y en especial, dentro de las normas del juicio ordinario declarativo, la audiencia preliminar tiene por objeto, a más de la ratificación de los escritos fundamentales del período de discusión, es decir, demanda, contestación, demanda reconvenional y contestación reconvenional, el llamado de las partes a conciliación, una de las formas de autocomposición bilaterales, judiciales y asistidas de antigua data entre nosotros.⁶

Su tratamiento es sumamente exiguo y solo se deja constancia que este llamamiento es total o parcial y que puede referirse a todos o a solo algunos de los puntos controvertidos. Se deja de lado, en consecuencia, la regulación más detallada que se hacía de este instituto en el Código de Procedimiento Civil, en que recordemos es un trámite necesario en primer o única instancia, cuya omisión podía generar la nulidad del procedimiento. Nada de eso ocurre en este proyecto, lo cual, atendidos los principios que le inspiran y lo que ha sido la práctica en este materia, no necesariamente es incorrecto. La única relevancia que se le asigna, a simple vista, es que solo se dictará la audiencia que cita a juicio en la medida en que no se alcance una conciliación y aún en ese evento, desde luego, cuando ella sólo sea parcial.

Otra medio autocompositivo con reconocimiento en el proyecto es el avenimiento, que si bien no es definido antes, constituye uno de los títulos ejecutivos que por ley permiten iniciar el juicio ejecutivo de que tratan los artículos 395 N° 3 del proyecto, en términos idénticos a los del actual 434 N° 3 del Código de Procedimiento Civil.

No hay otros medios autocompositivos referidos en el proyecto, siguiendo, como se ha señalado, los principios y límites que el propio proyecto reconoce.

III. ESTUDIO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Con todo, este escaso tratamiento que se efectúa en el proyecto, no es casual, sino por el contrario, es una opción.

⁶ Recordar arts. 262 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

Ya hemos destacado la relevancia de este mecanismo y dentro de los estudios necesarios para el proyecto, se realizó un trabajo acabado sobre esta materia por el profesor Raúl Núñez Ojeda⁷, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, en cuyo texto se funda el siguiente apartado.

Señala en la introducción que “frente al aumento de los asuntos ante la jurisdicción y ante la imposibilidad de que el sistema público de adjudicación asuma toda la demanda, se ha abierto un camino hacia la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional como cauce complementario o bien previo a aquella; medios que tratan de dar respuesta a los problemas que día a día se les plantean a los tribunales ordinarios, que no tienen capacidad, mecanismos de coordinación ni la rapidez adecuada para dar respuesta al problema”.

“Hoy, cuando a nadie escapa que nos hallamos ante lo que desde diversos foros y posiciones ideológicas y políticas se viene denominando como crisis de la administración de justicia, vivimos en el resurgir de estas y otras vías de solución de los conflictos que rompen con el esquema procesal científico delimitado”.

El mencionado estudio, relativo principalmente a tres mecanismos precisos de soluciones alternativas de conflictos, a saber, la negociación, la mediación y la conciliación, es un estudio empírico de las realidades en el sistema procesal español, anglosajón, alemán, italiano y francés.

A partir de estas realidades, el destacado profesor, miembro del foro para la elaboración del proyecto de código procesal civil, esboza un estatuto para la mediación y la conciliación.

A este respecto, se destacan las ventajas que este sistema ha presentado, especialmente en el sistema anglosajón, las que estima pertinentes reproducir en nuestro país. A grandes rasgos la propuesta incluye en primer lugar, la definición de mediación como “aquel proceso de resolución de disputas en el cual un tercero neutral, llamado mediador, facilita la comunicación y negociación entre las partes para que estas logren llegar a un acuerdo voluntario y mutuamente aceptable que ponga fin a la disputa”. Se caracterizaría por ser un proceso no adversarial, rápido, informal pero con cierta estructura, confidencial y voluntario, recayendo siempre el poder de decisión en las partes de el proceso y nunca en las manos del mediador.

Estos principios de la mediación, desarrollados por este autor, se aplicarían también, en lo pertinente, a la mediación intraprocesal, que es aquella a la que serían invitadas las partes por el juez en cualquier estado del proceso, tratándose de materias que admitan una disposición de los bienes jurídicos comprometidos.

⁷ Núñez Ojeda, Raúl. “Negociación, Mediación y Conciliación Como Métodos Alternativos de Solución de Controversias”. Ediciones Jurídicas de Santiago, enero de 2009.

Caso aparte es el de la mediación que conduce el propio juez en el proceso, durante la etapa de preparación del juicio, bajo el título de conciliación.

Concordando con el criterio sustentado, la verdad es que en mi parecer las cuestiones que deben determinarse son esencialmente dos: primero, cómo estimulamos la existencia de estos mecanismos de solución y, segundo, si en realidad, deseamos estimularlos.

Ello, pues parece que cuando se han implementado mecanismos propios del derecho procesal que tiendan a potenciar estas salidas, ellas han redundado en fracaso. Probablemente, por la naturaleza propia del derecho procesal y de las ritualidades de los procesos, íntimamente vinculadas a la existencia de plazos y formas más bien rígidas.

Nuestras experiencias más cercanas en esta materia son aquellas que contemplan la conciliación como obligatoria en el proceso civil y la mediación, en ciertos asuntos, ante los tribunales de familia.

En materia procesal penal el estímulo para el éxito de las salidas alternativas viene dado principalmente por la amenaza del empleo de la herramienta penal en toda su magnitud y, finalmente, por la imposición de la pena, poderosa motivación de los imputados para aceptar acuerdos reparatorios o suspensiones condicionales del procedimiento que, con todo, suelen no dejar contentos a todos los intervinientes del proceso, por lo que más parecen imponerse por razones de política criminal que de estricta persecución penal o protección de las víctimas.

Pero tales estímulos, en materia civil, no existen y es probablemente esto lo que, sumado a la excesiva tardanza de los procesos judiciales actuales, desincentiva el alcanzar un entendimiento, de tal suerte que estos trámites en la actualidad no dejan de ser entendidos como meras dilaciones en los procesos, raramente con resultados favorables.

Así las cosas, me inclino a pensar que, sin perjuicio de ser altamente aconsejable el regular estos institutos para cuando las partes decidan acceder a ellos, no me parece prudente contemplarlos formalmente en los procedimientos, salvo como parte integrante de audiencias o trámites citados principalmente con otros efectos, como ocurre ahora en el proyecto que comentamos, con relación a la audiencia preparatoria. En lo demás, parece que es aconsejable que opere la autonomía de la voluntad, convirtiéndose la celeridad y eficacia del proceso civil en el principal estímulo para evitar el juicio y alcanzar estos entendimientos.

IV. NOCIONES GENERALES SOBRE LAS FÓRMULAS AUTOCOMPOSITIVAS

La autocomposición constituye un método lícito para la solución de los conflictos por las partes, en los que dada su naturaleza disponible y la vigencia del principio dispositivo, a nadie se le obliga a concurrir a los tribunales en defensa de su derecho.

Desde el punto de vista de su relación con el proceso, la autocomposición se clasifica en:

- a) Extra-procesal o pre-procesal: La que se produce fuera del proceso, y aun antes de su iniciación.
- b) Intra-procesal: La que se produce durante el juicio, sea por iniciativa de las partes (avenimiento) o por iniciativa del tribunal (conciliación). Esa tiene la particularidad de requerir una resolución judicial que la aprueba, aunque no es una resolución del conflicto o proceso, sino una mera homologación. Por medio de ella, el avenimiento o conciliación adquiere imperatividad.
- c) Pos-procesal: Es aquella que se verifica en el período que va entre la sentencia y su completa ejecución.

Desde el punto de vista de la concurrencia de las partes para generar la autocomposición, se clasifica en bilateral o unilateral, en cuanto ella es consecuencia de una conducta desplegada por una de las partes o por ambas.

Para que las partes puedan llegar a una solución autocompositiva se requiere que las partes puedan disponer de la pretensión o de sus derechos, es decir, se trate de asuntos que miren al exclusivo interés de sus titulares, toda vez que si se trata de asuntos de orden público o cuya renuncia esté prohibida, debe necesariamente recurrirse al proceso como fórmula de solución de las controversias.

A. Formas Unilaterales

La Renuncia

Es siempre posible que el demandante o actor, o quien haya deducido una demanda reconvenzional renuncie a la pretensión que en ellas se contiene. El art. 12 del Código Civil autoriza la renuncia a los derechos conferidos por las leyes con tal que miren al interés individual y su renuncia no esté prohibida.

Otro tanto ocurre en el proceso penal. El art. 56 del Código Procesal Penal señala que la acción penal pública no se extingue por la renuncia de sus titulares. Esto no significa que la acción penal pública no pueda renunciarse; quiere decir únicamente que la renuncia implica que solo el ofendido que la ha renunciado y sus sucesores no podrán ejercerla; pero no afecta a otros titulares de la acción que reúnan los requisitos de tales

Una situación especial es la del Código Procesal Penal (Art. 170), que contempla el denominado principio de oportunidad, por el cual los Fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que no comprometa gravemente el interés público y la pena signada al delito no sea mayor que la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.

También hay un caso de renuncia tácita al ejercicio de la acción penal privada que se produce cuando el querellante deduce previa y solamente la acción civil derivada del hecho.

Una última situación relativa a la renuncia es el perdón del ofendido, que de conformidad a lo señalado en el artículo 93 No. 5 del Código Penal extingue la responsabilidad criminal en el caso de delitos de acción penal privada.

El Desistimiento

Una vez que se ha hecho valer por el actor la pretensión contenida en la demanda, no procede la renuncia de la demanda, sino que procede el desistimiento.

Ello es expresamente recogido en el proyecto, artículo 163, a diferencia de lo que ocurría en el Código de Procedimiento Civil, que permitía el “retiro material” de la misma, mientras no fuere notificada.

En el proyecto se impone necesariamente el desistimiento de la demanda, como incidente especial, en términos análogos a aquellos actuales.

Así planteada, el desistimiento es un acto jurídico unilateral del actor que no requiere aceptación del demandado, sin perjuicio de su derecho a oponerse a que sea aceptado.

En el proceso penal, el querellante puede desistirse de la acción pública; pero este desistimiento no implica extinción del procedimiento: solo implica que el querellante deja de ser parte activa en el proceso (art. 118 del NCPP), sin perjuicio de quedar obligado a comparecer al proceso y de presentarse a los actos del proceso y de la responsabilidad penal que le pudiere afectar por el ejercicio de esa acción penal.

En cuanto al Ministerio Público, en el NCPP, el Ministerio Público puede desistirse (Principio de oportunidad).

En cuanto a la acción penal privada, el desistimiento del querellante, produce la extinción de la acción penal y la conclusión del proceso.

El Allanamiento

Consiste en una manifestación de voluntad por parte del demandado por el cual reconoce y se somete a la satisfacción de la pretensión hecha valer en su contra por el actor.

El proyecto de Código Procesal Civil se refiere a esta institución en el artículo 257º, al señalar que “El demandado podrá allanarse a la demanda en su contestación, o con posterioridad en la audiencia preliminar, reconociendo los fundamentos de la demanda y aceptando la pretensión. En este caso, el tribunal deberá dictar sentencia de inmediato, sin necesidad de prueba ni de ningún otro trámite. Corresponderá, por el contrario, seguir los trámites del proceso respectivo, si la cuestión planteada es de orden público, si se tratare de

derechos indisponibles, o si los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados sólo por la declaración de parte”.

Se reconocen así los principios que desde siempre han informado la institución del allanamiento, con consecuencias similares a aquellas que se contemplaban en el añoso código de enjuiciamiento civil.

En materia penal, no es posible la hipótesis del allanamiento a un juicio oral, pues si existe tal voluntad del imputado, debe procederse al juicio abreviado (Art. 406 NCPP), en la medida que la magnitud de la pena lo permita.

B. Formas Bilaterales

La Transacción

Es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y no asistido, destinado a precaver un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente, haciéndose las partes concesiones recíprocas.

El Art. 2446 del Código Civil señala que: *La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.* (La doctrina agrega “efectuar concesiones recíprocas”, pues no es transacción la que consiste en la mera renuncia de un derecho).

A través de ella se pretende precaver un litigio eventual, esto es, resolver un litigio antes de llegar al proceso, o bien de poner término a un litigio pendiente, esto es, una vez iniciado el proceso.⁸ No existe la asistencia de un tercero, y se caracteriza por ser un contrato, regulado en lo sustancial por el Código Civil.

El Avenimiento

Es el acuerdo, convención procesal, que logran directamente las partes de un proceso en virtud del cual le ponen término a su conflicto pendiente de resolución judicial, expresándose así al tribunal que está conociendo de la causa⁹. Es consustancial a la existencia del proceso, pues siempre ha de poner término a un litigio pendiente.

La Conciliación

Es un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo. Ya nos hemos referido a su tratamiento tanto en el Código de Procedimiento Civil, como en el proyecto.

⁸ El litigio es esencial a la transacción. El inciso segundo del artículo 2446 del CC, señala que no es transacción la mera renuncia de un derecho que no se disputa.

⁹ Juan Colombo Campbell, La Jurisdicción en el Derecho Chileno.

CONCLUSIONES

Pensamos que el proyecto, acertadamente, desde el punto de vista que hemos tomado, no regula de mayor manera estas formas de solución; principalmente por dos motivos.

El primero, porque las fórmulas de potenciar su aplicación en los procedimientos escapa naturalmente al frío terreno de un código de procedimiento, debiendo relacionarse más con la rapidez y eficacia del proceso que con estímulos paternalistas.

El segundo, porque el marco regulatorio que debe existir es, como consecuencia también de lo anterior, extraño al ámbito procesal, debiendo nuestra disciplina, quizás, preocuparse de sus efectos procesales antes que de las formas en que pueden obtenerse.

Espero que esta visión somera de este asunto particular del proyecto pueda resultar de utilidad para aquellos que se acerquen al estudio de este proyecto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Anteproyecto del Código Procesal Civil. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. De www.minjusticia.cl
- Colombo Campbell, Juan. La Jurisdicción en el Derecho Chileno.
- Cotoure, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- Hoyos H., Francisco. “Temas Fundamentales del derecho Procesal”, Ed. Jurídica de Chile, 1987.
- Núñez Ojeda, Raúl. “Negociación, Mediación y Conciliación Como Métodos Alternativos de Solución de Controversias”. Ediciones Jurídicas de Santiago. Enero de 2009.
- Poder Judicial de Chile www.poderjudicial.cl

DISPOSICIONES GENERALES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Mario Steffens Fortune¹

Manuel Ramírez Escobar²

SUMARIO

I. Introducción, II. Disposiciones Generales reguladas en el Proyecto: el Tribunal, las Partes, las Audiencias, Conservación de los Actos Procesales, de las Comunicaciones Procesales, de los incidentes ordinarios, de los incidentes especiales, otros incidentes especiales; III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Chile no es un país pródigo en sustitución de Códigos, pareciera que la estabilidad normativa que semejantes cuerpos jurídicos confieren, provocara entre nosotros una suerte de inmovilizante respeto que inhibe al operador y que, a despecho de alegaciones, reclamos y lamentos, nuestros Códigos estuvieren destinados a perseverar casi por siempre. Para ilustrar la afirmación, basta recordar cierta discreta complacencia con la que reconocemos que en el año 2007 nuestro Código Civil cumplió 150 años de vigencia y el de Comercio 140, al paso que el Penal 133 y el de Procedimiento Civil 104.

El tema no es, meramente, el de la pervivencia del Código de Procedimiento Civil, lo que podríamos equiparar a su buena salud orgánica y funcional; la cuestión, en cambio, es la del proceso que él regula y que no es otro que uno principalmente modelado por las leyes de enjuiciamiento españolas y, en especial, por la de 1855, lo que de alguna manera, atendidos los antecedentes de ésta, representó trasladar al siglo XX nacional, la normativa procedimental del medioevo peninsular.

La nueva justicia civil a que aspiramos, y que, según todos reconocemos, ha de traducirse en un procedimiento que conduzca a una justicia rápida, de bajo costo, eficiente y generadora de respuestas de calidad en justicia.

Se trata, además, de reorientar la actividad en el proceso, para que éste se ponga al servicio de valores que integran el haz que acompaña a la dignidad humana y de allí que las regulaciones deben atender de manera preferente a satisfacer la posibilidad de acceso efectivo a la justicia, para terminar contribuyendo a un orden social más justo.

Esto representa enfatizar el tema de la efectividad del proceso, dotándolo de medios e instrumentos que aseguren la tutela de todos los derechos, medios e instrumentos que de-

¹ Abogado. Secretario Relator del 2º Tribunal Electoral Regional de Santiago. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico msteffens@yahoo.com

² Abogado. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico mramirezabogado@gmail.com

ben estar al alcance de todos los sujetos en un esquema en el que se aseguren las condiciones propicias para la exacta y completa reconstitución de los hechos relevantes para que la convicción del juez se corresponda, hasta donde sea posible, con la realidad y de cara a obtener que al litigante vencedor se le asegure el goce real del beneficio jurídico que la sentencia le procuró, todo lo cual ha de obtenerse con el menor dispendio de tiempo y energía.

Todos los usuarios del sistema de justicia civil en Chile saben que nuestra justicia es lenta. Con todo, el que algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración superior a los 10 años y que la gran mayoría de las que se tramitan en un juicio ordinario no terminen, si se interpone el recurso extraordinario de casación, antes de los 5 años en la Región Metropolitana, donde se concentra la mayoría de los asuntos, nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna.

Esta situación choca frontalmente con el anhelo y el deber de contar con una justicia civil pronta y eficaz, y con el respeto de la noción de debido proceso. Hoy es cada vez más común en la dogmática procesal entender que la idea de justicia tardía es equivalente a la de justicia denegada, lo que conlleva a desconocer en definitiva los derechos de las personas, al no lograr impartir frente a su violación, una justicia pronta y eficaz.

En este contexto y estimando como un deber que impone el avance de los tiempos, el asumir por los integrantes de la sociedad política, la reforma del proceso civil, pasaremos a desarrollar algunas reflexiones en torno al Proyecto de Código Procesal Civil, que, estamos ciertos, no agotan ni con mucho la variedad de elementos que se plantean, pero que pueden ser de alguna utilidad en la depuración de los conceptos, de la estructura y en particular de las normas que mediante aquél se busca que empiecen a regir en el futuro.

II. DISPOSICIONES GENERALES REGULADAS EN EL PROYECTO

TÍTULO III. El Tribunal

En el Proyecto de Código Procesal Civil, este Título está conformado por los artículos 15° (Organización), 16° (Funcionamiento de los Tribunales Colegiados), 17° (Asistencia entre Tribunales) y 18° (Facultades del Tribunal).

En nuestra opinión y por una cuestión de orden y buena sistematización, las materias de que trata este Título, debieran ser trasladadas al Código Orgánico de Tribunales, que tiene carácter de “Ley Orgánica Constitucional”, por ser el lugar propio y natural de ellas.

En efecto, el propio **artículo 15°** del Proyecto, denominado “Organización”, señala que “*La ley orgánica constitucional regulará la designación, integración, competencia y funcionamiento de los tribunales*”; además, esta disposición es reiterativa de la norma correspondiente de la Constitución Política.

El artículo 16º se refiere al funcionamiento de los Tribunales Colegiados, materia que también es propia del Código Orgánico de Tribunales, pues este cuerpo legal regula todo el tema relativo a los acuerdos para formar resolución en los tribunales colegiados.

El artículo 17º se refiere a la asistencia entre Tribunales, materia que también es propia del Código Orgánico, ya que éste trata de los derechos y obligaciones del órgano jurisdiccional.

El artículo 18º consigna las facultades del Tribunal, con las que estamos plenamente de acuerdo, sin embargo, creemos que en aras de una buena técnica legislativa, habría sido preferible incorporar cada una de estas facultades en el lugar correspondiente a la institución procesal de que se trate.

Así por ejemplo, la facultad del Tribunal consignada en el numeral uno del artículo 18º, debió tratarse a propósito del artículo 236 del Proyecto que se refiere al control de admisibilidad de la demanda.

Lo mismo es válido para las facultades tratadas en el numeral dos, cuatro, cinco, seis, siete, ocho y nueve.

No obstante lo dicho precedentemente y reiterando nuestro pleno acuerdo con el elenco de facultades que el artículo 18º otorga al juez, creemos necesario y conveniente a propósito de ello, formular algunas consideraciones en torno a esta materia.

El Proyecto, si bien está inspirado en buena medida en el principio *dispositivo*, entendido por la dogmática como el Derecho de las partes de disponer sobre la controversia jurídica, es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto, sin embargo, no domina el principio en forma absoluta, como se deduce de las facultades dada por el Proyecto al juez.

El principio dispositivo primero se encuentra limitado a nivel del derecho material. Por tanto, si se carece de la facultad de disposición jurídico-material, tampoco las partes procesalmente pueden disponer ilimitadamente sobre el objeto litigioso.

Otra limitación o morigeración del principio dispositivo está dada por el deber que tiene el órgano jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos sometidos a su decisión. Si bien es asunto de las partes la formulación de peticiones y el planteamiento de ellas, es deber del Tribunal el esclarecimiento de los hechos y ello lo obliga a influir para que las partes planteen peticiones claras y conducentes.

La última excepción al principio dispositivo está dada por las reglas de la dirección del proceso. Esta tiene lugar a través del impulso de oficio, esto es, lo que se denomina la puesta en marcha y mantenimiento del procedimiento. Efectivamente, el juez es el encargado de fijar la audiencia preliminar y la de prueba. En la dirección del proceso el tribunal deberá posibilitar la sustanciación diligente del procedimiento, evitando las diligencias dilatorias e

impertinentes y la prolongación indebida de las audiencias por la realización de diligencias reiterativas. Esta última excepción ha dado lugar además, como se indicará más adelante, a la supresión del incidente de abandono del procedimiento.

TÍTULO IV. Las Partes

En este Título el Proyecto se refiere a la **Representación Procesal**, concretamente en los **artículos 26º** (Asistencia letrada obligatoria), 27º (Formas de designar Apoderado), 28º (Facultades del Apoderado), y 29º (Sujetos habilitados para actuar como Apoderados).

En nuestro actual sistema procesal, como es sabido, el tema de la Representación Procesal está regulado en la Ley N° 18.120, de 1982, sin perjuicio de lo dispuesto en el Libro I del Título II, que lleva como epígrafe “De la comparecencia en juicio”.

Conforme lo dispone el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil: “Toda persona que deba comparecer en juicio a su propio nombre o como representante legal de otra, deberá hacerlo en la forma que determine la ley”, y esa ley, es la Ley N° 18.120.

Pueden ser mandatarios o procuradores judiciales aquellas personas que según la precitada Ley N° 18.120 tienen *ius postulandi* (Art. 2º de la Ley N° 18.120).

Ahora bien, el **artículo 26º** del Proyecto se refiere a la designación de apoderado expresando que las partes deberán comparecer a todos los actos del proceso asistida por abogado, y el Tribunal debe rechazar los escritos que no lleven la firma de éste e impedir las actuaciones que se pretendan realizar sin su asistencia.

Se exceptúan de esta norma:

- a) La presentación de la demanda monitoria;
- b) Los asuntos que se tramiten ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia cuando no haya o no se disponga de tres abogados, como mínimo, que patrocinen asuntos en el territorio jurisdiccional del Juzgado; circunstancia que debe ser declarada anualmente por la Corte de Apelaciones respectiva en la forma que indica el Proyecto;
- c) Los asuntos que se tramiten ante los Juzgados de Policía Local, salvo en los asuntos de regulación de daños y perjuicios;
- d) En las causas electorales, los recursos de protección y de amparo;
- e) En las solicitudes en que aisladamente se pidan copias, desarchivos y certificaciones; ni respecto de las personas que colaboran con la función judicial en la forma que indica esta letra; y
- f) En los demás casos establecidos en la ley.

Concluye la norma en comentario disponiendo que el Tribunal rechazará de plano los escritos o la realización de actuaciones sin la asistencia de abogado, salvo en los casos de existir expresa autorización legal al respecto.

El artículo 27° trata sobre las formas de designar apoderado y en esta materia es muy similar a las formas previstas en el inciso segundo del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, excepción hecha en la eliminación de la forma consistente en el acta extendida ante un juez de letras o ante un juez árbitro, y suscrita por todos los otorgantes y que el Proyecto la reemplaza por instrumento privado autorizado ante Notario, en que comparezcan las partes y el abogado. El artículo 27° incorpora en su texto, lo que hoy día lo encontramos en la Ley sobre Letras y Pagarés, esto es, mediante endoso en comisión de cobranza de cheque, letra de cambio o pagaré, constituye otra forma de constituir o designar apoderado.

El artículo en estudio señala en su inciso segundo que no podrá ser otorgado por instrumento privado ante Notario, el poder que comprendiere las llamadas facultades “accidentales” y las “especiales”.

Termina la norma expresando que las partes podrán designar más de un abogado para que los represente en el proceso, y en tal caso, podrá notificarse a cualquiera de ellos las resoluciones judiciales que se dicten, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer el tribunal o de las actuaciones iniciadas por uno de los abogados que deben ser finalizadas por éste.

El artículo 28°, que se refiere a las facultades del apoderado, es prácticamente igual en su contenido al artículo 7° del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 29°, que trata de los sujetos habilitados para actuar como apoderados, limita a los abogados no suspendidos para el ejercicio de la profesión y a los procuradores del número, como los únicos habilitados para actuar en representación de las partes en el proceso.

Sin embargo, tratándose de los procuradores del número, éstos no podrán en caso alguno realizar actuaciones para las cuales se requiere poder especial y comparecer a audiencias o alegatos en representación de las partes. En definitiva, se excluyen como sujetos habilitados para actuar como apoderados, los estudiantes actualmente inscritos en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las Universidades autorizadas; los egresados de las Escuelas de Derecho hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes; y los postulantes designados por las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Finalmente en relación a este tema, el **artículo 34°** del Proyecto se refiere a la revocación y renuncia del poder.

Lo novedoso de la norma está en que la parte interesada podrá, en todo momento, designar un nuevo apoderado, lo que hará saber por notificación en el domicilio al abogado a quien se hubiere revocado el poder. El nuevo apoderado y las partes serán solidariamente responsables del pago de los honorarios al abogado a quien se le hubiere revocado el poder, a menos que éste hubiere aceptado expresa o tácitamente la nueva designación de apoderado.

Para el caso que el abogado desee poner fin a su poder “*deberá hacerlo por escrito firmado conjuntamente con las partes, ante el órgano jurisdiccional correspondiente*”. Si se desconociere el actual domicilio del mandante o éste se negare a firmar, el apoderado estará obligado a poner la renuncia en conocimiento de su mandante, junto con el estado del juicio, y conserva su responsabilidad hasta que haya transcurrido el término de emplazamiento contado desde la notificación de la renuncia.

TÍTULO X. De la Actividad Procesal

CAPÍTULO 2° Las Audiencias

Concepto. Son actuaciones judiciales orales y por lo general públicas, cuyo objeto es en materia civil, tener por formalizada la litis, explorar la posibilidad de conciliación y si es del caso, preparar la recepción de las pruebas, fijando la oportunidad para ello y la recepción de éstas en la oportunidad fijada.

Principios imperantes. Sin duda que los principios imperantes en estas actuaciones judiciales son los de *oralidad, inmediatez y continuidad*, establecidos en los artículos 64°, 65° y 66°.

En cuanto al principio de *inmediatez*, el Art. 8° señala que “*Todas las audiencias, así como las actuaciones de prueba en general deberán realizarse ante el tribunal competente. Queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones*” (inciso primero). “*El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido. Las audiencias y las sentencias que se dicten en procesos verificados sin la presencia ininterrumpida del tribunal adolecerán de nulidad*” (inciso segundo). Concordante con ello, el Art. 65° dice que “*Todas las audiencias como las actuaciones de prueba en general deberán realizarse ante el tribunal competente, quien las presidirá por sí mismo, no pudiendo delegar su ministerio*” (inciso primero). “*Las audiencias se realizarán siempre con la presencia ininterrumpida del juez, bajo sanción de nulidad insaneable de la misma y de las actuaciones que se produjeron dentro de ella*” (inciso segundo). “*El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido*” (inciso tercero).

Un aspecto sin duda positivo de la futura reforma procesal civil es la aplicación estricta del principio de *inmediatez*. Aunque este principio subyace en el procedimiento civil actual, con excepción de la prueba confesional en la que, no habiendo solicitud de parte en contrario, se faculta al tribunal, para cometerla al secretario u otro ministro de fe (Arts.

388 incisos primero y segundo y 389 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil) y de aquellos casos en que para éste y otros medios de prueba deba operar la competencia delegada (Arts. 388 inciso final, 389 inciso cuarto y 371 inciso primero, todos del Código de Procedimiento Civil), en la práctica no se aplica, ya que es un hecho bastante conocido el que la recepción de pruebas como la testifical y confesional quedan en una abrumadora mayoría de los casos, a cargo de los receptores judiciales o en que actuaciones importantes como la audiencia de conciliación o la audiencia de contestación y conciliación en el procedimiento sumario, son conducidas por un actuario. Ello se debe sin duda al tácito asentimiento de todos los actores del actual sistema procesal y de las facilidades que para esta verdadera *suplantación* del juez, otorga el sistema escriturado que aún nos rige.

En cuanto a la *oralidad*, el Art. 64° señala que “*El proceso se desarrollará en audiencias orales, sin que sea procedente la presentación de escritos dentro de ellas. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal en la audiencia y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro correspondiente*”. El artículo 7° del Proyecto deja fuera de la oralidad a la demanda, su contestación, la reconvencción y la presentación de recursos fuera de audiencias.

Dentro de la *oralidad* tiene la correspondiente importancia el sistema del *registro*. El Art. 83° introduce el registro en imagen y sonido.

Este registro viene en realidad a reemplazar el *acta* que en el sistema actual se utiliza cuando se trata de actuaciones verbales, vgr. audiencias de contestación y conciliación, declaraciones de testigos, absolución de posiciones, inspección personal, reconocimiento pericial, remates, etc. La correspondencia está a la vista, desde que el sistema de registro audiovisual, obviamente mantiene los cánones de la oralidad, en tanto el sistema del acta se inserta dentro del sistema ya sea de escrituración total o al menos en el de protocolización.

No puede dejar de mencionarse que los atisbos de oralidad dentro del sistema que actualmente nos rige, han fracasado definitivamente, siendo su exponente máximo el procedimiento sumario, que no obstante haber sido instituido como “*verbal*” en el artículo 682 del Código de Procedimiento Civil, ha sido absorbido a través de las salvedades establecidas en esa misma disposición, por el sistema de la escrituración casi total. Resulta habitual en la práctica que hasta la contestación de la demanda es efectuada a través del escrito pertinente.

En cuanto al principio de *concentración y continuidad*, el Art. 66° debe coordinarse con el Art. 9°, que es el que lo enuncia.

En síntesis y sin perjuicio de manifestar nuestra complacencia en general con la reforma que se avecina, estimamos, tal vez como una cuestión de *técnica legislativa*, que en lugar de establecer una declaración de principios como la que el Proyecto hace en el Título I, artículos 1° al 10°, hubiera sido preferible introducir estos principios o su contenido en

cada una de las figuras procesales que se establecen, a fin de evitar su doble tratamiento en partes distintas del Proyecto. Creemos que la ley *manda, prohíbe o permite*, más que establecer definiciones doctrinarias, por lo que la adopción de los diferentes principios del proceso debieran ir contenidos en el mandato, prohibición o facultad que respecto de cada figura procesal se plasma en el articulado correspondiente. Así, en lugar de tener que estar coordinando disposiciones “geográficamente” distantes en el Proyecto, se haría el tratamiento de cada institución con su contenido de principios respectivos.

TÍTULO X. De la Actividad Procesal

CAPÍTULO 4º Conservación de los Actos Procesales

Los Expedientes. Formación del expediente. El Art. 84º, señala que “*Con el escrito inicial de cada asunto que se promueva, se formará un expediente al que se incorporarán sucesivamente las actuaciones posteriores.*”.

El Capítulo 4º en examen, y específicamente la disposición recién transcrita, nos merece dos observaciones preliminares:

En primer término, sigue imperando el concepto de “*expediente*”, término muy asociado al *sistema escrito* que actualmente nos rige. Por lo demás, en el procedimiento ordinario hay toda una fase escrita antes de la audiencia preliminar, relativa a la demanda, excepciones previas, contestación y reconvención. Tal vez y aprovechando una reforma tan radical como la que se persigue y los nuevos tiempos dictan, sea ésta la oportunidad de innovar más a este respecto, reemplazando la expresión a que aludíamos por la voz “*antecedentes*” y tratando de erradicar en mayor grado la escrituración. De esta manera, que en lugar de un expediente, sean las partes las que lleguen con mayor prontitud que lo que el Proyecto contempla, a una audiencia preliminar, premunidas de sus antecedentes y en la que se resuelvan las cuestiones previas, se afinen los términos de la demanda y de la contestación y de una eventual reconvención y se determine la prueba y oportunidad de la audiencia de juicio. Dichos antecedentes les serían devueltos al concluir la audiencia preliminar y los que fueron seleccionados por el tribunal, deberán acompañarlos formalmente en la audiencia de juicio. Así se evitaría la continuación de los anticuados “expedientes”.

En segundo lugar, nuevamente parece haber un defecto de *sistematización*, ya que asociado a este capítulo, está el Capítulo 3º del mismo Título X, sobre “Escritos de las partes”, en circunstancias que por una cuestión de orden y buena sistematización, debieran estar unidos ambos capítulos. En este sentido, estimamos que el Proyecto resulta de inferior rango que el Título V del Libro I del Código de Procedimiento Civil, denominado “De la formación del proceso, de su custodia y de su comunicación a las partes”.

A continuación pasamos a señalar algunas observaciones que el Capítulo 3º sobre “Escritos de las partes”, por su estrecha relación con el tema, nos merece en particular.

El Art. 72, sobre redacción y suscripción de los escritos, parece del todo prescindible tanto por lo evidente de la situación como porque es susceptible de introducir complicaciones innecesarias como podrían ser eventuales autosacordados de la Corte Suprema, respecto de un punto que ha funcionado satisfactoriamente de manera centenaria.

El Art. 73, relativo a la suma e individualización de los autos, posee un inciso primero que no iguala ni menos mejora, ni conceptual ni gramaticalmente, al Art. 30 del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, el inciso segundo, entra en un detalle innecesario para una norma de ley, siendo más bien de naturaleza reglamentaria y que por lo demás no responde a subsanar algún género de dificultad alguna, puesto que el sistema ha funcionado centenariamente en forma satisfactoria. Es más que evidente que si se presenta un escrito se habrá de individualizar la causa de que se trata.

El Art. 75, sobre ratificación de escritos, resulta también innecesario, atendidas las facultades de orden general de que están dotados los tribunales de justicia.

El Art. 77, sobre constitución de domicilio, no se justifica, ya que su contenido está tratado en el Art. 98. Aún más, contiene una **aparente contradicción** con esta última disposición para el caso de incumplimiento, ya que en la disposición comentada, la sanción es que las resoluciones se tendrán por notificadas *desde que se pronuncien*, en tanto que, según el Art. 98 citado, la sanción es que se notificarán *por el estado diario*.

Por otra parte, el inciso segundo de la disposición en comento, que en caso de un recurso procesal obliga a constituir domicilio dentro del radio urbano de la comuna asiento del tribunal superior, cuando ésta sea diferente de la comuna del tribunal de primera o única instancia, no tiene tampoco justificación, ya que en el caso del recurso de apelación, las resoluciones que se dictan por el tribunal de alzada, se practican *por el estado diario*, sin perjuicio de que en conformidad con el artículo 349, el fallo se da a conocer en la audiencia respectiva, todo lo cual no requiere de designación de domicilio. Ahora bien, tratándose de otros recursos de conocimiento de un tribunal superior, como el denominado recurso extraordinario ante la Corte Suprema, aunque el Proyecto no lo dice, la norma debe ser la misma. Ahora bien, en las escasas oportunidades que en segunda instancia o en sede extraordinaria deba notificarse personalmente o por cédula, si el notificado no reside dentro del radio urbano de la Corte, en la práctica ha funcionado a la perfección el sistema a través del exhorto o cometiéndole el trámite al tribunal de origen.

El Art. 78, relativo a los documentos que se incorporen al proceso, al igual que en los casos anteriores no se justifica en esta ubicación ya que debiera formar parte del Libro Segundo, Título I, Capítulo 5º, Párrafo 3º, denominado “Los Documentos”.

Finalmente, el Art. 80, sobre expresiones ofensivas en los escritos, debiera también eliminarse por tratarse de una materia comprendida en la *jurisdicción disciplinaria* a que se refiere el Art. 531 del Código Orgánico de Tribunales.

Volviendo al comentario del Capítulo 4º del Título X, nos parece positivo en cambio, la introducción de materias no tratadas actualmente en el Código de Procedimiento Civil, como ocurre con los Arts. 85, 86, 87 y 88, relativos a testimonios y certificados, consulta de expedientes, archivo de expediente y reconstrucción de expedientes o archivos, respectivamente.

TÍTULO X. De la Actividad Procesal

CAPÍTULO 5º De Las Comunicaciones Procesales

Este Capítulo está constituido por los artículos 89º a 110º, ambos inclusive.

El artículo 89º es una reiteración de lo dicho por los artículos 38 y 39 del actual y aún vigente Código de Procedimiento Civil.

El artículo 90º en cuanto a su contenido se refiere, constituye una consecuencia de la incorporación al nuevo proceso civil de las audiencias judiciales, toda vez que la norma entiende notificada las resoluciones que se dicten en las audiencias a los intervinientes en el procedimiento que hubieren asistido o debido asistir a las mismas.

El artículo 91º contiene lo dicho por el artículo 40 del actual Código.

El artículo 92º es reiteración de lo dispuesto en el artículo 41 del Código vigente, salvo lo prevenido en la segunda parte del inciso primero.

Los artículos 93º, 94º, 95º, 96º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º y 103º, corresponden a los actuales artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54 y 55, con las siguientes salvedades:

- a) **El artículo 97º** que trata de la notificación por cédula, agrega dos nuevos incisos al artículo 48 actual: *“Si la notificación se realizare para citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el Tribunal, además de notificarse la resolución que ordenare su comparecencia, se le debe hacer saber por el Ministro de Fe a los citados, el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible”*.

“El tribunal podrá ordenar que las partes, los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestadas hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales”.

- b) **El artículo 99º** que trata de la notificación por el Estado Diario agrega que este tipo de notificación se podrá incluir también en una página *web* a la cual se tenga libre acceso por el público, la que deberá contener las menciones y contar con la mantención que se determine en un Autoacordado de la Corte Suprema.
- c) **El artículo 101º** que se refiere a la notificación por Avisos, agrega un inciso al texto del actual artículo 54, del siguiente tenor: *“El notificado podrá solicitar la nulidad de la notificación si acreditare que se encontraba fuera del país al momento de practicarse la notificación de todos los avisos antes mencionados. Dicho derecho deberá ejercerse dentro de los cinco días siguientes contados desde que tuvo conocimiento de la existencia del proceso”.*

Constituyen una novedad para nuestro actual sistema de notificaciones, los artículos 105º, 106º, 107º y 108º.

El artículo 105º al referirse a las notificaciones a terceros expresa: *“Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos. También se hará notificación a los terceros en los casos en que lo prevea la Ley”.*

El artículo 106º trata de la notificación a las personas que cuenten con un Libro o Registro para anotación de notificaciones.

Señala el referido artículo que las notificaciones personales y por cédula se practicarán al Consejo de Defensa del Estado y al Ministerio Público en un Libro o Registro de Notificaciones, el que deberá llevarse en todas las oficinas de estos organismos, no siendo necesaria, en estos casos, la entrega de la cédula personalmente al representante del organismo o persona a quien se deba notificar, sino que al funcionario que la recibe, entendiéndose realizada la notificación al día subsiguiente a la fecha en que conste la diligencia en el Libro o Registro.

De igual manera se entenderá practicada la notificación a las personas naturales o jurídicas que cuenten con un Libro o Registro para anotar la práctica de una notificación en una Oficina de Partes o recepción de un inmueble particular. El Ministro de Fe debe dejar constancia de ello.

El artículo 107º al tratar de otras formas de notificación señala: “Cualquiera partes, tercero, perito, testigo u otra persona que deba intervenir en el procedimiento podrá proponer para sí otras formas de notificación, que el tribunal podrá aceptar si, en su opinión, resultaren suficientemente eficaces y no causaren indefensión”.

Finalmente, el artículo 108º introduce la notificación electrónica.

TÍTULO XI. De los Incidentes

El Título XI, trata de los que comúnmente se conocen como *incidentes ordinarios* y el Título XII, trata de los *incidentes especiales*.

Incidentes ordinarios. Como se dijo, están tratados en el Título XI del Proyecto. Este título consta de dos capítulos: el Capítulo 1º, que contiene *disposiciones generales* y el Capítulo 2º, que se refiere al *procedimiento*. En el Anteproyecto y con mejor lógica que la actual existía un Capítulo 3º, relativo a *la nulidad de las actuaciones judiciales* y que en el actual Proyecto pasó a ser el Capítulo 7º del Título X bajo el epígrafe “Nulidad Procesal”.

El Capítulo 1º, sobre *disposiciones generales*, no ofrece mayores novedades respecto del sistema actual, ya que con algunas ligeras variaciones de redacción y en otros casos utilizando la actual, repite los conceptos en vigencia en cuanto a procedencia, efecto en la tramitación, pertinencia, oportunidad y casos de consignación previa para promoverlos.

Donde se observan novedades es en el **Capítulo 2º**, relativo al *procedimiento*, ya que distingue entre *incidentes en audiencia* e *incidentes fuera de audiencia*, lo que es bastante propio de un procedimiento oral.

Así, en el caso de incidentes promovidos *en audiencia* su formulación es *verbal* y se deciden *de inmediato y dentro de ella* por el tribunal, siendo sólo susceptibles de reposición en caso de haber sido resueltos *de plano*, esto es, sin haber oído a la contraparte. En caso contrario, quiere decir que hubo *debate* y por ende, son *irrecorribles* (Art. 129).

En cuanto a los incidentes promovidos *fuera de audiencia*, en general presentan una tramitación similar a la que actualmente rige la de los incidentes ordinarios, salvo que en la **solicitud** y en la **contestación** del traslado, **deben las partes acompañar los documentos fundantes y ofrecer la totalidad de la prueba, individualizando testigos, peritos y los hechos sobre los que la prueba recaerá** (Art. 130, inciso segundo).

Lo nuevo es para el caso de que deban recibirse a prueba, pues en tal caso debe fijarse *una audiencia* dentro de la cual la prueba se rinde y luego de oír brevemente a las partes el tribunal falla el incidente. No es necesario fijar esta audiencia especial, si dentro de los veinte días siguientes de evacuado el traslado de la incidencia debe tener lugar la audiencia preliminar o la audiencia de juicio, caso en que la rendición de la prueba incidental y la

resolución del incidente deberán tener lugar en alguna de esas audiencias (Art. 130 citado, incisos penúltimo y final).

Nada se dice sin embargo sobre *recursos* contra la resolución que falla estos incidentes. En todo caso, el Art. 335, dice que son apelables las sentencias interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, las que ordenen el pago de costas por un monto superior a 100 UTM y las que se pronuncian sobre medidas cautelares, todo lo cual es posible de producirse en materia de incidentes, dejando también la duda sobre la admisibilidad del recurso de apelación en el caso de los incidentes en audiencia, sea que se hayan resuelto de plano u oyendo a la otra parte.

En cuanto a la *nulidad procesal*, tratada en el Proyecto actual como dijimos **en el Capítulo 7º** del Título X, existe una importante innovación al sistema actual, pues el Art. 118 introduce para algunas situaciones lo que podríamos denominar una suerte de *nulidad procesal de pleno derecho*, estableciendo casos específicos de nulidad, aunque no es taxativa la enumeración, que van más allá de la omisión de trámites o diligencias esenciales que contempla el sistema vigente.

Es así que el Proyecto menciona en la aludida disposición, *la falta de jurisdicción o la incompetencia* (Nº 1), *la no intervención de abogado* (Nº 4) y un concepto nuevo hasta ahora inexistente: el caso de *violencia o intimidación ejercida sobre el tribunal* (Nº 2). Decimos que son casos de nulidad prácticamente de *pleno derecho*, pues dándole en general a la nulidad procesal un tinte mayormente privatista como es en la actualidad, la hace declarable por el solo hecho de configurarse estas situaciones sin que sea necesario la concurrencia de los demás requisitos de la invalidación procesal.

Asimismo, ahora se define en términos aceptables lo que se entiende procesalmente *por perjuicio* (Art. 119).

También hay novedad, por tratarse del procedimiento oral, en cuanto a la *oportunidad* para solicitar la nulidad, ya que si el vicio se origina *en una audiencia*, debe impetrarse la nulidad verbalmente antes del término de la misma (Art. 119 inciso segundo).

Otro aspecto novedoso y que también tiene que ver con la estructura del procedimiento oral es que la declaración de nulidad no puede retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, por lo que las nulidades pronunciadas en la audiencia de juicio no podrían significar el regreso a las etapas de discusión o de audiencia preliminar (Art. 123, inciso final).

TÍTULO XII. Incidentes Especiales

Incidentes especiales. Se contemplan como tales, las *cuestiones de competencia* (Capítulo 1º), *las implicancias y recusaciones* (Capítulo 2º), *el privilegio de pobreza* (Capítulo 3º) y *el desistimiento de la demanda* (Capítulo 4º).

CAPÍTULO 1º De las cuestiones de competencia

En cuanto a las *cuestiones de competencia*, **se termina la inhibitoria**, pudiendo reclamarse sólo por vía *declinatoria* (Art. 131), **no** suspenderá el curso de la causa principal (Art. 133) y acarrea la condenación **solidaria** en costas a la *parte* y a *su apoderado* cuando sea **acogida** (mismo artículo, inciso final).

CAPÍTULO 2º De las implicancias y recusaciones

En cuanto a *implicancias y recusaciones*, se mantienen en los términos actualmente vigentes del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO 3º Del privilegio de pobreza

En lo relativo al *privilegio de pobreza*, se mantiene también en los términos vigentes.

CAPÍTULO 4º Del desistimiento de la demanda

Finalmente, el *desistimiento de la demanda* se mantiene también en los términos actuales con dos salvedades: que una vez presentada la demanda, **no se admite el retiro de la misma** (Art. 154) y que una vez notificada, si el actor se desiste de ella, puede hacerlo tanto ante el tribunal de la causa como ante el que esté conociendo en segunda instancia (Art. 155, inciso primero).

Asimismo, el Art. 155 citado, establece en su inciso segundo la posibilidad de que el desistimiento sea presentado ante un tribunal que esté conociendo de algún recurso, distinto del de segunda instancia, vgr. recurso extraordinario ante la Corte Suprema, caso en el que el desistimiento será remitido a cualquiera de los tribunales de la instancia.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse relativamente al juicio ordinario, que la inasistencia injustificada del actor o la del demandado respecto de la reconvención, a la audiencia preliminar, se tendrán como desistimiento de sus respectivas pretensiones (Art. 253).

OTROS INCIDENTES ESPECIALES

De lo expuesto, no aparecen entre los incidentes especiales, *las costas*, la *acumulación de autos*, que ahora pasa a denominarse acumulación de procesos y el *abandono del procedimiento*. Los dos primeros, aparecen sin embargo tratados en otros títulos del Proyecto (Títulos VII y IX, respectivamente), confirmando esta suerte de falta de una adecuada sistematización del mismo.

De las costas

Tratándose de **las costas**, éstas forman parte del Título VII denominado “Responsabilidades de las Partes o de Apoderados en el Proceso”. Se **suprime** la distinción entre costas *procesales* y costas *personales* del sistema actual, pasando el conjunto de tributos y honorarios

tanto de abogados y procuradores como de todos aquellos que intervengan en alguna calidad de asistencia o de auxiliares en el proceso, a denominarse simplemente *costas* (Art. 43 inciso cuarto).

Se reemplaza la *tasación* de las *procesales* por el *secretario* y la *regulación* de las *personales* por el *juez*, por una *proposición de liquidación del favorecido* con la condena en costas, un *informe del Administrador del Tribunal, traslado* a las partes y *resolución del juez*.

La resolución que fija las costas sólo es *reponible*, pero si supera las 100 UTM procede la *apelación subsidiaria* (mismo artículo, inciso final).

Otras novedades que llaman la atención son la posibilidad de condena *solidaria* en costas y aun de *daños y perjuicios* para la *parte y su apoderado* en situaciones reñidas con el principio de *probidad* procesal (Arts. 46, y 47).

De la acumulación de procesos

Tratándose de la *acumulación de autos*, que ahora pasa a denominarse **acumulación de procesos**, regida por el Título IX, lo más novedoso radica a nuestro juicio, en la especificación de los requisitos *de fondo* de la acumulación, superior en nuestra opinión, al tratamiento actual, por cuanto se determina la *naturaleza* de los procesos en que ella puede operar (Art. 55). En cuanto a los requisitos, se mantienen los términos en actual vigencia.

Del abandono del procedimiento

Finalmente, en lo que respecta al *abandono del procedimiento*, éste **desaparece**, habida consideración de los principios de *dirección e impulso procesal* (Art. 4º) y *dirección de oficio por el tribunal* (Art. 259), que entregan por completo al tribunal la responsabilidad de llevar adelante el proceso y dirigirlo hasta su entera conclusión.

III. CONCLUSIONES

En los aspectos reseñados y a modo de síntesis, podríamos enunciar, sin perjuicio de un análisis más acabado que excede los límites de estas reflexiones, las siguientes conclusiones:

- 1.- Nos inspira cierto recelo una aparente falta de sistematización del Proyecto, consistente en invadir campos que pueden estar entregados a otros cuerpos legales como es por ejemplo el Código Orgánico de Tribunales, según se dijo a propósito del “Título III.- El Tribunal” y del artículo 80 relativo a “Escritos de las partes”; o en la enunciación por separado y en general de ciertos principios, en lugar de darles un contenido específico en el mandato, prohibición o facultad mismos de la norma concreta que regule una institución o figura procesal, según se dijo a propósito del “Título X. De la actividad procesal. Capítulo 2º. Las audiencias”; o en el separado tratamiento en el aludido Título X, de los capítulos 3º “Escritos de las partes” y 4º “Conservación de los actos

procesales” en lo relativo a los expedientes, según se dijo a propósito de este último; y finalmente, en el disperso tratamiento de incidentes especiales como el de costas y el de acumulación de procesos, según lo dicho a propósito del “Título XII. Incidentes especiales”.

- 2.- Llama la atención que el proyecto privilegia la intervención de los procuradores del número en desmedro de quienes se encuentran en vías de ser abogados, teniendo presente que la institución de los procuradores del número bien es susceptible de ameritar una revisión sobre su real necesidad de existencia. Si bien puede ser una materia discutible, parece sensato pensar que quienes tienen una formación jurídica universitaria son los que debieran intervenir, salvo escritos de fondo y actuación en audiencias, bajo la dirección de un abogado.
- 3.- Es interesante lo que se plantea en materia de notificaciones en orden a implementar la notificación por el estado diario mediante la web, de acuerdo a un sistema regulado por auto acordado, como asimismo la apertura hacia otras formas de notificación acordes a la época, como puede ser por ej. la notificación por correo electrónico, lo que ocurre en los nuevos procedimientos penal y de familia.
- 4.- En materia de expedientes, parece ser ésta una muy buena oportunidad para innovar, según se dijo, hacia la desaparición de este concepto, reemplazándolo por una selección de antecedentes en la audiencia preliminar y un registro de lo actuado en ésta y en la de juicio. El procedimiento de familia puede proporcionar una buena experiencia sobre este particular.
- 5.- El Proyecto resulta novedoso y amerita una discusión más profunda en lo relativo a la nulidad procesal según los conceptos ya expresados más arriba sobre este tema.
- 6.- Finalmente en materia de otros incidentes, no se divisa la bondad en cuanto a la supresión del retiro de la demanda. Asimismo, se observa una tendencia que puede llegar a ser preocupante para el ejercicio profesional en cuanto a la introducción de condena solidaria en costas para los apoderados por el solo hecho de acogerse una incompetencia o a través de conceptos poco precisos como “acciones reiteradas y manifiestamente dilatorias” o la condena en daños y perjuicios dentro del mismo proceso, a la vez que esto último puede significar apartarse de la línea central del juicio.
- 7.- Desde una perspectiva global, valoramos esta iniciativa como un punto de partida que permita la reelaboración de nuestras instituciones procesales a la luz de los principios universales, pero adaptados a nuestro tipo de sociedad contemporánea y permita responder con soluciones prontas, técnicas y con un adecuado contenido de justicia, a las necesidades de los justiciables. Pero para ello este Proyecto nos parece sólo un punto

inicial que debe ser revisado y muy mejorado en todos sus aspectos por la comunidad universitaria y centros especializados del país, sin exclusiones, ojalá por lo menos al mediano plazo.

BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto de Código Procesal Civil
- Proyecto de Código Procesal Civil
- Código de Procedimiento Civil

EL PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO, A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Marcelo Chandía Peña¹

SUMARIO

I. Consideraciones previas; II. Características principales del nuevo juicio ordinario; III. Regulación del juicio ordinario en el Anteproyecto de Código Procesal Civil; III.1 Primera etapa. Planteamiento de la controversia; III.2 Segunda etapa. La audiencia preliminar; III.3 La Audiencia de Juicio: Audiencia de Prueba y Fallo; IV. Consideraciones finales.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Anteproyecto de Código Procesal Civil que se encuentra actualmente en discusión en el Foro de la Reforma Procesal Civil, en el Ministerio de Justicia atiende a un fenómeno de actualización de las leyes de procedimiento a los nuevos requerimientos sociales y jurídicos.

Es en este sentido que comparto plenamente el análisis efectuado por la Comisión designada para la elaboración del nuevo Código Procesal Civil, al señalar que: *“Ciertamente no es un secreto que nuestro sistema de justicia civil se encuentra en una profunda crisis, la que no alcanza la magnitud de la que se presentaba en materia procesal penal.*

Nuestro proceso civil tampoco se ajusta actualmente a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena que busca acercarse a las sociedades más desarrolladas de nuestro planeta.

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

¹ Abogado. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico marcelo_chandia@yahoo.com

Con todo, el problema de la lentitud de nuestra justicia civil no tiene su origen sólo, como algunos piensan, en la falta de personal y medios con que el Estado ha dotado al Poder Judicial. Si bien una parte del problema tiene su explicación en este fenómeno, existe otra que claramente no responde a la misma causa.

En tal sentido, se puede afirmar que el modelo de justicia civil contenido en nuestro Código de procedimiento civil está obsoleto, además de inoperante.”²

Ciertamente, frente a esta realidad se han presentado dos opciones o posturas: por un lado aquellos que piensan que el sistema podría volver a ser operativo a través de una actualización y reforma de las instituciones ya existentes; y por otra, aquella que postula la necesidad de crear un nuevo sistema acorde con las legislaciones contemporáneas y con las exigencias consagradas en diversos tratados internacionales vigentes en Chile. Tal como se puede observar, se ha optado por esta última, creándose nuevos procedimientos, entre los cuales se encuentra el juicio declarativo ordinario y el juicio sumario, siendo el primero de ellos objeto de la siguiente presentación.

II. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO JUICIO ORDINARIO

Si bien el modelo que se adopta es el de un juicio oral, público y contradictorio, la Comisión para la elaboración del nuevo Código Procesal Civil y el Foro de la Reforma Procesal Civil, estimaron que debe mantenerse en la fase de discusión, la escrituración.

La demanda y la contestación deben contener la indicación de los medios de pruebas que se pretende hacer valer y a ella se acompañarán los documentos en poder de las respectivas partes, así como de la prueba testimonial y pericial, la que será rendida en la audiencia de juicio respectiva, sin perjuicio del caso en que se invoquen hechos nuevos.

El demandado debe, en su contestación de la demanda, formular todas las excepciones previas y en subsidio contestar la demanda. También podrá reconvenir.

En la contestación debe el demandado pronunciarse sobre la veracidad de cada uno de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos cuya autoría le fuere atribuida. El silencio del demandado así como las respuestas evasivas, se tendrán como admisión de los hechos y de la autenticidad, integridad o validez de los documentos.

La reconvenición sólo será admisible cuando el tribunal sea competente para conocer de ella como demanda, se tramite conforme al mismo procedimiento y se funde en pretensio-

² “Propuesta de Bases para Redactar un Nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”, Comisión designada para la elaboración del nuevo Código Procesal Civil, p. 2.

nes de igual o análoga materia, y que, si fueren diversas, ellas fueren conexas entre sí, de tal manera que formulados en procesos separados sería procedente su acumulación.

La Comisión dejó constancia formal de que se eliminan los trámites de réplica y dúplica.

Se regula el objeto de la prueba, la carga de la prueba, los hechos excluidos de prueba y las pruebas que no deben ser admitidas por el tribunal.

Asimismo, la Comisión estimó necesario consagrar una audiencia preliminar o preparatoria en la cual se intente la conciliación entre las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo, se depure el procedimiento de los defectos mediante un despacho saneador u otras medidas procesales similares y se determinen las pruebas que deben rendirse en el juicio oral, estableciéndose los hechos sustanciales y pertinentes admitidos por las partes.

Una vez concluida la audiencia preliminar o previa, se debe fijar la fecha para la celebración de la audiencia de prueba. Así las cosas, la prueba de testigos, los peritos y el interrogatorio de las partes deben recibirse siempre en una audiencia oral, denominada Audiencia de Juicio.

En los procedimientos orales se deberá dejar constancia a través de un sistema de registro de imagen y sonido, que permita su reproducción posterior y del cual puedan proporcionarse copias, a su costo, a la parte que lo solicite.

Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso y terminar éste en forma unilateral, bilateral o por convenio, según fuere el caso, salvo que se trate de derechos indisponibles.

Una vez concluida la audiencia de prueba, el tribunal podrá dictar sentencia en el acto o dictarla dentro de un período razonable.

Se consideró por la Comisión que el tribunal que debe dictar el fallo debe ser siempre y necesariamente el mismo que presenció en forma completa y continua la audiencia de juicio.

La sentencia que se dicte debe respetar el principio de la congruencia procesal, a menos que le ley lo faculte para efectuar alguna declaración de oficio.

III. REGULACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

En este punto, debemos señalar que el Juicio Ordinario se encuentra regulado en el Capítulo I del Libro Segundo, artículos 230 a 311 del Proyecto de Código Procesal Civil.

En dichas disposiciones se desarrolla el nuevo procedimiento ordinario civil que se propone, distinguiendo tres etapas:

- La primera se denomina “etapa de planteamiento de la controversia”.
- La segunda etapa es la llamada “audiencia preliminar”.
- La tercera y final es la etapa “del Juicio Oral y Sentencia”.

III.1 Primera Etapa: Planteamiento de la controversia

Esta etapa tiene por objeto dar inicio al procedimiento, permitiendo conocer los elementos principales de la contienda y las probanzas de que se valdrán las partes para preparar el juicio y, si procede, poner término anticipado al mismo.

El procedimiento se inicia, de acuerdo con el artículo 230 del proyecto, con la presentación de la demanda –sin perjuicio de las medidas prejudiciales que se pudieren solicitar en los casos previstos por la ley–.

Se ha reconocido por el Foro de la Reforma Procesal Civil que la tendencia más moderna es que dicha actuación procesal corresponda a una demanda concisa en que se limita a identificar los hechos más relevantes, el o los fundamentos jurídicos básicos y la petición concreta. Lo anterior se funda en la noción de que la controversia se va definiendo no sólo por lo que dicen las partes en sus escritos iniciales sino que también por lo que arroja la evidencia de los esclarecimientos probatorios preliminares, correspondiendo al juez, en la audiencia preliminar determinar, las cuestiones de hecho, de derecho y peticiones concretas del juicio.

El contenido de la demanda se establece en el artículo 231³ del proyecto. Junto a dicha presentación deberá acompañarse toda la prueba documental que se intente hacer valer, sin perjuicio que en caso de no contar con ella, deberá indicar su contenido e *“indicar con precisión el lugar en que se encuentra, solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso”*⁴. Asimismo, deberá indicar en dicho escrito la individualización de los testigos y de los peritos que declararán en el juicio y los hechos sobre los cuales recaerán sus deposiciones.

En cuanto a la modificación de la demanda se aplican casi los mismos criterios expresados en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, tratándose de los hechos nuevos,

³ “ARTÍCULO 242º. CONTENIDO.

La demanda deberá contener:

1º) La designación del Tribunal al que va dirigida;

2º) El nombre, profesión u oficio, domicilio del actor como aquel que dentro del territorio jurisdiccional del tribunal fija para los efectos del juicio;

3º) El nombre, profesión u oficio y domicilio del demandado como del representante legal o convencional a través de quien pretendiere efectuar el emplazamiento.

4º) La narración precisa de cada uno de los hechos que configuran la pretensión, señalando los medios de pruebas pertinentes con los cuales pretenden acreditarse, y el derecho en que se funda.

5º) El petitorio formulado con toda claridad y precisión.

6º) El valor o cuantía de la causa, si fuere determinable.

7º) Las firmas del actor o de su representante y del abogado, salvo los casos exceptuados por la ley.”

⁴ Artículo 232 del proyecto.

éstos sólo podrán ser alegados y probados hasta la conclusión de la audiencia preliminar, debiendo el juez conceder la contraparte la oportunidad para ejercer sus facultades de contradicción y prueba correspondientes.

Finalmente, en esta etapa se presentan dos singularidades que son incorporadas en el Proyecto: por un lado la posibilidad que el juez, de plano, no admita a tramitación la demanda ante determinadas circunstancias que regula el artículo 236; y por otro, el efecto automático de la radicación, la que se produce desde la fecha de presentación de un libelo formalmente idóneo (Art. 237).

Luego de la notificación de la demanda al demandado se abrirá un término de emplazamiento de 30 días hábiles para contestar la demanda, siempre que se haya notificado dentro de la provincia donde funciona el tribunal que conoce del asunto, de lo contrario dicho plazo se ampliará de acuerdo al aumento que corresponda al lugar en que se encuentre, el que se determinará de acuerdo a una tabla de emplazamiento.

El demandado puede allanarse total o parcialmente, plantear excepciones previas, contestar la demanda y eventualmente deducir reconvencción. Si adoptara más de una de estas actitudes deberá hacerlo en forma simultánea y en el mismo acto.

La contestación también deberá ser por medio de un escrito en el que se explicitarán las principales controversias de hecho y de derecho, como también podrá oponer como excepciones previas las descritas en el artículo 245 del Proyecto. En ese mismo plazo, el demandado podrá reconvenir. Una novedad especial en el Código Procesal Civil es que el demandado debe pronunciarse categóricamente de los hechos invocados y de los documentos acompañados en la demanda, y que el silencio o pronunciamientos ambiguos o evasivos del demandado bastarán para estimar como aceptados los hechos, salvo razones debidamente fundadas en que se invoque no conocimiento u olvido de tales hechos alegados por el actor, de manera que el juez podrá dictar sentencia de inmediato (se iguala la rebeldía al allanamiento).

Finalmente, se deberá acompañar a la contestación de la demanda toda la prueba documental, la nómina de los testigos y peritos cuya declaración desea valerse, con los mismos requisitos exigidos tratándose de la demanda.

Transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la reconvencción en su caso, deberá el tribunal citar a las partes para una audiencia preliminar, resolviendo las excepciones previas que se fundamenten en hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad.

III.2 Segunda Etapa: La Audiencia Preliminar

Esta audiencia, tal como la audiencia de preparación del juicio oral en materia penal, tiene por objeto depurar la materia de discusión, eliminar los posibles vicios que puedan

existir en el proceso y otorgar una posibilidad cierta de lograr una solución amistosa entre las partes a través de una conciliación con bases reales valoradas e, incluso, sugeridas por el juez, en caso contrario discutir respecto de la procedencia de la prueba ofrecida por las partes. Por ello, la presencia personal de las partes a la audiencia preliminar cobra especial importancia, como también lo que en ella se resuelva para el desarrollo posterior del proceso.

Tal como ya se dijo, las partes deberán comparecer personalmente a la Audiencia Preliminar, asistidas por su abogado patrocinante.

La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión. Igual sanción tendrá la inasistencia del demandado respecto de la reconvencción.

La audiencia preliminar será dirigida por el juez personalmente, quien no podrá delegar esta función, se desarrollará oralmente y en su realización no se admitirá la presentación de escritos.

Al inicio de la audiencia, el juez deberá realizar una exposición resumida de los derechos reclamados y alegaciones presentadas por las partes, señalando los hechos que fueren controvertidos y aquellos que considera que se encuentran suficientemente probados por las evidencias obtenidas preliminarmente. A continuación se dará la palabra al actor para que realice las precisiones o alcances que estime oportunos, de lo cual se dará traslado al demandado quien deberá evacuarlo de inmediato. Las partes podrán modificar su demanda y contestación en la Audiencia Preliminar de acuerdo a los antecedentes que se hayan reunido y aquellos que se ofrezcan como prueba, sea precisándola, ampliándola o restringiéndola. En todo caso, la modificación deberá ser fundada, lo que corresponderá al juez aceptar o rechazar y, sobre la base de ello, establecer la materia de discusión.

En seguida, el juez propondrá las bases de conciliación conforme a los antecedentes que posee y respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual suscribirán el juez y las partes y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Si no se logra la conciliación se procederá a la recepción de la prueba y resolución de las excepciones previas. Se considerarán como excepciones previas: la falta de jurisdicción, la incompetencia del tribunal o la existencia de compromiso; litis pendencia; defecto en el modo de proponer la demanda; falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparece en su nombre; la prestación de caución en el caso de la procuración oficiosa; el emplazamiento de terceros en los casos que corresponda su llamamiento al proceso; la prescripción o caducidad; la cosa juzgada, transacción, conciliación

o avenimiento, falta de legitimación o interés, o; cualquier otro vicio procesal que afecte la existencia, validez o eficacia del proceso.

El juez abrirá debate y resolverá de inmediato sobre ello, por medio de una sentencia interlocutoria.

Con los dichos de las partes, se fijará por el juez la materia del juicio, los hechos que se tienen por probados y aquellos que deben ser materia de prueba. En dicha audiencia, además, las partes podrán solicitar al juez que se den por probados determinados hechos que no podrán ser luego discutidos, sea en el mismo juicio o en otro diverso entre las mismas partes. El juez deberá pronunciarse sobre esta solicitud al fijar la materia de juicio y los hechos probados. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal podrá ordenar fundadamente que se excluya de ser rendida en la Audiencia de Juicio aquella manifestamente impertinente como la que tuviere por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Lo mismo se aplicará respecto de la exhibición de documentos y testimonial requerida y/u ofrecida que claramente tendría sólo un efecto dilatorio.

En dicha audiencia se podrá, además, recibir anticipadamente la prueba ofrecida por las partes.

Finalmente, en la Audiencia Preliminar se podrán solicitar medidas cautelares o pedir que se mantengan o dejen sin efecto las que hubieren sido decretadas con anterioridad. El juez se pronunciará de plano sobre la solicitud, fundado únicamente en la prueba que se hubiere acompañado en la audiencia o con anterioridad a ella.

Una vez concluida la Audiencia Preliminar sin haberse logrado conciliación, el juez ordenará continuar con el procedimiento mediante resolución fundada que deberá contener las siguientes menciones que señala el artículo 255 del Proyecto:

- a) La determinación del objeto del juicio,
- b) Los hechos que se dieron por acreditados,
- c) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio, y aquellas que se hubieren excluido,
- d) La precisión de la prueba ya rendida, y
- d) La individualización de los testigos, peritos y partes, quienes deberán ser citados para prestar declaración testimonial, pericial o de partes en la audiencia respectiva al tenor de los hechos para los cuales se hubiere ofrecido su declaración.

Las partes se entenderán citadas a la audiencia de juicio por el solo ministerio de la ley, en la que sólo se admitirá prueba sobre los hechos que no se hubieren dado por probados en

la Audiencia Preliminar y el fallo se limitará exclusivamente a aquellos asuntos que hayan sido señalados como materia de discusión en dicha audiencia.

III.3 La Audiencia de Juicio: Audiencia de Prueba y Fallo

En ella se desarrolla el juicio propiamente tal. Las partes deberán acreditar sus pretensiones mediante la prueba ofrecida y ordenada rendir previamente por el tribunal en la audiencia preliminar, sancionándose al rebelde dándosele por confeso, en caso de ser requerida su declaración o archivando la causa por desistimiento en caso de ser el actor quien no concurra a sostener el proceso.

Se contempla para esta audiencia la aplicación de los principios de la bilateralidad de la audiencia, dirección de oficio por el tribunal, oralidad, publicidad, inmediación, concentración y continuidad

La audiencia se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Sin embargo, el tribunal podrá suspender la audiencia hasta por dos veces solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. Al reanudarla, efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

La audiencia será pública, pero el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más medidas, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. (Art. 71)

Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia se resolverán inmediatamente por el tribunal. Las decisiones que recayeren sobre estos incidentes podrán ser apelables, pero de manera conjunta con la sentencia definitiva que se pronuncie y siempre y cuando al momento de notificarse la decisión del incidente se hubiera anunciado la interposición del recurso de apelación. No podrán apelarse incidentes si no se reclama también contra la sentencia definitiva que se hubiere dictado.

La audiencia se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a sus declaraciones, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar todo ello en el registro del juicio. Por ello, el tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia de prueba y fallo.

El juez dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas en los términos decretados en la resolución que ordenó la continuación del juicio, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren y moderará la discusión.

Quienes asistan a la audiencia deberán guardar respeto y silencio mientras no estuvieren autorizados para exponer y deberían responder a las preguntas que se les formulen.

El día y hora fijado, el tribunal (Art. 303) se constituirá y procederá a: 1) Verificar la presencia de las personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarar iniciado el juicio; 2) Señalar el objetivo de la audiencia, advirtiendo a las partes que deben estar atentas a todo lo que se expondrá en el juicio; 3) Disponer que los testigos y peritos que hubieren comparecido hagan abandono de la sala de audiencia; 4) Adoptar las medidas necesarias para garantizar su adecuado desarrollo.

Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la demanda por el actor y, luego, la prueba ofrecida por el demandado. Sólo se recibirá la prueba respecto de los hechos indicados en la resolución por la cual se decretó la continuación del juicio, salvo los casos de excepciones expresamente contemplados por ley.

Durante la audiencia, los peritos y testigos serán identificados por el juez, quien les tomará juramento o promesa de decir verdad, poniendo en conocimiento del testigo y perito las sanciones penales por incurrir en falso testimonio. A continuación serán interrogados por las partes, comenzando por aquella que los presenta. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Finalmente, el juez podrá formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos o acreditar el conocimiento que invoca. Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia.

Ahora bien, en los interrogatorios las partes o el tribunal no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta. Durante el contra-interrogatorio, las partes o el juez podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos. Podrán, además, leerse los registros en que constaren anteriores declaraciones de los testigos, peritos o partes y, en el evento de existir contradicciones, el declarante deberá aclararla suficientemente a juicio del tribunal.

Los documentos, así como el informe de peritos en su caso, serán exhibidos y leídos en el debate, con indicación de su origen.

Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El juez podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos a los declarantes durante sus testimonios, para que los reconozcan o se refieran a su conocimiento. (Art. 307 inciso final)

Una vez concluida la recepción de las pruebas, el juez otorgará sucesivamente la palabra al demandante y al demandado, para que expongan verbalmente las observaciones que les merezca la prueba, así como sus conclusiones. Seguidamente, se otorgará a las partes la posibilidad de replicar, las que sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por la parte contraria.

A continuación se declarará cerrado el debate. De acuerdo al artículo 309 del Proyecto, el juez podrá pronunciar de inmediato su fallo, indicando someramente los fundamentos tomados en consideración para adoptarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, o recayere sobre un punto de derecho de complejidad, cuya concurrencia fundamentará, podrá postergar la decisión del caso hasta el quinto día hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato el día en que la decisión será comunicada.

El juez podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días contados desde la fecha de comunicación de su decisión, ampliables por otros cinco días por razones fundadas, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia, la que podrá efectuarse de manera resumida, con sólo las partes que asistan. Si no asistiere ninguna de las partes, se tendrá por efectuada la lectura en la audiencia, entendiéndose notificada en esa oportunidad a las partes por el solo ministerio de la ley.

En el Proyecto se dejó expresa constancia en el artículo 309 inciso final que si el juez que presidió la audiencia de juicio no pudiere dictar sentencia, aquélla deberá celebrarse nuevamente.

Finalmente, el artículo 310 del Proyecto dispone que la sentencia definitiva deberá contener:

- 1) El lugar y fecha en que se dicta;
- 2) La individualización completa de las partes litigantes;
- 3) Una síntesis de los hechos y de las pretensiones, y excepciones que hubieren hecho valer las partes y que no hubieren sido resueltas con anterioridad, al tenor de la resolución que cita a juicio;

- 4) El análisis de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa 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;
- 6) La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal, y
- 7) El pronunciamiento sobre pago de costas y, en su caso, los motivos que tuviere el juzgado para absolver de su pago a la parte vencida.

La parte resolutive 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”.

Finalmente, el artículo 311 del proyecto dispone que la sentencia que se dicte oralmente, tanto al final de la audiencia preliminar o la de juicio *“sólo deberá cumplir con los requisitos de los números 1, 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo anterior, debiendo realizar someramente el análisis de la prueba que sirve de fundamento al fallo, si corresponde.”*

CONSIDERACIONES FINALES

La regulación del nuevo juicio ordinario civil, sigue las orientaciones de los procedimientos que se encuentran en ejecución e implementación en nuestra nueva justicia, donde se ha optado por principios tales como la oralidad, la intermediación, la concentración y la continuidad, la publicidad, la libertad y oportunidad probatoria, la igualdad de armas, la buena fe procesal, etc., lo que nos permite confiar que el sistema procesal podrá dar oportuna respuesta a las demandas que la población requiera de ella, evitando con ello la tardanza en los procesos, lo que significa en nuestro mundo moderno una verdadera denegación de justicia.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- “Proyecto de Código Procesal Civil para Iberoamérica”, Edeval, Valparaíso, 1989.
- “Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, agosto, 2008.
- “Anteproyecto Código Procesal Civil”. Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 2008.

- “Propuesta de Bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”. Comisión para la Elaboración de un Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil. Facultad de Derecho Universidad de Chile y Ministerio de Justicia. Santiago de Chile.
- “Presentación Anteproyecto Código Procesal Civil”. Cristián Maturana Miquel, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 19 de diciembre de 2006.
- “Proyecto Código Procesal Civil”. Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, mayo, 2009.

LA PRUEBA EN JUICIO. PRINCIPIOS Y REGLAS QUE LA RIGEN Y FACULTADES DE OFICIO DEL JUEZ EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Jorge Correa Selamé¹

SUMARIO

I. Introducción; II. Sistemas Probatorios; III. Aplicaciones de los principios dispositivo e inquisitivo en el Código de Procedimiento Civil; IV. Aplicaciones de los principios dispositivo e inquisitivo en el Anteproyecto de Código Procesal Civil; V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En forma previa al análisis del tema que me propongo abordar, deseo partir con algunas ideas base acerca de algunas materias por todos conocidas.

Nos referiremos a la prueba, aquella actividad que el maestro Eduardo Couture señala que *“es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio”*.

El objeto del proceso judicial es lograr la convicción del tribunal acerca de lo que es justo para el caso concreto, a fin de que esta convicción se plasme en el acto final llamado sentencia definitiva. La convicción que debe adquirir el órgano jurisdiccional debe recaer sobre cuáles son los hechos verdaderos y en qué términos éstos acaecieron, todo lo cual se logra a través de la prueba.²

El mismo Couture enseña que en *“su acepción común la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”*.

Añade el mismo autor: *“La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto”*.

“En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación”.

¹ Abogado. Magíster en Criminología. Profesor Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico correalex@terra.cl

² Notará el lector que nosotros hablamos de “proceso judicial”. En efecto, de conformidad al Diccionario de la Real Academia, la voz “proceso” quiere decir la “acción de ir hacia delante” y, referido al Derecho, la palabra significa “agregado de los autos y demás escritos”. En este orden de ideas, lo propio es hablar del “proceso judicial” sin dejar de reconocer, por ello, que las leyes, principalmente, el Código de Procedimiento Civil, la doctrina y la jurisprudencia se refieren al “proceso” sin agregados. Un proceso (del latín *processus*) es un conjunto de actividades o eventos que se realizan o suceden con un determinado fin. Este término tiene significados diferentes según la rama de la ciencia en que se utilice. Así, puede hablarse de proceso evolutivo, de proceso histórico, de proceso productivo, etc., pero, es obvio, que a nosotros nos interesa el proceso judicial, llamado, comúnmente, proceso a secas.

Por otra parte, el objeto de la prueba, es decir, qué se prueba, recae en los hechos, por regla general, siempre que sean sustanciales, pertinentes y controvertidos.

La interrogante quién debe probar, nos lleva a detenernos en lo que se denomina *carga de la prueba*, es decir, se trata del denominado *onus probandi*, expresión latina del principio jurídico que señala quién es el obligado a probar ante los tribunales. El fundamento del *onus probandi* radica en el aforismo de derecho que expresa que “*lo normal se presume, lo anormal se prueba*” y, por lo tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo: “*affirmanti incumbit probatio*”, es decir, a quien afirma incumbe la prueba.

El jurista alemán James Goldschmidt, señalaba que la necesidad de una actuación, para prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, representa una carga procesal, la cual puede definirse como un imperativo del propio interés, frente al cual no existe un derecho del adversario o del Estado, sino una estrecha relación de cargas procesales y de posibilidades de las partes, es decir, “*los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida.*”³

Diversos autores han señalado que la carga de la prueba no puede ser predeterminada por la ley sino que su distribución se debe basar en el principio ontológico y en el principio lógico.

El *principio ontológico* determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas, de modo que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que, generalmente, tienen las personas, las cosas o los fenómenos y, en consecuencia, debe probarse lo contrario. Así, la inocencia es un estado de las personas, pues, lo general, es que ellas no cometan delitos y, por ende, lo extraordinario es que los cometan y, por lo tanto, siendo eso lo extraordinario, la culpabilidad debe probarse.

El *principio lógico*, a su turno, considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo que quien hace una afirmación positiva, tiene que probar, frente al que hace una afirmación negativa.

Ahora bien, si se produce una contradicción entre ambos principios, debe preferirse al ontológico.

Valorar la prueba, por su parte, consiste en determinar la eficacia que tienen los medios de prueba que establece la ley. “*El tema se centra en la facultad que se le confiere al juez para la valoración de la prueba producida y, por consiguiente, las limitaciones que de ella se formulen por vía legislativa*”.

³ James Goldschmidt. “Principios Generales del Proceso”. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, Tomo I.

II. LOS SISTEMAS PROBATORIOS

En lo tocante a los sistemas probatorios, desde que a partir del siglo XIII *“la aritmética de las pruebas sustituyó al razonamiento”*, el sistema de prueba legal aparece unido a la experiencia del proceso inquisitivo. Como se sabe, la teoría de la prueba legal guarda íntima relación con la figura de un juez estrechamente vinculado al poder que diríamos Ejecutivo y a una concepción fuertemente autoritaria del proceso judicial, concebido, a su vez, como instrumento capaz de procurar una verdad no probable, sino real sobre los hechos, apta para justificar incluso el recurso al tormento.

La prueba era una cuestión instrumental, de manera que si el proceso judicial estaba preordenado a la obtención de una verdad absoluta, ésta, como fin, podía justificar el empleo de cualquier medio.

El tratadista Casimiro A. Varela sostiene: *“Generalmente, se acepta en doctrina la existencia de dos sistemas de valoración: el de la tarifa legal y el de la libre valoración de las pruebas”*.

El jurista Francesco Carnelutti enseña que las pruebas se clasifican, según la valoración, en pruebas libres y pruebas legales, pues *“hay pruebas cuya valoración puede hacerla el juez según reglas de experiencia libremente elegidas por él; y hay otras que deben, en cambio, ser valoradas según reglas establecidas por la ley. A la luz de este criterio, se distinguen las pruebas libres y las pruebas legales. Pruebas legales son todas aquellas que el juez no puede valorar libremente. El vínculo que la ley impone a la libertad del juez, puede ser negativo o positivo, en el sentido de que de ciertas pruebas no se debe fiar, o en el de que de ciertas otras debe fiarse. En el primer caso se habla de pruebas inadmisibles: por ejemplo, la demostración de ciertos hechos no puede ser suministrada por testigos. En el segundo caso se habla de pruebas privilegiadas: por ejemplo, la confesión hecha por la parte al juez debe ser en todo caso creída por éste”*.

El jurista Santiago Sentís Melendo anota que verdadero sistema de valoración no hay más que uno, que exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de ésta, no hay verdadera valoración, por cuanto la fijación de los hechos sometida a pautas establecidas por el legislador nada tiene de tal.

Nosotros y siguiendo al profesor Eduardo J. Couture, sostenemos que, básicamente, existen tres sistemas de valoración de la prueba: el de prueba legal o tasada; el de prueba libre o libre convicción y el de la sana crítica. Esta misma división es compartida por los tratadistas Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Alfredo Vélez Mariconde.

El sistema de prueba legal o tasada es aquel en el cual la ley señala los medios admisibles y el grado de eficacia que tiene cada medio probatorio.

El sistema de prueba libre o libre convicción, enseña Couture, 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 pueden ser fiscalizados por las partes”. Y agrega: “Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”.

El sistema de la sana crítica, por último, es aquel *“del correcto entendimiento humano”.*

Couture nos dice: *“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”.*

Y enseña: *“El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.*

Ahora bien, el sistema probatorio que se utilice, dice relación con el tipo de principio formativo que impere en el proceso judicial. La aplicación de un determinado principio será la fuente del impulso procesal.

Así, el principio dispositivo, se caracteriza porque la intervención del juez en el proceso judicial, tanto en su iniciación como en su tramitación, se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes. En virtud del principio inquisitivo, en cambio, es el juez quien debe iniciar de oficio el proceso judicial y luego realizar en éste todas las gestiones y actuaciones tendientes a determinar los hechos sometidos a su decisión, teniendo a las partes como entes coadyuvantes y negándoles la libre disponibilidad de sus derechos y acciones.

IV. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En nuestro Código de Procedimiento Civil, existe un claro predominio del principio dispositivo en cuanto las partes tienen a su cargo la iniciación del proceso judicial, la delimitación del conflicto, su adelanto y la aportación de las pruebas.

No obstante lo anterior, existen algunas manifestaciones del principio inquisitivo, tales como la declaración de incompetencia absoluta, la casación de oficio, la facultad de no admitir a tramitación la demanda por algunos defectos de forma y, en fin, las medidas para mejor resolver tratándose de la prueba.

Tales manifestaciones quitan al juez el rol de mero espectador cuando ello resulta pertinente.

El principio dispositivo se manifiesta a través de los siguientes aforismos latinos:

- 1º **Nemo iudex sine actore** (El proceso judicial debe comenzar a instancia de parte): este principio emana de la propia naturaleza del proceso judicial civil, en el cual se discuten derechos privados. Se manifiesta en que sólo puede iniciarse un proceso judicial a instancia de parte y en que las partes puedan disponer de sus pretensiones mediante la renuncia, como en el caso del allanamiento y del desistimiento.
- 2º **Ne eat iudex ultra vel extra petita partium** (El proceso judicial tiene como contenido el que determinan las partes con sus peticiones): el contenido del proceso judicial lo fijan las partes, por lo cual el tribunal sólo puede juzgar las peticiones que éstas le han manifestado. La sanción a su contravención se verifica a través de la ultrapetita.
- 3º **Secundum allegata et probata partium** (Corresponde a las partes elegir los medios oportunos de prueba para defender sus intereses, debiendo el juez limitarse a juzgar en atención a lo alegado y probado por éstas): en consecuencia, en el proceso judicial civil sólo habrá término probatorio cuando existan hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y las partes no pidan que se falle el pleito sin más trámite.

La carga de la prueba, a su turno, es una noción procesal que indica al juez cómo fallar cuando en el proceso judicial no se han acreditado los hechos (mandato dirigido al juez), o bien, aquel conjunto de reglas que indican qué hechos corresponde probar (mandato a las partes). Según Goldschmidt, una carga es el ejercicio de un derecho para el logro del propio interés. *“Es el poder o facultad de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta provista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.”*

El concepto de la carga de la prueba reviste gran importancia, toda vez que impide que se produzca la situación conocida como la *absolución de la instancia o non liquet*, que existía en el derecho romano, y en virtud de la cual, si no se acreditaban los hechos, el juez estaba obligado a sobreseer el proceso judicial. Hoy en día, si no se rinde prueba, el juez debe dictar sentencia desfavorable contra el que no sobrellevó la carga de la prueba.

En nuestro país, el legislador intentó establecer un sistema de prueba legal pero ese sistema es relativo, toda vez que no obstante que la ley enumera los medios de prueba y la forma de rendirlos, cuando se llega a la determinación del valor probatorio, la situación es diferente.

Así, por vía ejemplar, de acuerdo a la regla 2ª del artículo 384 del Código, la declaración de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, *podrá* constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario; en el caso de la confesión no se recibe prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio, pero *podrá*, sin embargo, admitirse prueba, en el caso a que alude el artículo 402; y, en fin, fuera de los casos expresamente señalados por la ley, reza el artículo 403, la inspección personal del tribunal sólo se decretará cuando éste la estime necesaria.

Como corolario, entonces, podemos señalar que en el sistema procesal civil impera el principio dispositivo, rigen las normas de la carga de la prueba en la forma anotada y la prueba es valorada por el juez de acuerdo con ciertas directrices que le proporciona el Código, el que le otorga un margen de discrecionalidad.

Después de estos no tan breves comentarios, creo que estamos en situación de preguntarnos: ¿Qué sucede en el Anteproyecto de Código Procesal Civil que se propone?

V. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 13 consagra la libertad y oportunidad probatoria y señala que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso en conformidad a la ley.

El artículo 14 alude a la proscripción de la absolucón de la instancia y a la carga de la prueba. Así, en el inciso primero, que debió ser segundo de acuerdo al rótulo de la disposición, la *“determinación por parte del tribunal de la existencia de hechos que deban considerarse dudosos y que sean relevantes para la adopción de una decisión no le eximirá de la obligación de dictar sentencia dentro del plazo legal”*.

En el inciso segundo, se habla de la carga de la prueba afirmándose que corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la partes cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El inciso final de la norma propuesta consagra una disposición intrusiva y de tinte inquisitivo al disponer: *“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 cual deberá comunicar a la partes con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le*

pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba en la audiencia de juicio que disponga en su poder”.

De esta y de otras disposiciones, creemos que el Anteproyecto hace primar el principio inquisitivo en materia procesal civil e interfiere en la carga de la prueba.

Así, la lectura del artículo 27 del Anteproyecto, no nos permite dudarlo. Esta norma, en los numerales 4 y 5, faculta al tribunal para: *“Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”,* y para *“Disponer en cualquier momento, durante la audiencia de juicio, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”.*

Continuando con una extrema rigidez, el Anteproyecto pretende imponer al actor que acompañe con su demanda, al igual que antaño, en la forma prevista en la ley, toda la prueba documental que se intente hacer valer (Art. 243); que indique en la demanda el nombre, profesión u oficio y domicilio de los testigos y de los peritos que presentará a declarar en juicio y los hechos sobre los cuales recaerá cada una de sus deposiciones (Art. 244), concluyendo con una consecuencia procesal, que denomina sanción, en el artículo 245, al señalar que sólo *“las pruebas sobrevinientes o las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvenición, podrán ser propuestas posteriormente”.*

Frente al demandado, sin perjuicio de innovar respecto de las consecuencias que produce el silencio, en una norma que es propia de un Derecho protector como lo es el Derecho del Trabajo, también impone a esta parte acompañar a su contestación en la forma prevista en la ley toda la prueba documental que se intente hacer valer e indicar en la contestación el nombre, profesión u oficio y domicilio de los testigos y de los peritos que presentará a declarar en juicio y los hechos sobre los cuales recaerá cada una de sus deposiciones.

Los artículos 279, 280, 281 y 282 del Anteproyecto aluden a la libertad de prueba, al ofrecimiento de la misma, a las convenciones probatorias y a la exclusión de la prueba, respectivamente.

En su disposición 284 el Anteproyecto alude a la carga de la prueba que, a estas alturas, y en atención a las facultades que se otorgan al juez, más parece una declaración de principios, y por ello la norma propuesta, inmiscuyéndose en la actividad propia de las partes, señala en su inciso segundo: *“En casos calificados, ante la omisión o deficiencia de prueba, el tribunal podrá dar por establecidos los hechos conforme a la conducta que hayan tenido las partes en el proceso y por la falta de cooperación ante la falta de acompañamiento de los medios de prueba que dispongan en su poder en la audiencia de juicio, siempre que se hubiere efectuado previamente el apercibimiento en este sentido en la audiencia preliminar”.*

Se trata de una norma enormemente peligrosa para el demandado y, en particular, como de costumbre, para la parte más débil. Pensemos el criterio actual con el que se juzga a un deudor frente a la omnipotente entidad bancaria y detengámonos en un análisis de la norma: *“conducta que hayan tenido las partes en el proceso y por la falta de cooperación ante la falta de acompañamiento de los medios de prueba que dispongan en su poder en la audiencia de juicio”*.

¿Cuál será la conducta que solamente es permisible? ¿La de un ejecutante? ¿No lo es la de aquel que busca defenderse pero se estima que lo hace en demasía?

Y la tal *“falta de cooperación”*, ¿no atenta en contra el sagrado derecho de defensa en la forma que consideremos conveniente? Y, ¿cooperación con quién, con el inquisidor?

El Anteproyecto, recordándonos a la “Santa Inquisición” pareciera buscar la verdad a toda costa.

A continuación, y luego de las disposiciones anotadas, el anteproyecto habla de la valoración de la prueba de acuerdo a la sana crítica.

Por último, denotando el marcado predominio del principio inquisitivo en materia probatoria, el artículo 315 del Anteproyecto, establece las que denomina “facultades del juez” y dispone que una vez *“concluida la declaración de las partes, el tribunal podrá dirigir todas aquellas preguntas destinadas a obtener aclaraciones o adiciones a sus dichos”*, y el artículo 324, en otra norma intrusiva, dispone que la prueba se rendirá de acuerdo al orden que fijen las partes, comenzando por la del demandante, y añade: *“Al final, se rendirá la prueba que pudiere ordenar el juez”*.

Nos volvemos a preguntar: ¿por qué tiene el juez que ordenar pruebas? ¿No es acaso, un proceso judicial privado que interesa a las partes en lo tocante a sus pretensiones? ¿Debe existir, en materia de carga de la prueba, un derecho del Estado?

No olvidamos, en esta parte, que el proceso judicial, además de servir a las partes para obtener que se determinen sus derechos y se solucionen sus conflictos, sirve también al Estado para mantener el orden jurídico y la paz social, puesto que a través del proceso judicial los conflictos se solucionan pacíficamente y porque los particulares saben de antemano que disponen de este mecanismo para lograr que se solucionen los conflictos en que eventualmente puedan verse envueltos. Pero este interés, que podríamos denominar público, dice relación con que el proceso judicial es el medio que proporciona el Estado para resolver los conflictos, es decir, como mecanismo de solución de las controversias y no con la carga de la prueba.

Aun así, seguimos afirmando que el Anteproyecto, en la materia que nos ocupa, otorga al tribunal facultades no conocidas en el proceso judicial penal en el que, como sabemos,

es el fiscal y el querellante, por una parte, y el defensor, por la otra, quienes aportan los distintos elementos de convicción, constituyendo la función de los distintos órganos jurisdiccionales, juzgar con los elementos de convicción que se les presentan, sin perjuicio de la misión básica velatoria de los jueces de garantía.

Se podrá criticar nuestra opinión manifestando que el juez no puede ser un mero espectador en el proceso judicial. Se dice que la iniciativa probatoria del juez no afecta su imparcialidad, ni el debido proceso, ni la igualdad de las partes. Pensamos diferente.

El profesor argentino Juan Manuel Converset, a vía de ejemplo, indica que en *“un Estado moderno es del interés público hacer Justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad, ya que el juez, como órgano del Estado, cuenta con suficientes poderes jurisdiccionales de orden público y se halla autorizado para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.”*⁴

Volvemos a discrepar, pues lo que se busca en el proceso judicial no es la verdad real o la verdad formal, sino que la certeza histórico-judicial o certeza histórico-legal. Por ende, la prueba no tiene por objeto llevar a la verdad, sino que llevar a que el juez adquiera una situación de carácter subjetivo que es la certeza, la que, en último término, trae tranquilidad social. Fue, precisamente, la pretendida búsqueda de la verdad, la que legitimó la tortura.

Pero, para que no se piense que apoyamos la idea del juez espectador, creemos que basta con normas tales como el artículo 281 del Anteproyecto, referido a las convenciones probatorias, en que se permite que el juez pueda formular proposiciones a las partes sobre la materia, teniendo para ello a la vista las argumentaciones de hecho contenidas en la demanda o reconvenición y en la contestación de ellas.

Basta, asimismo, con la normativa acerca de la exclusión de prueba del artículo 282, pues el juez *“debe ordenar fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes, hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales o recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que se tratare de cuestiones indisponibles para las partes”*.

En síntesis, estimamos suficientes, en materia de prueba, las facultades que se confieren al juez en la audiencia preparatoria y a las que alude el artículo 267 del Anteproyecto.

⁴ “Poderes del Juez en el Proceso Civil”, por Juan Manuel Converset, Abogado. Profesor de Derecho Procesal y Civil, Universidad del Salvador, Sede Pilar, Argentina.

V. CONCLUSIONES

El problema del rol que debe tener el juez con relación a la prueba ha sido y será ampliamente debatido. Unos sustentan algunos postulados y otros defendemos otros.

Nos inclinamos por la prevalencia del principio dispositivo que creemos protege mejor a los justiciables y, en especial, al más débil, sin dejar de reconocer que, en determinadas materias, tales como convenciones probatorias o exclusiones de prueba, el juez debe tener un rol activo.

El gran jurista Francesco Carnelutti señalaba: *“¿No es verdad que, en el fondo, comparado con el del proceso penal, el ambiente del proceso civil da una impresión de superioridad?”*.

“Escrituras cuidadosamente reposadas y, sobre todo, por lo menos aparentemente, personas exquisitas”.

“El proceso penal, en cambio, inquieto, bullicioso, turbulento, hasta sucio, es un poco la corte de los milagros en el palacio de justicia. En una palabra, el reino de los andrajosos. El otro, si no el de los ricos, por lo menos el de los acomodados”.

“Mientras el proceso civil es el proceso de lo mío y de lo tuyo, el proceso de la propiedad; el proceso penal es en cambio el de la libertad.”

“En el proceso civil se discute acerca del haber y en el penal acerca del ser”.

Los invito a meditar, después de leer estas palabras, y me pregunto: ¿por qué en el proceso judicial de los andrajosos el juez no tiene las facultades que se pretende darle en el de los ricos o acomodados?

¿Será que, una vez más, se prefiere el haber, la propiedad, por sobre la libertad?

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Converset, Juan Manuel. “Poderes del Juez en el Proceso Civil”.
- Goldschmidt, James. “Principios Generales del Proceso”. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, Tomo I.

TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Andrés Saldivia Wellmann¹

SUMARIO

1. Introducción; 2. Régimen jurídico; 3. Principios; 4. Presupuesto; 5. Clases; 6. Procedimiento; 7. Impugnación; 8. Modificación y alzamiento; 9. Conclusiones; 10. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

- 1.- El 19 de mayo de 2009, la Señora Presidenta de la República suscribió, junto al Señor Ministro de Justicia, el Proyecto de Código Procesal Civil², que vendría a sustituir el actual Código de Procedimiento Civil, vigente en Chile desde 1903.
- 2.- El Proyecto contiene un Mensaje en que se indican los lineamientos generales de la reforma a las normas de procedimiento civil, y cuatro libros, que se dedican, el Primero, a las “Disposiciones Generales” (arts. 1 a 229); el Segundo, sobre “Procesos Declarativos” (arts. 230 a 318); el Tercero, sobre “Recursos Procesales” (arts. 319 a 362); y, el Cuarto, a los “Procedimientos Especiales” (arts. 363 a 507). Se consagra, finalmente, un artículo 508 a la entrada en vigencia del nuevo Código y una disposición transitoria que regula la situación de los procedimientos pendientes al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo régimen.
- 3.- Las medidas cautelares están reguladas en el Libro Primero, Título XIII, entre los capítulos 5 y 9, arts. 165 a 184.
- 4.- El plan de trabajo que seguiré, y que se anticipa en el sumario, avanza sobre dos líneas: Primero, una descripción de la regulación; luego, un análisis crítico de ella, comparando las normas del Código de Procedimiento Civil con las del Proyecto, considerando la elaboración de la dogmática sobre la tutela cautelar.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

- 1.- Como anticipé, las medidas cautelares están reguladas en el Libro Primero, sobre Disposiciones Generales, específicamente en el Título XIII, entre los capítulos 5 y 9, arts. 165 a 184. Conviene reparar en su ubicación dentro del Proyecto para enjuiciar si su tratamiento es adecuado a los conceptos, principios y presupuestos dogmáticos sobre la tutela cautelar.

¹ Abogado. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico a.saldivia@asistenciaslegales.cl

² El texto que utilizo aparece publicado en la página web del Ministerio de Justicia, http://www.minjusticia.cl/anteproyecto/proyecto_codigo_procesal_civil.pdf, revisado por última vez el sábado 13 de junio de 2009.

- 2.- El referido Título XIII se intitula “Las Medidas Cautelares” y contiene 9 capítulos, dedicando el 1° a las conocidas “medidas prejudiciales”, particularmente a su objeto (art. 159), para luego dedicar los capítulos 2° y 3° a las prejudiciales preparatorias y probatorias, respectivamente (arts. 160 a 161); y el capítulo 4° a la tramitación de ambas medidas (arts 162 a 164).
- 3.- Luego, se destina el capítulo 5°, denominado “Las Medidas Cautelares”, a regular su ámbito de aplicación (art. 165), su objeto (art. 166), tres principios básicos de las medidas cautelares (proporcionalidad, responsabilidad y provisionalidad, arts. 167 a 169) y la competencia (art. 170).
- 4.- El Capítulo 6° contiene la enunciación de las medidas que se regulan, de tipo conservativo y anticipativo (arts. 171 y 172), aunque respecto de estas últimas, además se contienen normas de procedimiento.
- 5.- Más adelante, en el capítulo 7° se regulan los presupuestos generales de toda la actividad cautelar, a saber el *fumus*, el *periculum in mora* y la contracautela (arts. 173 a 176), destinándose el Capítulo 8° a los presupuestos específicos de las medidas conservativas (art. 177 a 181).
- 6.- Finalmente, el capítulo 9° regula el procedimiento, distinguiendo entre las cautelares prejudiciales (art. 182) y las que se soliciten una vez iniciado el procedimiento (art. 183), como el régimen de impugnación (art. 184).
- 7.- En general, se advierte un intento de mejorar la sistematización de las medidas cautelares, adecuando sus normas a los conceptos, principios y presupuestos que la dogmática procesal ha elaborado desde hace ya bastante tiempo y que sólo por vía interpretativa era posible extraer de las normas del CPC. En esto, el Proyecto es destacable, pues recoge en normas positivas los principios de proporcionalidad y provisionalidad, además de una regulación sobre la responsabilidad que debe recaer sobre el solicitante de cautelares, regla novedosa y que seguro dará pie a un arduo debate en sede legislativa. Asimismo, se destaca el Proyecto por sistematizar las consabidas formas de tutela conservativa (secuestro, intervención, retención y prohibición de ejecutar actos y contratar), incluyendo las conocidas cautelares *innominadas*, sólo tímidamente recogidas en el art. 298 CPC³; y se regula la tutela anticipativa⁴ con un ámbito de aplicación restringido.

³ Bajo la expresión “(...) y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley (...)” la doctrina nacional ha interpretado que en ella subyace la posibilidad de decretar medidas innominadas o indeterminadas, diversas a las “nominadas” en el art. 290 CPC. La mejor exposición en Chile sobre el tema se encuentra en la obra de don Juan Carlos Marín González, *Las medidas cautelares en el Proceso Civil Chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, págs. 463 a 472.

⁴ Este tipo de tutela ha sido recogida en nuestro ordenamiento sólo parcialmente a propósito de los alimentos provisorios (art. 327 del Código Civil y art. 4° de la Ley 14.908), la separación provisional

- 8.- En el ámbito de los presupuestos, cabe destacar la exigencia de caución para todas las medidas cautelares, exigencia que en el CPC sólo rige para la cautela prejudicial (art. 279) y la innominada (art. 298), y la recepción normativa de las nociones dogmáticas relativas al *fumus* y al peligro en la mora procesal.
- 9.- Asimismo, la regla general de tramitación, que supone audiencia al demandado, en mi concepto es congruente con el principio de contradicción o de bilateralidad, con la posibilidad de decretarse sin audiencia en casos específicos regulados en el Proyecto (prejudiciales y cautela urgente).
- 10.- Uno de los errores más graves que se advierten en el Proyecto es la confusión conceptual que se deja ver entre las medidas prejudiciales o diligencias preliminares (preparación de la litis y prueba anticipada) y las medidas cautelares. El Anteproyecto de CPC había diferenciado claramente unas y otras, y sin embargo, en el Proyecto, desde la lectura del Mensaje hasta la forma de estructurar las normas, se nota el error conceptual. Así, en el Mensaje del Proyecto, se expresa que “(...) *este Libro I sistematiza el tratamiento de las denominadas medidas cautelares (...), reconociendo los diversos objetivos que pueden perseguir. Se distingue claramente entre aquellas que pretende (sic) preparar la entrada a juicio y las que tienen por objeto asegurar pruebas que pudieran desaparecer (...); se regulan separadamente las de naturaleza precautoria (...)*”⁵ Es notorio como es que no se distingue entre las medidas cautelares y las diligencias preliminares, incluyendo bajo el rótulo de cautelares a las medidas prejudiciales preparatorias y probatorias, que en caso alguno tienen por objeto asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria ni anticipar su resultado. Esta confusión se dejar sentir en el cuerpo mismo del Proyecto, pues el Título XIII del Libro I, denominado “Las Medidas Cautelares”, regula unas y otras, como si fueran especies de un mismo género⁶. Se trata de una cuestión sencilla de reparar: Destinar un título a las diligencias preliminares, y ubicar la regulación de la tutela cautelar en un Libro diverso o, al menos, en un Título especial del Libro I. La regulación de la cautela

del trabajador sujeto a fuero (art. 174 Código del Trabajo), la suspensión provisional de una obra denunciante (art 565 CPC), el acceso provisional a la demanda en proceso sumario (art. 684 CPC), la interdicción provisional del disipador y del demente (arts. 446 y 461 del Código Civil), la declaración provisional de bien familiar (art. 141 inc. 3° del Código Civil). En todo caso, la cuestión no es pacífica pues una cosa es la cautela anticipada y otra diversa es la ejecución provisional. Pareciera ser que el elemento diferenciador es el principio de homogeneidad, y la instrumentalidad típica de las cautelares.

⁵ Mensaje del Proyecto, pág. 13.

⁶ La cuestión se vincula derechamente con la enseñanza del derecho procesal en Chile, que durante demasiados años se ha estructurado en el mero estudio de las normas de un Código, desatendiendo la realidad que resulta del derecho comparado y de la doctrina extranjera. La revisión de los manuales más utilizados en el ramo demuestra sensiblemente estas falencias y la confusión en el tratamiento de una y otra actividad. Es más, incluso el CPC de 1903 trata en títulos separados una y otra materia. ¿Qué puede tener en común solicitar que una persona, previo al inicio de un proceso, declare sobre su capacidad para comparecer en juicio o declare sobre hechos relevantes para un proceso futuro, con la prohibición de celebrar un contrato o la retención de bienes?

en un Libro aparte significa en buenas cuentas regular un “proceso cautelar”, modalidad que comparto, pero que tiene poca aceptación en la doctrina. La solución menor, al menos denota una recepción adecuada del concepto de medidas cautelares, diverso al de la actividad previa al juicio que es posible desarrollar.

3. PRINCIPIOS

- 1.- El Proyecto recoge, explícita o implícitamente, varios de los principios de la tutela cautelar elaborados por la dogmática procesal, a saber: La instrumentalidad, la provisionalidad, la proporcionalidad, la responsabilidad y la idoneidad⁷.
- 2.- La *instrumentalidad* de toda la actividad cautelar aparece recogida implícitamente en las normas del Proyecto, y consiste en la necesaria vinculación existente entre la cautela y la sentencia que se dicte en el proceso principal así como en general a la suerte de ese proceso. La instrumentalidad determina cuestiones básicas de carácter procesal:
 - a) Las medidas cautelares sólo pueden impetrarse estando pendiente el proceso, y en los casos de solicitud previa al proceso, la no iniciación del proceso dentro de plazos preclusivos hace caducar la medida. Así resulta, implícitamente, de las normas de los arts. 165, 170, 171, 172, 182 del Proyecto, que vinculan la cautela con el resultado de la pretensión deducida en el proceso y que permiten solicitar las medidas en “el proceso” o “incluso antes de su inicio”, y la regla de competencia (art. 170) que alude al “proceso principal”, denotando el carácter accesorio e instrumental de la cautela.
 - b) Las medidas cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine: Por desestimación de la pretensión (pues nada hay ya que asegurar) o, precisamente, porque al haberse estimado la sentencia principal ya puede desplegar sus efectos propios.
- 3.- El principio de *provisionalidad*, conforme al cual las medidas cautelares subsisten en tanto se mantengan las circunstancias que autorizaron su concesión, tiene recepción normativa expresa en el artículo 169 del Proyecto, en una norma de similar redacción al actual artículo 301 del CPC, pero eliminando la mención que este hace a la caución para alzar la medida. En particular, la provisionalidad está esencialmente vinculada al presupuesto de *peligro*: Si desaparece el temor de daño jurídico previsto al tiempo

⁷ Falta aquí la nota esencial de homogeneidad, conforme a la cual las medidas cautelares aseguran la eficacia de la decisión produciendo una injerencia en la esfera jurídica del demandado, similar, homogénea, parecida a ciertos actos del eventual y futuro proceso de ejecución, pero nunca idénticos, porque sí así fuera se incurriría en ejecución sin título. Sobre este principio, Tavolari, Protección Constitucional, ob. cit., págs. 144 y 145; sobre su consecuencia en relación a las medidas anticipativas de la pretensión, pág. 151.

de concederse, la medida cesará. Ello habrá de promoverlo el demandado afectado, incidentalmente, lo que no aparece regulado especialmente en el Proyecto⁸, de modo que se aplicarán las reglas generales sobre incidentes dispuestas en el Proyecto. En todo caso, no debe olvidarse que entre las razones que hacen desaparecer el presupuesto de peligro, se encuentra precisamente la sentencia absolutoria del demandado en primera o segunda instancia, cuestión no afrontada por el Proyecto, pero que es razonable concluir según veremos más adelante.

- 4.- Respecto a la *proporcionalidad* el Proyecto dispone en su art. 167 que *“las medidas que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a las resultas del proceso. El tribunal al conceder una medida cautelar tendrá siempre la gravedad y extensión que para el demandado representa la medida decretada. El tribunal, podrá, a requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla”*.
- 5.- La proporcionalidad exige que la cautela sea exclusivamente conducente a tornar eficaz la eventual sentencia estimatoria futura, y no a otros fines. Dicho en términos llanos, las cautelares no persiguen causar daño al demandado sino posibilitar el cumplimiento futuro de la sentencia.
- 6.- En su primera parte, la regla en nada se diferencia del actual artículo 298 del CPC, siendo criticable que todavía se regule la proporcionalidad sólo en función de los “bienes necesarios para responder a las resultas del proceso”, pues semejante disposición olvida que hay medidas cautelares que no recaen precisamente sobre “bienes”, como sería, por ejemplo, la suspensión de un acto particular o administrativo de expulsión de un socio o cesación en un cargo. De ahí que resulte razonable reemplazar esta norma por otra de mayor extensión, como la que se contiene en el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que autoriza la cautela siempre que ésta sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz para esos efectos *“pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”*; o la del art. 276 del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que impone al juez apreciar la necesidad de la medida, autorizándolo para disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente; establecer su alcance y duración.

⁸ Salvo la regla del art. 167 del Proyecto, que a propósito de la proporcionalidad dispone que “el tribunal, podrá, a requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla”. La regla tiene sentido a propósito de la proporcionalidad, desde que la excesiva duración de una medida por la prolongación del juicio puede ser gravosa para el demandado; pero tiene una redacción genérica que puede llevar a pensar que no sólo por razones de proporcionalidad el juez puede, a pedido de parte, analizar la conveniencia y presupuestos de las medidas que haya decretado.

- 7.- No obstante ese reparo, merece ser destacado que el Proyecto regule las atribuciones del juez en este ámbito, cuando dispone que al conceder una medida cautelar el tribunal debe siempre considerar la *gravedad* y la *extensión* que para el demandado representa la medida decretada. Es sabido que el legislador, al regular un procedimiento, debe respetar el contenido de racionalidad y justicia que le atribuye la Constitución Política al proceso. De ahí que también resulte razonable que el tribunal pueda a requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla, como lo dispone el mencionado art. 167.
- 8.- Una regla novedosa se establece respecto del régimen de responsabilidad que involucran las medidas cautelares. El art. 168 del Proyecto dispone que *“las medidas cautelares serán siempre de responsabilidad de quien las solicite”*. La regla es similar a la de la legislación española (art. 721) y a la del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo (art. 274), aunque parca frente a la de otros ordenamientos, como el Peruano (arts. 621 ss. del Código Procesal Civil) o el argentino (art. 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Como sea, debe ser bien recibida la idea de legislar en esta materia, lo que adecúa nuestras normas a la Constitución, estructurando reglas racionales a la par que justas. Sin embargo, la discusión que debiera darse en el Congreso dice relación con el régimen de responsabilidad que se establece. De la lectura de esta norma, aparece que se ha adoptado un sistema de responsabilidad objetiva, pues no exige dolo ni culpa, sino que atribuye responsabilidad por el mero hecho de solicitarlas, y obviamente, se entiende, por haber cesado la cautelar, cualquiera sea la causa. La regla es novedosa en Chile, pese a que en materia de cautelar previa al proceso, ya teníamos una regla, en el art. 280, adelantada para su época⁹. Hay que considerar, además, que la exigencia de caución del art. 175 del Proyecto está directamente vinculada con la de responsabilidad.
- 9.- Sin embargo, habrá que afrontar la cuestión adecuadamente, considerando que un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgos puede ser excesivo desde que las medidas cautelares son instrumentos legítimos dentro del proceso. Desde otra perspectiva, la responsabilidad del Estado, por concesión errónea o injusta de cautelares, no pareciera fructificar por la restricción que dicha responsabilidad tiene asignada en la Constitución¹⁰ y en el Código

⁹ Por el solo de hecho de no demandar o no solicitar la mantención de la medida prejudicial, dentro del plazo legal, o por la sola circunstancia de no mantenerla el juez, queda responsable el solicitante de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.

¹⁰ El art. 19 N° 7 letra i) restringe esta posibilidad al ámbito de la afectación a la libertad personal y la seguridad individual: “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”. Esto no significa, en todo caso, eximir de responsabilidad, por ejemplo, al Estado en los casos en que, como demandante, exige tutela cautelar ni la situación de aquellos que litiguen con privilegio de pobreza, respecto de quienes existe un criterio de respuesta a propósito de las costas, en el inciso

Orgánico de Tribunales¹¹. La regla comúnmente aceptada es la de responsabilidad por culpa, que es la solución adoptada, por ejemplo, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina¹² y que remite la cuestión a las reglas civiles; y en otros extremos, puede pensarse también en la responsabilidad que surge por el abuso del derecho¹³. Es evidente que el demandante que aportó antecedentes equivocados o falsos para obtener una medida cautelar, deberá responder de los perjuicios que cause al demandado. El problema se plantea en aquellos casos en que el análisis de los antecedentes demuestra la improcedencia de la cautela.

- 10.- La dogmática procesal reconoce en el ámbito de las medidas cautelares el principio de *idoneidad*, conforme al cual, la medida que se adopte debe ser apta para los fines que se persiguen con ella, de modo que el juez no puede acceder sin más a cualquier pedido cautelar del demandante. Se trata de evitar que con las medidas cautelares “*se provoquen daños injustos o se obtengan transacciones no equitativas*”¹⁴. En este orden de ideas, el Proyecto dispone que las medidas cautelares no podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero reconoce a éste la potestad de “*conceder una medida diversa de la requerida por el actor si, resguardándose de igual modo la pretensión, fuere menos gravosa y perjudicial para el demandado*” (art. 165 inc. 2°). Nótese cómo es que se atribuye al juez el control de la aptitud o idoneidad de la medida para alcanzar el fin que con ella se pretende (“resguardándose de igual modo la pretensión”), al punto que, en aras de no mortificar al demandado, puede decretar una medida diversa a la solicitada.

tercero del art. 600 COT. Respecto a la responsabilidad del Estado por el error del juez, no puede dejar de considerarse la regla general de responsabilidad del art. 38 de la Constitución.

- ¹¹ El art. 13 del COT dispone que “las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley”, habiéndose derogado la norma que atribuía responsabilidad disciplinaria a los jueces por falta o abuso en la concesión de medidas cautelares.
- ¹² El art. 208 del CPCCN dispone que, salvo en ciertas situaciones que regula, “cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado”. Agrega la norma que “la determinación del monto se sustentará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez cuya decisión sobre este punto será irrecurrible”.
- ¹³ Para el tema, recomiendo la obra de Maximiliano Baduel y Jorge E. Baduel, *Medidas cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. Un tratamiento adecuado para Chile, en Marín González, ob. cit., págs. 222-229. En todo caso, no comparto la apreciación de este autor en orden a que en un sistema procesal ideal las medidas cautelares son innecesarias y que la demanda de tutela cautelar obedece a la ineficiencia de los sistemas judiciales en todo el mundo. Me parece que la cuestión es más sencilla: El proceso no es instantáneo (si lo fuera, no sería justo ni racional) y consume tiempo, y ese mero dato objetivo e inevitable constituye la razón de ser de las medidas cautelares.
- ¹⁴ Raúl Tavolari O., *Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el Recurso de Protección?*, en ‘Tribunales, Jurisdicción y Proceso’, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 145.

4. PRESUPUESTOS

- 1.- Uno de los méritos de la nueva regulación lo constituye la recepción normativa de los presupuestos dogmáticos de las medidas cautelares, a saber, la verosimilitud de la pretensión, el peligro en la demora procesal y la caución.
- 2.- Conviene, en todo caso, no equivocarse en esto: El CPC reconoce estos presupuestos, sólo que pareciera que el legislador del siglo 19 actuó más bien intuitivamente. Así, el presupuesto de *fumus* aparece regulado de modo general en el art. 298 que exige “*comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*” y el presupuesto de peligro se traduce en diversos motivos de temor: De pérdida de la cosa (secuestro, intervención y retención) y de esterilidad de la sentencia (intervención, retención y prohibición). Más restringida es la regulación de la caución, que el CPC sólo la exige para la cautelar prejudicial (art. 279) y la innominada o indeterminada (art. 298).
- 3.- El mérito consiste, entonces, en regular de modo general y sistemático estos tres presupuestos, bajo la exigencia impuesta al demandante de acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* la existencia del derecho que fundamente su pretensión y el peligro de daño jurídico que para esa pretensión entraña el que no se conceda de inmediato la medida solicitada (arts. 173 y 174 del Proyecto).
- 4.- La recepción de la exigencia de caución es, sin dudas, la mayor novedad del régimen cautelar del Proyecto a propósito de los presupuestos. El art. 175 dispone, en lo pertinente, que “*la parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen*”. Resulta evidente que:
 - a) La garantía debe otorgarse previa a la concesión de la medida.
 - b) El tribunal deberá estimar suficiente la garantía para acceder a la medida.
 - c) El presupuesto es amplio, pues alude a una “garantía”, que en todo caso exige ser suficiente.
 - d) La finalidad de la garantía es asegurar la responsabilidad del actor por los daños que cause con la medida.
 - e) Uno de los motivos de impugnación de la cautela es la insuficiencia o inidoneidad de la garantía.
 - f) La garantía no exime la concurrencia de los presupuestos de verosimilitud y peligro.
 - g) Pareciera ser que la garantía es presupuesto para la concesión de la medida más que de la ejecución de ésta.

- 5.- La caución sólo puede consistir en *dinero efectivo* o una *garantía real*, fijándose su importe por el tribunal, el que puede decretar informe de perito; regla que introduce una potente modificación de la forma como hasta ahora venía cumpliéndose, en los casos excepcionales en que operaba esta exigencia. Significa un enorme avance en el respeto adecuado a la posición de las partes en el proceso: El que esté en condiciones de asumir la obligación eventual de indemnizar los perjuicios que su actividad cautelar provoque al demandado, podrá valerse de la tutela cautelar. Un justo equilibrio de las posiciones procesales.
- 6.- Todavía a propósito de la garantía, habrá que asumir otra cuestión omitida en estas reglas: La exigencia de garantía y el derecho a la justicia gratuita. Notoriamente esa cuestión no aparece abordada en los arts. 591 y 600 del COT, que aseguran exención de multas y costas, consignaciones para deducir recursos, así como el derecho a gratuidad en los servicios profesionales en juicio, pero omiten toda referencia a las cauciones que exige la ley en ciertos casos¹⁵. Pareciera ser que todas las miradas se dirigen al Estado, desde que asegura justicia gratuita, pero ello no significa que el demandante deba asumir el costo de ese privilegio.

5. CLASES

- 1.- El Proyecto introduce en este ámbito una ampliación de la tutela cautelar regulada por la ley: Junto con mantener las tradicionales formas de tutela conservativa o de mantenimiento de un statu quo (secuestro, intervención, retención y prohibición de contratar o ejecutar actos), amplía éstas a *“cualquier otra medida conservativa que estime idónea”*, que permitiría obtener efectos de conservación incluso más allá del mero aseguramiento, como sería, por ejemplo, impedir la publicación o ejecución de una obra (un libro, una película, una composición musical, la construcción o destrucción de una obra, etc.), la exoneración de un funcionario o la suspensión de un acuerdo societario. Pero la mayor revolución se produce por la introducción de las medidas *anticipativas* de la pretensión, que no habían sido reguladas en la ley sino de modo disperso y asistemático¹⁶.
- 2.- Respecto de las formas consabidas de tutela conservativa, cabe señalar que su finalidad pura es asegurativa, mantener un estado de cosas a la espera de que cuando se puedan desplegar los efectos de la sentencia, ello sea realmente posible. Se caracterizan por una mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado sin satisfacer en alguna medida la pretensión principal del actor¹⁷. Así surge del art. 171 que distingue entre medidas

¹⁵ Así, se exige caución en la cautela innominada (art. 298 CPC); en la medida cautelar urgente del art. 299 CPC; para alzar una medida cautelar (art. 301), para seguir adelante con la ejecución cuando el ejecutado reserva excepciones (art. 474 CPC) o cuando apela de la sentencia de pago (art. 475 CPC); para evitar el traslado de bienes muebles embargados (art. 479 CPC); para la demolición de una obra nueva (art. 569 CPC); puede exigirla el recurrente de casación (art. 773 CPC), entre otros casos.

¹⁶ Véase supra nota 3.

¹⁷ Manuel Ortells Ramos, Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, vol. 2º (con Juan Montero Aroca,

conservativas cuyo objeto es *resguardar* los resultados de la sentencia estimatoria de la pretensión, de aquellas cuyo objeto es *mantener* la situación de hecho existente.

- 3.- El Proyecto mejora notablemente la regulación del *secuestro* (art. 177), ampliando la posibilidad a los bienes inmuebles, evitando así las discusiones que el actual art. 291 plantea¹⁸, al disponer de modo general que dicha medida tiene lugar cuando se entable una acción real respecto de la cosa cuyo secuestro se requiere. Asimismo, la nueva regulación aclara la finalidad y efectos del secuestro: Tiene por fin la mera conservación material de la cosa pero no afecta la disponibilidad (jurídica, se entiende) que su titular puede ejercer a su respecto. Regla necesaria y que exige del solicitante de medidas cautelares adecuada comprensión. Si lo que se pretende es evitar la enajenación del bien, la medida idónea es la prohibición; si a la par se desea evitar su destrucción o merma, el secuestro; siendo posible *acumularlas* dado que el artículo 171 del Proyecto autoriza decretar “una o más” de estas medidas. Las reglas sobre nombramiento del secuestro y la administración del bien secuestrado se remiten, como acontece en el CPC, a las normas aplicables al depositario de bienes embargados en el procedimiento de ejecutivo, que naturalmente resulten aplicables.

- 4.- Tratándose de la *intervención judicial de bienes litigiosos*, el Proyecto terminó con la enumeración casuística del art. 293 CPC, mejoró su denominación, pues se trata siempre de conservar bienes en litigio, disponiendo su aplicación en todo caso en que se ejerza una pretensión real y también personal, y exista temor de pérdida o destrucción del bien litigioso, o que los derechos del demandado (sic) puedan quedar burlados. Se trata aquí de casos en que lo que interesa, al igual que en el secuestro, es la conservación material de un bien o evitar burla a los derechos del demandante, por la vía de mantener a buen recaudo el patrimonio del demandado, nombrando un interventor, que no tiene facultades de administración, pero sí de veedor o fiscalizador de los actos de administración del demandado. Inadvertidamente y por error se hace una referencia, en el art. 178 a los “derechos del demandado” que puedan quedar burlados, referencia que deberá ser corregida en la discusión parlamentaria desde que se trata de evitar burla a los derechos del actor. Respecto a las facultades del interventor, se mantiene una redacción similar a la actual, con alguna ampliación a los papeles, cosas y negocios de que puede imponerse el interventor, así como se amplía el deber de información al interesado y al tribunal, pues dicho deber opera ante todo “descuido, deterioro, malversación, abuso o negligencia” que note en la administración de los bienes intervenidos, a diferencia del actual 294 que impone ese deber sólo frente a casos de “malversación o abuso”.

Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Monton Redondo), J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, pág. 268.

¹⁸ Cfr. Marín González, ob. cit., págs. 333 a 337.

- 5.- Si bien se mejora en alguna medida la regulación actual en cuanto a que el nombramiento, cambio o remoción de interventor se tramita por incidente no suspensivo (art. 178. inc. 2º), se echa de menos en esta regulación alguna regla sobre la exigencia de cuenta, la remuneración del interventor, el régimen de responsabilidad, las causales o motivos de remoción, la posibilidad de renuncia, en fin, varias cuestiones que por ahora parecieran confiadas a la prudencia judicial¹⁹.
- 6.- El Proyecto mejora la naturaleza que cabe asignar a la *retención de bienes*, que en el actual art. 295 alcanza a todo tipo de bienes muebles, sean litigiosos o no. El art. 180 del Proyecto delimita la retención a dinero o cosas muebles determinados del demandado, cuando en su contra se ejerza una pretensión personal. Ello mejora la sistematización de estas medidas y las devuelve a su cauce original alterado por la reforma introducida en 1953 por la Ley 11.183²⁰: Si se trata de una acción real contra el demandado respecto de un bien mueble (o inmueble) litigioso, procede el secuestro; si se trata de una acción real o personal contra el demandado, respecto de bienes litigiosos que deban mantenerse administrados por el demandado, procede la intervención; si se trata de una pretensión personal del demandado que no tenga por objeto una cosa sobre la que se litiga, procede la retención, que por su naturaleza recae sobre dinero o bienes muebles determinados del demandado. El presupuesto específico de peligro se mantiene intacto: Insuficiencia patrimonial o temor de ocultación de bienes, desapareciendo la discusión en torno a si era necesario acreditar este presupuesto de peligro tratándose de bienes litigiosos²¹.
- 7.- Se mantiene intacta la regulación relativa a la persona en cuyo poder puede verificarse la retención (el demandante, el demandado o un tercero), aplicándose las reglas pertinentes del depósito. Sin embargo, se echa de menos alguna regla relativa a los efectos de la retención, pues siendo evidente que puede afectar la disponibilidad material del bien (en los casos que el bien pasa o queda en manos del actor o de un tercero), no resulta pacífico que afecte la disponibilidad jurídica, de modo que si se mantiene esta regulación, habrá que interpretar el art. 1464 N° 3 del Código Civil en el sentido que la expresión “cosas embargadas” comprende también los bienes sujetos a retención cautelar, dada la identidad histórica entre las nociones de embargo preventivo y retención cautelar.

¹⁹ Varias de estas cuestiones están ausentes de la actual regulación, como advierte Juan Carlos Marín, ob. cit; pág. 374.

²⁰ Sobre la cuestión, cfr. Marín González, ob. cit., pág. 380.

²¹ Sobre el tema, a propósito de la prohibición de celebrar actos o contratos, véase de don Raúl Tavolari Oliveros, Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial, en ‘El Proceso en Acción’, Editorial Libromar Limitada, Santiago, 2000, págs. 357 a 380, en particular el análisis de la evolución histórica de la norma actual en págs. 364 a 366.

- 8.- Luego, y tratándose de la *prohibición de celebrar actos o contratos*, el Proyecto amplía la medida cautelar por cuanto comprende tanto la prohibición de contratar como la prohibición de enajenar, en ambos casos, tanto respecto de los bienes materia del proceso como respecto de otros bienes determinados del demandado; con el conocido presupuesto específico de peligro: Cuando las facultades (económicas) del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio (art. 181)²².
- 9.- Se reitera la regla conforme a la cual, para que los bienes objeto del proceso se comprendan dentro de la regla del artículo 1464 N° 4 del Código Civil, es necesario que se decrete prohibición a su respecto.
- 10.- Respecto de los efectos de la prohibición, para que alcance a terceros, se exige inscripción, regla que rige para los inmuebles y que ahora incluye a los muebles sujetos a inscripción en un registro público. Tratándose de muebles no sujetos a inscripción, la medida sólo alcanza a terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo de celebrar el contrato o ejecutar el acto cuya prohibición se pide.
- 11.- Finalmente, se eliminó la regla conforme a la cual, tratándose de bienes muebles, el demandado sería responsable de fraude si hubiere procedido a sabiendas. Con la regla actual basta acreditar que el demandado actuó a sabiendas para que se declare su responsabilidad, situación que se ve alterada al eliminarse dicha frase.
- 12.- El art. 171 del Proyecto incluyó, adicionalmente, entre las medidas conservativas, cualquiera otra que se estime idónea. Con esta norma se incluye toda medida indeterminada que sólo tenga por objeto el mero aseguramiento de cosas o de un estado o situación de hecho, pero además permitiría obtener efectos de conservación algo más allá del mero aseguramiento, con un grado de satisfacción de la pretensión principal, como sería, por ejemplo, impedir la publicación de un libro, paralizar la construcción o destrucción de una obra, suspender un decreto de expulsión de un funcionario o la suspensión de un acuerdo societario.
- 13.- La mayor novedad del nuevo sistema consiste en recoger en norma positiva las medidas anticipativas de la pretensión, reguladas en el art. 172 del Proyecto. En general, se trata de medidas que tienen por objeto ya no el mero aseguramiento de bienes o de una situación, ni la mantención de un statu quo, sino romper un estado de cosas, innovar respecto de una relación o situación, mediante la satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal. Se trata de satisfacer, antes de la sentencia, lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido²³. Se trata de obtener

²² Un detalle: El proyecto alude al riesgo de que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente “resultado”, habiendo querido decir “garantía”.

²³ Ortells, ob. cit., pág. 270.

decisiones que si se adoptaran en el momento normal (la sentencia) perderían en todo o parte su eficacia. Calamandrei hizo ver la diferencia que demuestra este tipo de tutela cautelar con las restantes: El grado de regulación del mérito de la relación sustancial controvertida. En la tutela conservativa el juez se limita a *“aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito”*, en cambio, en la tutela anticipada, *“la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”*²⁴.

14.- Fue la ley 19.968, sobre Tribunales de Familia, la que en su artículo 2325 introdujo, formalmente, la potestad de decretar cautela innovativa, aunque ejemplos de anticipación de la pretensión ya existían en nuestro ordenamiento: los alimentos provisorios (art. 327 del Código Civil y art. 4° de la Ley 14.908), la separación provisional del trabajador sujeto a fuero (art. 174 Código del Trabajo), la suspensión provisional de una obra denunciada (art 565 CPC), el acceso provisional a la demanda en proceso sumario (art. 684 CPC), la interdicción provisional del disipador y del demente (art. 446 y 461 del Código Civil), la declaración provisional de bien familiar (art. 141 inc. 3° del Código Civil).

15.- En la regulación del Proyecto, estas medidas pueden decretarse “fundadamente”, *“cuando se haya de temer que de no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión”*. Así, por ejemplo, si se demanda la remoción de un administrador por manejos irregulares o descuidados de sus bienes, puede pedirse como medida cautelar su remoción anticipada, nombrando un administrador interino, decisión (anticipada y provisoria) que recae sobre el mérito (y no sobre otra cosa), y que está destinada a durar hasta el momento en que esta remoción provisoria se convierta en permanente tras la sentencia que resuelve el proceso.

16.- De acuerdo al inc. 2° del art. 172 del Proyecto, estas medidas sólo proceden en caso que las de tipo conservativo demostraren ser insuficientes para resguardar la eficacia

²⁴ Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís M. (con prólogo de Eduardo Couture), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 59.

²⁵ Dicho artículo 22 dispone: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”. Nótese el grado de poderes que se asigna a los jueces en este tipo de asuntos. La justificación a semejantes atribuciones puede encontrarse en que se trata de procesos civiles no dispositivos, por regla general.

de la pretensión hecha valer, lo que el juez debe hacer constar en la resolución de la medida. Notoriamente se ha querido obrar con prudencia en la regulación de estas medidas: No son de aplicación directa, debiendo el demandante convencer al juez sobre la ineficacia de las conservativas, y con el correlativo deber del juez de fundamentar esa circunstancia en la resolución que conceda estas medidas. Ello tiene justificativo por el grado de intrusión que significan en la esfera jurídica del demandado, y el riesgo que se corre de caer en casos de *“ejecución sin título”*. El elemento diferenciador sigue siendo la *instrumentalidad* esencial de todas las medidas cautelares.

- 17.- La mejor demostración de cuanto sostenía Calamandrei en orden a que las providencias anticipativas importaban un juzgamiento sobre el mérito de la pretensión principal, la constituye el hecho que el legislador ha debido disponer expresamente que los fundamentos de la resolución que se pronuncie sobre una medida anticipativa no importan *“un prejuicio sobre la pretensión del actor ni constituirán una causal de inhabilidad del juez que la concedió”* (art. 172. inc. final). Si no excusara a los jueces de una eventual implicancia o recusación, ésta sería procedente porque para anticipar la decisión de fondo, aunque resulte obvio decirlo, el juez ha debido emitir opinión y decisión sobre él.
- 18.- Atendido precisamente el grado de intrusión que significan estas medidas, es que el recurso de apelación que se interponga contra la resolución que otorgue una medida anticipativa, gozará de preferencia para su vista, se agrega extraordinariamente a la tabla y la audiencia no admite suspensión por las partes. Es decir, debe decidirse rápidamente, dado que el recurso no es suspensivo y mientras tanto la medida estará ejecutándose o en vías de ser ejecutada (arts. 172 inc. final en relación al art. 184).

6. PROCEDIMIENTO

- 1.- Corresponde analizar bajo este epígrafe cuestiones relativas a la legitimación para solicitar y la competencia para decretar medidas cautelares, la oportunidad para impetrarlas, los requisitos de la solicitud, y la tramitación que debe darse a ella.
- 2.- El *agente* de la solicitud es siempre el sujeto activo de la relación procesal, sea actor o demandante reconvenional (art. 165 inc. 1°), proscribiéndose la actividad cautelar de oficio por el Tribunal. En este ámbito, y como vimos, sólo se autoriza al tribunal para decretar una medida diversa de la solicitada por el demandante si, resguardándose de igual modo la pretensión, la medida fuere menos gravosa y perjudicial para el demandado (art. 165 inc. 2°).
- 3.- Respecto a la *competencia*, el art. 170 del Proyecto establece la regla general: Es competente para conocer y resolver sobre la solicitud, “el tribunal que esté conociendo o hubiere conocido del proceso principal en primera instancia”. Esta norma merece algunos comentarios: De acuerdo a la regla general de competencia de la extensión

(art. 111 COT)²⁶, la medida cautelar la debe decretar el tribunal que esté conociendo del proceso principal; norma que refuerza la característica de instrumentalidad de estas medidas respecto del proceso principal. Luego, se aclara la situación de las medidas cautelares que se solicitan una vez impugnada la sentencia: Las resuelve el tribunal que hubiere conocido del proceso principal en primera instancia. Me parece que esta es la forma adecuada de comprender una regla mal redactada, pues al consagrar el art. 170 que la cautela la decide el tribunal que conoce o conoció del proceso en primera instancia, alguien podría concluir que en los procesos de instancia única (con sentencia inapelable)²⁷ no procede la tutela cautelar. La norma debió decir “*el tribunal que esté conociendo o hubiere conocido del proceso principal en primera o en única instancia*”. Como sea, el sentido de la norma es otro: Ha querido aclarar la situación que se da tras la impugnación de la sentencia: ¿Pueden decretarse medidas cautelares y qué tribunal es competente para decretarlas? La regla aclara la duda: Es posible y debe decretarla el tribunal que conoció del proceso principal en primera (o en única) instancia.

- 4.- ¿Puede solicitarse una medida cautelar estando apelada con efecto suspensivo la sentencia? La respuesta en el Proyecto es afirmativa, por existir una norma expresa en tal sentido (art. 342), que incluso comprende la atribución del “tribunal inferior”²⁸ para alzar, mantener y modificar la cautelar²⁹. El tribunal competente es el que conoció del proceso principal en primera instancia.
- 5.- El art. 170 agrega que si el proceso no se hubiere iniciado al pedirse la medida cautelar, lo será el que fuere competente “para conocer de la demanda posterior correspondiente”, norma que reitera la regla del art. 178 COT.

²⁶ Esta norma no sería aplicable si a la expresión “incidencias” del art. 111 del COT se le asignara el sentido restringido y técnico de incidente.

²⁷ Por ejemplo, en materia civil y comercial, aquellos cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales, esto es, de hasta unos 650 dólares (art. 45 N° 1 letras a) y b) del COT.

²⁸ Aunque parezca una distracción, me parece inadecuado en el ámbito de los recursos hablar de tribunales inferiores y superiores, desde que esa nomenclatura se reserva para cuestiones de carácter disciplinario. En sede recursiva es preferible referirse al tribunal a quo y al ad quem, o bien al tribunal que pronunció la resolución y aquel que debe conocer y fallar el recurso en su contra.

²⁹ De acuerdo a las reglas del CPC me parece que puede arribarse a la misma conclusión, precisamente porque su art. 191, tras proclamar (con evidente falta de rigurosidad) que la apelación en ambos efectos “suspende la jurisdicción del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa” agrega en su inc. 2° que ese tribunal podrá entender “en todos los asuntos en que por disposición expresa de la ley conserve jurisdicción”. Tampoco comparto la opinión mayoritaria en orden a que la apelación suspensiva prive de competencia al juez. La competencia la asigna y la quita la ley, no los recursos. Estos, al igual que la demanda o la contestación, delimitan el objeto del proceso, conforme al principio dispositivo. Es decir, la apelación suspensiva impide que el tribunal a quo siga conociendo del proceso principal; pero nada impide que ese tribunal decrete una medida cautelar: Tiene jurisdicción y competencia para ello, desde que pueden solicitarse en cualquier estado del juicio (art. 290) y la interposición de una apelación revela que aún existe juicio.

- 6.- Respecto a la *oportunidad* procesal, hay varias cuestiones que conviene analizar. Del tenor de los arts. 159, 171, 176 y 182 surge claramente que estas medidas pueden adoptarse en *cualquier etapa del proceso, incluso antes de su inicio*. Una aclaración es necesaria: La oportunidad en que se solicite una medida cautelar no altera su naturaleza, su forma de ser, su carácter. Sea que se pidan antes o durante el proceso, son siempre medidas cautelares; es posible que se altere su tramitación, pero ello no determina que se altere su condición esencial. De ahí que me parezca inadecuado tratar las medidas cautelares que se solicitan previo al proceso, dentro de otra categoría de diligencias previas al proceso cuya finalidad y naturaleza es esencialmente diversa: las medidas pre-judiciales probatorias y preparatorias³⁰. El momento inicial no es difícil de configurar: Comprende el momento anterior a la interposición de la demanda, e incluso aquel posterior a la presentación de ella pero previo a su notificación (art. 159); y obviamente todo momento posterior.
- 7.- ¿Hasta cuándo pueden decretarse? No hay una norma expresa al respecto, que no sea la de competencia una vez impugnada la sentencia. Me parece que después de ejecutoriada la sentencia definitiva no es posible impetrar medidas cautelares, por la sencilla razón que después de ejecutoriado el fallo, no hay juicio, o mejor dicho, proceso. Desde otra perspectiva, soy de opinión en orden a que las medidas cautelares decretadas durante el proceso, deben ser alzadas si dentro de cierto plazo no se da comienzo a la ejecución de la sentencia, regla que no ha sido recogida en el Proyecto.
- 8.- ¿Pueden decretarse una vez impugnada la sentencia? La respuesta es positiva, conclusión a la que arribamos al analizar la regla de competencia, que permite concederla al tribunal que hubiere “conocido” del proceso principal en primera instancia. En todo caso, esta conclusión merece alguna precisión: ¿Qué suerte corre la medida si se rechaza la demanda? Me parece que dada la instrumentalidad de estas medidas, y principalmente su carácter provisional, si el juez que la concedió al dictar sentencia ha quedado absolutamente convencido de que la pretensión del actor está desprovista de todo fundamento, con mayor razón desaparecerá la cautelar para cuya resolución el juez requirió de un menor grado de convicción (verosimilitud).
- 9.- Respecto a la *tramitación de la cautela previa al proceso*, el art. 176 regula el contenido de la solicitud, que entiendo será escrita, y resuelta fuera de audiencia, debiendo el peticionario expresar los motivos graves y urgentes que motivan la cautela en esa forma, la pretensión que deducirá fundándola someramente. Deberá otorgar la garantía e individualizar, si procede, los bienes afectos a la medida. El tribunal la decretará sin audiencia del futuro demandado y la medida se ejecutará sin notificación previa a éste. En esta resolución, el tribunal determina el plazo que tiene el requirente para presentar

³⁰ De ahí las críticas a la manera de estructura estas medidas en el Proyecto. Véase supra 2 número 10.

y notificar la demanda, y solicitar la mantención de la cautelar decretada, que no puede ser superior a 30 días. La inobservancia de estas cargas provoca la caducidad de pleno derecho de la medida, a menos que se haya otorgado prórroga del mismo. El art. 182, que regula esta cuestión, agrega que el afectado puede demandar los perjuicios ocasionados, en un proceso declarativo ordinario.

10.- La tramitación de las medidas cautelares solicitadas *durante el proceso* es quizás la más relevante reforma introducida en esta materia en nuestro ordenamiento, pues tras largos años de debate, se había tornado pacífica la cuestión del procedimiento de las cautelares, concediéndose, por regla general, sin audiencia al demandado, postergándose el contradictorio (por incidente de oposición promovido por el afectado). El art. 183 del Proyecto dispone para estas medidas la tramitación incidental, esto es, con audiencia, sin suspender el curso del proceso principal, y con ejecución diferida, obviamente, al momento que se resuelva favorablemente la solicitud del actor. Una adecuada comprensión de la regla exige considerar que en el Proyecto, los incidentes pueden promoverse en audiencia (art. 129) o fuera de ella (art. 130), circunstancia que se previó al regular las cautelares pues el art. 184, al referirse a la apelación de la resolución que se pronuncia sobre una cautelar, distingue el caso de aquellas decretadas fuera de audiencia, lo que demuestra que la cautela puede decretarse en audiencia o fuera de ella. Para sistematizar la explicación, conforme a las reglas del Proyecto, las situaciones que pueden presentarse son éstas:

- a) Si la medida se solicita en *audiencia*³¹, el tribunal debe decidirla de inmediato, y si exigiere prueba, la recibirá en la audiencia o en la oportunidad que fije el tribunal; todo ello, sin perjuicio de la atribución del juez para reservar la decisión dentro de 5° día, si la complejidad del asunto lo amerita. En este caso, la medida debe ser solicitada verbalmente. Semejante tramitación comporta una sorpresa para el demandado, y exige del actor preparar adecuadamente su solicitud.
- b) Si la medida se solicita fuera de audiencia, se promoverá por escrito, del que se confiere traslado por 3 días al demandado para que la conteste, debiendo ambas presentaciones contener toda la oferta de prueba de que piensen valerse las partes. De ser necesaria la prueba, el tribunal concentrará toda ella en una sola audiencia, al término de la cual recibirá los alegatos sobre la prueba rendida y fallará la cuestión. Si dentro de los 20 días siguientes de evacuado el traslado, se hubiere de

³¹ Es necesario comprender el alcance de estas reglas: Cuando el Proyecto se refiere a incidentes que tienen lugar dentro o fuera de una audiencia, está considerando las audiencias del asunto principal, y en el proceso declarativo, el ordinario consulta dos audiencias (la preliminar y la de juicio), y el sumario una. De ahí que me parece inadecuada la remisión del art. 183 conforme al cual estas medidas se tramitarán “como incidente, de acuerdo a las reglas generales”. La experiencia de la reforma procesal penal, de una parte, y de la familiar, por otra, debe utilizarse provechosamente para no introducir reglas de difícil aplicación práctica.

verificar la audiencia preliminar o de juicio –hipótesis exclusiva del procedimiento ordinario–, la prueba y el fallo tendrán lugar en la correspondiente audiencia. En los casos en que las partes no ofrezcan prueba, o el tribunal no estime necesario decretar³² prueba alguna, la solicitud se falla de inmediato, una vez contestado el traslado.

- c) Sólo una vez concedida la medida, podrá ésta ejecutarse. En este punto, el inciso segundo del art. 183 del Proyecto contiene una norma, similar al actual 302, que permite “llevarla a efecto aun antes de notificar a la persona contra quien se dicte”, regla que exige una mejor redacción, pues en realidad está pretendiendo normar la posibilidad de *decretar* (y no sólo ejecutar o llevar a efecto) medidas cautelares, durante el proceso, sin audiencia al demandado, lo que se desprende del inciso final del art. 183 que reglamenta el régimen de impugnación. Entendida en este sentido, se trata de medidas decretadas sin conferir traslado al demandado, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal las decreta por resolución en que fundamente ese proceder. En este caso, la medida se decreta y ejecuta sin oír al demandado, debiendo el actor notificar a éste por cédula, dentro de los 10 días siguientes contados desde la ejecución de la misma, bajo sanción de ser canceladas de plano.

11.- Este régimen procedimental tiene la virtud de respetar el principio de contradicción, exigible aun en sede cautelar, desde que este tipo de medidas suelen ser gravosas para el demandado y es razonable y justo oírle antes de proceder a decretarlas. Sin embargo, me parece preferible que se regule un procedimiento específico para las cautelares antes que efectuar una remisión tan genérica a los incidentes que deja lugar a dudas de procedimiento, especialmente si se considera el diseño de los procedimientos que consultan audiencias en el Proyecto.

7. IMPUGNACIÓN

- 1.- Tratándose de la cautelar previa al proceso, antes de iniciarse éste, el afectado no tiene derecho a oponerse a la ejecución de la medida, sin perjuicio de pedir su alzamiento en el momento procesal oportuno (art. 182). El Proyecto no especifica ese momento, pero está íntimamente vinculado con la presentación y notificación oportuna de la demanda, y de la resolución que mantiene la medida. Me parece al menos que desde que se notifica la providencia que mantiene la medida, el demandado tiene derecho a impugnar la decisión y provocar su alzamiento, cuestiones ambas que no necesariamente avanzan por la misma cuerda: Puede impugnarse, por ejemplo, por faltar alguno de los presupuestos generales o específicos de las cautelares; puede solicitarse alzamiento,

³² El tribunal decreta pruebas a pedido de partes, de otro modo altera el dispositivo y deja de ser imparcial.

ofreciendo contracautela. Estimo que esta oposición deberá tramitarse incidentalmente, y que la resolución del incidente es apelable (art. 335 del Proyecto).

- 2.- Si se trata de medidas adoptadas dentro del proceso, en una audiencia, la impugnación deberá promoverse en ella y ser resuelta a su término, quedando a salvo el recurso de apelación no suspensivo para la parte agraviada con la resolución (arts. 184 y 335). El plazo de esa apelación es de 10 días.
- 3.- Si la medida se adopta fuera de audiencia, la impugnación debe promoverse dentro de los tres días del traslado de la medida; la decisión es susceptible de reposición, con apelación subsidiaria (art. 184), dentro de tercero día (art. 331).
- 4.- Tratándose de la cautelar que se adopta dentro del proceso, sin audiencia del demandado, éste podrá oponerse dentro de 10 días o en la audiencia preliminar, dependiendo del evento que ocurra primero, oposición que se tramita incidentalmente. En este caso, esos 10 días deben computarse desde que se le notifica la medida, a menos que antes tenga lugar la audiencia preliminar, hipótesis reservada sólo para el procedimiento ordinario. La decisión es impugnabile por vía de apelación (art. 184).

8. MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO

- 1.- El Proyecto no reguló en forma sistemática y pormenorizada el régimen de modificación y alzamiento de las medidas cautelares, siendo ello recomendable, pues no debe dejarse margen a la discusión en esta materia. Así, debió regularse expresamente el cambio de circunstancias, como motivo para obtener su cesación o modificación; la situación tras la sentencia absolutoria no firme, o con sentencia estimatoria parcial, además de la obvia situación que se produce con la sentencia absolutoria firme.
- 2.- De las normas del Proyecto en este sentido, vimos que a propósito de la *proporcionalidad*, puede el tribunal, a requerimiento de “partes” analizar la conveniencia de mantener una medida y revisar los fundamentos que llevaron a decretarla; regla imprecisa, pues ese requerimiento provendrá normalmente del demandado, y no debiera restringirse al principio de proporcionalidad, sino que en general, frente al cambio de circunstancias en función de su carácter provisional. Hemos de interpretar esta regla en orden a que esa solicitud se tramitará incidentalmente, siendo apelable, con solo efecto devolutivo, la resolución de esta cuestión (art. 335).
- 3.- El Proyecto reguló la contracautela como mecanismo de alzamiento, la que deberá ser suficiente, siendo improcedente en aquellos casos en que el bien sujeto a la medida sea materia del juicio. La contracautela sólo puede ser en dinero o en una garantía real. Su importe lo determina el tribunal, pudiendo oír el parecer de un perito (art. 175).

9. CONCLUSIONES

- 1.- Como anticipé, se advierte un intento de mejorar la sistematización de las medidas cautelares, adecuando sus normas a los conceptos, principios y presupuestos que la dogmática procesal ha venido elaborando y que sólo por vía interpretativa era posible extraer de las normas del viejo Código de Procedimiento Civil. Se destacan, entre otras, las normas que sintetizan concretamente los principios de proporcionalidad y provisionalidad, además de una regulación sobre la responsabilidad que debe recaer sobre el solicitante de cautelares.
- 2.- Se destaca, junto a las conocidas formas de tutela conservativa (secuestro, intervención, retención y prohibición de ejecutar actos y contratar), una regulación, aunque restrictiva, de la tutela anticipativa.
- 3.- Como señalé, a propósito de los presupuestos de la tutela cautelar, el Proyecto introduce de modo general, ya no sólo para la tutela prejudicial y la innominada, la exigencia de caución para todas las medidas cautelares; exigencia que en el CPC sólo rige para la cautela prejudicial (art. 279) y la innominada (art. 298). Esta nueva regulación, de mantenerse, dará mejor cuenta de los principios de dualidad de posiciones y de igualdad, como elementos constitutivos de todo proceso.
- 4.- El Proyecto innova al recoger, en normas positivas, las viejas nociones dogmáticas relativas al *fumus* y al peligro en la mora procesal, de modo que vienen estas a constituirse en elementos que guían al intérprete en la aplicación adecuada de estas normas y en particular, en una mejor dispensación de tutela cautelar.
- 5.- Sin embargo, el verdadero cambio de paradigma viene de la mano de las reglas de tramitación de la solicitud de medidas cautelares, que supone *audiencia* al demandado, que, como expresé, es congruente con el principio de contradicción o de bilateralidad, pero además con el principio de dualidad de posiciones. El proceso exige, para ser tal, dos posiciones antagónicas que se resuelven por la decisión del tercero imparcial. Las medidas cautelares no tienen que escapar a esos principios desde que con su otorgamiento se generan no pocas consecuencias nocivas en el patrimonio del afectado con ellas; sin perjuicio de la regulación particular de concesión sin audiencia en casos específicos regulados en el Proyecto (prejudiciales y cautela urgente).
- 6.- De entrada expresé que era un error grave del Proyecto el confundir las medidas prejudiciales o diligencias preliminares (preparación de la litis y prueba anticipada) con las medidas cautelares, al regular el Título XIII del Libro I unas y otras, como si fueran especies de un mismo género. Se trata, empero, de una cuestión sencilla de reparar, si se destina un título a las diligencias preliminares y otro a las cautelares; o bien, como es mi opinión, si se regula toda la tutela cautelar en un Libro diverso.

- 7.- Si bien se mejora en alguna medida la regulación actual en cuanto a que el nombramiento, cambio o remoción de interventor se tramita por incidente no suspensivo (art. 178. inc. 2°), se echa de menos en esta regulación alguna regla sobre la exigencia de cuenta, la remuneración del interventor, el régimen de responsabilidad, las causales o motivos de remoción, la posibilidad de renuncia, en fin, varias cuestiones que por ahora parecieran confiadas a la prudencia judicial.
- 8.- En general, se aprecia un mejor tratamiento de la tutela cautelar, dispuesto en un conjunto más coherente de normas que las que actualmente se contienen en el CPC, y en particular es casi seguro que el procedimiento y el régimen de responsabilidad, previstos en el Proyecto, abrirán margen a una discusión necesaria, pues ambas regulaciones rozan cuestiones esenciales, que hasta ahora la legislación procesal civil chilena no ha afrontado seriamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Baduel, Maximiliano y Baduel, Jorge E. Medidas cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís M. (con prólogo de Eduardo Couture), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Marín Gonzalez, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el Proceso Civil Chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Ortells Ramos, Manuel. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, vol. 2º (con Juan Montero Aroca, Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Monton Redondo), J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991.
- Tavolari Oliveros, Raúl. Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el Recurso de Protección?, en 'Tribunales, Jurisdicción y Proceso', Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 137-168.
- Tavolari Oliveros, Raúl. Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial, en 'El Proceso en Acción', Editorial Libromar Limitada, Santiago, 2000, págs. 357 a 380.

PANORAMA DE LA EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Andrés Saldivia Wellmann¹⁻²

SUMARIO

1. Ubicación; 2. La acción ejecutiva; 3. Los sujetos: A. El ejecutante y el ejecutado. B. El oficial de ejecución. C. El tribunal de ejecución. D. Terceros; 4. El procedimiento: A. El inicio. B. La oposición. C. El apremio; 5. Conclusiones.

1. UBICACIÓN

- 1.- El Proyecto de Ley que aprueba el Nuevo Código Procesal Civil³ (en adelante “NCPC” o “el Proyecto”), regula la ejecución en el Libro Cuarto, denominado “Procedimientos Especiales”, en particular en su Título I, denominado “de la ejecución”, entre los arts. 363 y 473. Adicionalmente, el Libro IV dispone un título⁴ relativo al *procedimiento monitorio* (arts. 474 a 482) cuyas normas tienen relación con las normas del procedimiento ejecutivo.
- 2.- La *ubicación* de estas normas entre los procedimientos *especiales* me parece inadecuada y reiterativa del yerro que se advierte en el Código de Procedimiento Civil, consistente en confundir categorías procedimentales. Si se dedica un Libro (el II) a los “procedimientos declarativos”, lo lógico es que se destine otro (en mi opinión, uno III) a los “procedimientos ejecutivos” o a “la ejecución”; y al interior de cada uno de ellos, habrá que regular las normas comunes y los procedimientos especiales, de cada categoría (de-

¹ Abogado. Profesor Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico a.saldivia@asistenciaslegales.cl

² Por razones de espacio y también por la naturaleza precaria de las normas en análisis, este es sólo un panorama de la ejecución, y más propiamente de las cuestiones procesales involucradas en el Proyecto. De ahí que las reglas de apremio no sean tratadas con la misma intensidad. En todo caso, de entrada debo destacar que el Proyecto mejora cualitativamente las reglas de apremio en comparación a las contenidas en el CPC.

³ El Proyecto fue enviado por la Presidenta de la República a la Cámara de Diputados, por Mensaje N° 398-357, de fecha 18 de mayo de 2009, e ingresó a la Cámara de Diputados el 16 de junio de 2009, con el Boletín N° 6567-07. Actualmente se encuentra en primer trámite legislativo. El texto del Proyecto puede obtenerse del vínculo <http://sil.senado.cl/pags/index.html>.

⁴ El texto del Proyecto erróneamente refiere el monitorio al “Título III”, debiendo decir “Título II”. En general el texto del Proyecto tiene errores de referencia (como el del art. 480, que alude a un Párrafo 2 del Título II del Libro IV, que no existe), omisiones (como la ausencia del recurso de hecho que el art.339 refiere, pero que el Proyecto no reguló); inadecuada sistematización (porque a mi juicio el procedimiento de ejecución del Libro IV no es especial, sino ordinario); incoherencias (todas las normas sobre ejecución no dineraria aluden al “tribunal” como órgano de ejecución). A ellos se suman yerros ortográficos y gramaticales. En suma, pareciera que no hubo una revisión final del texto para darle coherencia y sentido de unidad, así como detectar falencias, lo que en comparación con la labor de los juristas del siglo diecinueve resulta imperdonable por la cantidad y calidad de medios técnicos con que se cuenta hoy para facilitar este tipo de labores. La codificación exige rigurosidad técnica para que tenga sentido.

clarativa y ejecutiva). De ahí que, por ejemplo, regular la ejecución en un mismo libro que la denuncia de obra nueva, es un error de técnica que manifiesta incompreensión de las categorías dogmáticas típicamente procesales, a la par que alejamiento de la noción de “Código”. Si se mantiene esta sistematización, tanto dan la leyes dispersas como los códigos, que a la larga pasan a ser una misma cosa⁵.

- 3.- En todo caso, y pese a su ubicación dentro del Código, el Proyecto contiene una mejor sistematización de las normas sobre ejecución, pues, tras disponer unas reglas generales (sobre los presupuestos de la acción, el título y el procedimiento ejecutivo), todo el resto de la normativa se estructura sobre la base de una gran distinción entre las dos modalidades que puede adoptar la ejecución: Dineraria y no dineraria, como buena parte de los códigos modernos. Esta forma de regular la ejecución mejora notablemente el tratamiento de diversas situaciones que en el actual CPC no están reguladas y que por ende debilitan actualmente la tutela del crédito.
- 4.- Dicho lo anterior, de entrada debo anotar que el Proyecto ha mantenido, para la ejecución de las sentencias nacionales⁶ los procedimientos consabidos: El incidental y el ejecutivo. La diferencia sin embargo es profunda, como se verá enseguida, desde que el incidental constituye actividad ejecutiva jurisdiccional, en tanto que la segunda modalidad (procedimiento de ejecución) ya no⁷.

⁵ La idea de acceso a la justicia no tiene por qué significar abandono de aquellas categorías ideales que se han construido por el trabajo de los juristas de todas las épocas. Para que las personas accedan de modo expedito a la tutela jurisdiccional no es requisito que las leyes sean mal escritas, diseñadas a la rápida y con procedimientos confusos u omisivos; es necesario emplear la mejor técnica jurídica al servicio del hombre, que para eso ha sido elaborada.

⁶ A la larga, las sentencias extranjeras, tras el exequátur, llegan a la misma regla (art. 227 NCPC, semejante al art. 251 CPC). Las sentencias contra el Fisco y órganos estatales se rigen por reglas especiales (art. 228) similares a las actuales.

⁷ La afirmación anterior, exige alguna precisión, pese a que el cumplimiento incidental de resoluciones no es materia de este estudio. No siempre la ejecución será “simplemente un trámite administrativo” (Mensaje, p. 19); y que cuando se trate de la ejecución de sentencias, no siempre se acudiría a un juez de ejecución, y si es necesario iniciar la ejecución de una sentencia conforme a las reglas de ejecución del Libro IV, la competencia pareciera distribuirse: a) El oficial de ejecución despacha y despliega toda la actividad de ejecución; b) Los “asuntos litigiosos” derivados de la ejecución, son de conocimiento de los “tribunales” que resulten competentes conforme a las reglas generales, a elección de la parte que haya obtenido en el pleito (art. 210 inc. 3º del Proyecto). Es decir, el ejecutante, pasado el año, debe siempre acudir al oficial de ejecución y someterse a las normas de ejecución del Título I del Libro IV; y, el ejecutado, para impugnar la ejecución, podrá optar entre el tribunal que dictó la resolución en primer o única instancia o ante un tribunal de ejecución. Pero veremos que de mantenerse intactas estas normas, habrá que precisar aún más las explicaciones, porque todas las normas sobre ejecución no dineraria (condenas de hacer, de no hacer o de entregar cosa distinta al dinero) aluden, en mi opinión por inadvertencia, al “tribunal” como sujeto a cargo de la ejecución, reglamentación casi idéntica a la que se contiene entre los arts. 699 a 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

Por lo mismo, todas las explicaciones y descripciones que siguen son sólo aplicables a la ejecución regulada en el Título I del Libro Cuarto del Proyecto, y no comprende el cumplimiento incidental de resoluciones judiciales.

- 5.- Veremos cómo es que esta regulación puede finalmente incidir en la forma como se dispone la actividad típicamente jurisdiccional, tradicionalmente descrita bajo las con-sabidas fórmulas de *conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado* sintetizadas normativa-mente en la propia Constitución. He venido enseñando a mis alumnos que esta fór-mula es incompleta, desde que los tribunales no sólo ejecutan títulos jurisdiccionales (ejecutar lo juzgado) sino que además un buen número de títulos no jurisdiccionales. Pues bien, la nueva regulación quizás exija otra precisión: La ejecución no es actividad típicamente jurisdiccional, es decir, no es, necesariamente, un *momento* jurisdiccional. Lo analizaremos más adelante.

2. LA ACCIÓN EJECUTIVA⁸

Para comenzar, fijemos algunas cuestiones dogmáticas a partir de las cuales es posible un desarrollo de las ideas esenciales que la ejecución presenta en las normas del Proyecto.

- 1.- Cualquiera sea el concepto de *acción* que se utilice, es pacífico que ésta es un derecho subjetivo público a provocar y obtener tutela jurisdiccional (abstracta o concreta, según sea la tesis que se sostenga). Este derecho se ejerce hacia el Estado de modo de promo-ver la actividad jurisdiccional a objeto de que esta ejecute su función: Declaración y realización (eventual) del Derecho (teorías objetivas) o la resolución de conflictos de intereses de relevancia jurídica (teorías subjetivas).
- 2.- Por otra parte, es ya tradicional la descripción de las tareas o *actividades* de la jurisdic-ción, que algunos denominan *momentos*: Conocer, resolver (o juzgar) y hacer ejecutar lo juzgado. Como es sabido, esta noción tiene antigua recepción constitucional. El núcleo de la función jurisdiccional es la declaración (juzgar) del derecho, es decir, la actuación del Derecho objetivo en distintos ámbitos. ¿Qué rol tiene la jurisdicción una vez que los derechos han sido declarados o adjudicados por ésta? ¿Y si esa adjudicación consta de ciertos *títulos*, es necesaria la función jurisdiccional? Estas son cuestiones que rozan la decisión legislativa de estructurar procedimientos ejecutivos.
- 3.- ¿Qué es la acción ejecutiva? A partir de esas dos nociones, la acción ejecutiva se presenta como un derecho subjetivo público a obtener tutela jurisdiccional ejecutiva. ¿Qué es o

⁸ Siendo este un trabajo más bien descriptivo, un análisis dogmático de los presupuestos de la ejecu-ción sólo se justifica para comprender las normas proyectadas. En este caso, he decidido tratar la cuestión de la acción ejecutiva, someramente, para intentar explicar las normas más importantes que expresan el cambio de modelo que se advierte en el Proyecto.

en qué consiste esa *tutela ejecutiva*? La realización, por la jurisdicción, de actos ejecutivos para obtener la completa satisfacción del crédito invocado por el acreedor ejecutante.

- 4.- De la lectura de las normas del Proyecto relativas a la ejecución, resulta que se alude directamente a la *acción ejecutiva* a propósito de sus *presupuestos* (art. 363), de la *sede de su ejercicio* (art. 364); de su *prescripción* (art. 365); y, del *contenido de la solicitud* que constituye la expresión material de su ejercicio (art. 367). No hay una definición de la acción ejecutiva, lo que no merece reproches desde que, técnicamente, las leyes no tienen esa misión dogmática.
- 5.- ¿Contiene el Proyecto una genuina *acción ejecutiva*? Más allá de sus propios términos, me parece que no estamos frente al ejercicio de una verdadera *acción* para provocar y obtener tutela jurisdiccional ejecutiva. Y es que de la mera lectura de las normas resulta que esta *acción* se ejerce mediante una *solicitud* ante un *oficial de ejecución* y no ante un órgano jurisdiccional⁹. El oficial de ejecución es un órgano administrativo (no jurisdiccional) a quien se atribuye la potestad de despachar la ejecución y desplegar toda la actividad necesaria para obtener la completa satisfacción del acreedor ejecutante¹⁰. De modo que de *acción* solo tiene el nombre, pues si bien puede aún sostenerse la existencia de un derecho subjetivo público a una tutela ejecutiva, no hay promoción de actividad jurisdiccional ni pretensión de obtener que la jurisdicción, desplegando su función, brinde esa tutela.
- 6.- Técnicamente, quien promueve la actividad jurisdiccional en esta ejecución es el deudor ejecutado, para que, en doble instancia, se *declare* la procedencia o improcedencia de la ejecución (arts. 374 y 379 NCPC); y, adicionalmente, el acreedor puede llegar

⁹ Por cierto, la ejecución de una sentencia escapa a esta regla si el cumplimiento se pide antes de un año de la exigibilidad de la obligación, caso en que es posible acudir al tribunal que dictó la resolución en primera o en única instancia (arts. 210 y 212 del Proyecto). Esta es una afirmación generalizadora y exige más espacio para su desarrollo. Anticipo desde ya la necesidad de una profunda revisión de estas reglas desde que el diseño del Proyecto pareciera prever o exigir un Tribunal o Juez de Ejecución (Así resulta de la lectura del Mensaje que inicia el Proyecto y de la regulación de los arts. 363, 364, 369, 371, 373, 374, 397, 399, 406, 425, 428, 436 y 474 que aluden a esos tribunales). En síntesis, es imprescindible afrontar la regulación orgánica, no dispuesta en este Proyecto, para que se cumpla la pretensión de coherencia y efectividad que se leen en el Mensaje Presidencial. Ello porque habrá que conceder que no siempre la ejecución será “simplemente un trámite administrativo” (Mensaje, p. 19); y que cuando se trate de la ejecución de sentencias, no siempre se acudirá a un juez de ejecución, y si es necesario iniciar la ejecución de una sentencia conforme a las reglas de ejecución del Libro IV, la competencia pareciera distribuirse: a) El oficial de ejecución despacha y despliega toda la actividad de ejecución; b) Los “asuntos litigiosos” derivados de la ejecución, son de conocimiento de los “tribunales” que resulten competentes conforme a las reglas generales, a elección de la parte que haya obtenido en el pleito (art. 210 inc. 3º del Proyecto). Es decir, el ejecutado, para deducir su demanda de oposición, podrá optar entre el tribunal que dictó la resolución en primer o única instancia o ante un tribunal de ejecución. Queda fuera de estas consideraciones la amplia posibilidad de ejecución provisional que se dispone en este Proyecto, desde que la regla general en materia de apelación es que ésta no suspende los efectos de la resolución.

¹⁰ La ejecución sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante (art. 382 NCPC).

a promoverla para decidir sobre los presupuestos y requisitos para el despacho de la ejecución, en caso que el órgano ejecutor la haya denegado (art. 371 NCPC).

- 7.- La función jurisdiccional a que el ejercicio de la acción da lugar, no se define por la actividad ejecutiva. Dicho de otro modo, la ejecución no es consustancial a la jurisdicción. Y la idea de que la ejecución quede confiada a la administración ha sido defendida desde antiguo por el más ilustre jurista nacional del siglo 19, don Manuel Egidio Ballesteros, quien, en todo caso aludiendo a la ejecución de sentencias, entendía que *“la atribución de hacer ejecutar lo juzgado no es propia, científicamente hablando, de los tribunales de justicia”*¹¹.
- 8.- Por lo demás, la acción se ejerce a través de una *demanda*, lo que precisamente no ocurre con la ejecución que regula el Proyecto. La demanda es el acto de iniciación del proceso pero además es el medio de ejercer la acción para provocar y obtener tutela jurisdiccional. La presentación de una *solicitud* no constituye, técnicamente, ejercicio del derecho de acción (procesal). Cabe recordar que al Estado no se le solicita tutela, sino que se le demanda, desde que ha proscrito la autotutela y monopolizado la solución de conflictos. Para asegurar la activación y ejercicio de esa función, es que se estructura el concepto de *acción* como derecho de exigir del Estado tutela jurisdiccional, que si se *demand*a, es de ejercicio inexcusable.
- 9.- ¿A qué da lugar la *solicitud* que el acreedor formula al oficial de ejecución? Ciertamente no da lugar a un proceso, esto es, al método de debate o mecanismo de solución que el Estado dispensa a dos sujetos en dualidad de posiciones contradictorias que exigen ser resueltas por acto de autoridad con cualidad de *cosa juzgada*. Este es suficiente argumento para demostrar que la solicitud del acreedor no es ejercicio de una acción. Más aún, si se lee el art. 364 NCPC que la acción se ejercerá directamente ante el oficial de ejecución y sin necesidad *“de intervención del juez”*.
- 10.- Entonces, no estamos ante una genuina *acción*, siendo quizás conveniente una rectificación de los términos que emplea el Proyecto para referirse a la actividad que despliega el acreedor ante el oficial de ejecución. Resulta inadecuado sostener de una parte que la

¹¹ Manuel E. Ballesteros, La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile. Tomo I, Imprenta Nacional, Santiago, 1890, pág. 12. Invito a leer las reflexiones de Ballesteros que no reproduzco por su extensión. Pero advierto que Ballesteros hace una defensa de su tesis a propósito de analizar la ejecución como una de las actividades que comprende la función que se confía a los tribunales en la Constitución de 1833 (nuestro actual art. 76 de la Constitución). Esto porque el lector sabe que esa norma es inexacta en sus términos, desde que la ejecución es posible respecto de sentencias y de títulos diversos a la sentencia, de modo que la frase “ejecutar lo juzgado” no es cabal: deja fuera el procedimiento ejecutivo de ejecución de títulos no jurisdiccionales. Quizás con la aprobación de las normas de este Proyecto, esa frase constitucional recobre su significación original: La jurisdicción ejecuta cuando de ejecución de sentencias se trata; e interviene en la ejecución de títulos no jurisdiccionales a pedido del afectado (deudor ejecutado) para actuar el derecho objetivo eventualmente infringido a propósito de la ejecución administrativa.

ejecución se inicia por una solicitud y disponer por otra que este es el medio de ejercer una *acción* ejecutiva, pues la gran novedad de esta regulación es que la ejecución tiene lugar ante una autoridad administrativa (el Oficial de Ejecución) y no ante un órgano jurisdiccional, el que sólo interviene para decidir la controversia que deduce el ejecutado contra el ejecutante, pretendiendo tutela jurisdiccional contra el título, la obligación contenida en él o contra el procedimiento mismo. Si la acción es un derecho subjetivo público para obtener tutela jurisdiccional (ya para declarar y, eventualmente, realizar el derecho; ya para solucionar un conflicto de intereses), resulta difícil sostener que el ejecutante, al pedir la ejecución ante una autoridad administrativa, esté promoviendo la actuación de la jurisdicción. Pero esto, además, tiene un sinfín de consecuencias jurídicas, que se deducen de la esencial distinción entre la actividad administrativa y la jurisdiccional, caracterizada esta última por su alteridad¹², la imparcialidad del órgano llamado a ejercerla y, por cierto, la cualidad inmutable y coercible del resultado de su actividad (cosa juzgada).

- 11.- Una adecuada comprensión de esta cuestión es esencial para entender los deslindes de la actividad de ejecución que tiene lugar tras la solicitud del ejecutante; pues de otro modo existe el riesgo de aplicarle categorías procesales que no resulten adecuadas a su naturaleza. No olvido que la acción ejecutiva se ejerce tanto cuando se tiene título no jurisdiccional como cuando, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia declarativa, se pretende luego hacerla ejecutar. Es decir, postulo que aun en el procedimiento que en Chile conocemos como cumplimiento incidental se ejerce acción, y no estamos frente a un mero derivado de la acción que desembocó en la sentencia declarativa. En ambos casos, se pretende tutela ejecutiva (cumplir coactivamente una prestación contenida en un título al que la ley le atribuye la suficiencia necesaria para exigir la garantía jurisdiccional mediante el embargo).
- 12.- De ahí que las referencias a la acción ejecutiva que se contienen en los arts. 363 (presupuestos), 364 (interposición); 365 (prescripción); y 367 (contenido de la solicitud), resulten inapropiadas, siendo deseable que esas referencias sean eliminadas, reemplazándolas simplemente por alusiones directas a la ejecución. De mantenerse esa nomenclatura equívoca-

¹² La actividad jurisdiccional es siempre despliegue de actos respecto de otros y nunca para la jurisdicción misma. La jurisdicción actúa siempre en función de un derecho o interés ajeno o del interés público (de tutelar el ordenamiento jurídico); de ahí que sea típica de esta actividad la imparcialidad y el desinterés objetivo de la persona que detenta el ejercicio material de la función. Sobre esta cuestión, cfr. Andrés de la Oliva Santos, *Derecho Procesal. Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2ª Edición (1ª reimpr. enero 2002), Madrid, 2002, págs. 23-26. Para un concepto de acción y de instancia procesal, es de lectura imprescindible Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1989 (reimpresión), págs. 36 a 42 y 75 a 96.

ca, se arriesga la posibilidad de creer que es posible abrir alguna discusión a la ejecución en sede no jurisdiccional, lo que alteraría gravemente el diseño y los fines propuestos¹³.

13.- Sobre si resulta apropiado o no *desjudicializar* la ejecución, es posible escribir un tratado y mil volúmenes. Desde justificaciones a partir del derecho romano que no siempre conoció una genuina ejecución jurisdiccional¹⁴; o el germánico, que constituyó una ejecución privada con actuación del juez a instancia del deudor¹⁵, la realidad comparada mundial¹⁶, el acceso a sistemas informáticos que hacen posible solicitudes y despacho de ejecución por medios electrónicos¹⁷, y el acceso a la justicia, siempre será posible argumentar buenas y notables razones para una y otra fórmula. El problema es sin embargo otro (y tan viejo como la injusticia): Alcanzar buena dosis de equilibrio entre garantía y eficacia. Si ello se logra, bienvenida la fórmula.

3. LOS SUJETOS

¿Quién promueve la ejecución, ante quién, contra quién? Esta es otra cuestión de interés en el Proyecto.

a) El ejecutante y el ejecutado

1.- No hay gran novedad en señalar que la ejecución la promueve el acreedor que, premunido de un título, solicita tutela ejecutiva. Pero hay que cuidarse de creer que la solicitud y la invocación de tutela ejecutiva lo convierten en parte, pues no se ha ejercido

¹³ En el Mensaje se justifica el cambio de paradigma en “una imperiosa necesidad de coherencia de nuestro sistema, por descargar a los tribunales civiles de una labor que en gran parte no les es propia, y por evitar un desgaste jurisdiccional y económico inútil”. Se trata, sin duda, de buenas y razonables intenciones. Pero hay que evitar que vayan camino al infierno, que está plagado de buenas intenciones. Si ya hay tribunales que deniegan el despacho de la ejecución en sede preparatoria, argumentando razones propias del examen confiado al juez en sede ejecutiva (post preparación), puedo imaginar cualquier cosa, como el intento de detener el despacho de la ejecución oponiendo excepciones a la pretendida “acción” ejecutiva. Es cierto también, y lo asumo, que el derecho no puede responder a temores, pero una buena técnica nos alivia de malas prácticas.

¹⁴ Originalmente, en el derecho romano no existía un “procedimiento” ejecutivo pues la decisión del iudex provenía de un particular que, por ende, carecía de imperio; de ahí que se autorizara al particular para usar la fuerza, fenómeno que se disuelve en el tiempo, cuando aparece el juez oficial y desaparecen los jueces privados. Para un desarrollo de estas cuestiones, cfr. José Ramiro Podetti, Tratado de las ejecuciones, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1952, págs. 11 ss; y Aldo Topasio Ferretti, Procedimiento Civil Romano, Edeval, 1992, págs. 31-34, 106-108 y 114-116.

¹⁵ Cfr. Podetti, ob. cit., págs. 13-14.

¹⁶ Recomiendo la lectura del artículo intitulado Estudio Comparativo. Cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa, de Carolina Villadiego Burbano, disponible en la página web del CEJA, en el vínculo www.cejamericas.org/doc/proyectos/Estudio_cobranzas_y_ejecucionajustado.pdf. Un panorama europeo en el vínculo http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/enforce_judgement_gen_es.htm.

¹⁷ En Inglaterra y Gales existe un servicio estatal para el cobro de deudas por internet (www.moneyclaim.gov.uk) desde el año 2002, y, desde el 2006, uno para reclamaciones por posesión (www.possessionclaim.gov.uk).

acción ni se ha iniciado proceso alguno¹⁸. Las mismas consideraciones deben extenderse al ejecutado.

- 2.- De esa constatación, resulta que las cuestiones relativas a la capacidad, la legitimación y la postulación, deban ser afrontadas con cuidado y rigor. Como las normas proyectadas han estructurado una ejecución administrativa, habrá que cuidarse de extender dogmas procesales a toda la actividad ejecutiva.
- 3.- Las normas sobre capacidad no se ven alteradas: Se exigirá a ejecutante y ejecutado, capacidad de goce y de ejercicio, con plena aplicación de las normas de derecho común sobre capacidad y representación.
- 4.- Las reglas de postulación procesal no tienen aplicación, desde que no se trata de una presentación ante un tribunal de la República (arts. 1 y 2 de la Ley 18.120). De ahí que la solicitud de ejecución no requiera representación letrada (arts. 364 y 367 NCPC); y sí en cambio resultan exigibles para la demanda de oposición a la ejecución que deduce el deudor ejecutado contra el ejecutante ante el tribunal de ejecución.
- 5.- La legitimación, entendida como una posición habilitante para invocar la tutela ejecutiva, resultará del título, de modo que aun cuando no es necesario expresarla, será controlada por el oficial de ejecución, sin perjuicio de la actuación jurisdiccional eventual posterior.
- 6.- Sobre el control de estas cuestiones, el oficial de ejecución tiene atribución para fiscalizar su concurrencia, desde que el art. 369 NCPC le impone examinar que en la solicitud de ejecución se respeten los presupuestos y requisitos para despachar la ejecución.
- 7.- La ejecución puede tener lugar entre uno o más sujetos, regulándose la acumulación de ejecuciones ante el oficial de ejecución y, eventualmente, ante el tribunal. Ello comprende varias ejecuciones entre un mismo acreedor y un mismo deudor y la acumulación de ejecuciones seguida por diversos acreedores contra un mismo deudor, rigiendo en este último caso la regla de acumulación al proceso¹⁹ más antiguo (arts. 373 NCPC en relación a los arts. 49 ss. NCPC).

b) El Oficial de Ejecución

- 1.- ¿Ante quién se despliega la actividad de ejecución? Esta cuestión constituye quizás la que mayor impacto provoque entre los operadores jurídicos, acostumbrados al procedimiento ejecutivo en manos de la jurisdicción, instaurado en Chile con la entrada en

¹⁸ De ahí que el art. 373 NCPC yerra al referirse a las partes cuando permite que se acuerde la acumulación ante el oficial de ejecución.

¹⁹ Sin ánimo de majadería, debiera decir ejecución o proceso más antiguo, pues la acumulación puede tener lugar ante el oficial o ante el juez.

vigencia del CPC de 1902, y cuyo antecedente inmediato fue una de las leyes marianas (el Decreto Ley de 8 de febrero de 1837 sobre juicio ejecutivo).

- 2.- La ejecución tiene lugar ante el oficial de ejecución, que, según aparece del Mensaje, es *“un funcionario (...) cuya naturaleza, facultades, prohibiciones y régimen disciplinario serán regulados en una ley especial que se dictará prontamente”*²⁰.
- 3.- Del mismo Mensaje surge que el oficial de ejecución será un funcionario *administrativo* y no jurisdiccional, desde que se expresa que esa será la naturaleza de la resolución que dicte. ¿Cuál es la competencia de este funcionario? El proyecto no contiene una norma orgánica en este sentido, y se entiende que se dictará una ley que definirá sus facultades. De la lectura de diversas normas, surge claramente, que este funcionario tiene las siguientes atribuciones:
 - a) Examinar el título y resolver sobre el despacho de la ejecución (arts. 364, 367 y 369 NCPC);
 - b) Resolver el reclamo del ejecutante ante la negativa del despacho (art. 371 NCPC);
 - c) Ejecutar medidas de localización y averiguación de bienes (art. 370 NCPC);
 - d) Efectuar notificaciones, en particular, requerir de pago al deudor (art. 370 y 390 NCPC);
 - e) Llevar a efecto medidas de apremio contra el patrimonio del deudor, en especial, el embargo de bienes (arts. 370, 372, 390 ss. NCPC);
 - f) Requerir a terceros (agentes públicos o particulares) inscripción, anotación y registro de los embargos decretados (395, 415 y 416 NCPC); retención de intereses, rentas y frutos (art. 409 NCPC);
 - g) Requerir al deudor para que efectúe una manifestación de bienes (art. 397 NCPC);
 - h) Imponer multas coercitivas al deudor que no respondiere al requerimiento de manifestación de bienes (art. 397 inc. 3º NCPC);
 - j) Investigar el patrimonio del ejecutado, a instancias del acreedor (art. 398 NCPC);
 - k) Resolver sobre la ampliación, reducción y modificación del embargo (art. 406 inc. Final NCPC);
 - l) Designar depositarios (arts. 413 NCPC);

²⁰ Mensaje, pág. 19.

- m) Efectuar entrega directa al acreedor de determinados bienes embargados (art. 421 NCPC);
 - n) Desplegar toda la actividad necesaria para la realización de los bienes embargados (arts. 422 a 424 NCPC)
 - ñ) Aprobar acuerdos de enajenación (art. 425 NCPC);
 - o) Ofertar inmuebles familiares en venta amistosa (art. 426 NCPC);
 - p) Comparecer ante el Tribunal de ejecución en la audiencia de aprobación de la enajenación de inmuebles (art. 428 NCPC);
 - q) Ser designado administrador judicial de empresas, derechos o capitales embargados (art. 418 NCPC).
- 4.- Estas atribuciones están desplegadas a lo largo de los capítulos 1 y 2 del Título I del Libro IV, es decir, entre las disposiciones generales y las reglas de ejecución dineraria. Hago esta advertencia porque el **oficial de ejecución desaparece de escena en la ejecución no dineraria** (arts 461 a 473 NCPC). ¿La explicación? No es posible sustentarla, porque el Mensaje Presidencial no distingue al presentar la ejecución en manos exclusivas del oficial aludido. Y de la lectura de los arts. 461 a 473 NCPC surgen que el despacho de la ejecución queda a cargo del “tribunal”, así como **todo** el resto de la actividad de ejecución, sin que aparezca regulado un procedimiento a seguir ante el “tribunal”. ¿Omisión, falta de sistematización? Puedo aportar este antecedente: La Ley de Enjuiciamiento Civil Española dedica 13 artículos (699 a 711) a la ejecución no dineraria. Si el lector se toma la molestia de compararlos con los 13 artículos del Proyecto (arts. 461 a 473 NCPC), podrá, quizás, conjeturar sobre el origen de esta extraña situación²¹.
- 5.- El oficial de ejecución no es un agente extraño en el derecho comparado. Con diversos nombres, se reglamenta su naturaleza, su régimen de responsabilidad, sus atribuciones y su relación con los órganos jurisdiccionales. Una de las cuestiones relevantes a resolver en torno a su reglamentación, dice relación con la naturaleza de su vínculo (dependencia o independencia) con los órganos jurisdiccionales (o con el Poder Judicial), porque

²¹ De la lectura comparada sólo resultan diferencias menores: Las palabras “auto” y “providencia” de la ley española, aparecen, en el Proyecto, bajo la genérica fórmula “resolución”; luego, un par de remisiones a artículos anteriores fueron sustituidos; y, lo que está en la LEC y no en el Proyecto, son reformas del 2002 y 2003 a la LEC que el redactor del Proyecto nacional no tuvo a la vista. Siguiendo la “técnica” legislativa empleada por los redactores del Proyecto, a esta altura, la recomendación es obvia: Que utilice la herramienta “buscar/reemplazar” del programa computacional, para sustituir la expresión “tribunal” por “oficial de ejecución”. Para comparar, acceda a la LEC en el vínculo http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l1-2000.l3t5.html o a su versión original y oficial, en <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/08/pdfs/A00575-00728.pdf>.

es perfectamente posible incardinar este órgano al interior de la organización jurisdiccional, como un *auxiliar* de la administración de justicia o bien erigirlo como un nuevo ente autónomo, con personalidad jurídica (o al menos dependiente de la administración de modo de tener un patrimonio del que obtener exacción de responsabilidad), cuestión que deberá quedar resuelta antes de definir el procedimiento a emplear ante él para evitar incoherencias normativas. Adicionalmente, dicho estatuto deberá definir la cuestión no menor del imperio del oficial para ejecutar sus resoluciones, que no queda claramente definido, pues si bien se impone a todas las personas y entidades, públicas y privadas, un deber (u obligación) de colaboración, y ello comprende a Carabineros y a otras entidades públicas (¿incluidas los tribunales?), pareciera prudente detenerse en la regulación de esta cuestión, que puede resultar sensible ante la Constitución.

- 6.- En su Informe, la Corte Suprema, tras expresar su apoyo en general a una sustitución del viejo Código, precisamente a propósito de la ejecución, sin mostrar rechazo a la idea central (ejecución administrativa) ha mostrado su preocupación por *“la amplitud de las potestades que se confieren al referido funcionario administrativo en un campo que actualmente es jurisdiccional, sin considerar, por otra parte, que requerirá de imperio para hacer cumplir sus resoluciones y que la forma de llevar a efecto el despacho de ejecución que establece el artículo 370 de la iniciativa podría afectar garantías constitucionales del ejecutado”*²².
- 7.- Una cuestión constitucional que habrá que abordar es la atribución que estas normas reconocen al oficial de ejecución (y al tribunal, según el caso) de privar de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, al ejecutado. Es sabido que conforme al art. 19 N° 24 de la Constitución, esa privación sólo puede tener lugar en virtud de una expropiación, expresión que no incluye el embargo ni la realización forzada de bienes del deudor por resolución administrativa o judicial²³.

²² Oficio N° 199, de 7 de agosto de 2009. El texto del informe está disponible en la página web del senado y en el siguiente vínculo de la web del poder judicial: <http://www.poderjudicial.cl/oficios/OFI-CIO%20199-2009%20P%20L%20%2047-2009%20%20Aprueba%20nuevo%20Codigo%20Procesal%20Civil.pdf>

²³ El tema ha sido abordado por don Raúl Tavolari Oliveros, en *Algunas reflexiones en torno a la regulación positiva actual del embargo y la enajenación forzada en el derecho chileno*, en sus “Comentarios Procesales”, Edeval, Valparaíso, 1994, págs. 9-35; también en “Juicio Ejecutivo. Panorama Actual”, (con don Juan Colombo Campbell, don Hugo Pereira Anabalón, don Patricio Valdés Aldunate y don Maturana Miquel), Conosur, Santiago, 1995, págs. 67 a 93, en particular sobre la cuestión, págs. 82 a 85.

c) El tribunal de ejecución

- 1.- ¿Qué rol juega la jurisdicción en la ejecución? Como no se ha regulado en forma sistemática un “juez o tribunal de ejecución”²⁴, por ahora, sólo podemos esbozar su estatuto. De partida, es recomendable unificar la denominación, siendo preferible utilizar la expresión *tribunal*, que se ajusta a la Constitución, cuyo art. 76 atribuye la función jurisdiccional a los tribunales.
- 2.- Si faltara su estatuto orgánico, habrá que aplicar las reglas comunes dispuestas en el Código Orgánico de Tribunales, para resolver todo lo relativo a régimen de designación de integrantes, subrogación e integración, implicancias y recusaciones, requisitos, inhabilidades, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, responsabilidad, suspensión y expiración.
- 3.- La competencia del tribunal de ejecución no aparece aún establecida en forma sistemática en el Proyecto, siendo sólo posible obtener su contenido a partir de las reglas proyectadas:
 - a) Resolver el reclamo del acreedor ante la negativa del oficial de ejecución de despachar la ejecución (art. 371 NCPC);
 - b) Conocer y resolver la demanda de oposición a la ejecución (arts. 369 inc. 2 y 374 a 380 NCPC);
 - c) Decretar la suspensión del procedimiento de ejecución (art. 381 NCPC; y en las tercerías, arts. 435 en relación a los arts. 439, 445, 448 y 455 NCPC);
 - d) Resolver la acumulación de ejecuciones que se sigan ante él (art. 373 NCPC);
 - e) Imponer sanciones y multas coercitivas (arts. 397, 399 NCPC);
 - f) Conocer y resolver incidentalmente la nulidad del embargo sobre bienes inembargables (art. 403 inc. 2 NCPC);
 - g) Resolver la petición del acreedor o del deudor de alterar la decisión del oficial de ejecución sobre ampliación, reducción y modificación del embargo (art. 406 NCPC);
 - h) Ordenar y constituir la administración judicial de bienes (arts. 417 a 420 NCPC);
 - i) Aprobar la enajenación de inmuebles (art. 428 NCPC) y declarar la venta amistosa de bienes familiares (art. 425 NCPC);

²⁴ Como ocurrió con los juzgados de garantía, para la ejecución penal; y los de cobranza laboral y previsional; que significaron sendas modificaciones al Código Orgánico de Tribunales y leyes orgánicas especiales.

- j) Conocer y resolver las tercerías de dominio, posesión, pago y prelación (arts. 433 a 460 NCPC);
 - k) Conocer y resolver en el procedimiento monitorio (arts. 474 a 482 NCPC);
 - l) Ejecutar incidentalmente sentencias nacionales (art. 210 NCPC) y, eventualmente, sentencias extranjeras (art. 227 NCPC).
- 4.- No me refiero al rol que el tribunal tiene, en apariencia, en la ejecución no dineraria, por las razones antes expresadas. A menos que se argumente que en esos casos se trata de actividad sustitutiva de voluntades y de vencimiento de resistencias, invasivas de garantías constitucionales, que sólo son posibles o admitidas a un tribunal, se trata simplemente de una falta de adecuada sistematización de las normas proyectadas²⁵.
- 5.- En síntesis, la jurisdicción sólo interviene para decidir el conflicto que promueve el deudor afectado por una ejecución, atacando el título, el desarrollo de la ejecución o la obligación (demanda de oposición); asimismo, tiene reconocidas algunas atribuciones de control sobre el oficial de ejecución (negativa a despachar la ejecución, decisión de la demanda de oposición, aprobación o rechazo de enajenaciones, suspender el procedimiento, alterar la decisión del oficial relativa a la ampliación, reducción y modificación del embargo); y tiene el monopolio de la ejecución en ciertos casos (procedimiento incidental y monitorio).

d) Terceros

Finalmente, aunque no sea posible una profundización, vale la pena describir la forma como el proyecto regula la intervención de terceros en el procedimiento.

1. Hablar de terceros en la ejecución, es hablar, en primer lugar, de la intervención de aquellas personas que vean comprometidos ciertos derechos con la ejecución. Se trata de las conocidas tercerías de dominio, posesión, pago y prelación. En este orden de ideas, el Proyecto **mejora notablemente la regulación contenida en el CPC**, y que pueden resumirse así:
 - a) Se impone una regla general de conducta del oficial de ejecución en cuanto a que para calificar la eventual pertenencia al ejecutado de los bienes a embargar, debe basarse en indicios y signos externos de los que, razonablemente, pueda deducir esa pertenencia (art. 433 NCPC).
 - b) El principio de actuación del oficial de ejecución es que *el embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será eficaz*, sin perjuicio de las acciones co-

²⁵ Véase la nota 18.

respondientes que puedan ser ejercidas por el dueño de los bienes embargados (art. 434 NCPC).

- c) Se aclara que la ejecución sólo admite las tercerías de dominio, posesión, derecho para ser pagado preferentemente y derecho para concurrir en el pago a falta de otros bienes, denominándolas (art. 435 NCPC). Se evita así la discusión sobre si en este procedimiento regían las reglas generales de intervención de terceros²⁶.
- d) Las tercerías *no suspenderán* la tramitación de la ejecución, salvo en los casos previstos en la ley (arts. 435 en relación a los arts. 439, 445, 448 y 455 NCPC), que exigen aviso al oficial de ejecución.
- e) El tribunal competente para conocer y juzgarlas, es el tribunal de ejecución (arts. 436, 440, 445, 451, 435 NCPC);
- f) Se unifica el *procedimiento* para todas ellas: Sumario (arts. 440, 445, 449 y 456 NCPC)²⁷;
- g) Se delimita claramente la *oportunidad procesal* para promoverla en función del curso de la ejecución: Desde el embargo (incluso preventivo) y hasta antes de la realización del bien o entrega del dinero obtenido con ella o, en caso de adjudicación al ejecutante, hasta antes que éste adquiera la titularidad de los bienes en derecho (arts. 437, 445, 447 y 454 NCPC);
- h) Se determina su naturaleza de *demanda*²⁸ y se impone la notificación por cédula del proveído de tercería a los apoderados del ejecutante y ejecutado²⁹ (arts. 440 y 445 NCPC para dominio y posesión; la de prelación y pago se someterán a la regla común, a falta de norma especial: personalmente, si es la primera gestión, art. 91 NCPC);
- i) Se regulan los efectos de la no contestación, en términos de estimarse admitidos los hechos (arts. 442, 445, 450 y 457 NCPC);

²⁶ La regulación exige una reflexión: La ejecución no constituye, técnicamente, un proceso, con apertura de debate, prueba y decisión. De ahí que sea natural que no se admita la intervención de terceros, pues el oficial de ejecución no es órgano jurisdiccional a quien plantear controversias jurídicas o pedir decisiones sobre derechos o intereses. Es más, piénsese que la tercería se promueve ante el tribunal de ejecución, y el oficial sólo suspenderá la ejecución, por orden expresa del tribunal.

²⁷ No hay espacio acá para examinar las consecuencias de esta regulación, pero habrá que coordinar las reglas de procedimiento sumario con las especiales que se regulan para las tercerías.

²⁸ Como acto iniciador de proceso, continente de la acción y con pedido de concreta tutela jurisdiccional.

²⁹ La regla es necesaria pues debe quedar claro que si en la ejecución, el ejecutante y el ejecutado tienen apoderados, es a ellos a quienes debe efectuarse la notificación, para evitar toda duda que legítimamente podría surgir desde que la resolución se ha dictado en un proceso respecto de una ejecución que no lo es.

- j) De una vez por todas, se aclara normativamente la naturaleza jurídica de la resolución que resuelve la tercería: Sentencia definitiva (443, 445, 452 y 460) lo que determina su régimen de notificación (personalmente en audiencia, art. 318 NCPC) y recursivo (apelación no suspensiva, arts. 335 y 340 NCPC);
- k) Se regulan otras cuestiones que no alcanzo a analizar: La proscripción de tercerías sucesivas sobre un mismo bien (arts. 438, 445, 453 NCPC); los efectos del allanamiento y el desistimiento en las de prelación y pago (arts. 451 y 458 NCPC); el régimen de costas (arts. 443, 445, 452 y 460 NCPC); e incluso los efectos de la mala fe (art. 443 y 453 NCPC).
- 2.- Ya hemos visto que el Proyecto impone a todas las personas e instituciones, públicas y privadas, un deber general de colaboración, imponiéndoles la obligación de auxiliar en las actuaciones de ejecución y a entregar al oficial de ejecución o al tribunal cuantos documentos y datos tengan en su poder, sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes (art. 399 NCPC). De modo que esta es una particular regulación que se impone respecto de terceros extraños al procedimiento, lo que sin dudas contribuye a reforzar la tutela del crédito y, en general, imprime a esta actividad una autoridad que en las reglas del CPC no se advertía. En este orden de ideas, el propio art. 399 NCPC atribuye al tribunal, a solicitud del oficial de ejecución³⁰, y previa audiencia de los interesados, la capacidad de imponer multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el oficial les haya requerido. Se regula, eso sí, el deber de no usar y resguardar los datos ajenos a los fines de la ejecución que recibiere el oficial.
- 4.- Finalmente, se regulan terceros que tienen una especial vinculación con la ejecución: Los depositarios y administradores judiciales. Respecto a los depositarios, se mejora el tratamiento y extensión de casos en que intervienen (arts. 408 a 410 NCPC), sus facultades, derechos y responsabilidades (arts. 413 y 414 NCPC). En los casos de embargos de empresas o grupos de empresas o acciones o participaciones mayoritarias de un capital, patrimonio o derechos, se regula la posibilidad de constituir una **administración judicial** designada por el tribunal de ejecución, pudiendo incluso recaer el nombramiento en un oficial de ejecución, con sustitución y/o intervención de la administración. Se trata de una notable mejora en la forma como se regula el embargo de derechos en un patrimonio cuya administración a cargo del ejecutado las más de las veces tiende a disminuir en perjuicio del acreedor, siendo un procedimiento más eficaz que la persecución penal (por insolvencia punible, celebración de contrato simulado en

³⁰ El inc. 2º del art. 399 NCPC dice “el tribunal, a solicitud del juez de ejecución (...)” debiendo decir “el tribunal, a solicitud del oficial de ejecución (...)”. Y el mismo yerro comete al expresar “la colaboración que el tribunal les haya requerido” debiendo referirse al oficial de ejecución.

perjuicio de terceros, quiebra fraudulenta, etc.) y la civil (acciones revocatorias, de nulidad por simulación, oblicua o subrogatoria). En este caso, un órgano jurisdiccional, con audiencia, prueba y defensa de la administración y de los dueños del capital (que pueden ser distintos del ejecutado), decide el grado de intervención que se impondrá en el patrimonio. Un mejoramiento incuestionable en la tutela del crédito y en los grados de eficacia de la actividad ejecutiva.

4. EL PROCEDIMIENTO

Entremos en el curso del procedimiento. ¿Cómo se inicia la ejecución, quién y ante quién; qué curso sigue el procedimiento? En fin, veamos cómo es que todas estas cuestiones conocidas por los operadores jurídicos del CPC vienen reguladas en el Proyecto.

A. El Inicio

a) La Solicitud de Ejecución

- 1.- La ejecución se inicia mediante una **solicitud**, que, de estarnos a la letra del Proyecto, es el continente de la acción ejecutiva. Así resulta de la lectura de los arts. 363, 364, 365 y en particular del art. 367, que expresa que para “*ejercer su acción ejecutiva, el ejecutante (...) presentará (...) una solicitud de ejecución*”. Ya aclaré que en mi opinión no se trata, sin embargo, de una demanda y por ende no hay ejercicio de acción.
- 2.- El **contenido** de esta solicitud de ejecución, está descrito en el art. 363; en síntesis, consiste en acompañar el *título ejecutivo*; indicar la tutela ejecutiva que se pretende y la cantidad que se reclama; señalamiento de bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el objetivo de la ejecución; las medidas de localización e investigación que interese realizar a través del “tribunal” (debió decir *oficial de ejecución*); y la persona o personas, con indicación de las circunstancias que permitan su identificación, en contra de las que se pide que se despache ejecución, por aparecer en el título como deudores. Llama la atención de esta solicitud que no se exige la individualización del acreedor³¹, omisión que en todo caso se desprende desde que es él el que solicita la ejecución. Asimismo, se entiende que la solicitud es escrita, pues a ella debe acompañarse el título (arts. 367 y 368 NCPC); y nada obsta a que se reglamenten formularios al efecto, incluso electrónicos, que posibiliten su despacho por esa vía, sin perjuicio del acompañamiento material del título. Ya adelanté que la solicitud no exige patrocinio ni representación letradas (art. 367 NCPC).

³¹ Como ocurre en el art. 549 de la LEC 1/2000 de España.

- 3.- La solicitud exige acompañar el título, los documentos que permitan determinar la liquidación de la obligación³² contenida en él y los demás documentos que la ley exija para despachar la ejecución (art. 368 NCPC). Terminando con el carácter *autárquico*³³ que la doctrina había venido asignándole al título ejecutivo, el Proyecto permite acompañar “*cuantos documentos considere el ejecutante útil o conveniente para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla*”. El punto a discutir aquí será evitar que por esta vía se intente abrir la puerta a ejecuciones sin contar, genuinamente, con título.
- 4.- El repertorio de títulos ejecutivos no varía sensiblemente (art. 363 NCPC), siendo de notar que se mejora la redacción relativa a las sentencias como título ejecutivo, pues se dispone que constituye título la sentencia definitiva e interlocutoria, *condenatoria*, firme o ejecutoriada, y se incluye aquella que *cause ejecutoria*, siempre que no se haya decretado respecto de ella orden de no innovar³⁴. Se agregan los laudos o resoluciones arbitrales, inclusión que estimo innecesaria, y que sólo puedo justificar dado que el Proyecto no regula el procedimiento arbitral como el actual CPC, cuyo art. 635 no deja lugar a dudas al respecto³⁵. Se mantienen como títulos ejecutivos el acta de avenimiento, la copia autorizada de escritura pública, los títulos al portador o nominativos y los cupones, así como todo otro título a que las leyes den mérito ejecutivo, en idénticos términos que el CPC. Mención aparte merecen la confesión y los instrumentos privados.
- 5.- Respecto a la confesión, el Proyecto no la incluye como título ejecutivo, de modo que de prosperar estas reglas, habrá desaparecido la gestión preparatoria de confesión de deuda y, con ellas, todas las cuestiones a que ha dado lugar. ¿La razón? No hay en el Mensaje una explicación de esta eliminación.

³² Salvo que se trate de datos oficiales o de público conocimiento, regla que viene a poner fin a algunas dudas que existían sobre si era necesario acreditar el valor de unidades de reajustabilidad como la UF, el IPC y las tasas de interés.

³³ Conforme a la cual “el título debe bastarse a sí mismo y no puede complementarse”.

³⁴ Las peticiones de no innovar están reguladas en el art. 341 NCPC. ¿Cómo controla esto el oficial de ejecución? Aun cuando no esté clara aún la organización del los tribunales que aplicarán este procedimiento, no cabe imaginar certificados de no existir ONI. Me parece que esta es una de esas cuestiones que quedan al control del ejecutado que deberá fundar su demanda de oposición a la ejecución en la causal 5ª del art. 376, esto es, “no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución”.

³⁵ Esta norma manifiesta varias cuestiones interesantes: a) Las resoluciones y en particular la sentencia definitiva arbitral son ejecutables, de modo que son título si cumplen los presupuestos del art. 434 en relación a los arts. 174 y 175 CPC; b) El tribunal naturalmente competente para la ejecución, es el árbitro, a menos que haya vencido el plazo por el cual fue nombrado o el ejecutante acuda al tribunal ordinario competente. c) Esta elección de tribunal sólo procede respecto de la sentencia definitiva, porque para la ejecución de toda otra resolución, es exclusivamente competente el árbitro. d) Sólo si es necesario adoptar procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas o haya de afectar a terceros, debe ocurrirse al tribunal ordinario para la ejecución de lo resuelto. Esta es la verdadera dimensión de aquella conocida idea de que los árbitros carecen de imperio, que en caso alguno significa que no puedan hacer ejecutar sus resoluciones.

6.- En cuanto a los instrumentos privados, de acuerdo al Proyecto, estos constituyen título ejecutivo cuando:

- a) Sean reconocidos o mandados tener por reconocidos, pudiendo impugnarse su falsedad por el deudor al demandar al acreedor oponiéndose por ese motivo a la ejecución (arts. 363 N° 6 en relación a los arts. 372 y 374 N° 5 NCPC). No existe una gestión preparatoria de la vía ejecutiva prevista y destinada al efecto, de modo que habrá que proceder conforme a las reglas generales sobre esta cuestión regulada en el art. 273 NCPC³⁶.
- b) La letra de cambio o el pagaré, que hayan sido protestados personalmente por falta de pago y en ese acto no se haya opuesto tacha de falsedad, son títulos perfectos, de modo que no se requiere a su respecto gestión previa alguna, al igual como ocurre en el CPC.
- c) La letra, el pagaré o cheque en que la firma del aceptante o girador aparezca autorizada por notario u oficial de Registro Civil en comunas donde no tenga su asiento un notario, es título perfecto y no requiere, igual que ocurre actualmente, de notificación judicial del protesto.
- d) ¿Qué ocurre con la letra, el pagaré o el cheque en que la firma del aceptante o girador no aparezca autorizada por notario u oficial de Registro Civil? ¿Qué ocurre con la letra de cambio o el pagaré, que no hayan sido protestados personalmente por falta de pago? ¿Es necesaria la notificación judicial del protesto como gestión preparatoria de la vía ejecutiva?

Las normas del proyecto nada disponen al respecto, y la ley de cuentas corrientes bancarias y cheques y la de letras de cambio y pagarés aluden a la notificación judicial del protesto. Habrá entonces que afrontar normativamente la coordinación de todas estas reglas de modo que no queden incoherentes; a menos que sea claro que el propósito del legislador es eliminar la notificación judicial del protesto como gestión preparatoria.

Adicionalmente, cabe señalar que hay gestiones preparatorias reguladas en leyes especiales³⁷, lo que exige que el Congreso, al estudiar este Proyecto, dé un tratamiento coherente a estas cuestiones, pues no se justifica debilitar el crédito por la vía de eliminar procedimientos.

³⁶ De acuerdo a dicha norma “la parte que desee valerse de un documento privado emanado de la contraparte, podrá pedir su reconocimiento por el autor o por sus sucesores. Si el autor no objetare el documento dentro del plazo respectivo, se tendrá por reconocido el documento por el solo ministerio de la ley”. A su vez, los sucesores pueden expresar que no les consta que el autor sea el causante, pero si no lo objetaren dentro de plazo, se tendrá el documento por reconocido.

³⁷ A modo de ejemplo, las notificación judicial de la copia cedible de la factura y la carta de porte y la notificación judicial del título a los herederos.

- 7.- Es destacable en el Proyecto una mejor regulación de la liquidez o liquidación de la obligación en el título y en la demanda, así como de la situación de las cantidades expresadas en unidades reajustables y en moneda extranjera, que recogen las tendencias jurisprudenciales de los últimos años en esta materia. El NCPC dispone normas sobre ejecución por saldo de operaciones (art. 384); intereses variables (art. 385); una expresa regla sobre las eventuales variaciones (por intereses y reajustes) del monto líquido solicitado al promover la ejecución (art. 386); una moderna y novedosa norma sobre intereses causados por la mora procesal (art. 387); deudas en moneda extranjera (art. 388) que exigirá armonizar las disposiciones de la ley 18.010; la posibilidad de *ampliar la ejecución* en caso de obligaciones a plazo en que las cuotas vayan venciendo (y quedando insolutas) durante la ejecución, con atribución para ampliar el embargo (art. 389); regulándose de mejor forma el pago del deudor en el acto del requerimiento o antes del despacho de la ejecución (art. 391).
- 8.- El Proyecto es destacable también por contener una moderna y mejor regulación sobre el *exceso de avalúo*, que debiera tender a eliminar del foro la litigación con mero ánimo dilatorio, desde que la oposición del deudor por exceso de avalúo que no venga acompañada de la consignación del monto indiscutido, no suspende la ejecución (art. 375 NCPC).
- 9.- ¿Ante quién se presenta la *solicitud* de ejecución? Ante el oficial de ejecución, funcionario a quien toca examinar la concurrencia de los presupuestos y requisitos en la solicitud para despacharla (arts. 364, 367 y 369 NCPC).

b) El despacho de la ejecución y su notificación

- 1.- Presentada la solicitud de ejecución, el oficial de ejecución despachará la ejecución, siempre que concurren los presupuestos y requisitos ya señalados, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (ejecución dineraria o no dineraria) (art. 369 NCPC).
- 2.- La ejecución se despacha mediante una resolución que el art. 369 NCPC califica de *administrativa*, y que debe contener los requisitos del art. 370 NCPC, que en síntesis consisten en:
 - a) La determinación del ejecutado.
 - b) La cantidad por la que se despacha ejecución.
 - c) Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan (incluida la revisión de todas las bases de datos públicas y privadas).

- d) Los apremios que proceda imponer desde ese momento, incluido, si fuere posible, el embargo de bienes concretos.
 - e) El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento.
- 3.- Tras el examen hay diversas posibilidades: a) Que el oficial de ejecución deniegue la ejecución; b) Que la despache; c) Que el deudor pague antes del despacho.
- a) El oficial denegará la ejecución si estima que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución. ¿Qué puede hacer el acreedor ejecutante? Puede reclamar directamente ante el propio oficial de ejecución y, en caso de nueva negativa, ante el tribunal de ejecución competente. Si el tribunal estimare que la ejecución es procedente ordenará al oficial de ejecución correspondiente el despacho de ejecución (art. 371 NCPC). ¿Y si el tribunal la estima improcedente, confirmando la decisión del oficial? Nada dice la ley. Pareciera entonces que tras esta doble revisión, la decisión del tribunal, en única instancia, pone fin a la ejecución. No me parece irracional la fórmula, si se considera que ha existido un doble examen, primero por un profesional de la ejecución, y luego, por un órgano jurisdiccional, experto en cuestiones de derecho³⁸. En todo caso es recomendable que expresamente se denegara toda impugnación; o bien, expresamente se regulara un recurso (lo que, reitero, no me parece conveniente), para evitar que se escriban tomos y tomos sobre cuestiones de esta naturaleza.
 - b) Si el oficial despacha la ejecución (directamente o por orden del tribunal), lo hará por medio de una resolución administrativa y podrá llevar a efecto de inmediato las medidas de localización de bienes; sólo una vez notificada la solicitud de ejecución al ejecutado, podrá realizar las medidas de apremio, entre ellas, el embargo, a menos que, por motivos urgentes (que deberán constar en el despacho de la ejecución), decida proceder sin previa notificación del deudor (art. 372 NCPC). Cuando el título consista en títulos y cupones e instrumentos privados reconocidos, no se podrá adoptar medidas de localización y de apremio, sino una vez resuelta a favor del ejecutante la demanda de oposición o transcurrido el plazo para deducirla sin que el deudor la haya interpuesto, a menos que la confrontación de títulos, cupones y libros se haya hecho por notario o que se trate de instrumentos mercantiles perfectos (cheques, letras y pagarés que reúnan las condiciones antes anotadas).

³⁸ Dada la clasificación de resoluciones judiciales del art. 185 NCPC, esta decisión del tribunal parece no encuadrar en alguna de ellas; a menos que la expresión recurso que utiliza para definir las interlocutorias se asimile a medio de impugnación, forzamiento que conduciría a estimar que es de aquellas interlocutorias que falla un recurso deducido en contra de una resolución diversa a una interlocutoria.

- c) Ya vimos que si el deudor paga antes del despacho, termina la ejecución (art. 391 NCPC).
- 4.- Despachada la ejecución, el oficial de ejecución deberá notificar, personalmente al ejecutado, dicha *resolución* y la *copia de la solicitud ejecutiva*. Si el ejecutado no fuere habido en dos días hábiles distintos en su domicilio, morada o en el lugar donde desempeña su profesión u oficio, el oficial de ejecución estará facultado para notificarlo en cualquiera de estos lugares, *por cédula* (inc. final art. 370 NCPC). Llama la atención que una notificación personal, en caso de no ser habido el ejecutado, desemboque en otra por cédula, especialmente por las consecuencias que se desprenden de la notificación. No es lo mismo una notificación por cédula que la cédula que debe dejarse en caso de autorizarse la notificación personal subsidiaria del art. 95 NCPC (idéntica al viejo art. 44 CPC, sólo que, como era de esperar, ya no es necesario pedir al tribunal que se autorice, pues basta la certificación del ministro de fe para que éste proceda a ejecutarla). No es recomendable relajar la forma de notificación en esta etapa si el objetivo que se busca es evitar la litigiosidad y descargar de trabajo a los tribunales. A no ser que se haya incurrido en una confusión conceptual que debiera, entonces, corregirse.
- 5.- Despachada la solicitud de ejecución, el oficial de ejecución requerirá de pago al ejecutado por la cantidad reclamada en concepto de capital e intereses devengados, en su caso, y si no pagase en el acto, procederá al embargo de sus bienes en la medida suficiente para responder de la cantidad por la que se haya despachado ejecución y las costas de ésta, salvo las excepciones legales. El requerimiento de pago se entenderá perfeccionado con la notificación del despacho de ejecución.

B. La Impugnación

a) Oportunidad

- 1.- Una vez notificado el despacho de la ejecución, el ejecutado tiene un plazo de diez días para oponerse a ésta. Si el ejecutado hubiere sido notificado *por cédula* (vid. N° 4 anterior), el plazo se aumenta al doble. Si el ejecutado fuere notificado fuera de la provincia en que se encuentra el territorio jurisdiccional del tribunal competente o fuera del territorio de la República, el término de 10 ó 20 días, según sea el caso, se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que se encuentre según la tabla de emplazamiento (art. 374 NCPC).
- 2.- La norma califica este término de *común*. Agreguemos que se trata de un plazo legal, improrrogable, perentorio o fatal.

b) Forma de la impugnación: La demanda de oposición

- 1.- La forma de impugnar el despacho de la ejecución es interponiendo la correspondiente demanda ante el juez de ejecución competente. Es decir, es el deudor el que abre el contradictorio y por ende un proceso. La demanda deberá someterse a las reglas generales de competencia, incluidas, por cierto, las de distribución de causas y turno.
- 2.- La demanda de oposición a la ejecución está sometida a requisitos que de no cumplirse derivan en la declaración de inadmisibilidad de la misma:
 - a) Fundar la oposición en alguna o algunas de las causas taxativamente establecidas por el legislador (arts. 374 y 376 NCPC);
 - b) Señalar en forma precisa los hechos en que fundamenta cada una de las oposiciones formuladas (art. 374 inc. final NCPC, a contrario sensu);
 - c) Si el título invocado es una resolución, transacción o acuerdo, la demanda sólo puede fundarse en hechos acaecidos con posterioridad a la resolución, transacción o acuerdo cuyo cumplimiento se solicita;
 - d) Acompañar los documentos que legitiman la oposición fundada en pago, remisión, compensación, prescripción, quita, espera o pacto o promesa de no pedir y transacción.

Adicionalmente, el ejecutado deberá *ofrecer* en la demanda la prueba testimonial, pericial e interrogatorio de las partes, indicando los hechos sobre los cuales cada una de ellas deba recaer.

- 3.- Si la demanda no contiene los requisitos antes referidos, el tribunal, de plano, la declarará inadmisibile, decisión susceptible de apelación no suspensiva (art. 374 inc. final, NCPC). Si el ejecutado no ofrece prueba testimonial, pericial e interrogatorio de las partes, habrá precluido su derecho, y, si por su parte el ejecutante demandado tampoco lo hace en su contestación, no tendrá lugar la audiencia de oposición, y el tribunal deberá resolver de plano (art. 378 NCPC).

Por cierto, tratándose de una demanda, le resultan aplicables las normas sobre comparecencia en juicio y las disposiciones del NCPC sobre escritos y sobre la demanda.

- 4.- De estas normas, llama la atención la forma como el Proyecto regula la alegación de motivos formales y de fondo. La demanda puede fundarse en motivos de fondo (art.

374 NCPC)³⁹ o en motivos formales (art. 376 NCPC)⁴⁰. Se mejora notablemente la litigación si se restringe la posibilidad de demandar en esta sede todo tipo de motivos de oposición a la ejecución, y en particular si se exige fundamento documental, ello redundará en una mayor eficacia en la tutela del crédito. Lo que resulta contradictorio, es que los motivos formales deban oponerse en forma **subsidiaria** a los motivos de fondo (art. 376 NCPC); especialmente si se considera que al alegarse unos y otros, el tribunal resuelve primero los motivos formales y luego los de fondo: “Resuelta la oposición a la ejecución por motivos formales o no habiéndose alegado en la demanda tales motivos, el tribunal resolverá de plano sobre la demanda de oposición” (art. 378 NCPC).

- 5.- Si la demanda reúne los requisitos formales anotados, el tribunal debe conferir traslado al ejecutante para que la conteste. Asimismo, si se ha deducido demanda de oposición en tiempo y forma, **luego de trabado el embargo**, se suspenderá el curso de la ejecución, quedando el embargo vigente⁴¹.
- 6.- La demanda debe ser notificada al ejecutante. ¿Cómo? Nada dice el Proyecto, y tratándose de la primera actuación del ejecutante en el procedimiento, estimo que debe notificarse personalmente (la demanda y su proveído); además de la notificación que habrá que efectuarse al oficial de ejecución sobre la suspensión del procedimiento⁴².
- 7.- El ejecutante tendrá el plazo de cinco días desde la notificación de la demanda de oposición a ejecución, para contestarla. Si se han deducido motivos formales y de fondo, debe responder primeramente la impugnación por motivos formales, y en forma subsidiaria respecto de la oposición que se hubiere realizado por defectos no formales. En

³⁹ Pago de la deuda, siempre que se acredite documentalmente; remisión de la deuda, siempre que se acredite documentalmente; compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; exceso en la evaluación a dinero de las deudas de género o de cuerpo cierto que no se encuentre en poder del deudor; falta de autenticidad del título; prescripción; quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente; transacción, siempre que conste en documento público; cosa juzgada; y, disconformidad entre los títulos, los cupones y los libros talonarios que se hayan hecho valer como título ejecutivo de acuerdo al número 5° del artículo 363.

⁴⁰ Litispendencia; carecer el ejecutado de capacidad o del carácter o representación con que se le ejecuta; falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que solicita la ejecución; nulidad del despacho de ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena; no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución; o por infracción en el despacho de la ejecución.

⁴¹ “La demanda de oposición fundada exclusivamente en el exceso en la evaluación a dinero de las deudas de género o de cuerpo cierto que no se encuentre en poder del deudor, no suspenderá el curso de la ejecución, a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida. En los demás casos, la ejecución continuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta” (art. 375 NCPC).

⁴² Esta suspensión ¿opera de pleno derecho? Estimo que sí, y que el momento es claro: Trabado el embargo. ¿Y si no hay embargo? Puede proseguirse el intento de ejecutar medidas de apremio, hasta su traba.

cuanto al contenido de la contestación, el Proyecto es parco. Al menos, si el ejecutante lo estima conveniente, deberá *ofrecer* prueba testimonial, pericial o interrogatorio de partes con las formalidades legales, indicando los hechos sobre los cuales cada una de ellas debe recaer; de no hacerlo, y no existiendo semejante oferta del ejecutado en su demanda, el tribunal resolverá de plano.

- 8.- Vencido el plazo, el tribunal debe pronunciarse primeramente sobre los defectos formales. Si acoge la oposición, y estima que el defecto es subsanable, concederá al ejecutante un plazo de 10 días para subsanarlo. De no hacerlo, declarará abandonada la ejecución, quedando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si acoge la oposición, pero estima que el defecto no es subsanable, se declarará igualmente abandonada la ejecución, quedando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal desestima la impugnación formal, mandará seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.
- 9.- Sólo una vez resuelta la oposición a la ejecución por motivos formales (o no habiéndose alegado), el tribunal resolverá **de plano** sobre la demanda de oposición, salvo que con los documentos aportados no fuere posible hacerlo, en cuyo caso citará a una **audiencia de oposición** a realizarse dentro de los 20 días siguientes.
- 10.- Como ya adelanté, dicha audiencia no tendrá lugar si el ejecutado en su escrito de demanda de oposición a la ejecución y el ejecutante en su contestación no hubieren ofrecido prueba testimonial, pericial o interrogatorio de partes con las formalidades legales, indicando los hechos sobre los cuales cada una de ellas debe recaer.
- 11.- Pues bien, si el ejecutado no comparece a la audiencia, el tribunal le tendrá por **desistido** de su demanda de oposición y de acuerdo al inc. 2º del art. 378 NCPC, adoptará las resoluciones previstas en el artículo 379: Declarar procedente o improcedente la ejecución. Esta solución es curiosa: El tribunal deberá pronunciarse sobre las pretensiones contenidas en una demanda que se ha tenido por desistida. Una legislación inspirada en los principios de oportunidad y dispositivo, debiera dar una respuesta distinta: Tener por desistida la demanda y la ejecución continúa su curso. En el procedimiento declarativo (ordinario), la inasistencia del actor a la audiencia preliminar provoca tenerle por desistido (art. 253 NCPC). Y la ley de enjuiciamiento civil española, que pareciera un antecedente cercano al Proyecto, impone, para el juicio ejecutivo, semejante solución (art. 442). Si quien no comparece es el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la demanda de oposición a la ejecución.
- 12.- Si comparecen ambas partes, se desarrollará la audiencia, la que tendrá caracteres de preliminar (preparatoria) y de juicio, dictándose en ella la sentencia que declare procedente o improcedente la ejecución, con expresa regulación del monto por el cual

deba seguir, la responsabilidad por costas y el pronunciamiento sobre los apremios que deban quedar sin efecto (art. 379 NCPC).

- 13.- Contra la resolución que se pronuncie sobre la demanda de oposición sólo será procedente el recurso de apelación: Si la rechaza, la apelación es no suspensiva; si la acoge, la apelación suspenderá la ejecución. Sin perjuicio de ello, el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan, prestando caución suficiente para asegurar la indemnización que pueda corresponder al ejecutado en caso de que la sentencia apelada sea confirmada. El monto de dicha caución se fijará en la propia resolución que acoja la solicitud respectiva (art. 380 NCPC).
- 14.- Finalmente, es de destacar que el Proyecto se pronuncie expresamente sobre el momento en que termina la ejecución: Con la completa satisfacción del acreedor ejecutante; por cierto si no ha existido demanda del deudor o ésta hubiere sido rechazada (art. 382).

C. El Apremio

El Proyecto se destaca en mejorar cualitativamente las reglas de apremio hasta ahora conocidas por los operadores jurídicos nacionales.

- 1.- Una primera virtud del diseño normativo es recoger la distinción entre la ejecución dineraria (obligación de dar dinero), de aquella no dineraria (obligación de dar cosa diversa al dinero, obligaciones de hacer y no hacer). Entre las reglas de la primera, ya destaqué que se ha perfeccionado el conjunto de normas relativas a la liquidación de la obligación, en particular todas aquellas relativas a obligaciones en unidades de reajustabilidad y en moneda extranjera, así como una mejor normativa relativa al exceso de avalúo, que no deja dudas en cuanto al curso de la ejecución. En la ejecución no dineraria, destaca la potestad de decretar garantías para hacer efectiva la ejecución, cuando la entrega de cosas no pueda ser inmediata (art. 461 NCPC); un perfeccionamiento del mecanismo de entrega de cosa mueble determinada, desde que se reconocen poderes de averiguación y apremio en caso de desobediencia, y una compensación a falta de entrega, tanto de cosas determinadas como genéricas (arts. 463 y 464 NCPC), y una más detallada y garantista regulación de la entrega de inmuebles, del lanzamiento de ocupantes y la situación de cosas ajenas al título al interior del inmueble (arts. 465 y 466 NCPC). Asimismo, se tratan las condenas de hacer no personalísimo y personalísimo, la publicación de sentencia en medios de comunicación, la condena a una emisión de voluntad y las condenas de no hacer (arts. 468 a 473 NCPC)⁴³.
- 2.- Un elemento fundamental del diseño lo constituyen las atribuciones y el carácter del órgano a cargo de la ejecución: Un oficial de ejecución activo, que tiene atribuciones

⁴³ Como ya advertí, toda esta buena regulación declina al leer que su ejecución se sigue ante un “tribunal”, referencia errónea al oficial de ejecución.

que resultan determinantes de la eficacia de toda la actividad en procura de la tutela efectiva del crédito. Así, esta normativa le reconoce potestad para ejecutar medidas de localización y averiguación de bienes (art. 370 NCPC); efectuar notificaciones, en particular, requerir de pago al deudor (art. 370 y 390 NCPC); llevar a efecto medidas de apremio contra el patrimonio del deudor, en especial, el embargo de bienes (arts. 370, 372, 390 ss. NCPC); requerir a terceros (agentes públicos o particulares) inscripción, anotación y registro de los embargos decretados (395, 415 y 416 NCPC); retención de intereses, rentas y frutos (art. 409 NCPC); requerir al deudor para que efectúe una manifestación de bienes (art. 397 NCPC); imponer multas coercitivas al deudor que no respondiere al requerimiento de manifestación de bienes (art. 397 inc. 3º NCPC); investigar el patrimonio del ejecutado, a instancias del acreedor (art. 398 NCPC); resolver sobre la ampliación, reducción y modificación del embargo (art. 406 inc. final NCPC); designar depositarios (arts. 413 NCPC); efectuar entrega directa al acreedor de determinados bienes embargados (art. 421 NCPC); aprobar acuerdos de enajenación (art. 425 NCPC); ofertar inmuebles familiares en venta amistosa (art. 426 NCPC); comparecer ante el Tribunal de ejecución en la audiencia de aprobación de la enajenación de inmuebles (art. 428 NCPC); ser designado administrador judicial de empresas, derechos o capitales embargados (art. 418 NCPC). En general, está dotado de potestad suficiente para desplegar toda la actividad necesaria para la realización de los bienes embargados, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso hasta la completa satisfacción del acreedor ejecutante (arts. 422 a 424, en relación al art. 382 NCPC).

- 3.- Un eficaz complemento de la actividad de apremio lo constituye el deber de colaboración que se impone de modo general sobre todo tipo de personas e instituciones. En efecto, el art. 399 NCPC dispone imperativamente que *“todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución y a entregar al oficial de ejecución (o al tribunal) cuantos documentos y datos tengan en su poder, sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes”* Y en concordancia con estas reglas es que el tribunal de ejecución, a solicitud del juez de ejecución, y previa audiencia de los interesados, podrá imponer multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el oficial o el tribunal les haya requerido. El contrapeso de semejante atribución es el deber del oficial de ejecución que recibiese datos ajenos a los fines de la ejecución, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la no utilización y confidencialidad de los mismos.
- 4.- Asimismo, son de destacar las *medidas de localización* y de investigación del patrimonio que puede disponer el oficial de ejecución, a pedido del ejecutante, pues si este no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, está facultado

para solicitar al oficial de ejecución a objeto que se concurra a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. El control legislativo de esta facultad se impone por la vía de exigir al ejecutante el imperativo de expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. Racionalmente, la regla exonera de este deber al oficial de ejecución, cuando el ejecutante pudiera obtener por sí mismo, o a través de su abogado, debidamente facultado al efecto por su poderdante, dicha información (art. 398 NCPC).

- 5.- Una medida reclamada por la doctrina desde largo tiempo⁴⁴, y que ya conocíamos en materia tributaria y familiar, y en el viejo sistema penal, torna eficiente la ejecución, a la par que determina el modo como el Estado entiende las relaciones jurídicas. Se trata de la **manifestación de bienes**, regulada en el art. 397 NCPC. El deudor, tras el requerimiento de pago, estará obligado a presentar una **completa relación de su patrimonio y a indicar el motivo y los medios de prueba para su crédito**, cuando el embargo no ha conducido a la completa satisfacción del acreedor; o cuando el acreedor acredita que por medio del embargo no puede alcanzar una completa satisfacción; e incluso, cuando el oficial de ejecución no ha encontrado al deudor en su domicilio para notificarle el despacho de ejecución. Esta medida debiera ahuyentar la litigación temeraria y contribuir a reforzar la posición de los sujetos de las relaciones de crédito ante casos de insolvencia. Resulta interesante el contenido de esta relación del patrimonio, que, además de los bienes manifestados, debe comprender las enajenaciones a título oneroso del deudor, efectuadas en los últimos dos años antes del primer término fijado para la emisión de la declaración jurada, a una persona allegada; y las disposiciones a título gratuito efectuadas por el deudor en los últimos cuatro años antes del primer término fijado para la emisión de la declaración jurada, siempre que no tuvieran por objeto obsequios ocasionales corrientes, de escaso valor, aceptados por la costumbre; normas vinculadas derechamente con los mecanismos auxiliares del acreedor recogidos en la legislación civil sustantiva (acciones revocatoria y subrogatorias, entre otras).

El Proyecto no deja inoperante la manifestación, desde que el requerimiento que realice el oficial de ejecución al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que podrá imponer el tribunal de ejecución, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos

⁴⁴ Tavolari, *Algunas reflexiones*, ob. cit., pág 17. Asimismo, y con abundante información de derecho comparado, don Luis Gonzalo Navarrete Villegas, *Embargo, tercerías y realización de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2004, págs. 59 a 65.

pesaren. Asimismo, el tribunal podrá imponer multas coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento de manifestación de bienes.

Para fijar la cuantía de las multas, se tendrá en cuenta la cantidad por la que se haya despachado ejecución, la resistencia a la presentación de la relación de bienes y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse.

El requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes podrá repetirse todas las veces que sea necesario bajo los apercibimientos antes señalados y se dispone, incluso, la confección de una nómina pública con el nombre de aquellos ejecutados que hayan incumplido con alguna de estas obligaciones (art. 397 NCPC)⁴⁵.

- 6.- En cuanto a la regulación del embargo, esta se destaca por definir normativamente el momento en que se produce su efecto: Se entenderá perfeccionado desde que se autorice respecto del bien que se individualice o desde que se reseñe la descripción de un bien en el acta de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba (art. 395 NCPC). Se regulan pactos sobre embargo (art. 400 NCPC); se mejora la normativa sobre bienes inembargables, considerando los bienes inalienables, los derechos accesorios, los que carezcan de contenido patrimonial, así como una lista de bienes del ejecutado que expresamente son inembargables (arts. 401 y 402). Se dispensan normas sobre reembolso y embargo del sobrante de otra ejecución forzosa, que amplía las posibilidades de eficacia de la ejecución (arts. 404 y 405), y por cierto, vienen reguladas las situaciones de alteración del embargo (ampliación, reducción, modificación y cesación).
- 7.- Destacan las reglas sobre *garantía* de la traba, que si bien, algunas tenían recepción normativa en Chile, mejoran la técnica legislativa de estas cuestiones, y amplían el espectro de garantías del acreedor, comprendiendo la situación de dineros, cuentas corrientes, intereses, rentas y frutos; valores e instrumentos financieros, muebles e inmuebles; títulos y valores, efectos y caudales públicos; la anotación preventiva desde el despacho de la ejecución, como mecanismo eficaz para evitar que el retraso del embargo frustre el derecho del acreedor (arts. 408 a 416).
- 8.- Ya me referí a la posibilidad de constituir una **administración judicial**, en los casos de embargos de empresas o grupos de empresas o acciones o participaciones mayoritarias de un capital, patrimonio o derechos. Esta administración es designada por el tribunal

⁴⁵ Antes siquiera de cuestionar la constitucionalidad de estas normas, vale la pena recorrer la legislación europea y norteamericana, cuyas normas son tanto o más severas que esta. En varios países de Europa, la infracción a la manifestación, tiene consecuencias penales. Cfr. Navarrete, ob. cit., págs. 59-65; y Villadiego Burbano, ob. cit.

de ejecución, pudiendo incluso recaer el nombramiento en un oficial de ejecución, con sustitución y/o intervención de la administración. El órgano jurisdiccional, con audiencia, prueba y defensa de la administración y de los dueños del capital (que pueden ser distintos del ejecutado), decide el grado de intervención que se impondrá en el patrimonio (arts. 417 a 420 NCPC).

- 9.- En cuanto a las formas de satisfacción del acreedor, el Proyecto introduce profundos cambios, que denotan el grado de disposición que el ordenamiento reconoce a los interesados en la ejecución, pues destacan los pactos de enajenación y acuerdos de venta *amistosa* de ciertos bienes, sustituyéndose la gran mayoría de las normas sobre remate y subastas públicas del CPC, por reglas que exigirán una nueva forma de actuar de los involucrados en la ejecución.

Así, además de las consabidas formas de entrega directa al acreedor y de enajenación de acciones y títulos valores de cotización bursátil o participaciones societarias (cuya regulación ha mejorado considerablemente el Proyecto), interesa destacar que agotada la impugnación, el oficial de ejecución comunicará a las partes⁴⁶ que tienen 20 días (prorrogables por otros 20 días), para **acordar y presentar un acuerdo o plan de enajenación de los bienes embargados**. Las partes podrán convenir con entera libertad la forma de realización o pago de la acreencia que motiva la ejecución, debiendo establecer en todo caso un plazo transcurrido el cual sin que se haya principiado a ejecutar lo acordado se extinguirá este derecho. Si las partes no presentan un acuerdo dentro de ese plazo, o no lo perfeccionan o el Tribunal ha rechazado la enajenación, el oficial de ejecución procederá a realizar los bienes embargados, en la forma que el mismo Proyecto regula, y que exige ir distinguiendo ciertas situaciones particulares, pues se han regulado los acuerdos de enajenación (art. 424 NCPC), la situación de los bienes familiares (art. 425 NCPC), de los inmuebles (art. 427 y 428), entre otros.

- 10.- Como señalé anteriormente, el Proyecto se pronuncia expresamente sobre el momento en que termina la ejecución: Con la completa satisfacción del acreedor ejecutante; por cierto si no ha existido demanda del deudor o ésta hubiere sido rechazada (art. 382). Esta regla viene a confirmar que la ejecución no se extingue por el transcurso del tiempo, lo que caracteriza la nueva forma de enfrentar la tutela del crédito en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴⁶ Técnicamente no se trata de partes.

5. CONCLUSIONES

Del análisis de estas normas surgen conclusiones que, dada la naturaleza de esta regulación, son sólo preliminares:

- 1.- En general, la nueva normativa refleja un cambio de paradigma: La tutela del crédito reflejado en un título obtenido con intervención del Estado, no justifica la judicialización de toda la ejecución. El contrapeso a esta nueva forma de enfrentar el cumplimiento de obligaciones, es entregar los actos de ejecución a un órgano estatal no jurisdiccional. La presencia del Estado en la ejecución es inevitable, por la intensidad de la intromisión que significa en la esfera de los individuos.
- 2.- El Proyecto, en general, es coherente con el nuevo modelo y sus presupuestos, desde que impone al deudor abrir debate procesal ante la jurisdicción contra una ejecución que estima improcedente. Pues bien, ese conflicto exige ser resuelto por órganos jurisdiccionales. El modelo no es tan extraño en Chile, si se considera el modelo de ejecución sin excepciones previsto actualmente en el art. 472 CPC. El Proyecto viene a sincerar su naturaleza de mera actividad de ejecución que no justifica intervención de tribunales.
- 3.- Es recomendable mejorar la sistematización de sus normas, pues la ubicación de estas reglas comunes en un libro dedicado a procedimientos especiales no es signo de buena técnica y produce dificultades de interpretación y aplicación de normas de reenvío.
- 4.- No es prudente abordar la sustitución del viejo Código sin antes determinar la estructura orgánica de los tribunales que deberán conocer y fallar los procedimientos del Proyecto; y en particular, es imprescindible abordar el estudio de las normas relativas al oficial de ejecución, dada la fuerte presencia que significará en la vida cotidiana de las personas.
- 5.- En lo estrictamente procesal, el Proyecto aborda adecuadamente la tutela del crédito, dispensando potentes mecanismos en manos del ejecutante y del oficial de ejecución, para hacer realidad el contenido del título: Localización y averiguación de bienes, manifestación de bienes, deber de colaboración, sanciones y multas coercitivas, actividad oficial de manos de un funcionario estatal dotado de poderes eficientes (a diferencia de lo que ocurre con receptores y martilleros).
- 6.- Desde la óptica del ejecutado, se brinda amplia posibilidad de impugnar la ejecución, quedando ésta de su cargo, como corresponde en relaciones gobernadas por el principio dispositivo y el de oportunidad; con posibilidad de juzgamiento en audiencia, lo que asegura un mayor grado de garantías; a la par que, abierta la contradicción, la regla general es la suspensión del apremio desde el embargo, lo que equilibra los intereses e imprime a este proceso sus típicas características de dualidad de posiciones, igualdad y cualidad contradictoria.

- 7.- Se advierte una notable mejoría en el tratamiento del embargo, la realización de bienes, la ejecución no dineraria y de las tercerías, lo que denota una mejor técnica a disposición de los sujetos que reclaman tutela.
- 8.- Es deseable que el Proyecto mejore los yerros que se dejan leer en todo su texto, y que respecto de la ejecución he expresado en este artículo, en particular en la nota 3. Algunos de ellos son de menor entidad, pero otros reflejan vicios que deben desalojarse de la técnica legislativa. En todo caso, la sustitución del viejo código es inevitable y en particular, esta regulación de la ejecución contenida en el Proyecto mejora sustantivamente la posición del crédito y el modo como es de esperar se conduzcan cuantos intervienen usualmente en el tráfico jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1989 (reimpresión).
- Ballesteros, Manuel E. La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile. Tomo I, Imprenta Nacional, Santiago, 1890.
- De la Oliva Santos, Andrés (con Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime) Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. 3ª Edición (septiembre 2005), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2005.
- Derecho Procesal. Introducción. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2ª Edición (1ª reimpr. Enero 2002), Madrid, 2002, págs. 23-26.
- Montero Aroca, Juan (con Gómez Colomer, Juan-Luis; Ortells Ramos, Manuel; y Montón Redondo, Alberto). Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil 2º, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1991.
- Navarrete Villegas, Luis Gonzalo. Embargo, tercerías y realización de bienes, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2004, págs. 59 a 65.
- Podetti, José Ramiro. Tratado de las ejecuciones, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1952, págs. 11 ss.
- Tavolari Oliveros, Raúl. Algunas reflexiones en torno a la regulación positiva actual del embargo y la enajenación forzada en el derecho chileno, en Juicio Ejecutivo. Panorama Actual (con don Juan Colombo Campbell, don Hugo Pereira Anabalón, don Patricio Valdés Aldunate y don Maturana Miquel), Conosur, Santiago, 1995, págs. 67 a 93.
- Topasio Ferretti, Aldo. Procedimiento Civil Romano, Edeval, 1992.

- Villadiego Burbano, Carolina. Estudio Comparativo. Cobranzas de deudas y procedimientos de ejecución en Europa. Disponible en la página web del Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, en el vínculo www.cejamericas.org/doc/proyectos/Estudio_cobranzas_y_ejecucionajustado.pdf, revisado por última vez el día sábado 3 de octubre de 2009.

ADOPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN CHILE. UN ENFOQUE ANALÍTICO Y CRÍTICO

Hugo Muñoz Basáez¹

SUMARIO

I. Exordio; II. Lineamientos Generales del Anteproyecto; III. Principios constitucionales para un debido proceso de ley; IV. Génesis del Procedimiento Monitorio; V. El Procedimiento Monitorio. Sus aspectos generales; VI. Orígenes del Procedimiento Monitorio; VII. Concepto de Procedimiento Monitorio; VIII. Características del Procedimiento Monitorio; IX. Antecedentes del Procedimiento Monitorio en Chile; X. Respecto del articulado ofrecido por el Anteproyecto; XI. Monitorio ¿ Procedimiento o Proceso?; XII. Críticas al proceso monitorio; Ideas Finales.

I. EXORDIO

La judicatura civil nacional transita por evidentes momentos de ineficacia, ello sin duda hace que el resultado hacia la comunidad no sea el que todos quisiéramos.

Es una compartida sensación, que estamos en presencia de una justicia inoportuna, a veces muy tardía, con jueces recargados de funciones que les distraen evidentemente de su labor esencial.

A ello, se agrega la escrituración como mecanismo de desarrollo y una extrema formalización de sus actuaciones; todo ello, ha impedido que exista una relación directa entre el juez y las partes; y muchas veces incluso, entre el juez y el desarrollo de importantes etapas del procedimiento.

La odiosa y oscura mediación de funcionarios de confianza del Juez, los actuarios, que más que representarlo, son los verdaderos “dueños del destino de las causas a su cargo”, conspiran hacia una verdadera, sensible, sensata y hasta a veces transparente justicia.

De esta manera y al final del proceso de estudio, y antes de que se inicie la fase legislativa propiamente tal, se convocó a instancias del Ministerio de Justicia, a principios del año 2007. a un grupo de trabajo, que se denominó en adelante como el “Foro Procesal Civil”. Esta instancia, integrada por destacados académicos de nuestro país y por representantes de distintas universidades y de las más diversas áreas del mundo jurídico; mediante una innegable ardua y a veces fructífera labor, han delineado los principios y el articulado general del nuevo sistema y los principios formativos de lo que serán nuestros futuros procedimientos civiles.

Junto a ello, se ha comenzado a desarrollar una serie de estudios que acompañarán a esta reforma, como sustento para una etapa legislativa que aspira el Ministerio de Justicia que cuente con el necesario apoyo, y logre el objetivo central de entregar a Chile una nueva

¹ Abogado. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas. Candidato a Doctor en Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, Argentina; correo electrónico: hmunoz@jycabogados.cl

Justicia Civil, así como ya se ha hecho en materia Penal y se pretende hacerlo en Familia y en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Pero, desde ya, han surgido voces disonantes, en primer lugar acerca de los criterios de selección de los integrantes del “Foro”, aparecen las clásicas interrogantes, de por qué tal y no aquél, por qué miembros representantes de esta y no de esta otra universidad, en fin, todas las combinaciones que pudiéramos imaginar acerca de las diversas formas de integración de aquel importante equipo de estudio y trabajo.

Pero aun más; también se ha dejado sentir una potente corriente integrada por académicos nacionales, y también por destacados procesalistas internacionales, los cuales con altura de miras y un evidente e imprescindible rigor académico, han formulado potentes críticas del enfoque, en primer término acerca de la forma de trabajo, luego, respecto de los lineamientos generales y también de la poca a veces, prolijidad al momento de redactar articulados tentativos, como son solo a título ejemplar, las evidentes contradicciones entre el perfil de las funciones del Juez, su aptitud o no de ejercer actividad probatoria y la no menor discusión acerca de abandonar o no la fases de discusión clásicas, en pos de procedimientos más expeditos y por tanto, solo contradictorios ante la oposición del deudor o demandado.

Existe una evidente intención de “copiar” experiencias de otros ordenamientos jurídicos. Lo bueno, si es bueno, por qué no repetirlo. Me permito agregar, lo que es bueno en un lugar y momento determinado, no lo es necesariamente para otro momento y otro sitio.

A juicio nuestro, este trabajo está recién comenzando y los resultados del mismo, probablemente pasarán algunos años más, quizás algunos lustros para ver en funcionamiento el modelo de nuevo enjuiciamiento civil que hoy día y en estas jornadas analizamos desde el prisma del “Ante Proyecto” presentado por el Foro, a la comunidad nacional.

Como última idea a plantear por ahora, pareciera que no hemos aprendido nada en los últimos años, pues pretendemos reverdecer laureles a sistemas de corte inquisitorial, en desmedro de un ya probado y aprobado sistema dispositivo, en que deben ser las partes las responsables del proceso y que solo al Juez, le corresponde la dirección del debate, función no menor, muy por el contrario, elemental labor, que solo culmina con la sentencia imparcial al término del proceso.

II. LINEAMIENTOS GENERALES ACERCA DEL ANTE PROYECTO

Sin duda alguna, el Ministerio de Justicia, al llevar a cabo la convocatoria del Foro, ha tenido por ideario establecer una “protección efectiva del interés de los litigantes”. Se ha pretendido obtener aquella finalidad, por medio de la implementación de soluciones rápidas, eficaces y que ciertamente sean absolutamente congruentes y respetuosas de las garantías consagradas en la Constitución.

El mensaje de remisión del trabajo del foro, enfatiza que lo que se ha pretendido, es el afianzamiento de las relaciones civiles existentes mediante la celeridad en la solución de los conflictos que de ellas se deriven. Esto me parece muy loable y estimo es la función básica y primordial del Estado en estas materias, pero por desgracia, pareciera que en función de aquella finalidad, se han perdido en la camino las herramientas o los instrumentos idóneos para cumplir con aquellos fines, sin vulnerar de paso, garantías esenciales de toda persona en todo proceso, situaciones que pensáramos que a estas alturas de nuestra cultura jurídica no debieran siquiera discutirse.

Se plantea además como requisito de todo ello, la implementación de procesos justos, de conocimiento profundo y consciente, que permitan a la Justicia cumplir de mejor forma su rol. Se extraña que paralelo a aquellos lineamientos de finalidad, no se haya dedicado algunas líneas siquiera a la categorización o definición de algunos conceptos de general uso en el Ante Proyecto.

Dentro de la estructura del Ante Proyecto, se ubica al Procedimiento Monitorio junto a los demás procedimientos especiales, en el Libro Cuarto. Allí se dedica aquel instrumento a reglamentar los procedimientos especiales, comenzando con el Juicio Sumario, que se estructura sobre la base de un periodo de discusión escrito, y luego la realización de una sola audiencia, en la cual se cumple con los objetivos de la audiencia preliminar y de juicio. Continúa con el Juicio Ejecutivo, el cual mantiene como elemento fundante de la pretensión la existencia de un título indubitado, limitando las excepciones en las cuales puede basarse la ejecución; y por último, el procedimiento monitorio, el cual se incorpora como procedimiento nuevo a nuestro sistema procesal civil, puesto que a juicio del Foro, su aplicación y experiencias analizadas en el derecho comparado, dan muestras de su utilidad práctica.

Sin perjuicio de aquellos bien intencionados objetivos, antes del análisis del anteproyecto en relación al Procedimiento Monitorio, nos parece trascendente dejar establecidas de forma clara las reglas o principios básicos que deben informar todo ordenamiento jurídico de contenido procesal. En este tema, seguiremos un reciente trabajo del Profesor Maturana, el cual tiene la virtud de su extensivo y completo desarrollo.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES NECESARIOS PARA UN DEBIDO PROCESO DE LEY

La legislación, los tribunales, la Jurisprudencia y la doctrina procesalista de todos los países, en su conjunto y contexto, han ido elaborando, durante el curso de muchos siglos, una serie de reglas o principios fundamentales del proceso. Ello como sabemos, se produjo en un comienzo a propósito del proceso penal, y quién podría no así entenderlo.

Sin embargo y afortunadamente, una tendencia moderna, a la cual modestamente me sumo, sostiene que aquellos principios, deben estar presentes en todo proceso, no solo en el

proceso penal, y ello dado que, un proceso que se precie de tal, ante los órganos jurisdiccionales, debe consignar estos principios.

Estas reglas representan, al mismo tiempo, las garantías fundamentales de las partes frente al juez, frente a su adversario y frente a los terceros. Dichos principios revisten un carácter universal, y conforman claramente lo que se ha denominado el “**debido proceso de ley**”.

El artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política, en su inciso quinto, define lo que se ha llamado el debido proceso, de la siguiente forma: *“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”*.

Como estos conceptos son, ciertamente, muy genéricos y se prestan para entenderlos con variado criterio, se prestan para la habitual multivocidad conceptual, la Comisión de Estudio que elaboró la norma prefirió referirse al “racional y justo procedimiento” en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y así obviar el riesgo de omitir algunos.

Sin perjuicio de lo anterior, se acordó dejar expresa constancia en las actas constitucionales, para la historia fidedigna de la ley, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso; en primer lugar, permitir oportuno conocimiento de la acción, en segundo lugar una adecuada defensa y por último la posibilidad de la producción de la prueba que correspondiere. (Sesión N° 103, Págs. 19 y 20).

De igual manera, se estimó en aquella época de la historia de la Ley, que correspondería en definitiva a la Corte Suprema, cuando se planteara un recurso de inaplicabilidad, determinar si en la ley impugnada se ha cumplido con esa exigencia constitucional.

Aquella situación, hoy en día en nuestro sistema jurídico, está entregada a otro órgano específico, el Tribunal Constitucional.

Cuando la doctrina acude a conceptos como racional y justo procedimiento, se hace referencia a dos términos, dos valores, que aunque ciertamente son difíciles de definir, apuntan en lo medular a que si aquel proceso no es racional y justo, va a seguir siendo “técnicamente” proceso, pero no cumplirá con la finalidad de proteger realmente los derechos de los particulares en primer lugar y del Estado en secuencia posterior. Ello será la consecuencia inminente de aquel procedimiento, pues no se restablecerá la vigencia de la norma con la velocidad y eficacia requeridas.

De allí el énfasis que pone la Constitución al señalar que el proceso debe ser útil para el cometido que señala dicha Carta Fundamental.

Todas esas ideas se refieren a las normas de procedimiento.

En directa concordancia con este principio, deben necesariamente señalarse y remitirse los principios de la existencia de la necesaria bilateralidad y la posibilidad de la prueba. El primero consiste en que nadie puede ser condenado si no ha sido debidamente emplazado. Y eso, obviamente está comprendido en un proceso racional, ya que si éste se pudiera seguir sin notificar o emplazar al sujeto pasivo, sería evidentemente irracional, sin perjuicio de que, además, pudiese ser injusto. Lo que el principio proclama y pautea, es la noticia oficial, el “emplazamiento”, vale decir, permitir al demandado, al resistente, al reo, al procesado, al imputado, al deudor, al incumplidor, o como quiera que se le denomine, que tenga formal noticia de la existencia de un proceso, de una acusación, de una acción en su contra y, consecuencia de este aviso oficial, éste tenga la posibilidad de que se apersona en aquel proceso, y se defienda, si así lo quiere y lo estime procedente y pertinente.

En este análisis, surge un segundo punto de relevante interés, “la prueba”. Tanto el actor, en su caso, como el sujeto pasivo, tienen derecho a la prueba, porque el proceso en el fondo es una secuencia lógica y dialéctica, que usa de las herramientas de la ficción de la reconstrucción de la realidad, esto es, para reconstituir hechos pasados. El conflicto se va a reconstruir, favorable o desfavorablemente para una y otra parte, según la convicción que el juez se forme de los hechos que antes ocurrieron.

La forma de trasladar aquellos hechos rememorados por las partes o los terceros, es precisa y justamente la prueba.

En el nuevo proceso civil, deben consagrarse claramente todos los elementos que deben concurrir para encontrarnos ante un debido proceso de ley. Éste debe desarrollarse a través de un procedimiento racional que conduzca a la pronta y justa solución de un conflicto.

Los elementos básicos que deben contemplarse en el nuevo sistema procesal civil para el resguardo del debido proceso, son los siguientes:

1. La consagración del derecho a un juez independiente e imparcial, contemplándose los medios para reclamar cuando no lo es. Agrego además y desde ya, que el Juez debe ser también “Imparcial”, esto es, que no sea parte interesada en el proceso.
2. La resolución del conflicto por el juez natural pre constituido por la ley, a menos que las partes lo hubieren modificado en la primera o única instancia respecto del elemento territorio en los asuntos contenciosos civiles. Me refiero a la prórroga de competencia en aquellas materias que la ley expresamente lo permite.
3. El derecho de accionar para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional con el fin de lograr la satisfacción de la pretensión que el interesado somete a su decisión.
4. El derecho de defensa por parte del sujeto en contra del cual se ha hecho valer la pretensión.

5. La asistencia legal gratuita a quienes la requieran para participar en el proceso; y en la medida que ella fuere necesaria para alcanzar la igualdad de las partes, atendida la complejidad del asunto debatido o la diversidad de asistencia con la cual ellas cuenten.
6. La simplicidad de las actuaciones procesales y la utilización de las modernas tecnologías, para velar por la mayor eficacia y rapidez en los actos de comunicación y realización de las actuaciones judiciales.
7. El derecho de las partes a ofrecer y rendir la prueba necesaria para acreditar las pretensiones y excepciones hechas valer en el proceso.
8. La erradicación de las pruebas ilícitas, redundantes e impertinentes, que sólo conducen a la dilación de los procedimientos.
9. La oralidad, la simplicidad, la concentración, la continuidad y la inmediación en los procedimientos, para obtener la solución del conflicto sin dilaciones indebidas.
10. La necesaria y adecuada motivación de las providencias jurisdiccionales que se pronuncien durante el curso del proceso y, en especial, de la sentencia definitiva.
11. El derecho de impugnar las resoluciones que emanen de un procedimiento viciado o que incurran en una errónea aplicación del derecho.
12. La regulación de la cosa juzgada para impedir que se obtenga un nuevo pronunciamiento respecto de un proceso fenecido.
13. La consagración de procedimientos y de medios eficaces para obtener el pronto e íntegro cumplimiento de las resoluciones judiciales y de las obligaciones que consten en títulos ejecutivos.

Con esta regulación de los derechos y garantías del proceso civil que se consagrarán en el nuevo Código Procesal Civil (el que se someterá al control preventivo del Tribunal Constitucional), se logrará plena certeza sobre los derechos que poseen las partes para que exista un debido proceso de ley, sin que sea posible con posterioridad pretender cuestionar su inconstitucionalidad por medio represivo alguno.

¿Por qué hacemos referencia a este conjunto de principios? Pues hacemos referencia a ellos, pues nos parece que en la forma que se propone el Proyecto de Ley, referido al Procedimiento Monitorio, estamos en presencia, a nuestro modesto entender, ante una forma de enjuiciamiento aparentemente formal y acorde a la legislación constitucional, pero en que se conculcan o a lo menos se restringen gravemente garantías constitucionales en el marco del debido proceso.

IV. GÉNESIS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

Los orígenes históricos del procedimiento monitorio, parecieran remontarse a la Italia del siglo XIII. La estructura o “formato” del proceso de estructura monitoria ha tomado una inusitada y creciente actualidad y vigencia, pues ha sido adoptado, legislado y aplicado en algunos ordenamientos modernos en nuestra América, como es el caso, entre otros, del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (arts. 311 y ss.), el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (arts. 351 y ss.), y el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina del año 1993, en su Libro III, luego del art. 498.

La aplicación del procedimiento monitorio en el anteproyecto chileno, es lo que ha motivado el interés en su estudio, y en la realización de este trabajo, a fin de tratar de exponer, en la forma más clara y simple posible, los distintos aspectos del mismo.

Según coinciden varios autores, los orígenes del enjuiciamiento Monitorio se remontan a la Alta Edad Media en Italia, en el siglo XIII; desaparece luego por la influencia francesa ya a fines del Siglo XVII; solo reaparece y vuelve en su aplicación a partir del año 1922. También se reconoce que Francia lo incorpora a su ordenamiento jurídico el año 1937. En la actualidad la mayoría de los países europeos lo considera como un mecanismo expedito para el cobro de sumas de dinero de manera simplificada. Deben agregar sin embargo, que aquella peculiar forma de “enjuiciamiento”, va de la mano de procedimientos de ejecución bastante especiales y que no sé realmente si nuestra idiosincrasia lo aceptaría, tal es el caso de los “Ujieres de Justicia” en el sistema francés.

A nivel de la Unión Europea “la Directiva 35/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, se refiere en su artículo 5 al proceso monitorio, aunque sin darle esa denominación, estableciendo que, **“Los Estados miembros velarán porque se pueda obtener un juicio ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el juzgado competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda”**².

En fecha más reciente, la Unión Europea dictó el Reglamento 1896/2006³, por el cual se “establece un proceso monitorio europeo”, el cual se puede utilizar para demandas transfronterizas, manteniéndose los procedimientos especiales de cada país para el cobro al interior de sus fronteras, y comprende un amplio espectro de deudas derivadas de contratos de compraventa, arrendamientos, servicios, laboral, etcétera⁴.

² Macías, Cristóbal (2002), www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php

³ Diario Oficial de la Unión Europea de 30.12.2006.

⁴ El anexo I del Reglamento enumera el título del cual puede derivar la deuda, entre otros, compraventa, arrendamiento (bien mueble, bien inmueble, alquiler comercial), contrato de servicios, elec-

La real implementación, quizás si la más generalizada dentro de la Europa Comunitaria, se encuentra en Alemania y en Austria. “En Alemania más de siete millones de reclamaciones a deudas civiles y mercantiles se tramitan por sus cauces procedimentales, y algo similar proporcionalmente sucede en Francia o Italia”⁵.

Independientemente del balance que pueda hacerse del proceso monitorio en Europa, interesa subrayar que su objetivo es evitar juicios innecesarios, cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante o demandante -que carece de un título ejecutivo-, se deriva con claridad la existencia de una deuda, y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor, entonces no se justifica un proceso declarativo previo, y se desarrolla entonces esta modalidad más expedita, que se encuentra a mitad de camino entre un juicio ejecutivo y un juicio declarativo.

V. EL PROCEDIMIENTO MONITORIO. SUS ASPECTOS GENERALES

Según el Maestro Piero Calamandrei, entre los distintos procesos especiales de cognición que tienen por finalidad una rápida y expedita creación de un título ejecutivo, resulta de particular importancia, aquellos procesos en que la abreviación de la fase cognoscitiva o de conocimiento se manifiesta de la siguiente manera:

El actor, mediante una **petición**⁶ acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio esto es, sin audiencia del demandado, una **orden de pago dirigida contra aquél**, señalándole al mismo tiempo un término legal dentro del cual éste puede si le interesa, **provocar el contradictorio mediante oposición**.

Consecuencia de lo anterior, es que a falta de oposición formulada en el tiempo y en la forma prevista, la orden de pago del Tribunal adquiere, con el solo transcurso del tiempo, eficacia de título ejecutivo.

Vale decir, si el demandado no se opone, aquella primera resolución hace las veces de sentencia de término, o sentencia de pago, y tiene por tanto pleno valor como reconocimiento expreso de la condición de título ejecutivo respecto de los instrumentos en que se ha fundado la petición llevada ante el Juez.

Situación similar reconoce nuestra legislación al mandamiento de ejecución y embargo del juicio ejecutivo, cuando el ejecutado no formula oposición en tiempo y forma.

En el procedimiento monitorio en consecuencia, la fase de discusión, el contradictorio según Calamandrei⁷, se da, si y solo si, el demandado se presenta y lo provoca, indepen-

tricidad, gas, agua, teléfono, asistencia sanitaria, transporte, asesoría legal, alimentos, entre otras.

⁵ www.mju.es/Monitorio.htm

⁶ Calamandrei, Piero - El procedimiento Monitorio - Colección Clásicos del Derecho - Librería El Foro.

⁷ Calamandrei, Opus cit.

dientemente de la actividad del Juez, quien solamente emite la orden de pago, la cual de no comparecer el demandado –deudor– o de no realizar oposición alguna, puede librar orden de embargo de los bienes del deudor.

La característica principal de este tipo de procedimientos está dado por el hecho en que en ellos **la finalidad de llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo, se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado**, como viene siendo la regla general en los procesos de cognición pleno o también llamados de “**lato conocimiento**”.

Los dos momentos necesarios de la Jurisdicción y que sin ellos no tenemos un proceso íntegro, son:

- la cognición (para la declaración del derecho) y
- la ejecución forzada (para la realización del interés insatisfecho -como consecuencia de la falta de cumplimiento por el obligado a la condena impuesta).

Normalmente en ese orden se desarrolla la actividad jurisdiccional. Y la sentencia que se dicta en el proceso de conocimiento, cuando además de la declaración contiene una *condena* al demandado, una vez consentida o ya ejecutoriada, viene a ser el *título* que abre las puertas para la *ejecución forzada*, para el supuesto que el condenado no cumpla con lo establecido, para la posibilidad, más que habitual, que el perdedor no cumpla espontáneamente con la orden de condena contenida en el fallo.

Si consideramos por tanto la fase propia de cognición en su función de *preparación del título ejecutivo*, el nacimiento o la culminación de su preparación, del título ejecutivo, se nos presenta como el evento característico que indica el punto de contacto, y, al mismo tiempo, de separación entre las dos fases del proceso; toda aquella porción del procedimiento que está más acá, que desde la perspectiva temporal está antes del título ejecutivo, del cual constituye preparación y perfeccionamiento, es cognición; toda aquella porción que está más allá del título ejecutivo, del cual constituye desarrollo y consecuencia, es ejecución.

Si esto es exacto, la naturaleza del procedimiento monitorio, que tiene la finalidad “de proveer un título ejecutivo rápido y poco dispendioso”, queda por sí misma claramente definida; el mismo no sirve para hacer valer contra el deudor un título ejecutivo ya existente, pero sirve para crear de un modo rápido y económico, contra el deudor, un título ejecutivo que no existe todavía; de lo anterior se concluye evidentemente que éste pasa a constituirse en un procedimiento de cognición, no de ejecución.⁸

⁸ Manassero Ana Clara, “el procedimiento monitorio, tiene como característica esencial la de invertir las reglas del contradictorio, es decir lo deja librado al deudor, quien deberá adoptar una actitud de “actividad” frente al Acreedor activo, quien comienza el procedimiento pretendiendo ejecutar un título que solamente une a ambas partes, protagonistas del procedimiento monitorio.” Trabajo en las Jornadas de Análisis del Ante Proyecto del Código de Procedimiento Civil Chileno, Chillán, octubre 2008.

Me parece que tal afirmación debe ser objeto de un análisis más riguroso, el cual escapa a los alcances de este trabajo por el momento, pero que es motivo de angustiosa preocupación de quienes aspiramos a tener procesos plenos y con respeto a las garantías. Si asumimos en cambio que el Monitorio es solo un procedimiento, pareciera ser que no sería obstáculo analizar su legalidad desde aquella perspectiva.

El acreedor, mediante el proceso monitorio, consigue obtener con celeridad aquel título ejecutivo que la cognición ordinaria le proporcionaría solamente después de mucha dilación; pero, una vez que haya conseguido obtener rápidamente en el proceso monitorio el título para pasar a la ejecución, se encuentra directamente frente a la ejecución propiamente tal, en la misma condición en que se encontraría si su crédito hubiera sido declarado por una sentencia de condena.

La orden de pago, la “inyunción” del R. D. de 24 de julio de 1922, no es, frente a la ejecución, un paso más adelante de lo que pueda serlo la sentencia de condena; la misma sirve de fundamento a la ejecución, es el medio, del que hasta ahora el acreedor se encontraba desprovisto, para abrir la ejecución; es, en suma, título ejecutivo, pero no es todavía inicio de ejecución. Decir que la inyunción forma ya parte de la ejecución es como decir que ya ha entrado en la casa aquel que va todavía en busca de la llave para abrir la puerta.⁹

El procedimiento monitorio constituye un caso de declaración de certeza mediante preclusión.

Parte importante de la Doctrina Internacional sostiene que el procedimiento monitorio se debe considerar como una *forma especial de proceso de cognición abreviado*.

Pero aquí me parece importantísimo formular una objeción, ya enunciada precedentemente y que asoma como la consecuencia natural contra semejante definición.

La Hipótesis es la siguiente:

¿Cómo es posible considerar el procedimiento monitorio como una forma (aun cuando sea abreviada y simplificada) de proceso de *cognición*, si el carácter típico de este instituto respecto del cual ya en el derecho común se hablaba de “*praeceptum executivum sine causae cognitione*”) es la falta de toda cognición sobre el fundamento de la demanda?; en aquella afirmación, sigo el trabajo de la Dra. Manassero ya enunciado precedentemente, la cual alude al Maestro Calamandrei.

Pero aún hay más; contra esta objeción no valdría replicar que el procedimiento, que se ha iniciado “*sine causae cognitione*” (*sin motivo de conocimiento*); en virtud de la demanda del acreedor, puede dar lugar, siempre, a un proceso ordinario de cognición en virtud de la

⁹ Calamandrei Piero, obra ya citada.

oposición del deudor; ya que de esta posterior y eventual inserción de una verdadera y propia fase de cognición en el proceso monitorio no derivaría la necesidad lógica de reconocer al procedimiento monitorio el carácter de proceso de cognición desde su inicio, de la misma manera que no pierde su carácter inicial el proceso ejecutivo común sólo porque también en el curso del mismo pueda incrustarse, en virtud de la oposición del deudor contra la ejecución, un verdadero y propio juicio de cognición.

Pero existe un tema a mi juicio que es también de la mayor relevancia, éste es el advertir si, en la búsqueda de soluciones más expeditas, eficientes, rápidas, o como quiera denominárselas, tiene como contrapartida o como consecuencia, un menoscabo de la seguridad o de la certeza jurídica, pues no pocos reclaman que en virtud de las reglas de este “debate”, se invierten y hasta incluso se limitan facultades y garantías propias del “debido proceso” o de las normas internacionales, de lo que como sociedad debemos exigirle a todo sistema de cognición en sede jurisdiccional.

En este orden de ideas, el Dr. argentino, don Gustavo Calvino¹⁰, escribe un interesantísimo trabajo que analiza precisamente esta temática, el cual paso a comentar, como un preclaro aporte en el debate.

Dejando, pues, de lado el caso, posible pero no esencial en todo proceso monitorio, de que el deudor se valga de su derecho de provocar el contradictorio, y con ello la cognición completa, debemos preguntarnos aquí si, en todos los otros casos en que, a falta de oposición por parte del deudor, el procedimiento monitorio viene verdaderamente a dar vida a un título ejecutivo sin previo contradictorio, se puede decir que en esta forma de procedimiento falte absolutamente toda fase de cognición.

La finalidad del proceso de conocimiento, *la cognitio*, es llegar a una sentencia, es decir, a formar un título ejecutivo.

La sentencia es el *título ejecutivo por excelencia*, porque no admite excepciones que lo afecten, salvo aquellas nacidas con posterioridad a ese acto: por ejemplo el pago, la compensación, prescripción, etc., y si bien puede haber formas de atacar el proceso fraudulento, éstas son verdaderas acciones de impugnación de todo lo actuado y no sólo de la sentencia.

Si asumimos entonces, aquellos supuestos como válidos, el proceso de cognición no cumple sino una función meramente preparatoria o instrumental de permitirle obtener al acreedor un título para su posterior ejecución, en el caso de que ella sea necesaria. Por ello, y como una forma de alcanzar una mayor celeridad en la solución de determinados asuntos, y también como una forma de evitar la tramitación previa del proceso de conocimiento, se ha elaborado una estructura particular que se ha dado en llamar **proceso monitorio**, y

¹⁰ Calvino Gustavo, “El Procedimiento Monitorio y la Constitucionalidad”, Argentina, Paper personal. 2007.

así, se ha establecido que, frente a la sola demanda del actor, y sin previo contradictorio, el tribunal dicte, en primer lugar, la *sentencia monitoria* por la que ordena al demandado el cumplimiento de una prestación; y luego, en un segundo momento, le brinda a este último la posibilidad de manifestar su oposición, con las variantes que la misma presenta según la clase de proceso monitorio a que se refiere.¹¹

En el **proceso monitorio** las cosas ocurren por tanto de una diversa manera al concepto de proceso que todos conocemos, ya que se invierten los momentos de la *discusión* y de la *resolución* y el juez, frente a la demanda del actor, dicta en primer lugar y sin previa contradicción la *sentencia monitoria* ordenando al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Y luego, en una etapa ulterior, concede al demandado la oportunidad para que formule su oposición, fijándole un plazo a tales efectos.

Es decir, se desplaza la iniciativa y la existencia de fase contradictoria al demandado, en cuanto debe este último formular la oposición para enervar los efectos de la sentencia monitoria que el Juez ha dictado a favor del actor.

Nadie puede poner en duda que una verdadera y propia cognición (aun cuando sea parcial) en cualquiera sea la altura, desarrollo o instancia que se presente o se encuentre, *desde el momento en que se emite la inyunción*, en el procedimiento monitorio documental, basando para ello recordar que en esta forma de procedimiento el juez no puede pronunciar la orden de pago si no está convencido, a base de pruebas escritas, de la verdad de los hechos constitutivos de la acción.

VI. CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO MONITORIO

Como señala Toribios, “monitorio” hace referencia a un aviso o advertencia, procediendo de la raíz latina “monitorius” que significa amonestar. En este sentido, agrega Macías, procede del sustantivo “monición” que es equivalente a “consejo que se da o advertencia que se hace a uno”.

El término **monitorio** según el Diccionario de la Real Academia Española, deriva del latín (*monitorius*), y es un adjetivo que significa “que sirve para avisar o amonestar”.¹²

En el Derecho Europeo se ha utilizado indistintamente los términos **monitorio** o **inyunción**. Como observa Sentís Melendo, el término “**monitorio** no tiene en castellano otro sentido que en italiano: es advertencia, apercibimiento o requerimiento que se dirige a una persona (en este caso, al deudor para que pague), la palabra **inyunción** no figura en el diccionario de la lengua castellana; pero figura el verbo *inyungir*, derivado (lo mismo que su correspondiente italiano) del verbo latino *iniungere*, que significa mandar, prevenir, imponer.

¹¹ Calvino Gustavo, Opus cit.

¹² Diccionario de la Real Academia de la Lengua, versión 2004.

Sin embargo preferimos el rigor de los clásicos y por ello es que preferimos remitirnos al Maestro Piero Calamandrei, en su obra el “**Procedimiento Monitorio**”¹³, en el cual los términos “**monitorio**” e “**inyucción**” son los conceptos fundamentales de la obra, ambos, traducidos literalmente de su obra¹⁴, los cuales no tienen traducción exacta al castellano.

Monitorio, no tiene otro sentido en italiano que: **advertencia, apercibimiento o requerimiento que se dirige a una persona (en este caso al deudor para que pague).**

Esta aclaración terminológica, no es vana; muy por el contrario, ella contribuye a una lectura más precisa, en virtud de la “**multivocidad de la mayoría de los vocablos jurídicos**”, **tema que ha ocupado a otros connotados autores y que especialmente y con una real y reconocida trayectoria han comenzado a preocuparse.**¹⁵

El profesor Álvaro Pérez nos hace presente, citando el documento base para la reforma procesal civil en Chile, que “la gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que no exista un conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación”.

Se han dado distintos conceptos de este procedimiento:

- 1.- “Aquel que tiene por finalidad la rápida creación de un título puro de ejecución, por medio de la inversión del contradictorio en el sentido de que éste puede o no existir según que medie o no oposición del demandado”.¹⁶
- 2.- “Procedimiento jurisdiccional carente de fase declarativa, destinado a tutelar aquellos derechos de créditos de índole pecuniaria y de mediana cuantía, que se encuentren debidamente documentados y cuya especial finalidad radica en obtener, en el menor tiempo, con el menor coste posible y sin más garantías que la derivada de la propia intervención judicial, un título que permitirá abrir el procedimiento de ejecución forzosa del derecho de crédito impagado”.¹⁷
- 3.- “Proceso especial declarativo que tiene por objeto las pretensiones ordinarias líquidas de cuantía no superior a los cinco millones de pesetas, en el que la falta de oposición al requerimiento judicial de pago librado por el juez a instancia del acreedor, previo examen de los documentos por él aportados y sin audiencia previa del deudor, da lugar a la creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada”.¹⁸

¹³ Calamandrei, Piero - El procedimiento Monitorio - Colección Clásicos del Derecho - Librería El Foro

¹⁴ La traducción de la obra fue realizada por Sentís Melendo.

¹⁵ Ver Adolfo Alvarado Velloso. Ob. ya citada. Werner Goldshmidt - Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico. Sus horizontes. Editorial de Palma.

¹⁶ De Gómez Orbaneja, citado por Cristóbal Macías (Ob. Cit).

¹⁷ De Garberi Llobregat, citado por Cristóbal Macías (Ob. Cit).

¹⁸ De Cristóbal Macías (Op. Cit).

- 4.- “Proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictor, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley”¹⁹.
- 5.- “Procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo (normalmente idónea a provocar la ejecución forzosa), a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido emitida”²⁰.

El rigor académico y la honestidad nos imponen la obligación de señalar que estas cinco definiciones del Monitorio y algunas otras importantes ideas, han sido sintetizadas de un brillante trabajo del Profesor Rafael Pereira Lagos acerca del Procedimiento Monitorio en el Código del Trabajo.

Por último, como claramente lo señala la Profesora Bernal²¹, “la combinación de los dos elementos sustanciales: **finalidad** que persigue este proceso, la rápida creación de un título ejecutivo; y **material** por otro, en la inversión de la iniciativa del contradictorio, es por lo tanto lo que mejor define el proceso monitorio”.

VII. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

De los conceptos citados, se derivan una serie de características propias de este procedimiento. Una primera consiste en que se trata de un procedimiento breve, de corta duración, constituyendo un tipo especial de procedimiento sumario.

En segundo lugar, puede afirmarse que la intervención del Juez es también bastante acotada, se limita a acoger o rechazar la pretensión a partir del examen de los antecedentes acompañados a la demanda o incluso sólo sobre la base de las razones expuestas por el actor.

Otra nota característica, es que mediante este procedimiento se pretende la rápida obtención de un título ejecutivo, que se le presenta como imperfecto o incompleto, el que se logra a partir de que el Juez acoge la demanda y no existe oposición del demandado.

En otras palabras y nuevamente citando al Maestro Calamandrei²², de los diversos procesos especiales de cognición en la búsqueda de creación de un título ejecutivo, resulta de particular importancia, aquellos procesos **en que la abreviación de la fase de conocimiento (cognición para el autor)** se manifiesta de la siguiente manera: el actor o demandante, formula al

¹⁹ De Juan Pablo Correa Delcasso, citado por Domingo Kokisch (Ob. Cit.).

²⁰ De Cristofolini, G., citado por Domingo Kokisch (Ob. Cit.).

²¹ Bernal, Karina; ponencia en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 2005. Ver en <http://www.calz.org/img/ponencia-procmonit-otom.pdf>.

²² Obra citada.

Juez una **petición**²³, el cual emite una resolución sin previa audiencia o dar la oportunidad de la etapa del contradictorio, una **orden de pago dirigida contra el demandado**, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, **provocar el contradictorio mediante oposición**, con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el solo transcurso de tiempo, eficacia de título ejecutivo.

Este efecto la doctrina actual y quizás si más avanzada la denomina, “**certeza por preclusión**”.

En este esquema, la controversia al interior del procedimiento, solo se produce si el demandado se presenta y lo provoca, independientemente de la actividad del Juez, quien solamente emite la orden de pago.

Si el requerido, el demandado, no acude al llamado, no comparece, o sea, de no realizar oposición alguna, el Juez dictará inmediatamente una orden de embargo en los bienes del deudor, para cumplir con el pago de las sumas ya definidas por precisa ausencia del requerido en este procedimiento.

En consecuencia, fluye como natural la característica principal de este tipo de procedimientos, la cual está dada por el hecho que en ellos la finalidad de llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo, se alcanza desplazando la iniciativa del estado de contradicción (contradictorio en el texto original), del actor al demandado.²⁴ Esto significa que solo habrá contradictorio si el demandado comparece ante el Tribunal y se opone a la demanda en su contra, si reclama de la sentencia monitoria.

Precisamente las características anteriores dan cuenta de que el objetivo es obtener el pago de sumas de dinero adeudadas, de un monto no muy elevado.

Pero de todas, la característica más destacada por los autores, es precisamente aquella que consiste en la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio.

Esta característica, es tal vez la que resulta más difícil de comprender en nuestra cultura procesal, ya que en apariencia se afecta de manera grave y determinante la bilateralidad y el derecho a ser oído.

En mi opinión, sí se alteran aquellos principios y de una grave manera.

Esta posición, trata de ser desvirtuada por el Profesor Álvaro Pérez, en su artículo ya citado.

²³ En los términos del proyecto, “petición inicial”. Art. 508 del anteproyecto.

²⁴ El concepto lógico y económico que inspira estos procedimientos es el siguiente “que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio de contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es al demandado.” Calamanderi, Ob. Citada, Pág. 31.

“El derecho a ser oído no depende de la participación de hecho del requerido, sino apenas de la posibilidad que se le brinde para ello. Y en caso de no hacer uso de la posibilidad no debe obstaculizarse el efectivo ejercicio de la jurisdicción en beneficio de la otra parte. La misma argumentación exigiendo una interpretación flexible en la interpretación del derecho a ser oído fue sostenida por *The House of Lords*.

La posibilidad procedimental para oponerse y de esa manera poder acceder a un contradictorio, donde sí se discutirá la fundabilidad de una pretensión reviste garantía suficiente a juicio del citado auto.

Una parte no puede verse perjudicada jurídica y fácticamente por la inacción de la otra. Así no sólo se justifican institutos como la rebeldía, sino formas procesales que apoyándose en esta permitan la debida tutela jurisdiccional.

De este modo el silencio toma relevancia en beneficio de la parte requirente habiendo tenido el requerido, el demandado, la posibilidad de defenderse. Nos parece más apropiado que efectivamente se “castigue”, se sancione al rebelde, pero solo luego del emplazamiento, solo después de haberle permitido la posibilidad de que el Tribunal lo escuche; si allí, citado, no comparece, nada hace, allí y solo en ese instante, me parece apropiado y concordante con la organización constitucional del proceso, se apliquen respecto de aquella parte las sanciones procesales que correspondan.

Esta trascendente discusión, a mi modesto juicio, en torno al debido proceso se vio multiplicada con la reforma de la Constitución Italiana y su Art. 111, habiéndose ratificado la adecuación del proceso monitorio a las exigencias del debido proceso”.

Por último, resulta difícil clasificar si el procedimiento es declarativo o ejecutivo. Se ha sostenido que el Procedimiento Monitorio está en una fase sin duda intermedia entre ambos procedimientos, ya que al obviar la etapa de discusión o contradicción no estaríamos frente a un procedimiento declarativo.

Sin embargo, como el requirente, el actor, no cuenta con un título ejecutivo -el que precisamente pretende obtener- tampoco podríamos calificarlo como de un procedimiento de ejecución²⁵.

VIII. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN CHILE

Chile solo presenta dos antecedentes sobre este procedimiento. El primero de ellos lo encontramos en el Código Procesal Penal, que en su artículo 392 le regula y lo aplica para el caso de la tramitación de las faltas. Es un procedimiento especial dentro del procedimiento

²⁵ Cfr. Macías, Cristóbal, ob. cit.

simplificado para el conocimiento de faltas. Se aplica cuando en la tramitación de las faltas, el fiscal sólo solicitare como pena la aplicación de una multa.

En este caso “si el juez estimare suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, deberá acogerlos inmediatamente, dictando una resolución que así lo declare”.

Si el imputado no reclama de la sanción aplicada –la multa–, ya sea porque la estima improcedente o ya sea respecto de su monto, dentro del plazo de quince días desde que le fuera notificada, se entenderá que acepta su imposición. Si dentro del plazo señalado el imputado manifiesta su falta de conformidad, o el juez no considera suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta por el fiscal, se proseguirá con el procedimiento simplificado aplicable al conocimiento y fallo de las faltas.

En segundo lugar, este procedimiento está contemplado en la legislación laboral, como esa misma denominación, a partir del artículo 496 y siguientes del Código del Trabajo. En esta materia específica conocida por los Tribunales Especiales del Trabajo, hoy con un procedimiento oral en casi todo el país, y respecto de cuantías que no excedan de 10 Ingresos Mínimos Mensuales, el Juez, si estima suficientemente fundadas las pretensiones del Trabajador en su demanda monitoria, la acogerá de inmediato y así lo ordenará.

Esa resolución, esa sentencia monitoria, le será notificada al empleador, para que dentro de décimo día, si no está de acuerdo con aquella resolución, se vuelva un paso atrás y se proceda entonces y sólo a partir de aquel acto del requerido y demandado a bilateralizar la acción monitoria de aquel procedimiento y se cite a una audiencia única de conciliación, prueba y sentencia.

No existe hoy en nuestro ordenamiento jurídico otro procedimiento similar, y esta es la idea terminal que ha plasmado el grupo de trabajo y que ha plasmado en el anteproyecto.

IX. RESPECTO DEL ARTICULADO OFRECIDO POR EL ANTEPROYECTO

El Procedimiento propuesto dispone lo siguiente:

Título III.- Artículo 474. DE LA COMPETENCIA.

Será exclusivamente competente para conocer del proceso monitorio el Juez de Primera Instancia de la comuna en que se ubique el domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal.

No serán aplicables en ningún caso las reglas sobre prórroga de la competencia consagrada en el Párrafo 8 del Título VII del Código Orgánico de Tribunales.

Nos resulta de inmediato como vital, ocuparse del concepto “domicilio o residencia del deudor” en relación a la posibilidad de poder proceder a su localización. Debiera reglarse desde ya, cuales son las consecuencias procesales, de no poder localizarlo. Ello debe ser resuelto desde ya.

Debe destacarse también la importancia de la “**Notificación en persona**”, en virtud de la agilidad del procedimiento, y del acortamiento de etapas procesales.

El legislador final deberá ocuparse debidamente en analizar, sopesar, delimitar, y quizás hasta donde resulte prudente y razonable justificar la celeridad y “aquilatar debidamente” hasta dónde la “demasiada celeridad” no pudiera traer como consecuencia que luego todos los procedimientos monitorios fracasados, o en los cuales el deudor demandado compareció y provocó la controversia en el Tribunal, se transformen luego en juicios ordinarios.

Ello aparece hoy como la consecuencia natural en la forma propuesta por el anteproyecto, y por ello, es que todos los monitorios que no prosperen, vengán ahora a transformarse y a engrosar el número de trámites de procesos ordinarios.

Artículo 476. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El procedimiento monitorio sólo podrá ser utilizado para reclamar el pago de deudas que cumplan con los siguientes requisitos:

- 1. Que consistan en una cantidad líquida de dinero efectivo, expresada en moneda nacional.*
- 2. Que se encuentren vencidas y sean actualmente exigibles.*
- 3. Que la cantidad total de la o de las deudas cuyo cobro se solicita no exceda de 250 UTM.*
- 4. Que la deuda cuyo pago se reclama no se encuentre prescrita.*

Si se analiza solo someramente la norma, estamos en presencia de similares requisitos a los de la acción ejecutiva, radicadas solo a obligaciones en dinero y en moneda nacional, hasta una cuantía más o menos relevante, y que en todo caso, es o será tema de acuerdo político, por la determinación final de hasta qué sumas serán susceptibles de cobrar. En una primera redacción, la suma dinerada reclamable era de hasta 100 UTM, la suma planteada hoy es superior al doble de aquella cantidad, situación que nos preocupa sobremanera por las consideraciones ya antes referidas.

Nos parece relevante además que se consigne, cosa que en el proyecto no está, la referencia expresa a las normas de prescripción que deben aplicarse a las acciones que por este procedimiento puedan reclamarse.

*Artículo 477. DE LA PETICIÓN INICIAL.**El requerimiento de pago deberá contener:*

- 1. La identidad del deudor.*
- 2. El domicilio o domicilios del acreedor o el lugar en que residiera o pudiera ser hallado.*
- 3. El domicilio o domicilios del deudor o el lugar en que residiera o pudiera ser hallado.*
- 4. El origen de la deuda.*
- 5. La cuantía de la deuda y los intereses reclamados.*
- 6. La solicitud de que se requiera de pago al deudor para que en el plazo de quince días, pague la cantidad reclamada, más los intereses y costas, y para el caso de que el deudor no pague la deuda ni dé razones por escrito para no hacerlo, se dicte resolución ordenando el embargo de bienes suficientes del deudor para cubrir dicha cantidad más los intereses y costas procesales que procedan.*
- 7. La firma del acreedor solicitante.*

No será necesaria la representación de abogado para presentar la petición inicial.

Analizados los antecedentes expuestos, esta demanda monitoria y las peticiones que debe contener no difieren mucho de los requisitos de la demanda ejecutiva que en nuestro ordenamiento vigente, consta de un título con una obligación indubitada y que además, como toda demanda en sede jurisdiccional, requiere de patrocinio de Abogado, cosa esta última que no requiere el procedimiento en revisión. Obvio que al no requerir la comparecencia letrada, ello no obsta sin duda a que si el acreedor quiere hacerse patrocinar no existe inconveniente alguno.

El problema se podría presentar cuando el deudor comparezca y se oponga a la resolución que eventualmente haya acogido el Juez, pues aquella oposición al procedimiento, sí requiere de patrocinio por abogado, por lo tanto requiere asistencia letrada.

El requerimiento es más extenso en el tiempo en cuanto a la posibilidad de oposición del deudor y con el plazo concedido, nos hace una expresa referencia a la tramitación del juicio ordinario, toda vez que la oposición debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes a efectuado el requerimiento de manera personal. Es precisamente el mismo término legal del juicio ordinario civil de mayor cuantía.

Parece interesante hacer alguna reflexión acerca de los conceptos de domicilios de las partes o de aquellos “lugares donde pueden ser hallados”. El proyecto pareciera ser que innova o crea o amplía conceptos que tradicionalmente han quedado entregados a la dogmática del derecho Civil. Nada se dice en el proyecto ni en el mensaje en relación a los “lugares

donde las partes pueden ser halladas”. Me parece que deberá ser objeto de un detalle más pormenorizado y así espero que los Ilustres legisladores nacionales revisen este texto y hagan una definición más explícita o delimiten los alcances de aquel novedoso concepto, como sitio hábil para poder domiciliar a las partes.

Artículo 477. DESESTIMACIÓN DE LA PETICIÓN INICIAL.

La petición inicial será desestimada:

- 1. Cuando no se cumpla con algunos de los requisitos señalados en los artículos anteriores.*
- 2. Cuando el requerimiento de pago no pueda ser emitido por la totalidad de la deuda.*

En contra de la resolución que desestime la petición inicial no procederá recurso alguno, salvo la reposición ante el mismo Tribunal.

La desestimación no obstará para que el acreedor incoe un procedimiento ordinario en relación a la misma deuda. Si el defecto que motivó la desestimación fuere subsanable, tampoco obstará la desestimación para que el acreedor incoe un nuevo proceso monitorio, una vez subsanados los mencionados defectos.

Esta actitud que el proyecto reconoce como facultad del Tribunal, para que luego de un análisis preliminar de los antecedentes, declare inadmisibile la acción monitoria, nos parece un contrasentido o suerte de contradicción vital del mismo. Asumo que la demanda está bien planteada, se cumple con los requisitos formales del artículo 477 y está en el ámbito de la cuantía y características del artículo 476. Si ello es así, por qué entonces permitir al Tribunal una nueva revisión de procedencia o admisibilidad. Esta es la misma situación que se presenta en el actual juicio ejecutivo, donde si se cumple con los requisitos previstos, el Tribunal debe decretar el despáchese del mandamiento de ejecución y embargo en contra del deudor. Reitero, me parece casi un contrasentido, máxime si las partes pueden comparecer sin siquiera patrocinio de abogado, o sea pueden hacerlo personalmente.

La última opción de “corrección de vicios formales de la demanda”, es más una suerte de corrección de procedimiento de oficio, con la posibilidad de que la propia parte y sin abogado la corrija; entonces, nuevamente nos planteamos que sucede con la imprescindible igualdad de las partes ante la Ley y ante el Juzgador, si el propio Juez al declarar inadmisibile la demanda, señalara los vicios de que adolece, ¿para qué? Para que el demandante los corrija, personalmente sin abogado.

Nos parece de una inconsecuencia absoluta.

Artículo 478. EL REQUERIMIENTO DE PAGO.

Si se cumplen los requisitos señalados en los artículos 474, 475 y 476 precedentes y estima el Juez como razonablemente justificado el cobro de la deuda, despachará requerimiento de pago en contra del deudor, el cual deberá contener:

- 1. La advertencia de que el Tribunal no ha examinado la justificación de la deuda antes de despachar el requerimiento de pago.*
- 2. La orden de que en el plazo de 15 días contados desde aquel en que se realizó la notificación del requerimiento de pago, pague al peticionario la cantidad adeudada más los intereses y gastos que procedan, acreditándolo ante el Tribunal, o que comunique a éste su oposición al requerimiento de pago,*
- 3. La advertencia de que de no presentarse oposición o de rechazarse ésta por el Tribunal, se despachará de oficio en su contra mandamiento de ejecución y embargo, iniciándose un juicio ejecutivo por obligación dineraria en su contra.*

Este requerimiento de pago, es un verdadero apercebimiento de iguales características a las del juicio ejecutivo con las mismas condiciones y elementos. Ciertamente el plazo es diverso, el deudor puede oponerse a esta ejecución en su contra en un plazo mayor al del juicio ejecutivo, 15 días, desde el requerimiento. Y este plazo permite al deudor el pago de esta deuda en aquel plazo o, a la facultad del deudor de oponerse a aquella acción del demandante. La mención del numeral 1, nos aparece como una “exculpación” ante post del Juez, pues no se comprende aquella referencia. ¿Qué significa esto? Acaso que un Tribunal entonces, condena, requiere de pago, sin haber antes hecho la debida revisión de justificación de aquel requerimiento formulado por la demandante. Si la norma habilita al Tribunal a proceder de la forma descrita, nos resulta nuevamente incomprensible tal “explicación previa” que se contempla en esta norma.

Artículo 479. NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO.

El requerimiento de pago se notificará de oficio por el Tribunal en forma personal al deudor requerido.

Por la notificación se interrumpirá la prescripción y se dará lugar a la litispendencia.

Solo podrá notificarse al deudor personalmente en conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de este Código.

Las reglas del requerimiento, no podrían sino decretar una notificación personal al deudor, pues es la primera notificación formal, oficial, judicial, de la existencia de una acción en sede jurisdiccional que se ha interpuesto en su contra. En este instante, volvemos a formular las mismas aprensiones acerca del concepto de domicilio ya referidos anteriormente.

Artículo 480. INCOMPARECENCIA DEL DEUDOR Y DESPACHO DE LA EJECUCIÓN.

Si el deudor requerido no presentare oposición o si esta fuere rechazada por el Tribunal por no cumplir con algún requisito de forma o por presentarse fuera de plazo, éste dictará de oficio mandamiento de ejecución y embargo por la cantidad adeudada más los intereses, finalizando así el monitorio e iniciándose un juicio ejecutivo que se regirá por las normas contenidas en el Párrafo 2 del Título II del Libro IV de este Código.

Previo a cualquier comentario urge puntualizar que el proyecto no reglamenta de forma alguna la forma o manera en que debe verificarse la comparecencia y la potencial oposición del deudor en este procedimiento. Es así, como no se explicita los requisitos formales de aquella comparecencia, solo se hace una mención al plazo de oposición, 15 días, patrocinio de abogado, pero no detalla un listado de posibles excepciones ni la reglamentación de la formalidad de estas alegaciones o defensas, como lo ha desarrollado el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 481. OPOSICIÓN DEL DEUDOR.

El deudor requerido podrá formular dentro del plazo de 15 días, más el aumento de la tabla de emplazamiento conforme a lo previsto en el artículo 252, contados desde aquel en que se le notificó el requerimiento de pago, oposición ante el Tribunal requirente por una parte o por la totalidad de la deuda.

Dicha oposición deberá realizarse por escrito y deberá ir firmado por abogado habilitado. En ella, deberá el deudor requerido señalar las razones por las cuales no debe en todo o en partes la deuda u otros motivos por los cuales no debe en definitiva despacharse ejecución en su contra.

Las razones esgrimidas por el deudor para oponerse al requerimiento de pago no serán vinculantes para el eventual proceso declarativo ordinario que se lleve a cabo posteriormente.

Respecto de este artículo, nos remitimos a las consideraciones expuestas a propósito del comentario del artículo 480. Sin perjuicio, y respecto del procedimiento de oposición, debemos señalar enfáticamente que no consagra el proyecto remitido a la Sra. Presidente de la República el pasado 25 de mayo, norma alguna en orden a su reglamentación, no realiza

ninguna enumeración o planteamientos de las posibles excepciones a interponer, pues solo se realiza una enunciación genérica que nos parece absolutamente insuficiente.

El Foro, como ha sucedido en toda América Latina, confunde entre título ejecutivo y ejecutorio, con Fehaciencia y ejecutividad de los títulos²⁶, nuevamente la multivocidad de los vocablos constituye una barrera para desentrañar algunos institutos. Solo se busca celeridad, sin hacer un verdadero planteamiento sobre el tema de los procesos/procedimientos vinculados con la ejecutividad de los títulos. Se pone en peligro entonces, y con el pretexto o excusa de la rapidez y eficacia de la justicia, los principios generales de aplicación general a toda instancia de reclamación en sede jurisdiccional.

Artículo 482. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA OPOSICIÓN.

Formulada oposición por el deudor en tiempo y forma, finalizará el proceso monitorio. Esta resolución será notificada por el Estado Diario a ambas partes, y contra ella no procederá recurso alguno, salvo la reposición ante el mismo Tribunal. Cualquiera de las partes podrá iniciar ante el mismo Tribunal ante el cual se sustanció el monitorio el procedimiento ordinario que corresponda en razón de la cuantía de la oposición.

- a) La incorporación de este procedimiento, es sin duda una innovadora forma de instar por el cobro de sumas dinerales en la forma propuesta, y ello podría implicar una suerte de “ágil acceso a la justicia”²⁷, para aquellas partes que instan o que demandan sumas de dinero, que adolezcan de un título ejecutivo, pero que sin embargo tengan algunos antecedentes que sirvan de evidencia suficiente para que el Tribunal así lo estime y acoja la acción monitoria.

Esta es unas las motivaciones que se han tenido en miras en su aplicación en la Comunidad Europea²⁸.

²⁶ Fehaciencia: cualidad intrínseca de un determinado título que hace que este deba gozar de fe (lógica-jurídica).

Ejecutividad: atributo legal divorciado de la idea de Fehaciencia (jurídica-lógica). Fehaciencia y ejecutividad, deben aparecer como causa y consecuencia de una misma situación. Muchas veces corren por andriveses distintos (legislación). En el derecho Italiano: Ejecutoriedad: título ejecutivo sentencia. Ejecutividad: título ejecutivo, emitido por deudor con intervención notarial y/o cláusula de legitimidad.

²⁷ El considerando 6 del Reglamento Europeo señala: “el cobro rápido y eficiente de créditos pendientes que no son objeto de controversia jurídica es de vital importancia para los operadores económicos de la Unión Europea, toda vez que la morosidad es una de las principales causas de la insolvencia que hace peligrar la supervivencia de empresas, particularmente pequeñas y medianas empresas, y provoca la pérdida de numerosos puestos de trabajo”.

²⁸ Es por esta situación, que se imputa a la legislación laboral, que fue una de las precursoras de la institución del monitorio en el proceso civil, pues también se la propone como una modalidad procesal. Cuántos casos de acreedores que por los bajos montos no inician una acción procesal dada la complejidad de los procedimientos, o cuántos juicios iniciados, no obstante la rebeldía del deudor, deben seguir todas las etapas, con un tremendo costo para el Estado y los particulares. Según señala la profesora K. Bernal (ob.cit.) “en los países europeos en los que está instaurado el proceso

- b) No obstante lo anterior, existen varias deficiencias en su diseño que podían entorpecer su aplicación y traicionar su objetivo de ser expedito y breve. Solo a título de ejemplo, está la cuestión acerca de que la sola oposición del demandado, sin mayores exigencias, salvo la comparecencia con asistencia letrada, podrían desvirtuar este procedimiento, toda vez que ello implicará con el solo hecho de la oposición, una necesaria judicialización por la vía de la interposición de las acciones ordinarias que los interesados queden en posición de poder entablar.
- c) En la etapa judicial, se considera efectivamente la estructura de procedimiento monitorio—entre la recepción de antecedentes por parte del Tribunal y hasta el momento en que el demandado reclamara de la resolución judicial— sin embargo hay algunos aspectos de este tipo de procedimiento que no estaban suficientemente desarrollados o simplemente no considerados y que podían afectar seriamente la confianza social en el mismo.

En primer lugar, existía una enorme imprecisión en la forma en que se debía notificar al deudor, según ya se expresó precedentemente. Dadas las consecuencias que tiene la falta de oposición a la resolución, debe existir la más absoluta certeza de que el deudor ha sido efectivamente notificado. Esto se ha saldado absolutamente al hacer expresa referencia a que el deudor debe ser notificado personalmente y ser requerido de pago en esa forma.

Por otra parte, tampoco se consideraba que en la resolución o en el acto de notificación, el Tribunal advirtiera al demandado, sobre las consecuencias que le acarrearía la resolución y los derechos que podía ejercer frente a esta actuación judicial²⁹. Esto unido a que se otorgaba un plazo extremadamente breve para reclamar; ello ha sido solucionado, pues en el proyecto se plantea un emplazamiento de 15 días, para que aquella parte haga uso de su derecho a apersonarse en estrados en aquella forma de enjuiciamiento.

Finalmente, en caso de interponerse reclamo en contra de la resolución por alguna de las partes, se debía dar inicio a la etapa de contradicción, sometida al mismo procedimiento de aplicación general, con audiencia preparatoria y de juicio, con plazos más breves. Esto era absurdo, un procedimiento para casos de cuantía inferior, debía someterse a tres audiencias: una ante la Inspección y dos ante el Tribunal.

La naturaleza ejecutiva del procedimiento monitorio se derivaría, según Plósz, principalmente, de su finalidad, a la cual corresponde, en la estructura procesal del instituto, el

monitorio, el número de casos en los que no hay oposición por parte del deudor supera el 90%”. El procedimiento monitorio da una respuesta muy satisfactoria, generando respuestas para favorecer la circulación del dinero y evitar serios perjuicios a los particulares, pequeñas empresas y trabajadores.

²⁹ Por ejemplo, el considerando 18 del Reglamento de la Unión Europea señala: “en el requerimiento europeo de pago se debe informar al demandado de la posibilidad de pagar al demandante el importe fijado o de enviar un escrito de oposición en un plazo de 30 días si desea impugnar la deuda. Además de facilitar al demandado toda la información sobre el crédito facilitada por el demandante, se le debe advertir sobre la importancia jurídica del requerimiento europeo de pago y, en especial, las consecuencias de la no impugnación.

comportamiento de mera pasividad que observa el deudor, a semejanza de lo que típicamente ocurre en el proceso de ejecución; la orden de pago debería considerarse ya como un inicio de ejecución, porque el juez, al emitirla, no trata de declarar (como haría en un verdadero proceso de cognición) si existe el derecho a realizar, sino que da como ya declarada su existencia y ordena, por eso, su realización forzada; la eventual oposición del deudor a la orden de pago sería, por consiguiente, un caso de verdadera “oposición a la ejecución” limitada dentro de un especial término preclusivo, transcurrido el cual la orden de ejecución se convertiría en irrevocable, no porque el juez esté convencido de la existencia del crédito que el actor alega, sino porque el deudor ha decaído en su derecho a oponerse a la ejecución iniciada.

X. MONITORIO: ¿PROCEDIMIENTO O PROCESO?

A nuestro modo de ver, la forma de enjuiciamiento monitoria, es técnicamente solo un procedimiento y no un proceso.

Esta distinción no es una sutileza lingüística, ni una distinción obtusa con ánimo de complicar el estudio de las instituciones o de las formas de resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses.

Muy por el contrario. Nuestra disciplina científica está plagada de situaciones en que la equívoca denominación de situaciones, instituciones o conceptos, desvirtúan la esencia de cada uno de ellos y lo que es aún peor, lleva a equívocos y perpetúa situaciones erradas por años y hasta décadas, dándose nociones de elementos, que responden a significados a veces muy diversos y distantes de los que equivocadamente son utilizados a veces incluso en los foros más importantes del espacio jurídico.

En un primer orden de precisiones, me parece aclaratorio y válido señalar y destacar, que la forma monitoria, puede funcionar y muy bien para asuntos de escasa cuantía, abaratando el trámite y facilitando el acceso a la justicia.³⁰ En esta conclusión, transcribo la opinión del Maestro Alvarado y su adelantada discípula y continuadora en la actualidad en la Cátedra de la Universidad Nacional de Rosario, la Dra. Andrea Meroi, sin embargo en un acto de impensada osadía en lo académico, me permito disentir de tan importante opinión, por las consideraciones que expresaré.

Previo a ello, menester es aclarar esta distinción técnica.³¹

Debemos definir **procedimiento** -concepto puramente jurídico- como la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí: con ello, uno es preceden-

³⁰ Adolfo Alvarado Velloso. Andrea Meroi - Jornadas de Procedimiento Ejecutivo. Introducción del Monitorio - Jornadas sobre propuestas del Código Procesal Civil de Santa Fe - Rosario 1983.

³¹ El gran problema del derecho procesal es la multivocidad de los vocablos. Acá van unas líneas a los fines de establecer cierta equivocidad de los vocablos. Adolfo Alvarado Velloso - Introducción al Estudio del Derecho Procesal - Primera Parte - Reimpresión 1992 - Edit. Rubinzal Culzoni - Pág. 43.

te necesario del que le sigue y este, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Una lógica secuencia.

Por lo tanto, existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día de una asamblea), o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etc.), que requiere una consecución de actos.

A su turno, debe entenderse por **proceso** –concepto puramente lógico– **el medio de discusión de dos litigantes en pie de igualdad ante una autoridad, según cierto procedimiento preestablecido por la ley.**

De ello, el **procedimiento es el género** (aparece en todas las instancias), en tanto que el **proceso**, es una especie de él (aparece solo en la **acción procesal**³², **instancia que debe ser necesariamente bilateralizada**).

Concluyo: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre dos personas: quien insta y quien recibe la instancia. **El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal**³³, que se otorga para regular una relación dinámica entre tres personas: quien insta, quien recibe el instar, y aquel respecto de quien se insta. El actor y el resistente, ambas son las partes y el tercero imparcial que recibe, el Juez.

Todo proceso contiene por tanto un procedimiento, pero no sucede a la inversa, pues no todo procedimiento constituye un proceso.

De este simple y evidente raciocinio puramente lógico, concluimos que **el monitorio es un procedimiento**, es una serie de actos ordenados y consecuenciales, pero que no necesariamente deban bilateralizarse, pues si el deudor nada cuestiona y paga ante el requerimiento del acreedor, el Juez (tercero) nada tiene que hacer. El acreedor no le pide al Juez que le diga al deudor que pague (típico ejemplo de la acción procesal –ergo bilateralizada– con tres sujetos), simplemente le requiere al deudor que pague o se oponga.³⁴

³² Ver el concepto en Adolfo Alvarado Velloso -obra citada-. En ella, el autor basa el inicio de todo proceso en la distinción entre acción procesal y otras instancias, desprendiéndose de estas la diferencia entre proceso y procedimiento.

³³ Ver obra citada.

³⁴ Zúñiga Rodrigo, Conferencia “GÉNESIS Y NECESIDAD DE UNA REFORMA PROCESAL CIVIL”, en las Jornadas de Análisis del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Termas de Chillán, octubre de 2008, dentro de los lineamientos del nuevo sistema y dentro del diseño del nuevo sistema de ejecución dentro del proceso de reforma plantea algunas cuestiones: Sistema desjudicializado o con eventual intervención de la judicatura; posibilidad de entrega del procedimiento a un profesional liberal (similar al HUSSIER-Francia, bailiff -Holanda).

XI. CRÍTICAS AL PROCESO MONITORIO

De lo descrito precedentemente, pareciera que existen sobradas consideraciones para estimar al Monitorio como una estupenda solución al atraso inexplicable de la Justicia, o estimarlo como una fórmula razonable y eficiente de descongestión de la Jurisdicción Civil, sin embargo, parte importante de la Doctrina Latinoamericana, han formulado disensos importantes en relación a este método abreviado de cognición.

Destaca Manuel A. Ponz como alguno de los inconvenientes que se han atribuido al proceso monitorio, los siguientes:

- a) Nos resulta evidente que existe una fuerte y equilibrada posibilidad de que se ponga en duda una eventual inconstitucionalidad del monitorio, pues estamos ante una deficiente garantía del derecho de defensa del demandado;
- b) Es ya tradicional, la hostilidad de los operadores judiciales del foro con relación a su implementación.
- c) La implantación del procedimiento puede propender a la actitud maliciosa de los deudores a quienes bastaría oponerse a la orden del juez para tornar ilusoria la pretensión del acreedor por esta vía breve y sencilla.

Con relación a la primera crítica, dice el autor citado que será menester regular al máximo los trámites atinentes a la debida intervención del demandado, prescribiendo que en requerimiento u orden de pago, la llamada intimación se cumpla en forma personal, y que el secretario o algún otro ministro de fe, le envíe de forma paralela alguna comunicación escrita fehaciente (carta certificada por ejemplo).

Respecto al segundo aspecto dice que se advierte en las estructuras jurídicas modernas una sensible medra a la actividad forense, siendo notorio que la mayoría de los procesos contradictorios terminan en la práctica mucho antes de agotarse las etapas regladas para su sustanciación en los ordenamientos procesales por las denominadas formas anómalas de terminación del proceso. Y con relación a la posible actitud maliciosa de los demandados, considera que, en los ordenamientos procesales, que consagran los principios de celeridad procesal, moralización del proceso y actividad oficiosa del tribunal, debe castigarse con severo rigor toda conducta temeraria y maliciosa del justiciable.

El distinguido jurista, doctor Orlando Jorge Ramírez, ha expresado su crítica a un proyecto en donde se pretendía incluir al juicio de desalojo entre los procesos de estructura monitoria. Dice que ello supone “cambiar para que nada cambie”; que el juicio seguirá siendo muy lento. Manifiesta no comprender el proceso monitorio tal cual se lo legisla, el que se comienza por el dictado de una sentencia, sin oír al demandado; pero notificada la resolución, puede este último formular oposición, la que se tramita por el cauce del juicio

extraordinario (o sumarísimo), cuyo desarrollo puede llevar un año o más, y hasta que se dicte sentencia que es apelable con efecto suspensivo, se suspende la ejecución de la sentencia monitoria de desalojo. Considera que con la estructura monitoria sólo se procura especular con que el demandado “no articule la oposición; pero lo cierto es que si el arrendatario recibe en su domicilio la notificación de una sentencia que le da diez días para entregar el inmueble bajo apercibimiento de lanzamiento no dejará de ir mucho más presuroso al abogado que cuando recibe un traslado de demanda, y el profesional le dirá: no se preocupe, con una oposición paramos todo y por lo menos por un año.

A ello responden Morello y Kaminker y dicen que el distinguido procesalista marplatense no ha comprendido el funcionamiento del esquema monitorio, ni la mudanza de comportamientos, de actitudes, del juego decisivo del principio de colaboración de las partes y los abogados al resultado útil de la Jurisdicción, ni el peso determinante que la estructura del proceso por audiencia lleva –debe llevar– a un cambio de conciencia sobre lo que se hace durante el proceso y su eficiencia específica.

Agregan luego que:

- 1° el proceso monitorio –con los ajustes adecuaciones o ampliaciones que pueden corresponder– funciona perfectamente en el Uruguay, en materia de desalojos;
- 2° las ventajas de esa incorporación resultan de la experiencia concreta y probada;
- 3° el juez - activo y en su rol social a desempeñar con mesura pero con la suficiente fortaleza de hacer actuar la ley- no prejuzga sino que actúa –es su deber– con sujeción a un modelo que no afecta en nada las garantías del proceso justo constitucional, ni tampoco obra arbitrariamente.

Posteriormente señalan que, de lo que se trata –en tanto hace a la realidad del debate– es de que no se opongan infundadas (complicantes, dilatorias, chicaneras y costosas) argumentaciones aparentemente vestidas de excepciones, o defensas, sino de acordar tutela a lo que en verdad es protegible en el marco de la garantía jurisdiccional; de lo contrario no procederían las reglas similares que juegan en el marco de la cautela, del amparo, de la ejecución, si el locatario no cumplió la obligación básica del pago del alquiler, o el contrato está vencido.

¿Cuál puede ser el fundamento para estimular la “fabricación” de aparentes o abusivas oposiciones? Posteriormente, estos mismos autores, siguiendo al procesalista uruguayo Jaime Greif, hacen una caracterización del proceso monitorio y señalan que el mismo viene a sincerar la funcionalidad del proceso ejecutivo, y lo hace con un juego *inverso* en las posiciones sucesivas, que al alterar el esquema clásico le comunica un reforzamiento operativo tan notable como necesario; una verdadera acción sumaria especial que cabalga entre la ejecución pura y la pretensión ordinaria de cognición.

Y citan también la opinión del Dr. Oscar Martínez, quien ha expresado que la calidad de rápido y sumario del proceso monitorio se justifica:

- “a) por la alta credibilidad (certeza, verosimilitud) que surge de la naturaleza (en general simple) de la pretensión y la forma en que se plantea (por la prueba que se acompaña);
- b) y por la presunción de que no habrá oposición a la demanda, como lo indica la experiencia al respecto (por ejemplo, en ciertos casos de desalojo sin contrato escrito) Podría señalarse, además, que a diferencia del juicio ejecutivo que legislan nuestros ordenamientos procesales, en que, en un primer momento, se dicta el denominado “auto de solvendo” (que contiene la orden al demandado al pago de una determinada suma de dinero), y luego, si no se oponen excepciones, debe dictarse la sentencia de trance y remate, el proceso monitorio (sin perjuicio de señalar que todo depende de las particularidades de cada legislación) puede estructurarse con una sola resolución: la sentencia monitoria, la cual, si el demandado no formula oposición, queda firme, sin necesidad del dictado de otra resolución.

IDEAS FINALES

1. ¿Quién podría estar en desacuerdo de formular algún procedimiento que otorgare “justicia pronta y oportuna” y que además descongestionara nuestros tribunales civiles?
2. Precisamente como nadie cuerdo estaría en desacuerdo, es menester y obligación de nuestra comunidad jurídica y en especial los que dedican sus afanes al estudio del Proceso, que cualquiera sea el instrumento que se ocupe de tan loable finalidad, lo haga siempre y desde siempre, con el más irrestricto respeto de las garantías de todo proceso, de todo debido proceso, pues aunque la finalidad es muy importante, ésta jamás puede ser obtenida vulnerando los principios de mayor validez en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.
3. Abreviar, saltarse o suplir el cognoscitivo, en la búsqueda de una pronta resolución, es aun más grave que permitir procesos interminables y que solo contribuyen a la mantención de la sensación de injusticia o desesperanza en nuestra comunidad.
4. El Juez siempre debe, antes de resolver, de conceder, de ordenar, oír a la otra parte, al contradictor, al demandado, al reo, al empleador, al imputado, pues así, la sociedad efectivamente respetará a todos por igual y seremos una sociedad más próxima a la justicia.
5. Es evidente que su implementación presenta un problema de partida, y éste es el “objeto del mismo procedimiento” y a renglón seguido está la falta de un procedimiento de oposición que asegure el derecho de defensa del deudor, pues no se permite discutir la validez, legalidad y legitimidad del crédito que se pretende ejecutar en su contra.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Macías Cristobal, www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php.
- Reglamento de la Unión Europea 1896 de 2003.
- Página del Poder Judicial Español; www.mjusticia.es/monitorio
- Calamandrei, Piero, El procedimiento Monitorio, Colección Clásicos del Derecho, Librería El Foro.
- Manassero Ana Clara, “El Procedimiento Monitorio en el Ante Proyecto de Reforma Procesal Civil en Chile”, en las Jornadas de Análisis del Ante Proyecto del Código Procedimiento Civil Chileno, Chillán, octubre 2008, organizadas por el Colegio de Abogados de Chillán.
- Calvino Gustavo, artículo “El Procedimiento Monitorio y la Constitucionalidad”, Argentina, Paper personal. 2007.
- Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 30 de diciembre de 2006.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, versión 2004.
- Werner Goldshmidt - Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. La teoría Trialista del mundo jurídico. Sus horizontes. Editorial de Palma.
- Bernal, Karina; Ponencia en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 2005. Ver en <http://www.calz.org/img/ponencia-procmonit-otom.pdf>
- Ante Proyecto de Código Procesal Civil, entregado por el Grupo de Trabajo el Ministerio de Justicia.
- Adolfo Alvarado Velloso. Andrea Meroi - Jornadas de Procedimiento Ejecutivo. Introducción del Monitorio - Jornadas sobre propuestas del Código Procesal Civil de Santa Fe - Rosario 1983.

LOS RECURSOS Y SUS EFECTOS EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Ricardo Márquez Acevedo¹

SUMARIO

I Introducción; II. Reglas Generales; III. Recurso de Reposición; IV. Recurso de Apelación; V. Recurso Extraordinario; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es ya un lugar común dentro del estado del derecho procesal, el hecho de que la gran deuda del sistema actualmente es la reforma al sistema civil.

Ya era hora de que se haga una reforma del corte de las reformas procesal penal, familia y procesal laboral. El principio de este nuevo avance es el proyecto de ley enviado en mayo de 2009 a la Presidenta de la República, y no para hacer modificaciones meramente cosméticas al Código de Procedimiento Civil, sino que reformando el sistema procesal civil y de una vez por todas luego de más de cien años de vigencia (mensaje febrero de 1893) del Código se dicte, ahora sí, un Código Procesal Civil. Ya el nombre es elocuente en cuanto en sus textos contiene no sólo disposiciones procedimentales, sino también disposiciones que tienen que ver con todas las instituciones del derecho procesal, en especial las disposiciones comunes.

Este nuevo Código Procesal Civil tiene una importancia capital para los demás códigos procesales, desde dos puntos de vista; el primero, que las disposiciones comunes del Código Procesal Civil son de aplicación general en el sistema de Códigos, y en segundo término el procedimiento ordinario regulado en este Código Procesal Civil también es supletorio a los demás procedimientos especiales, sea del mismo Código o de otros; así discurre el inciso 1º y 2º del artículo 14 del proyecto de Código Procesal Civil.

Ahora, refiriéndome en síntesis al tema del presente trabajo, son varias las disposiciones de trascendencia que a propósito de los recursos y sus efectos contiene el proyecto, como por ejemplo tratándose del recurso de reposición se hace admisible respecto de decretos y de sentencias interlocutorias. ¿Y los autos?, uno tendería a preguntarse; bueno, dicha resolución judicial fue eliminada en el proyecto según lo dispone el artículo 185 del proyecto de Código; también se termina con la discusión (aunque un tanto superada) de si la reposición tiene efecto suspensivo o no, ello por la disposición del artículo 181 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil, en cuanto los autos y decretos se ejecutarán desde que se encuentren firmes. Por último, de todas formas, este proyecto otorga mayores atribuciones al juez civil

¹ Abogado. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Las Américas; correo electrónico ricardomarquez@chileabogados.cl

para paralizar o no la tramitación del proceso, en este caso por la interposición de un recurso de reposición, conforme lo que señala el artículo 333 inciso 2º del Proyecto de Código Procesal Civil, esto implica darle al tribunal civil atribuciones que tienen que ver con su criterio como juzgador.

Por otra parte, en la reglas generales respecto de los recursos, y siguiendo con lo anterior, el proyecto es más amplio en cuanto el artículo 321 inciso 1º establece que la interposición de cualquier recurso no suspende la tramitación del proceso, siendo la suspensión de carácter excepcional.

Respecto del recurso de apelación se produce una fusión de recursos, entre la apelación tradicional, la casación en la forma y el recurso de nulidad penal; cómo es esto, pues aparejado con el recurso de apelación tradicional se establece una forma especial de recurso de apelación con causales que tienen que ver con la anulación de la sentencia definitiva o la anulación del proceso oral, dicha materia debe representarse en causales (art. 336 del proyecto), y las causales se refieren más bien a capítulos de casación en la forma.

Por último se elimina el recurso de casación en el fondo por un recurso extraordinario, llamado así simplemente extraordinario, creado en razón de dos fundamentos: uno, evitar que un fallo injusto quede ejecutoriado, y la otra razón, para unificar la jurisprudencia. Este recurso se hace necesario desde que con la apelación también se reclama la nulidad y en caso de confirmarse el fallo de primera instancia (evidentemente nulo) no existiría recurso de nulidad, pues no existe apelación. El error se repara, entonces, mediante el recurso extraordinario de nulidad notoria que se da en contra de sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada.²

En nuestro derecho, como un arrastre histórico de sus antecedentes coloniales, el recurso extraordinario de nulidad notoria, lo es también en cierto modo, de **injusticia notoria**.³

Y obviamente es extraordinario en cuanto no es admisible respecto de la generalidad de las resoluciones judiciales, y tiene causales, como la casación, inaplicabilidad por inconstitucionalidad, amparo y otros. En este caso especial, el llamado recurso extraordinario es más bien un recurso de unificación de jurisprudencia y por lo tanto procede respecto de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones, y conocido ante la Corte Suprema; y también como se dijo, por razones de injusticia notoria, dándose una unión entre vicio y agravio, en un solo recurso y de tal nivel de conocimiento ante el máximo tribunal

² Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Eduardo J. Couture, 4ª Ed. Pag 312, Editorial B de F. 2005, Buenos Aires.

³ Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Eduardo J. Couture, 4ª Ed. Pag 312, Editorial B de F. 2005, Buenos Aires.

del país. En síntesis, el proyecto establece una tercera instancia excepcionalísima, como se verá más adelante.

II. REGLAS GENERALES

Los recursos procesales se encuentran tratados en el libro III del proyecto de Código Procesal Civil, siendo el Título I el referido a las reglas generales (arts. 319 a 329).

Lo primero que señalan estas disposiciones generales es que el único fundamento de los recursos procesales es el agravio (art. 319 inciso 1º).

Como ya lo indiqué en la introducción de este trabajo, también resulta de notable interés el hecho de que se establezca que la interposición de los recursos por regla general no suspende la ejecución de la resolución judicial, siendo esta suspensión excepcional y de todas formas atribuyendo al juez la posibilidad de en cualquier caso suspender la ejecución de la resolución recurrida (art. 321).

La vista de la causa tiene modificaciones de importancia práctica para evitar la situación que se da a menudo en las Cortes (en especial de apelaciones), en cuanto si no existe tiempo para que sea vista una causa queda para ser vista la semana que sigue. Ahora en el proyecto se crean verdaderas audiencias con día y hora en la cual serán vistas las causas y si por algún motivo no es posible, se realiza la vista el día siguiente y sin necesidad de incluirla nuevamente en tabla (art. 322).

Se mantiene la norma del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil respecto de los retardos y suspensiones de vistas. Ahora dicha norma pasa al artículo 323 del proyecto, de todas formas hay derecho a suspender sin una causal una vez y dos como máximo sin importar el número de partes. De todas formas hay que pagar en estos casos un impuesto de 1/2 UTM en la Corte Suprema y de 1/4 de UTM en las Cortes de Apelaciones.

Existe imposibilidad de suspender en casos de recursos de amparo y protección y tratándose de medidas cautelares anticipadas y de ejecución provisional, esto por razones obvias.

No es necesario hacerse parte en los recursos, como viene siendo la tónica actualmente; dicho trámite se elimina y se reemplaza por una actividad procesal más decidora en cuanto a la intención de la parte a seguir su recurso, esto es a comparecer a defenderlo en estrados; como por lo demás ocurre en el caso de la reforma procesal penal y con bastante éxito (art. 325 inciso 2º del proyecto), el resultado de la falta de comparecencia es el abandono del recurso, lo cual parece más sano desde el punto de vista de la economía procesal.

Respecto de alegatos también la reforma es bastante útil desde el punto de vista de la argumentación, pudiendo contraargumentar luego del alegato de la contraria, sin la limitación de retrucar sólo en los hechos (art. 325 inciso 3º), también la posibilidad de que

cualquier integrante consulte a los abogados luego de su exposición respecto de dudas que se planteen.

En cuanto a la competencia, está dada por el recurso, sin poder extenderse a materias no planteadas, salvo en cuanto pudiera pronunciarse de oficio. Existe además prohibición de reforma en perjuicio (art. 327).

Por último se establece un sistema general de antigüedad de las causas para ser vistas, en tanto estén en estado. Existen también causas de vista preferente referidas a materias de competencia, medidas cautelares, juicios sumarios, arrendamientos, ejecutivos, etc.

III. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Su fundamento sigue siendo el agravio (art. 330).

Su procedencia es contra decretos y sentencias interlocutorias (art. 331), la razón de ello es que el artículo 185 del proyecto elimina la resolución judicial autos.

En los plazos hay una distinción al igual que en la reforma procesal penal, según si la resolución fue dictada en audiencia o fuera de ella. La norma es análoga si es dictada fuera de audiencia, el plazo es de tres días y fundado. En audiencia se debe interponer dentro de ella inmediatamente y es inadmisibles si ha precedido debate (art. 331).

Respecto de la apelación subsidiaria existe la misma norma del Código de Procedimiento Penal (art. 56 inciso 4º). Si también es recurrible de apelación debe interponerse subsidiariamente a la reposición, en caso contrario se entiende que se renuncia a ella (art. 332 del proyecto).

En cuanto a los efectos la interposición del recurso de reposición no suspende la ejecución de la resolución recurrida, sin embargo el juez podrá suspender los trámites del juicio o su ejecución según su criterio (art. 333 del proyecto).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apelación sigue siendo un recurso eminentemente motivado por el agravio y su objetivo es la enmienda o revocación por el tribunal superior conforme a derecho de la resolución recurrida. Como se indicó en la introducción también a través de la apelación se puede invalidar la sentencia definitiva o el juicio oral en general, en razón de violarse normas o garantías procesales, en casos determinados (causales).

La petición de enmienda (apelación normal) al igual como ocurría en el caso del sistema de nuestro Código de Procedimiento Civil, debía interponerse en carácter subsidiario a la invalidación (casación forma). Así lo indica el artículo 334 del proyecto. Es normal desde

el punto de vista lógico, dicha norma primero debe ser revisada la validez y luego la justicia de la resolución.

Las resoluciones recurribles (art. 335 del proyecto) por apelación son sólo ahora las sentencias definitivas, interlocutorias que ponen fin al juicio o hacen imposible su continuación, las que ordenan el pago de costas por más de 100 UTM y las que se pronuncien sobre medidas cautelares; todas de primera instancia.

Por excepción las sentencias de segunda instancia que declaren de oficio la falta de jurisdicción o la incompetencia absoluta serán apelables, en razón de la indefensión que producen.

El resto de las resoluciones son inapelables, siendo esta la regla general, es decir el proyecto minimiza al igual que la reforma procesal penal el recurso de apelación (arts. 364 y 370 Código Procesal Penal).

Ahora analizaremos la novedad del proyecto en cuanto a las infracciones en que puede incurrir el juez en el juicio oral o en la dictación de una resolución, referente a infracciones a normas procesales o garantías también procesales, llamadas en el proyecto: "Causales Específicas del Recurso". El artículo 336 del proyecto se refiere a este punto en especial. Al revisar el artículo referido nos encontraremos con que la mayoría de las causales específicas tienen que ver con capítulos de casación en la forma (art. 768 Código de Procedimiento Civil). Aquí mención especial por su novedad requiere la causal j) del artículo 336 del proyecto, que dice relación con la posibilidad de indefensión respecto del rendimiento de la prueba; dicha causal está en íntima relación también con uno de los principios que recoge el proyecto: la igualdad de armas (art. 5 del proyecto). La causal mencionada señala: **"En todos aquellos casos de impedimentos o entorpecimientos infundados que hubieran imposibilitado que la parte conociera las diligencias probatorias decretadas, participare en la rendición de la prueba o ejerciera su derecho de contradicción"**.

Los plazos para interponer el recurso siguen siendo diez días hábiles desde la notificación de la resolución recurrida y, en caso de apelación subsidiaria, a la reposición en el plazo de esta última (art. 337 inciso 1º del proyecto).

La formalidad sigue también siendo por escrito con fundamentación de hecho y derecho y con peticiones concretas; en caso de ser el recurso con causales específicas al igual que en la casación en la forma se debe indicar la causal, los hechos que la constituyen, se debe preparar el recurso y existe imposibilidad de modificarlo una vez interpuesto (art. 337 incisos 2º y 3º del proyecto).

En lo referido a los efectos en los que se concede el recurso se invierte la regla civil actual del 193 del Código de Procedimiento Civil (que de todas formas en la práctica era la inversa por la gran cantidad de excepciones que existían del artículo 194 del Código de

Procedimiento Civil); en el proyecto el artículo 340 señala que si no se indican los efectos en los que se concede el recurso, éste será concedido en el solo efecto devolutivo.

Siempre en estos casos de minimización de la apelación en cuanto a los efectos, por razones de justicia es necesario dar un remedio para las situaciones en que se puedan generar perjuicios irreparables, para ello el inciso 3º y siguientes del artículo 341 del proyecto otorga la posibilidad de que la Corte respectiva, a petición de parte, pueda dar la respectiva orden de no innovar. Dicha orden tendrá los mismos efectos actuales, radica la causa en la sala que conoció de ella y también da preferencia para la vista.

Hay una novedad en cuanto el caso que se otorgue una apelación en ambos efectos, que el tribunal de primera instancia pueda de todas formas conocer respecto de ciertas materias que pudieran ser sensibles para los litigantes, en caso de procesos dilatados en el tiempo, como es el caso de medidas cautelares, o también de ciertas materias en que obviamente el tribunal de primera instancia debe tener la competencia para conocer no obstante estar concedido un recurso de apelación en ambos efectos, como es el caso del fin del recurso por otros medios antes de la remisión de los antecedentes (art. 342 del proyecto).

Sigue existiendo la carga procesal de pagar la remisión de la causa, en este caso piezas o respaldos digitales o de otro tipo para el tribunal de apelación, siendo la sanción el abandono del recurso (art. 343 del proyecto) en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la resolución que concede el recurso.

En el caso de la inadmisibilidad del recurso de apelación respecto de causales específicas se da la posibilidad de traer los autos en relación para anular de oficio, salvo que exista falta de jurisdicción o de competencia absoluta (art. 345 inciso final del proyecto).

El límite al recurso de apelación tratándose de la infracción a normas procesales o garantías procesales es conforme al artículo 346 del proyecto: a) si dichas infracciones no influyen en lo dispositivo del fallo o se subsanaron expresa o tácitamente, y b) si el recurrente no ha sufrido indefensión procesal. En suma, sigue inspirándose esta norma en el principio básico de la nulidad procesal: sin perjuicio no hay vicio anulable.

En el caso de la adhesión a la apelación se hace más estricta la presentación de los escritos de desistimiento del recurso y de adhesión, los que deben llevar día y hora, esto para tener claro hasta cuándo es posible adherirse a la apelación, ya que en el proyecto es posible hacerlo hasta la presentación del escrito de desistimiento (art. 347 del proyecto).

En segunda instancia se prohíbe rendir prueba salvo imposibilidad o desconocimiento de la prueba a rendir (art. 348 del proyecto).

En caso de anulación de juicio oral se reenvía el proceso al tribunal no inhabilitado (art. 351 del proyecto).

Por último, respecto de la resolución que falla el recurso de apelación no procede recurso alguno salvo el recurso extraordinario (art. 352 del proyecto).

V. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es un recurso extraordinario, ya que procede sólo respecto de determinadas resoluciones judiciales y con causales también especiales. Este recurso es una mixtura en cuanto unificador de la jurisprudencia en los casos de fallos extremadamente injustos y también en caso de violación de garantías constitucionales (art. 353 del proyecto). El fallo respecto de este recurso no se podrá recurrir.

La creación de este recurso no es más que la aspiración a la justicia por sobre la formalidad del derecho y las leyes en específico. Ahora con este recurso se crea una tercera instancia, aunque muy restringida y conocida por la Excma. Corte Suprema. En síntesis se elimina la hipocresía que significaba que en Chile sólo existieran dos instancias (en el papel), pero que en realidad eran tres, gracias a la posibilidad de alterar los hechos por la Excma. Corte Suprema, a través de la invalidación de las leyes reguladoras de la prueba en un proceso, lo cual se ha llamado casación bastarda.

Por esto, como indica el distinguido profesor de derecho procesal Raúl Tavolari Oliveros: **“Es llegada, pues, la hora de pensar -sin temores- en eliminar la casación y reemplazarla por una simple impugnación que permita al Tribunal Superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas en el asunto y que le obligue a fundar debidamente sus resoluciones, sea al acoger el recurso, sea al denegarlos...”**⁴

En cuanto a las causales ellas son:

- a) Sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme.
- b) Jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí.
- c) No exista jurisprudencia sobre la materia.
- d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial.

La causal de la letra d) es bastante interesante en cuanto va a permitir que la legislación se adapte a la realidad del país, sin necesidad de cambios legislativos de urgencia.

Algunos podrán pensar que la irrupción de este nuevo recurso provocará un colapso en la Excma. Corte Suprema, sin embargo la existencia de las causales aludidas es un filtro importante; pero aparejado a este filtro, tenemos la institución procesal del artículo 359 del

⁴ Proceso Civil Hacia Una Nueva Justicia Civil, varios trabajos, 1ª Ed. Pag. 51, Editorial Jurídica de Chile, diciembre 2007.

proyecto, el llamado *CERTIORARI*, que implica que el más alto Tribunal de Chile pueda seleccionar de entre los recursos que cumplan con los requisitos de admisibilidad, sólo aquellos casos de verdadera trascendencia para ser revisados por el recurso extraordinario.

En cuanto a las resoluciones recurribles, el artículo 355 del proyecto señala que serán sólo aquellas sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables y dictadas por Cortes de Apelaciones.

En relación a su forma de interponerse, es por escrito, dentro de los 15 días hábiles luego de la notificación de la resolución recurrida; y en dicho escrito se debe expresar en forma fundada en qué consiste la injusticia notoria, cuál el interés público del caso y los motivos por los cuales la Excma. Corte Suprema debe conocer del recurso. Por último se debe acompañar una copia de la sentencia recurrida y un certificado que indique la fecha de notificación de la resolución al recurrente (art. 356 del proyecto).

La interposición de este recurso no suspende los efectos de la resolución recurrida, salvo el mismo caso de las actuales casaciones, en que sea imposible cumplir con el fallo del recurso extraordinario si es que se cumple la resolución recurrida. Esto en todo caso puede ser cambiado fundadamente por la Excma. Corte Suprema, suspendiendo los efectos de la resolución recurrida.

La Excma. Corte Suprema examinará en cuenta la admisibilidad del recurso, si lo declara inadmisibile el recurrente tendrá 5 días para subsanar los defectos, si es que ello es posible. Declarándolo admisible el recurrido tendrá un plazo de 10 días para indicar razones por las cuales la Excma. Corte Suprema no deba conocer del recurso (art. 358 del proyecto).

En recurso se ve previa vista de la causa y es posible pedir que sea visto por el pleno de la Excma. Corte Suprema, cuando lo amerite su importancia (art. 360 del proyecto).

Por último se crea un mecanismo de publicidad de fallos dictados a propósito del conocimiento de este recurso, ya que deberán ser publicados en la página web del Poder Judicial (art. 362 del proyecto).

VI. CONCLUSIONES

Como señalé en la introducción de este trabajo, esta reforma corresponde a la parte final de los sistemas antiguos escriturados de justicia y completa la llegada en propiedad de los sistemas orales. Sin embargo de todas formas hay una parte de la justicia de bases muy importante para la ciudadanía que corresponde a los tribunales de policía local, los cuales hasta hoy no han sido tocados ni orgánica ni procedimentalmente, quizá la razón sea su eficacia y procedimiento sencillo.

Llama la atención también un poco la falta de prolijidad del proyecto que en su articulado menciona un recurso de hecho, que por descuido no fue incluido en el proyecto, sin embargo ello es menor. En síntesis este proyecto implica un gran avance en el campo del derecho procesal y una promesa de desarrollo de la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en materia de justicia y prudencia inimaginables hoy en día y como consecuencia de la irrupción del Recurso Extraordinario.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F. 2005 4ª edición, Buenos Aires.
- Varios Autores. Proceso Civil Hacia Una Nueva Justicia Civil. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, diciembre 2007.

