

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

## **PROCESO CIVIL**

**EL JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA  
PROCEDIMIENTO SUMARIO Y  
TUTELA CAUTELAR**

**ANDRÉS BORDALÍ S. GONZALO CORTEZ M. DIEGO PALOMO V.**  
U. Austral de Chile U. de Concepción U. de Talca

*Coordinador*

**SEGUNDA EDICIÓN REVISADA, AMPLIADA  
Y ACTUALIZADA**



**THOMSON REUTERS**

## ÍNDICE

	Página
PRESENTACIÓN .....	XIX
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN .....	XXI

### PRIMERA PARTE CUESTIONES PRELIMINARES

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	3
A) La jurisdicción .....	3
a) Concepto de jurisdicción.....	3
b) Función de la jurisdicción.....	3
c) Función de la jurisdicción en el derecho chileno.....	9
d) Caracteres de la jurisdicción .....	10
1. Unidad.....	10
2. Exclusividad.....	11
3. Independencia .....	12
4. Imparcialidad .....	14
B) La competencia.....	23
a) Importancia de la competencia .....	23
II. EL PROCESO .....	25
A) Proceso, Procedimiento y Juicio.....	25

PROCESO CIVIL  
EL JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA  
PROCEDIMIENTO SUMARIO Y  
TUTELA CAUTELAR

© ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA - GONZALO CORTEZ MATCOVICH - DIEGO PALOMO VÉLEZ  
2014 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.legalpublishing.cl  
Registro de Propiedad Intelectual Nº 245.686 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 600 - 3  
1ª edición febrero 2013 Legal Publishing Chile  
2ª edición octubre 2014 Legal Publishing Chile  
Tiraje: 500 ejemplares  
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago  
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

a) Proceso y procedimiento.....	28
b) Proceso, enjuiciamiento y juicio.....	29
B) Debido proceso.....	30
a) Sentido de la expresión debido proceso en el derecho chileno.....	30
1. El debido proceso frente al legislador y a los tribunales de justicia.....	33
b) El debido proceso civil.....	37
1. El Código de Procedimiento Civil a la luz del debido proceso.....	37
a) El derecho a un juicio oral y público.....	38
b) El derecho de defensa en juicio.....	39
1. Medidas para mejor resolver.....	39
2. Medidas cautelares decretadas <i>inaudita et altera pars</i> .....	41
c) El derecho a una sentencia motivada.....	43
d) El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable.....	45
e) Derecho a los recursos legalmente previstos.....	47
C) Los principios de todo proceso.....	48
a) Sentido de la teoría de los principios.....	48
b) Principios comunes a todo proceso.....	49
1. Dualidad de posiciones.....	49
2. Contradicción o audiencia.....	49
3. Igualdad de las partes.....	50
a) Igualdad legal o formal.....	50
b) Igualdad real o material.....	51
b.1. Proceso civil e igualdad. Una mirada histórica en el derecho comparado y chileno.....	51

c) Principios del Proceso Civil.....	60
1. El principio de oportunidad.....	60
2. Principio dispositivo.....	61
3. El principio de aportación de parte.....	62
d) Principios del procedimiento: oralidad y escritura.....	63
a) Oralidad.....	65
b) Escritura.....	70
c) Secreto ( <i>de facto</i> ) y publicidad ( <i>de iure</i> ).....	73
4. Consideraciones sobre la oralidad y la escritura.....	74
a) Oralidad y poderes del juez.....	79
b) Valor instrumental de la oralidad: ¿instrumento de psicología probatoria o instrumento cognoscitivo?.....	81
c) La oralidad como principio del procedimiento.....	83
D) Objetivos procesales del proceso: Proceso declarativo, proceso ejecutivo y proceso cautelar.....	85
a) Proceso declarativo.....	85
1. Mera declaración del derecho.....	86
2. Constitución de relaciones o estados jurídicos.....	86
3. Condena de personas.....	87
III. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES, SU CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN.....	88
A) Las partes.....	88
B) Capacidad de las partes.....	88
C) La legitimación.....	92
a) La legitimación como cuestión procesal y como cuestión de fondo.....	92
b) Clasificación.....	97
c) Tratamiento legal de la legitimación.....	101

Página

IV. LA TUTELA CAUTELAR.....	105
A) Necesidad y justificación de la tutela cautelar.....	105
B) Presupuestos para proveer medidas cautelares.....	107
a) <i>Fumus boni iuris</i> .....	107
b) <i>Periculum in mora</i> .....	108
c) Proporcionalidad.....	109
d) Caución o contracautela.....	109
C) Características de las medidas cautelares.....	110
a) Legalidad.....	110
b) Jurisdiccionalidad.....	111
c) Dispositividad.....	112
d) Instrumentalidad.....	112
e) Provisionalidad.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	113

SEGUNDA PARTE  
LA FASE DE DISCUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN.....	119
A) El proceso de declaración y sus clases.....	120
a) Pretensiones declarativas puras o mero declarativas.....	120
b) Pretensiones constitutivas.....	120
c) Pretensiones de condena.....	120
B) El juicio ordinario de mayor cuantía como el proceso declarativo por excelencia.....	121
C) Características del juicio ordinario de mayor cuantía.....	124
D) Estructura del juicio ordinario.....	125
II. FORMA DE INICIAR EL JUICIO ORDINARIO.....	126
A) La demanda.....	126
a) Concepto.....	126

Página

b) Forma y contenido de la demanda.....	128
c) Requisitos específicos.....	129
1. La designación del tribunal ante quien se entabla.....	130
2. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación.....	130
3. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado.....	131
4. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.....	131
5. La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.....	132
6. Peticiones accesorias.....	133
d) Las posibilidades de modificación o transformación de la demanda.....	136
e) Admisión de la demanda.....	137
f) Efectos de la demanda.....	139
g) Notificación de la demanda.....	140
h) Consecuencias procesales de la notificación de la demanda.....	142
B) Actividades previas al proceso: las medidas prejudiciales.....	143
a) Explicación preliminar.....	143
b) Medidas prejudiciales preparatorias de la demanda. Concepto y regulación.....	144
c) Requisitos generales.....	144
d) Estudio particular de las medidas prejudiciales preparatorias reguladas en el CPC.....	145
C) El emplazamiento.....	151
a) Elementos del Emplazamiento.....	152

b) El Término de Emplazamiento .....	152
1. Cómputo del término de emplazamiento cuando existe pluralidad de demandados .....	153
2. Cómputo del término de emplazamiento cuando existe pluralidad de demandantes .....	155
3. Características del término de emplazamiento .....	155
D) Conductas posibles del demandado frente a una deman- da .....	155
a) La incomparecencia del demandado (rebeldía) .....	156
b) El contenido de la comparecencia del demandado .....	157
1. El allanamiento y otras formas análogas .....	158
2. Las excepciones dilatorias .....	161
2.1. Concepto .....	161
2.2. Enumeración .....	163
2.3. Forma, oportunidad y tramitación de las ex- cepciones dilatorias .....	176
2.4. Resolución y recursos .....	181
2.5. Efectos .....	181
3. La contestación de la demanda .....	183
3.1. Forma de la contestación a la demanda .....	185
3.2. Otras oportunidades para oponer ciertas ex- cepciones perentorias .....	186
4. La reconvencción .....	189
4.1. Presupuestos .....	190
4.2. Forma y oportunidad .....	192
4.3. Tramitación .....	192
4.4. Defensa del demandado .....	192
4.5. Efectos .....	193
E) Los escritos de réplica y dúplica .....	193
III. EL TRÁMITE NECESARIO DE LA CONCILIACIÓN .....	197
A) Procedencia .....	198

B) Procedimiento .....	199
C) Desarrollo de la audiencia de conciliación .....	200
D) Acta de conciliación .....	201
Bibliografía .....	204

TERCERA PARTE  
LA FASE DE PRUEBA

I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE LA PRUEBA .....	207
A) Significados y concepto de la prueba .....	207
B) Función de la Prueba .....	209
C) Fuentes normativas de la prueba y principios en los cuales se sustenta .....	211
a) Algunas consideraciones en torno al principio de aportación de parte en nuestro sistema .....	213
b) Reglas bajo las cuales se desarrolla la actividad pro- batoria .....	215
c) El derecho a la prueba .....	218
D) Objeto de la prueba .....	220
a) La prueba de las afirmaciones fácticas .....	221
1. Cargas que las partes deben asumir en relación con los hechos .....	221
2. Hechos sobre los que puede versar la actividad probatoria .....	222
3. Hechos que no requieren de prueba para quedar determinados .....	223
b) La prueba de las afirmaciones jurídicas .....	228
c) La prueba de las máximas de la experiencia .....	229
E) Medios de prueba .....	230
a) La distinción entre medios y fuentes de prueba .....	230

b) Los medios de prueba admisibles en nuestro ordenamiento procesal civil .....	231
1. La explicación con una referencia al sistema de prueba legal o tasada.....	231
2. La situación de los modernos "medios" de prueba.....	232
3. Las perspectivas de reforma en esta materia.....	233
c) Clases de medios de prueba: tipos de pruebas.....	234
1. Prueba directa e indirecta.....	234
2. Prueba positiva y negativa.....	234
3. Prueba oral o escrita; testimonial o documental, indiciaria, presuntiva, etc.....	235
4. Prueba legal y prueba libre.....	235
5. Prueba plena y semiplena.....	235
6. Prueba constituida y preconstituida.....	235
7. Prueba típica y atípica.....	236
F) El principio de adquisición procesal.....	236
G) Carga de la prueba.....	237
a) Fundamento de la carga de la prueba.....	237
b) El principio de normalidad en la distribución del <i>onus probandi</i> entre el demandante y el demandado.....	238
c) Cargas dinámicas de la prueba y criterios complementarios que atenúan la regla general inicial.....	243
H) Valoración de la prueba.....	247
a) Apreciación, interpretación y valoración.....	247
b) Sistemas de valoración probatoria: la fórmula vigente.....	248
c) Tendencia reformadora.....	250
II. PROCEDIMIENTO PROBATORIO.....	254
A) Contexto formal en que la actividad probatoria se desenvuelve.....	254

B) El tiempo de la prueba en el proceso.....	255
a) Recibimiento a prueba.....	255
1. La prueba no siempre será necesaria: dictación de la resolución que cita a las partes para oír sentencia.....	255
2. Solicitud de recibimiento a prueba.....	256
3. Resolución que recibe la causa a prueba.....	257
4. Recursos procedentes contra la resolución.....	260
b) El término de prueba.....	262
1. Concepto y características.....	262
2. Carácter "fatal" del término probatorio.....	263
3. Clases de término probatorio.....	264
4. Término probatorio especial.....	265
5. Prueba de hechos nuevos o de nueva noticia.....	267
c) Anticipación de la prueba.....	271
1. <u>Concepto y ámbito de aplicación de las medidas prejudiciales probatorias</u> .....	272
2. Legitimación para solicitar una medida prejudicial probatoria.....	273
3. El tribunal competente para conocer de la medida prejudicial probatoria.....	274
4. Presupuestos generales y especiales de las medidas prejudiciales probatorias.....	275
5. Tramitación de las medidas prejudiciales probatorias.....	279
6. La práctica de las medidas prejudiciales probatorias.....	281
7. Valoración.....	281
C) Proposición y admisibilidad de pruebas.....	282
a) Proposición de las pruebas.....	282

1. Iniciativa, responsabilidad y protagonismo de las partes en la proposición de las pruebas: concepto .....	282
2. Tiempo y forma de la proposición probatoria.....	282
b) Admisibilidad de las pruebas: límites .....	284
D) Práctica probatoria.....	288
a) Procedimiento .....	288
b) Registro de los actos de prueba.....	294
c) Lugar de la práctica de las pruebas .....	296
III. REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA .....	297
A) Los instrumentos.....	297
a) El documento .....	297
1. Importancia .....	297
2. Concepto .....	298
3. Elementos.....	300
4. Clases: públicos y privados.....	301
b) Aportación, impugnación y valoración del instrumento público.....	305
1. Aportación .....	305
2. Impugnación .....	310
3. Valoración .....	312
c) Aportación, impugnación y valoración del instrumento privado .....	316
1. Aportación.....	316
2. Impugnación .....	318
3. Valoración .....	319
d) La obtención de la prueba documental: exhibición de documentos .....	321
e) La fotografía.....	323
f) Grabaciones de sonidos, imágenes o acciones.....	324
g) El documento electrónico .....	326

B) Prueba testimonial .....	329
a) Consideraciones iniciales.....	329
b) Admisibilidad.....	330
c) Testigos .....	332
1. Clasificación .....	332
2. Idoneidad para ser testigo .....	333
3. Deberes y derechos de los testigos.....	336
d) Iniciativa, práctica y valoración .....	337
1. Iniciativa .....	337
2. Práctica.....	340
3. Valoración .....	345
e) Poderes del juez en la prueba testimonial .....	348
f) Testigo-perito .....	349
C) Prueba confesional.....	350
a) La confesión.....	350
1. La parte como fuente probatoria y la tradicional desconfianza derivada de su personal implicación.....	350
2. Concepto, objeto y sujeto de la confesión como bases de la explicación.....	351
3. Naturaleza jurídica: papel de la voluntad.....	353
4. Clases .....	353
b) Iniciativa, deberes, práctica y valoración.....	354
1. Iniciativa.....	354
2. Deberes del absolvente.....	356
3. Práctica.....	357
4. Valoración.....	360
c) Confesión tácita .....	361
d) Vicios del consentimiento y confesión: retractación.....	363
e) (in) Divisibilidad de la confesión.....	364

f) Perspectivas de reforma en la materia: tránsito hacia la declaración de parte como medio de prueba.....	366
1. Problemas actuales y fórmulas a considerar.....	366
2. Propuesta en el Proyecto.....	369
D) Prueba pericial.....	372
a) El perito y la pericia.....	372
1. Necesidad y objeto.....	372
2. Fungibilidad: diferencia principal con los testigos.....	373
3. Naturaleza jurídica: diferencias y coincidencias desde las máximas de la experiencia especializadas.....	374
4. Derechos y deberes de los peritos.....	376
b) Iniciativa, procedimiento y valoración.....	376
1. Iniciativa.....	376
2. Procedimiento.....	377
3. Valoración.....	380
E) Prueba de inspección personal del tribunal.....	382
a) La percepción judicial: necesidad, objeto y sentidos involucrados.....	382
1. Necesidad.....	382
2. Objeto.....	383
3. Sentidos involucrados.....	385
b) Iniciativa, procedimiento y valoración.....	385
1. Iniciativa.....	385
2. Procedimiento.....	386
3. Valoración.....	388
F) Presunciones.....	390
a) Naturaleza: ¿es un medio de prueba?.....	390
b) Utilidad.....	390

c) Estructura.....	391
d) Clases de presunciones.....	392
BIBLIOGRAFÍA.....	394

CUARTA PARTE  
TERMINACIÓN DEL PROCESO

TRÁMITES POSTERIORES A LA PRUEBA.....	401
A) El período de observaciones a la prueba.....	401
B) La citación para oír sentencia.....	402
a) Efectos.....	403
b) Régimen de impugnación.....	405
LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER.....	407
Articulación de las medidas para mejor resolver.....	408
LA SENTENCIA.....	411
A) Concepto.....	411
B) Formación de la sentencia.....	411
C) Clases de sentencias.....	414
a) Sentencias definitivas de única, primera y segunda instancia.....	414
D) Requisitos de la sentencia.....	414
E) Efectos de la sentencia.....	417
1. Clasificación.....	418
i) Cosa juzgada material.....	418
ii) Cosa juzgada formal.....	418
iii) Cosa juzgada material provisional.....	419
2. Los efectos de cosa juzgada y los diferentes tipos de sentencias civiles declarativas.....	419
3. Límites subjetivos de la cosa juzgada.....	420



4. La acción y la excepción de cosa juzgada .....	420
i) La acción de cosa juzgada.....	420
ii) La excepción de cosa juzgada.....	423

QUINTA PARTE  
PROCEDIMIENTO SUMARIO

PROCEDIMIENTO SUMARIO .....	427
A) Aspectos introductorios sobre el procedimiento sumario. Entre el deseo y la realidad .....	427
B) Características.....	428
a) Declarativo.....	428
b) Extraordinario .....	428
c) De aplicación general y especial.....	429
d) Verbal, breve y concentrado.....	429
C) Fuentes normativas y ámbito de aplicación.....	429
a) Aplicación general del procedimiento.....	430
b) Aplicación especial del procedimiento .....	432
D) Estructura del juicio sumario. Esquema general del procedimiento .....	435
E) Incidentes.....	444
BIBLIOGRAFÍA.....	445

SEXTA PARTE  
TUTELA CAUTELAR

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.....	449
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA CAUTELAR.....	449
III. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL PROCESO CAUTELAR.....	451
A) La instrumentalidad como nota característica del proceso cautelar .....	451

B) Manifestaciones de la instrumentalidad .....	452
C) Provisionalidad.....	453
D) Diferentes supuestos de variabilidad de una resolución cautelar.....	455
E) Variabilidad de las resoluciones cautelares por variación de sus presupuestos.....	456
IV. PRESUPUESTOS .....	460
A) Introducción.....	460
B) La adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable y la apariencia de derecho .....	460
C) Tratamiento legal del presupuesto de la situación jurídica cautelable y el <i>fumus boni iuris</i> en el ordenamiento nacional.....	462
a) La adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable .....	462
b) El <i>fumus boni iuris</i> .....	464
D) El <i>periculum in mora</i> como presupuesto de las medidas cautelares y su configuración .....	467
E) La exigencia de caución como presupuesto de las medidas cautelares.....	470
F) La configuración del presupuesto de la caución en el Derecho chileno.....	471
a) Supuestos en los que la legislación chilena recoge el requisito de la caución.....	472
1. Caso de las denominadas medidas prejudiciales precautorias.....	472
2. Caso de las medidas precautorias que no están “expresamente autorizadas por la ley”.....	473
3. Supuesto del artículo 299 CPC .....	474
V. ACTIVIDAD PROCESAL Y RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN.....	477
A) Procedimiento para decretar una medida cautelar y régimen de contradicción.....	477

B) Naturaleza jurídica de la resolución que concede una medida .....	480
C) Régimen de impugnación .....	482
V. MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS AL PROCESO PRINCIPAL.....	483
A) Explicación preliminar .....	483
B) En general, sobre las medidas prejudiciales .....	484
C) Concepto .....	484
D) Requisitos .....	484
a) Los requisitos comunes a toda medida prejudicial .....	485
b) Los requisitos comunes a toda medida precautoria .....	485
c) Los requisitos particulares previstos para la concesión de una medida precautoria específica contemplada en la ley .....	485
d) Los requisitos específicos previstos para otorgar una medida prejudicial precautoria.....	486
I. Existencia de motivos graves y calificados .....	486
II. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias .....	486
III. Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.....	486
E) Actividad procesal conducente a la obtención de una medida prejudicial precautoria .....	487
F) Cargas del solicitante y caducidad de la medida .....	488
a) Presentación oportuna de la demanda.....	488
b) Solicitud de mantención como precautoria de la medida prejudicial concedida .....	490
c) Efectos derivados de la falta de presentación de la demanda.....	493
VII. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL TÍTULO V DEL LIBRO II CPC.....	494

A) Las formas de regulación de los efectos de la tutela cautelar.....	494
a) La potestad cautelar general.....	494
b) La regulación mediante medidas concretas y específicas .....	495
c) Combinación de ambos sistemas .....	496
d) La opción del CPC.....	497
B) Las clases de efectos de las medidas cautelares .....	498
C) Medidas cautelares especialmente reguladas en el Código de Procedimiento Civil.....	500
a) Enumeración .....	500
b) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda (arts. 290 N° 1, 291 y 292 CPC) .....	501
1. Concepto de secuestro.....	501
2. Características .....	501
3. Casos en que procede (art. 291 CPC).....	502
4. Efectos.....	502
D) Nombramiento de uno o más interventores (arts. 290 N° 2, 293 y 294 CPC) .....	503
a) Concepto .....	503
b) Número y designación de interventores.....	503
c) Casos en que procede (art. 293 CPC) .....	503
d) Facultades del interventor (art. 294 CPC).....	505
e) Efectos.....	505
E) La retención de bienes determinados (arts. 290 N° 3 y 295 CPC) .....	506
a) Concepto .....	506
b) Casos en que procede (art. 295 CPC) .....	507
c) Efectos.....	509

	Página
F) Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados (arts. 290 N° 4, 296 y 297 CPC).....	510
a) Concepto e importancia .....	510
b) Características .....	511
c) Casos en que procede.....	511
d) Efectos.....	514
BIBLIOGRAFÍA .....	516

Fue en el mes de septiembre de 2010, en el contexto de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal que, por vez primera, se celebraba en nuestro país que los autores comenzaron a madurar la idea de publicar una obra conjunta que, sin dejar de estar dirigida de manera preferente a estudiantes del pregrado, incorporara elementos que no suelen estar presentes en manuales de circulación habitual, como referencias jurisprudenciales, modelos o ejemplos de resoluciones y escritos.

Los autores tienen entre sí algunas coincidencias: cursaron sus estudios de pregrado en universidades tradicionales, se doctoraron en universidades españolas y hoy desempeñan actividades académicas en universidades que tienen vocación pública.

No ha pasado desapercibido para los autores la existencia de un movimiento que apunta hacia una profunda reforma de nuestro proceso civil y su sustitución por uno que se adapte a los requerimientos de nuestra sociedad. Estamos convencidos de que la implantación de la reforma del proceso civil es un imperativo, más aun cuando las reformas introducidas en otros órdenes procesales están teniendo importantes repercusiones en el proceso civil pues la oralidad, la intermediación y la concentración han desnudado los evidentes defectos en la regulación del proceso civil, circunstancia que es reveladora de la urgente necesidad de adaptar nuestro más que centenario proceso a las exigencias de las actuales relaciones jurídico-privadas, lo que pasa por una profunda reforma tendiente a modernizar y agilizar nuestro sistema procesal civil.

La preocupación por la reforma de nuestro proceso civil, conduce a que —especialmente en el capítulo dedicado al estudio de la prueba— se consig-

nen algunas consideraciones relativas al futuro perfeccionamiento de esta materia. Por otra parte, siendo imprescindible una completa sustitución del Código vigente, ello debe ser sin perjuicio de que la nueva regulación recoja elementos e instituciones que han demostrado funcionar de manera eficiente bajo el actual sistema de enjuiciamiento. Hemos cuidado de destacar el estudio de los conceptos fundamentales, por sobre la minucia, convencidos de que aquéllos se mantendrán cualquiera sea la orientación de la reforma.

Tenemos la aspiración de que éste sea el primero de sucesivos volúmenes relacionados con el estudio de la disciplina. En ediciones siguientes, pretendemos introducir las correspondientes ampliaciones hacia temas no tratados en la presente edición.

*Los autores*

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La favorable recepción que ha tenido en los lectores la primera edición de nuestro Manual, nos ha llevado a trabajar en esta segunda edición, concretando así una aspiración planteada al publicar el primer volumen de que éste sería el primero de sucesivos textos relacionados con el estudio de la disciplina, en los que se incorporarían las correspondientes ampliaciones hacia temas no tratados con anterioridad. Así, en esta edición, no sólo se ha corregido formalmente el texto, mejorado la sistemática de la obra anterior y ampliado el contenido de algunos capítulos. También hemos incorporado nuevas temáticas: procedimiento sumario y tutela cautelar. Además, se han tratado las diligencias preliminares, conocidas en nuestro medio como medidas prejudiciales, a las que le hemos brindado un tratamiento sistemático distinto. Apartándonos de la sistemática del Código, se ha preferido tratar separadamente las medidas prejudiciales en función de su objeto. Así, aquellas diligencias destinadas a preparar la demanda, se estudian a continuación del acto procesal demanda. Aquellas diligencias cuya finalidad es procurarse pruebas que puedan desaparecer (Medidas prejudiciales probatorias) se analizan en el capítulo de la prueba y las cuyo objeto es asegurar el resultado práctico de la acción que se va a instaurar (Medidas prejudiciales precautorias) se examinan a propósito de la tutela cautelar.

Como es connatural al quehacer universitario, entre los autores existen diferentes visiones acerca de la función del juez y aun sobre la finalidad de la jurisdicción. Lejos de soterrar esas diferencias, hemos optado por dejarlas a descubierto, porque entendemos que de este modo se enriquece el contenido de la obra. Por la misma razón, se ha mantenido la responsabilidad personal de los autores, formalizada a través de la individualización

de cada uno de ellos al comienzo del respectivo capítulo, con la evidente advertencia que las opiniones individuales no comprometen necesariamente las de los coautores.

Confiados en que esta segunda edición, ampliada y puesta al día, tendrá tan buena recepción como la anterior, ya hemos puesto nuestro empeño para continuar ampliando la obra hacia temas no tratados hasta ahora, con miras a obtener una exposición completa de nuestro proceso civil, con el grado de detalle exigible a un estudio de estas características.

*Los autores*

## PRIMERA PARTE CUESTIONES PRELIMINARES

PROF. ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

## I. CUESTIONES GENERALES SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

### A) LA JURISDICCIÓN

#### a) *Concepto de jurisdicción*

Se acostumbra a definir la jurisdicción en nuestro medio jurídico como el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir (Colombo).

#### b) *Función de la jurisdicción*

~~Una primera forma de abordar la función de la jurisdicción en el derecho chileno, arranca de la fórmula más que centenaria expresada en el artículo 76 de la Constitución Política de la República que también replica en términos similares el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales. "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". De esta manera, se puede entender que la función de la jurisdicción chilena es conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado en causas civiles y criminales.~~

Sin embargo, la disposición constitucional precedentemente citada suscita más de una duda interpretativa. Así, no sólo surge una incertidumbre interpretativa en lo que dice relación con las actividades de conocer y resolver, sino también respecto al ámbito material de las causas que debe conocer y resolver, esto es, qué ha de entenderse por causas civiles y criminales. Creemos que esta última denominación no debe ser interpretada restrictiva y literalmente, sino que debe ser entendida como una fórmula general que

involucra a todas las cuestiones jurídicas que deben ser conocidas por los tribunales de justicia y que no estén encomendadas por la propia Constitución a órganos específicos. Si se usó la expresión causas civiles y criminales ello obedece a razones históricas, pues es la fórmula que se utilizaba habitualmente a principios del siglo XIX en el derecho comparado y que expresaba el tipo de asuntos que conocían los tribunales de justicia.

Hay que tener presente que en el derecho continental de principios del XIX los tribunales sólo conocían del contencioso civil y criminal, no existiendo un contencioso jurisdiccional administrativo ni constitucional. Con el correr del tiempo, como sabemos, la jurisdicción, en cuanto poder independiente de los poderes políticos representativos, comenzó a conocer de cuestiones administrativas y constitucionales. Esa misma evolución se ha dado en el derecho chileno, la que sin embargo no se refleja en la fórmula que utiliza hasta el día de hoy el artículo 76 CPR.

De este modo, la cláusula del artículo 76 CPR debe ser entendida como una disposición general de jurisdicción que recae en todo tribunal de justicia establecido por ley. Los tribunales de justicia están llamados a conocer de todo asunto jurídico que la ley les encomiende.

La mayor apertura de la fórmula empleada por nuestra Constitución se produce por el lado del concepto causas civiles. Habitualmente se entiende por éstas como todas aquellas que no son criminales, cualquiera sea el tribunal que las conozca. Por lo tanto, se podría decir que el concepto de causas civiles incluye aquellas estrictamente civiles referidas a conflictos entre privados y regidas por códigos y leyes de derecho privado (Código Civil, Código de Comercio, otros códigos y leyes especiales) así como aquellas civiles en un sentido amplio donde se pueden incluir todas las que no caen en una definición estricta de causa civil ni tampoco criminal, pudiendo incluirse las laborales, tributarias, de minería, administrativas, etc. Sin embargo, veremos más adelante que esas causas civiles en sentido amplio, serán conocidas por distintos tipos de tribunales.

Hay que destacar que esta definición amplia de causas civiles no tiene un correlato con lo que dogmáticamente conocemos como proceso civil o derecho procesal civil, cuyo contenido es mucho más acotado y cercano entonces a una idea de causa civil en sentido estricto.

Aclarado el punto anterior, se debe determinar en qué consiste la función de conocer y resolver esas causas judiciales. Entrando a analizar las actividades que según la Constitución realizan los tribunales de justicia, cabe indicar que en Chile es común entender los conceptos de conocer y resolver las causas civiles y criminales como sinónimos de resolver conflictos jurídicos del orden temporal. La propia jurisdicción, como hemos visto, es definida comúnmente como el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir. De este modo, se entiende que la función judicial consiste en resolver conflictos de relevancia jurídica del orden temporal.

Dicho de otra manera, la función de los tribunales de justicia consiste en resolver por medio del proceso la confrontación de pretensiones y resistencias o un conflicto intersubjetivo de intereses. Sin embargo, a estas alturas de evolución de la dogmática procesal ya sabemos que esta concepción de la función judicial no es completamente exacta, pues la doctrina hace años que pone atención en que hay muchas actuaciones jurisdiccionales que no presuponen un conflicto de intereses o al menos se discute la existencia del mismo. Los ejemplos son muchos. Están los procesos civiles que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, lo que algunos denominan actos de jurisdicción de contenido objetivo, que no siempre suponen un conflicto de intereses. Pero también está el problema de los procedimientos meramente declarativos donde la actividad jurisdiccional no conoce al menos de un conflicto de intereses presente. A lo más podría pensarse en este caso que el proceso previene un eventual conflicto futuro.

Y luego están los procesos no propiamente civiles de que conocen algunos tribunales civiles (juzgados de letras), como en el caso de control de juridicidad de determinadas actuaciones de órganos del Estado, como ocurre en Chile con la denominada nulidad de derecho público. En ésta es bastante discutible entender que hay un conflicto de intereses intersubjetivo. Los ejemplos podrían multiplicarse.

De este modo parece aconsejable no interpretar las actividades de conocer y resolver referidas a un conflicto de intereses. Los tribunales de justicia,

cuando conocen y resuelven asuntos, en muchos casos subyace ahí un conflicto intersubjetivo, pero ello no siempre es así.

La doctrina ha intentado en múltiples oportunidades explicar materialmente qué hacen los tribunales de justicia con distintas teorías, incluida la muy difundida en Chile de resolución de los conflictos intersubjetivos o de la *litis*. Sin embargo, todas ellas no permiten explicar lo propio del fenómeno jurisdiccional.

Chiovenda a principios del siglo XX intentó dar una respuesta general a la pregunta por la función judicial que intentara revertir las críticas que se formulaban a las teorías predominantes hasta este entonces, como lo eran la de resolución de la *litis*, así como la teoría de la reintegración de los derechos subjetivos, que no permiten explicar el fenómeno jurisdiccional donde no hay tales derechos subjetivos, como en el proceso penal, el proceso civil objetivo, el proceso administrativo dispuesto a la tutela sólo de intereses legítimos y no de derechos subjetivos, etcétera.

La teoría de Chiovenda expresaba que lo que hacen los tribunales es actuar la ley. Todo tribunal de justicia lo que hace es actuar la ley, sea civil, penal, laboral administrativa, etcétera, con lo cual se despejaron las críticas antes apuntadas respecto a la teoría de la resolución de la *litis* y de reintegración de los derechos subjetivos. Sin embargo, la doctrina destacó que en algunos casos la Administración también actúa la ley, por lo que la respuesta de Chiovenda no permitiría establecer diferencias entre ambas funciones estatales.

Otros autores como Redenti sostuvieron la tesis que lo propio de los tribunales es irrogar sanciones, pero nuevamente se dieron cuenta que la Administración, a fin de tutelar algún interés público, también estaba facultada para irrogarlas. Y además está la situación de aquellos procesos que no imponen sanciones, como el proceso civil constitutivo y el meramente declarativo.

De este modo, otros autores intentaron ver lo propio del fenómeno jurisdiccional en la irrevocabilidad de la decisión judicial o el efecto de cosa juzgada. La función judicial no se explicaría materialmente sino por los efectos que produce. Es jurisdiccional de este modo cualquier decisión de un órgano en la medida que sea irrevocable.

La tesis de la irrevocabilidad como característica de la jurisdicción es bastante aceptada hoy en día tanto en el derecho comparado como en Chile. De hecho en la definición que se usa habitualmente en Chile de la jurisdicción, según apuntamos más arriba, se combina la teoría de la resolución de la *litis* con los efectos de cosa juzgada. Pero esta teoría no es exacta ni completa. No es exacta porque el fenómeno procesal admite excepciones al efecto de la irrevocabilidad. Piénsese que en Chile una decisión judicial penal que ha adquirido la calidad de ejecutoriada puede ser revisada por la Corte Suprema sin límite de tiempo, si algún afectado hace valer algunas de las causales de revisión que la ley reconoce. En materia civil se encuentra más restringida esta revisión, ya que existe un plazo de un año para hacerla valer desde que la sentencia judicial se encuentra ejecutoriada. Se podrá rebatir que en estos casos no hay cosa juzgada porque se dictó una sentencia injusta, con base en errores o medios de prueba falsos. Pues entonces se debería señalar que las sentencias de los tribunales de justicia producen el efecto de cosa juzgada bajo condición que dichas sentencias sean justas, verdaderas o no fraudulentas, lo que en parte, cabe admitir, viene a relativizar el efecto de cosa juzgada de los tribunales de justicia.

Luego está el tema de los actos procesales intermedios, como los de iniciación del proceso, los que le dan curso progresivo, las medidas cautelares, etcétera. Es claro que éstos no producen el efecto de cosa juzgada, pero nadie osaría en señalar que no son jurisdiccionales. En éstos casos se podrá hablar de actividad jurisdiccional por conexión, pues aparecen conectados con la decisión de derecho irrevocable. Se trata de actos que por sí solos no tienen ninguna autonomía.

Por otra parte, hay que entender que toda aplicación de normas jurídicas presenta la característica de la irrevocabilidad y, como se sabe, no sólo la jurisdicción aplica normas sino también la Administración. Lo que ocurre es que las decisiones de la jurisdicción presentan el mayor grado de irrevocabilidad posible. No se trata entonces de una diferencia esencial sino de grados o matices.

Lo interesante de esta tesis es que la idea de irrevocabilidad llevará a la de independencia que debe estar siempre presente en la actividad jurisdiccional. La vinculación entre irrevocabilidad e independencia estriba en que



por razones de legitimidad, los actos de aplicación irrevocable del derecho deben ser producidos por un órgano sometido estrictamente al principio de legalidad. Todo acto de aplicación de normas debe regirse por este principio pero será especialmente relevante tratándose de aquellos órganos cuyas decisiones adquieren el mayor grado de irrevocabilidad posible, como ocurre con los tribunales de justicia. Ahora bien, para asegurar que los órganos jurisdiccionales acatarán el principio de legalidad se requiere que éstos sean independientes. De este modo, con la independencia se asegura el acatamiento y al mismo tiempo defensa del ordenamiento jurídico y no la sumisión a determinados sectores políticos o sociales.

Hay que tener presente que a los tribunales de justicia les corresponde, a diferencia de una función de gobierno que diseña y decide el espacio de la política, una función de garantía y, en concreto, una función de garantía secundaria; esto es desarrollan la función de establecimiento y sanción o reparación de la violación de una garantía primaria (Ferrajoli).

A diferencia de la función de gobierno que en un Estado democrático de derecho encuentra su legitimidad en la voluntad popular, la función judicial en cuanto garantía la encuentra en la verdad, ya que lo que hace justa o injusta una decisión judicial es sólo su aceptabilidad como verdadera, que a su vez depende de la correcta aplicación sustancial de la ley por cuyo trámite sólo se da la mediación entre jurisdicción y voluntad popular. Esto explica el por qué las funciones de gobierno y de garantía deben estar separadas. Los jueces y tribunales garantizan los derechos de todo el pueblo y no de mayorías, grupos o sectores. Es que su rol de garantía es esencialmente contramayoritario, por lo que deben poder decidir, en algunos casos, aún contra la voluntad de la mayoría, especialmente cuando deben tutelar derechos fundamentales.

Esa necesidad de independencia hay que vincularla también a la función de control de las ilegalidades del ejercicio de los poderes públicos. Por ello, la función judicial se configura como un contra-poder, dispuesto al control del ejercicio ilegal de los otros poderes, sin que pueda por ello interferir en sus competencias: los jueces no pueden actuar sobre los espacios legítimos de la política y de la economía, sino sólo sobre sus espacios ilegítimos que se manifiestan en actos inválidos o en actos ilícitos.

Cabe destacar en relación a la función judicial que durante el siglo XIX se la entendió en una dirección vertical desde el Estado hacia los ciudadanos. De ahí la fórmula, como se analizaba precedentemente, de “causas civiles y criminales” a que se refiere hasta el día de hoy nuestra Constitución (art. 76). Esas son las causas que normalmente conoce la jurisdicción. Pero desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX, al menos en la mayoría de las democracias europeas, la función judicial ya no sólo es vertical en el sentido de que los tribunales resuelvan las disputas entre los ciudadanos o de establecer la comisión de un delito por un ciudadano, sino que esa función asume una dimensión horizontal, de poder contra poder, como ocurre con el contencioso administrativo y legislativo.

De lo dicho hasta acá se debe destacar que no parece ser exacta ni completa aquella explicación de la función judicial como resolución de conflictos de relevancia jurídica que se utiliza habitualmente en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Si a ello se agrega una pretendida concepción de que esas controversias que resuelven los tribunales de justicia sólo son aquellas “civiles y criminales”, el problema se acrecienta aun más porque se da a entender que los jueces se limitan a resolver esa *litis* donde aparecen involucrados sólo los intereses de los ciudadanos, dejando de lado las controversias donde aparecen afectados los intereses de los órganos políticos y la necesidad de tutela del propio ordenamiento jurídico frente a dichos poderes políticos.

La regulación actual de la jurisdicción y el rol que le corresponde desempeñar en un Estado de Derecho contemporáneo hacen de la función judicial un tema muy complejo, donde no se pueden dar respuestas simples ni excluyentes.

La realización del derecho en un proceso con el mayor grado de irrevocabilidad que reconoce el sistema jurídico para un caso concreto, parece ser una concepción amplia y correcta de la función judicial. Se trata de una concepción amplia de la función judicial, capaz de contener dentro de sí distintas visiones sobre esa función, como se expresará a continuación.

### *c) Función de la jurisdicción en el derecho chileno*

Una aproximación a la función judicial en Chile pasa por analizar el derecho nacional vigente. Así, de un análisis de diversas disposiciones

constitucionales y legales del ordenamiento jurídico chileno, se puede indicar que la función de los tribunales es:

1. Tutelar los derechos subjetivos fundamentales (arts. 5° CPR, 20 y 21 CPR, y 3° COT)
2. Tutelar los derechos subjetivos legales (art. 19 N° 3 inc. 1° CPR)
3. Defender la Constitución (arts. 92 y ss. CPR)
4. Solucionar conflictos jurídicos (arts. 76 CPR y 1° COT)
5. Conocer y resolver los actos judiciales no contenciosos (art. 2° COT)
6. Crear derecho en el caso concreto (art. 170 N° 5 CPC)
7. Otras (art. 3° COT).

#### *d) Caracteres de la jurisdicción*

##### *1. Unidad*

Como competencia constitucional, la jurisdicción tiene un carácter único e indivisible. Sólo hay una jurisdicción.

El principio de unidad jurisdiccional es el resultado de un largo proceso evolutivo que refleja una aspiración política secular: la desaparición de todas las “jurisdicciones privilegiadas” o “jurisdicciones especiales”. El constitucionalismo decimonónico europeo es buena muestra de esa tendencia hacia lo que se denominó “unificación de fueros”, tendente a la eliminación de privilegios de clase y a la garantía de igualdad de los ciudadanos ante la Justicia.

La jurisdicción es una y es la misma cualquiera sea el tribunal que la ejercite y el proceso de que se valga para ello. Pero tiene, además, carácter totalizador, en el sentido que cuando el órgano dotado de potestad jurisdiccional la ejercita, lo hace como un todo sin posibilidad de fragmentación. De este modo, cuando en el lenguaje corriente que utilizan los operadores jurídicos, así como la propia ley, se habla de jurisdicción civil, penal,

laboral, etcétera, en realidad se incurriría en una impropiedad, ya que la jurisdicción no admite clasificaciones. La competencia se puede dividir, pero no así la jurisdicción. En estos casos, aparece más apropiado hablar de tribunales civiles, penales, laborales, etcétera, y no así de distintas “jurisdicciones”.

Lo que puede distribuirse entre los tribunales es el ámbito, la materia, el territorio o la actividad sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Surge así la noción de competencia —que desarrollaremos con detención más adelante. La competencia no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de Jurisdicción que se le atribuye; es la parte sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Es así posible que la ley disponga que un órgano jurisdiccional conozca sólo de materias civiles y otro sólo de materias penales. También es posible que la ley disponga que la potestad jurisdiccional de un tribunal se ejerza en todo el territorio chileno, y la de otro en una determinada zona del territorio estatal, como puede ser una comuna.

##### *2. Exclusividad*

La nota de exclusividad de la jurisdicción, principio político fundamental y criterio distintivo básico, es recogida por el artículo 76 Constitución Política de la República: “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley [...]”. Como ya sabemos, la misma idea repite el artículo 1° Código Orgánico de Tribunales.

La exclusividad de la Jurisdicción puede ser referida en un sentido positivo y en uno negativo. En un sentido positivo, la exclusividad viene a significar que el Estado asume la jurisdicción en régimen de monopolio, para conferir su ejercicio, también con carácter exclusivo, a los jueces y tribunales determinados por la ley. Ello implicará que nadie más que el Estado podrá crear órganos jurisdiccionales. Por otra parte, viene a significar un monopolio judicial, esto es, sólo los tribunales creados por ley están investidos de la potestad jurisdiccional. Monopolio estatal, es decir, sólo el Estado tiene la potestad jurisdiccional; y monopolio judicial, es decir, sólo los tribunales creados por ley tienen la potestad jurisdiccional.

En un sentido negativo, la exclusividad impone a los órganos jurisdiccionales la prohibición de desarrollar otra actividad que no sea la jurisdiccional. Esto se deriva en el derecho chileno de la norma general del artículo 7° Constitución Política de la República. Pero además, el artículo 4° del COT establece expresamente: “es prohibido al Poder Judicial [esto es a la potestad jurisdiccional] mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

### 3. Independencia

Nota esencial de la jurisdicción es la independencia. Si los jueces han de ser imparciales en el desarrollo de la función jurisdiccional, dicha imparcialidad se asegura con jueces independientes que aplican el derecho objetivo.

La independencia es quizás la nota más importante y característica de la jurisdicción, sin cuya presencia no podrían denominarse propiamente tribunales a los órganos que ejercieran funciones juzgadoras.

Las exigencias propias de la independencia judicial pueden ser delimitadas en un doble sentido: i) no injerencia del legislativo y, sobre todo, del ejecutivo en la potestad jurisdiccional, ni tampoco intromisión de los tribunales superiores, y ii) la sumisión única y exclusivamente al imperio de la ley, como premisa de la independencia.

#### i) No intromisión en la jurisdicción

El principio de separación de poderes conlleva la necesidad de que cada ámbito constitucionalmente establecido se limite al cumplimiento de las funciones asignadas. No hay duda que el mayor peligro para la independencia judicial procede del ejecutivo —lo que tampoco significa obviar los peligros de la intromisión legislativa. El ejecutivo es el poder más emprendedor; el peligro viene especialmente de éste.

El texto constitucional chileno se encarga de reconocer la independencia del siguiente modo: “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes,

revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos” (artículo 76). A su vez, el Código Orgánico de Tribunales se encarga de señalar la independencia jurisdiccional del siguiente modo: “el poder judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones” (artículo 12).

Por otra parte, en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez no está sometido a ningún otro tribunal, ni siquiera a los de superior rango jerárquico, y éstos no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, salvo los casos en que la ley lo permita, por medio de los recursos procesales que esa misma ley establezca. Hay que insistir en que todos los tribunales creados por ley encarnan la potestad jurisdiccional, ya sean superiores o inferiores; todos ellos detentan la misma potestad y en su totalidad. Sobre este punto, el art. 8° Código Orgánico de Tribunales dispone: “ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad”.

#### ii) Sumisión única y exclusivamente al imperio de la ley

El sometimiento de la jurisdicción al imperio de la ley impide cualquier atisbo de arbitrariedad en la función de los juzgadores: la independencia encuentra perfecto correlato en la sumisión exclusiva al ordenamiento jurídico. Esta vinculación obedece a la función tutelar que el ordenamiento atribuye al órgano jurisdiccional, de modo que la independencia es entendida como la delimitación de lo jurídicamente relevante para el juez en el ejercicio de su función, para lo cual debe servirse de los argumentos que le proporciona el ordenamiento jurídico, sin injerencia alguna de elementos extraños al mismo, incluidas sus eventuales apreciaciones subjetivas. En la sumisión al derecho objetivo radica en última instancia la independencia y prestigio de la potestad jurisdiccional.

Tal principio debe interpretarse en un sentido positivo, en cuanto vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Pero también, ha de tenerse en cuenta su proyección negativa, como desvinculación de cualquier norma contraria a la legalidad vigente, especialmente en relación con aquellas normas procedentes de otros poderes o

instituciones, que no responden al ejercicio de su función. Los órganos jurisdiccionales no estarán obligados en este sentido a la aplicación de normas contrarias a la Constitución o a la ley (los artículos 6º y 7º CPR obligarían a los tribunales a ello). No analizaremos por ahora si el deber de los tribunales se limitará en este caso a interpretar los preceptos jurídicos de un modo que resulten conformes con la Constitución o si ese deber incluye un poder para inaplicar en el caso concreto ese precepto legal que se considera contrario a la Constitución, con la disyuntiva si esa inaplicación la puede hacer directamente ese juez o debe pedírsela al Tribunal Constitucional.

Para un sector de la doctrina, esta consideración de la independencia judicial se corresponde con más propiedad con el concepto de imparcialidad, aspecto que analizaremos a continuación.

#### 4. Imparcialidad

Hemos dicho que la independencia judicial es indispensable para la imparcialidad del juzgador, hasta el punto que a veces se afirma que la independencia no es un valor en sí, sino sólo un medio para asegurar el mejor desempeño de la función jurisdiccional, con especial consideración de la imparcialidad. En tal sentido, la imparcialidad vendría a ser el valor esencial de tal función.

Hay que considerar que la aplicación de la ley comporta necesariamente un juzgar, en el sentido de decir el derecho. No obstante, hay que agregar que tanto la Administración cuando aplica la ley, así como los tribunales, juzgan. Sin embargo, el juicio de la Administración opera de diversa manera al de la jurisdicción. La Administración juzga su propia actividad, mientras que la jurisdicción juzga una actividad ajena y una voluntad de la ley que concierne a otros. Se habla así en la tradición procesal italiana de *alienità*, que se puede entender como ajenidad o ya un desinterés objetivo, todos referidos a la necesaria imparcialidad del juez.

En resumidas cuentas, las actividades que desarrollan la Administración y la jurisdicción pueden ser comprendidas con las expresiones autotutela y heterotutela, respectivamente.

Para la mejor gestión de los intereses generales, la Administración se sirve de la autotutela, lo que supone aplicar el derecho en asuntos propios. La autotutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto lo resuelve por medio de su acción directa. Es decir, unilateralmente, una de las partes impone su solución a la otra; se trata entonces de la imposición de una parte sobre otra, sin que exista un tercero entre ellas. En términos generales, el derecho prohíbe la autotutela y la permite sólo en casos extraordinarios, como la legítima defensa del Derecho Penal o la huelga en el Derecho Laboral.

Sin embargo, la autotutela aplicada a la actividad administrativa opera con criterios diferentes. Justificado en la expeditividad y eficacia en la gestión de los intereses generales y partiendo de la denominada presunción *ius tantum* de legalidad del acto administrativo, la Administración está capacitada para tutelar por sí misma sus derechos tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva. En este caso, la autotutela supone la actuación del derecho en un asunto propio; se es juez y parte. Cuando el Servicio de Impuestos Internos nos exige el pago de un determinado impuesto, aun coactivamente, realiza una actividad de autotutela y no de heterotutela.

La actuación de la jurisdicción parte de la prohibición de la autotutela entre los particulares. Prohibida la acción directa, el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Aquí la aplicación del derecho objetivo se realiza por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. La jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No se trata ya de tutelar un interés propio, sino de aplicar el derecho —irrevocablemente— en asuntos de otros.

#### i) Imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva

Hoy en día se acostumbra a considerar a la imparcialidad desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva. La imparcialidad considerada subjetivamente dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Se considera el fuero interior de los jueces quienes deben considerarse imparciales mientras no se demuestre lo contrario. Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva, cual derecho fundamental de los justiciables, comporta una garantía que permite

que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas. Es decir, debe tratarse de conductas exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

El criterio subjetivo ha sido declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como la de 26 de octubre de 1984 en la causa De Cubber contra Bélgica, y luego en otras como Fey de 24 de febrero de 1993, Remli, de 23 de abril de 1996 y Gregory, de 25 de febrero de 1997.

Corresponderá a la parte que se lamenta de la parcialidad del magistrado demostrarla, probando en concreto que la disposición anímica o psicológica del juez y su conducta exteriorizada son síntomas de falta de imparcialidad.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha influido asimismo a algunas cortes constitucionales europeas. Así, El Tribunal Constitucional español, por sentencia 162 de 1999, recogiendo esta línea divisoria abierta por el Tribunal supranacional, ha expresado que la perspectiva subjetiva de la imparcialidad trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos.

Por otra parte, la imparcialidad considerada objetivamente toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia. En esta perspectiva importa mucho la apariencia de imparcialidad de los jueces. La imparcialidad objetiva apunta también a la necesaria confianza que los órganos judiciales deben dar a los ciudadanos.

Sentencias relevantes en esta materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son las de fecha 24 de mayo de 1989 (Hauschildt con Dinamarca) y la de fecha 25 de junio de 1992 (Thorgeir Thorgeirsen con Islandia).

Con la imparcialidad objetiva no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado posición previa, sino que

estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan especialmente las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan al juez en el proceso, puede ser visto como un verdadero tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan.

Cuando se separa a un juez de la causa porque se ha tomado en consideración la ausencia de imparcialidad objetiva, no debe entenderse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada con un carácter de prevención, para así eliminar recelos y sospechas, evitando una eventual posterior acusación de parcialidad.

De conformidad con todo lo dicho, corresponde examinar con más detalle qué tipo de situaciones podrían comportar falta de imparcialidad de los jueces, ya sea una exteriorización de la psiquis, ideología o intereses del juez o ya una regulación de la función del juez que no permite presuponer imparcialidad. En todo ello importará determinar si se entiende que las situaciones que comportan falta de imparcialidad de los jueces o no las determinará en exclusiva el legislador o si los jueces (generalmente superiores) podrán ir más allá de lo que haya dispuesto la ley, haciendo una aplicación directa de la Constitución. Esto quiere decir, aplicado al derecho chileno, si los jueces podrán ser apartados de una causa sólo por aplicación de las causales de implicancia o recusación que prevé el Código Orgánico de Tribunales, o bien los jueces que conocen de la inhabilitación de los mismos podrían considerar otras causas diferentes. Luego habrá de determinarse si sólo se considerará la falta de imparcialidad en una faceta estrictamente subjetiva, o si también se considerarán cuestiones relacionadas con las regulaciones orgánicas y funcionales de los jueces que permitan hablar de prejuicios por parte del juzgador, como sucede con todos aquellos casos en que el juzgador ya se ha pronunciado sobre el mismo asunto. A continuación desarrollaremos esta discusión.

#### *ii) Determinación de falta de imparcialidad en los jueces en un Estado Constitucional de Derecho*

Se discute en algunos ordenamientos si las causas o los mecanismos para apartar a un juez de una causa por considerarse que no es imparcial, son

las que reconoce el legislador a través de los mecanismos de abstención o impugnancias y la recusación, o bien podemos ir más allá de lo que haya dispuesto expresamente el legislador. Si se sostiene que estas causales sólo son las dispuestas por el legislador, mantenemos el asunto en un plano de pura legalidad y no de constitucionalidad. Sin embargo, en otros países se ha sostenido que aun cuando se opte por una tesis tasada por el legislador de estas causales, es decir la falta de imparcialidad es la que disponga expresamente el legislador, el Tribunal Constitucional igualmente podría controlarlas.

Un sector de la doctrina critica seriamente la concepción de las causas legales de la imparcialidad, pues equivaldría a sostener que lo que sea el contenido concreto del derecho fundamental al juez imparcial lo determina a su antojo el legislador. Y esto se ve especialmente agravado en países como España y Chile, pues en ellos las impugnancias y recusaciones son situaciones que se han conformado legislativamente durante el siglo XIX, no poniéndose atención en que el contexto presente en el que se desenvuelve la función judicial ha cambiado sustancialmente.

Si miramos la situación de nuestro derecho patrio, surgen dudas si los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunal contemplan dentro de las causales de impugnancia y recusación situaciones que son de mayor ocurrencia en la sociedad contemporánea caracterizada por un mayor pluralismo ético, ideológico y político. ¿Qué sucedería si las partes consideran causa de parcialidad el que un juez forme parte de una determinada organización religiosa? ¿Qué pasaría si el juez ha manifestado en la causa comentarios sexistas o racistas? ¿Qué pasa si el juez ha manifestado de cualquier modo una cierta inclinación política?

El único precepto de nuestro Código Orgánico de Tribunales que podría dar relativa cabida a situaciones como las acá planteadas es el artículo 196 N° 15, que establece como causa de recusación: "Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad". Es evidente que no hay referencias expresas a cuestiones como las acá planteadas. ¿Qué hacer en estos casos? Las alternativas son dos: O se hace una interpretación extensiva del numeral 15, asumiendo de esta manera la causal una función de "cajón de sastre", donde entrarían las cuestiones de parcialidad como

las expuestas acá, o bien debe entenderse que los jueces están facultados para considerar otras causales de parcialidad fuera de los casos previstos por la ley.

Es probable que esta última propuesta no pueda ser invocada cuando se plantee un incidente referido a impugnancias o recusaciones. El artículo 113 del Código de Procedimiento Civil es bastante claro a este respecto: "Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de impugnancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales". Y esa parece ser la regla en todo tipo de procedimientos.

Sin embargo, la situación es distinta en los casos cuando se pide la nulidad de un juicio y la sentencia por afectar el debido proceso, como ocurre hoy en día en materia procesal penal y laboral, pero que pueden servir de análisis general para todo tipo de procesos.

Si tomamos la experiencia procesal penal, la Corte Suprema podría declarar nulos un juicio y la sentencia penal por considerar que el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal han tenido conductas que no se avienen con el derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial que la Constitución y los tratados internacionales reconocen al condenado por delito. Esa declaración de nulidad, por aplicación del artículo 373 a) CPP, no tiene por qué estar sujeta a las causas de impugnancia y recusación que haya dispuesto el Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 195 y 196. La Corte Suprema estaría sujeta a la Constitución y a los Tratados Internacionales en esta materia, pues así lo ha querido el legislador procesal penal. Podría así estimar la Corte Suprema que el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal han tenido, por ejemplo, actitudes sexistas o racistas contra el condenado, situación que afectaría a su imparcialidad para fallar el asunto, aunque tales causales no están expresamente previstas en la ley orgánica de tribunales.

El problema radicaría entonces en las causales legales para pedir durante un procedimiento judicial en curso la inhabilitación de un juez, las que al día de hoy sólo son las de los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Desde un punto de vista de *lege ferenda*, se hace recomendable que

el legislador amplíe las causas de inhabilidad de los jueces, contempladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, lo que podría significar adoptar dos caminos diversos. Una primera posibilidad pasa por reconocer expresas causales como las referidas a los tópicos precedente señalados (prejuicios religiosos, raciales, sexistas, etc.). Otra posibilidad es la introducción de causales más elásticas al estilo de la "remisión del proceso por legítima sospecha" del artículo 45 Código de Procedimiento Penal italiano, que podría afectar al órgano judicial en su conjunto y no al juez individualmente considerado, lo que en la jurisprudencia de la casación italiana se ha interpretado restrictivamente, configurable sólo cuando se está en presencia de una grave y objetiva situación local, entendida como fenómeno externo a la dialéctica procesal, capaz de constituir un peligro concreto para la imparcialidad del juez.

Otro camino es la recusación por motivo serio y grave capaz de generar desconfianza sobre la imparcialidad del juez que regula el artículo 43.1 del Código de Proceso Penal portugués. Parece ser ésta una alternativa que combina adecuadamente tipicidad de la figura pero acompañada de flexibilidad para adaptarse a los cambios culturales y para entregar siempre a los justiciables la posibilidad de apartar a un juzgador del que se sospeche parcialidad.

### *iii) La incompatibilidad como manifestación de falta de imparcialidad objetiva*

Algunos ordenamientos jurídicos contemplan causales de inhabilitación de los jueces por configurarse algunas situaciones que hacen presumir falta de imparcialidad, pero no por existir entre el juez y las partes alguna conexión o interés, o bien entre el juez y el objeto litigioso, sino por desarrollar funciones que pueden significar conocer más de una vez el asunto por parte de ese juez.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias oportunidades sobre estas situaciones que denominaremos genéricamente incompatibilidad. El derecho italiano las reconoce abiertamente y nuestro Código Orgánico de Tribunales también reconoce algunas hipótesis de incompatibilidad. En efecto, el artículo 195 del COT en su apartado final establece que respecto de los jueces con competencia criminal, son causas de

implicancia, además, las siguientes: 1º Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor; 2º Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa, en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado, y 3º Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento.

En doctrina se ha entendido que las situaciones de incompatibilidad complementan la garantía de contar con un juez independiente e imparcial, como ocurre en aquellos casos en que se acumulan en la persona del magistrado funciones, actividades u oficios objetivamente inconciliables con el ejercicio de la función jurisdiccional. También está la situación del juez que haya cumplido en el mismo procedimiento actos previos de ejercicio de la función, los que deben considerarse inconciliables con el deber de conocer después el asunto con plena serenidad y en condiciones de absoluta carencia de prejuicios personales. Debe tratarse en este último caso de diversas fases del procedimiento, de modo tal que no incurra en alguna incompatibilidad aquel juez que en el contexto de la misma fase procesal haya debido expresar valoraciones preliminares, aunque sean de mérito, destinadas a desembocar en la decisión conclusiva.

Es decir, no habría incompatibilidad si en la fase de decisión definitiva un juez que pertenece a un colegio juzgador da una primera opinión en el procedimiento de formación de la convicción definitiva. Descartadas estos tipos de situaciones, las hipótesis más comunes donde puede darse este caso de incompatibilidad ocurre con aquel juez que investiga y luego falla el asunto o el caso del juez que decreta una medida cautelar y luego falla el asunto. Los artículos 34 y 35 del Código de Procedimiento Penal italiano expresamente prevén esta situación.

¿Por qué se considera que la incompatibilidad puede producir parcialidad de juicio? El juez que ha prejuzgado puede verse compelido en la fase decisoria a mantener su posición. Es lo que suele denominarse "fuerza de la prevención". En este sentido, quizá de un modo bastante amplio, puede sostenerse que este juez ha fallado tutelando su propio interés antes que lo que exigiría en ese caso la ley, por lo que podría ser considerado parcial. ¿Por qué se dice que el juez hace primar su propio interés? Porque existiría una natural tendencia de toda persona a no cambiar sus propias ideas o, dicho positivamente, a mantener sus juicios, o bien a no reconocer sus culpas. Un

juez debe juzgar a las partes y no a sí mismo (*nemo iudex in causa propria*) y un juicio sobre sí mismo se daría cada vez que un juez es llamado a juzgar nuevamente un hecho que ya ha valorado precedentemente.

Un juez que durante el procedimiento ha valorado la existencia de una apariencia de derecho (*fumus boni iuris*), decretando una medida cautelar, podría verse condicionado ya por mecanismos psicológicos (no mostrarse contradictorio) o sociales (evitar la crítica pública) para mantener esa valoración al momento en que debe fallar el asunto en su mérito, aunque de las alegaciones de las partes y las pruebas introducidas al proceso se forme otra convicción. En este caso, el juez más que aplicar la ley al caso concreto, mantendría su opinión formada previamente y en tal sentido juzga según su propio interés. Ese juez carecería de la debida imparcialidad.

Un sector de la doctrina rechazará esta falta de imparcialidad entre el juez que decreta una medida cautelar y luego falla debido a la diferencia esencial entre ambas valoraciones, ya que se trata de juicios completamente diferentes. No existe la misma *res iudicanda*, toda vez que la medida cautelar se decreta con base a un juicio de probabilidad sobre la existencia del derecho, es decir el juez falla articulando un contradictorio muy reducido de carácter sumario y provisorio, y la sentencia definitiva tendrá en consideración un contradictorio pleno con alegaciones y pruebas para determinar la existencia efectiva del derecho.

Ahora bien, sin perjuicio que es evidente que se trata de formas de conocer muy diferentes y, por lo tanto, no se puede decir que exista una misma *res iudicanda*, lo cierto es que igualmente puede producirse la denominada "fuerza de la prevención".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en general ha rechazado las alegaciones formuladas por ciudadanos europeos respecto de la situación que se da cuando es el mismo juez el que decreta una medida cautelar y luego falla sobre el mérito. No ha considerado el tribunal de Estrasburgo que se afecte la imparcialidad de estos jueces. Así lo falló en la causa Hauschildt contra Dinamarca, de fecha 24 de mayo de 1989.

En general los legisladores y cortes han considerado que esta incompatibilidad entre el juez que dicta una medida cautelar y luego falla sobre

el mérito de la causa sólo es exigible en sede penal y no en el resto de los órdenes jurisdiccionales. Hay valoraciones sobre lo específico del juicio cautelar en sede penal (medidas cautelares personales) que lo diferencia de los otros órdenes jurisdiccionales.

Por otra parte, es claro que cuestiones de orden práctico también han aconsejado no declarar ilegítimo que un mismo juez civil que decreta una medida cautelar luego falle el fondo del asunto. Separar el juicio cautelar del juicio de fondo podría significar retardar aun más la respuesta jurisdiccional al tener que formar de otro modo al órgano juzgador, con clara violación de la garantía fundamental como lo es el derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable. Separar la decisión cautelar de la de mérito comportaría introducir una complejidad procesal que a veces resultaría atentatoria con la necesidad de respuestas judiciales oportunas y eficientes, y desde luego un peso extraordinario para el erario público. El peligro de la fuerza de la prevención como posible daño para la imparcialidad judicial ha cedido en muchas oportunidades a favor de otros principios y derechos procesales.

## B) LA COMPETENCIA

Nuestro Código Orgánico de Tribunales define la competencia como "la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones" (art. 108). Puede ser dicho ello también como la esfera de atribuciones dentro de la cual cada tribunal ejerce la potestad jurisdiccional.

### a) Importancia de la competencia

La regulación minuciosa de la competencia de los tribunales de justicia en la ley tiene importancia en atención a la necesidad de organización racional del trabajo jurisdiccional. Se relaciona con el mandato constitucional dirigido al legislador de lograr una pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República (art. 77 Constitución Política de la República).

Para los justiciables la precisión del legislador de la competencia de los tribunales de justicia se constituye en una de las garantías del racional y justo



procedimiento, pues el tribunal que es llamado a conocer de un asunto debe estar determinado por la ley antes de la ocurrencia de los hechos que debe juzgar. De este modo las personas pasan a tener un derecho fundamental a ser juzgadas por un tribunal competente, lo que se relaciona claramente con el derecho a un juez natural u ordinario predeterminado por la ley (art. 19 N° 3 inciso 4° Constitución Política de la República).

Tal es la importancia de la competencia, observada como institución de interés público para un mejor trabajo jurisdiccional y como derecho fundamental de las personas, que la infracción de ella acarrea como consecuencia la nulidad del juicio y de la sentencia dictada por ese tribunal incompetente. Esa nulidad puede ser derivada de una infracción al principio general del debido proceso o bien la ley establece entre las específicas causales de casación o de nulidad la incompetencia del tribunal. Por otra parte, durante el proceso se faculta al juez a declarar su incompetencia de oficio y se dan las herramientas a las partes para solicitarla (inhibitoria y declinatoria).

Tenemos de este modo que si bien todo tribunal creado por el legislador está dotado del poder jurisdiccional, no todo tribunal está dotado de competencia para conocer de determinados asuntos. Un tribunal dotado de jurisdicción puede ser considerado incompetente para conocer de un asunto.

La jurisdicción es indelegable e improrrogable. No puede un tribunal de justicia delegar su poder a otra autoridad o persona. Sin embargo, el poder jurisdiccional que tiene un tribunal de justicia puede ser delegado a otro tribunal nacional o extranjero. Se habla en este caso de delegación de la competencia del tribunal. Sin embargo, no tiene sentido delegar completamente esa competencia sino que se delega para específicos y determinados actos procesales, generalmente de orden probatorio.

Por otra parte, la jurisdicción tampoco puede ser prorrogada por las partes a otra persona o autoridad nacional o extranjera, pero nada impide que la competencia pueda ser prorrogada por esas partes a otro tribunal nacional que naturalmente no es competente para conocer de ese asunto. Se habla de la prórroga de la competencia.

En el derecho nacional los tribunales que tienen la competencia general para conocer de todos los asuntos civiles son los juzgados de letras, los que

forman parte del Poder Judicial como tribunales ordinarios de justicia (art. 5° Código Orgánico de Tribunales).

Excepcionalmente existen otros tribunales que pueden conocer de materias civiles, como ocurre con los tribunales con competencia criminal que pueden conocer de la denominada acción civil que deriva del delito (art. 59 Código Procesal Penal). Luego están aquellas causas sobre derecho del consumo que les corresponde conocer a los Juzgados de Policía Local (art. 50 A Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores). También está la situación de aquellas personas que tienen fuero (fuero Mayor), caso en el cual corresponde conocer de ese asunto a un Ministro de Corte de Apelaciones (art. 50 N° 2 Código Orgánico de Tribunales).

## II. EL PROCESO

### A) PROCESO, PROCEDIMIENTO Y JUICIO

El proceso debe ser concebido como la exigencia constitucionalmente prevista para el rogado desarrollo procesal de la potestad jurisdiccional. Ya sabemos que la actividad jurisdiccional se expresa sólo a través del proceso: es el único medio para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la cual no se realiza fuera del proceso. Pero también hay que considerar al proceso como el medio constitucionalmente predispuesto cual derecho de las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. De este modo, el proceso no puede ser visto sólo desde la óptica del juez, sino que debe verse también desde la perspectiva de las partes. En el primer caso, el proceso destaca como herramienta técnica constitucionalmente predispuesta para el desarrollo del trabajo de los jueces. En el segundo caso, el proceso destaca como un derecho de las partes (derecho al debido proceso).

Durante siglos, los prácticos forenses y los procedimentalistas se dedicaron a explicar los distintos y muy variados juicios por medio de los cuales actuaban los órganos jurisdiccionales, pero lo hicieron sin llegar a formular el concepto general de proceso. La elevación desde los juicios concretos al concepto de proceso se produce en Alemania durante el siglo

XIX, y desde entonces cambió radicalmente la manera de considerar el fenómeno procesal.

Ya sabemos que el Derecho procesal adquiere sentido científico cuando desde la consideración de la variedad de juicios se pasa a la idea general del proceso, para después, estudiar los distintos procedimientos regulados en las leyes. Evidentemente, en la realidad existen procesos determinados y cada uno de ellos tiene su tramitación particular, pero conceptualmente cabe elevarse a la idea general de proceso, para desde ella poder entender lo que hacen los órganos jurisdiccionales y las partes. El proceso así concebido es un concepto, como lo es el contrato para el Derecho Civil, y sólo cuando se comprende el mismo, se está en disposición de entender lo que ofrece la realidad judicial.

Sobre el sentido contemporáneo del proceso y su significado político e institucional deben tenerse presente las palabras que provienen de uno de los más grandes procesalistas de los últimos tiempos, Piero Calamandrei, quien en el año 1952 pronunció una serie de conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicadas en el año 1954 en un libro con el título *Processo e Democrazia*. En él, el destacado autor italiano señalaba que indispensable siempre en un proceso, será la existencia de dos partes, siendo por tanto el principio fundamental del proceso, su fuerza motora, su garantía suprema, el principio del contradictorio. Pero dichas partes están frente al juez no como súbditos, objetos de supremacía que tienen que obedecer pasivamente, sino como ciudadanos libres y activos que frente al juez tienen, no sólo deberes que cumplir, si no también derechos que hacer respetar.

El juez, frente a las partes en el proceso, no es sólo una autoridad provista de poderes, sino un funcionario ligado por deberes y responsabilidades frente a ellas, las que tienen derecho de hacer valer libremente sus razones y a ser atentamente escuchadas.

De este modo, el proceso indica una relación entre personas y éstas son tres: juez y cada una de las partes: *processus est actus trium personarum*, decían los antiguos. Esto hace que el proceso no sea un monólogo, sino que es un diálogo, una conversación, un cambio de propuestas, de respuestas, de réplicas; un entrecruzamiento de pretensiones y resistencias, de ataques y

contraataques. Y en esto consiste el más precioso y típico carácter del proceso moderno, como lo es la dialecticidad, que quiere decir que la voluntad del juez no es más soberana absoluta, sino que está siempre condicionada por la voluntad y el comportamiento de las partes, esto es, a la iniciativa, al estímulo, a la resistencia o al consentimiento de ellas. Y lo mismo se puede decir para cada una de las partes, cuya voluntad y cuya actividad se plasma y se adecua en cada momento del proceso, a los estímulos que le llegan del comportamiento del juez y de la contraparte. Sin este diálogo triangular no existe proceso en el sentido moderno de la palabra.

Durante ciertos períodos históricos se ha tenido una figura de proceso en la que el juez estaba solo, y frente a sí no se veían hombres, conciencias responsables libres de defenderse, sino sólo víctimas indefensas, sujetas a su ilimitado arbitrio y ya anticipadamente condenadas al sacrificio. Nos referimos al proceso inquisitivo del Estado absoluto. En este tipo de proceso, las funciones de investigación, de acusación y de juez se concentraban en una sola persona —el inquisidor—, delante al cual el perseguido no era una persona, sino sólo un sujeto inerte, un pobre montón de carne hecho para ser despedazado y aniquilado por la tortura.

El proceso entre partes es propio además de un sistema democrático en que se respetan los derechos de las personas. En la época del nacionalsocialismo alemán, se pensó en abolir el contradictorio y convertir al proceso civil de partes en un procedimiento totalmente oficioso, puesto en movimiento por la iniciativa del juez: se habló así de “proceso sin partes”, que vendría a decir “proceso sin proceso”. Se dijo que el concepto de *Parteiprozess* no era sino un maligno contagio penetrado en la sangre de la justicia de aquéllos odios de parte que affigieron Italia en el tiempo de los Comunes, cuando la vida política era una contienda entre facciones. Y así como el nacionalsocialismo había alcanzado felizmente a liberar la vida política de los partidos —se decía en aquel entonces—, calmando todos los contrastes en el seno paterno del Führer, así debían ser abolidas las partes del proceso y triunfar también en los tribunales la religión del *Führerprinzip*, de modo que en las aulas judiciales resonara sólo la sagrada palabra del juez oficiante y delante de él los justiciables atendieran en silencio.

En un sistema democrático, el proceso debe ser, al contrario de lo que se intentó en el régimen nacionalsocialista y en todo régimen no respetuoso de

los derechos de todas las personas, un coloquio civil entre personas puestas al mismo nivel.

#### a) Proceso y procedimiento

Los términos proceso y procedimiento en ocasiones se utilizan indistintamente, aun cuando no son plenamente sinónimos. Pese a que la raíz etimológica de ambos términos se sitúa en el verbo latino *procedere*, cuyo significado es el de avanzar, en realidad se trata de conceptos distintos. Todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, pero no todo procedimiento es y supone un proceso. El procedimiento supone una coordinación de actos en marcha —es un concepto formal—, mientras que la noción de proceso es esencialmente teleológica y se ocupa, además del procedimiento como forma de exteriorizarse, de los nexos existentes entre los sujetos que intervienen en él (juez y partes).

El término procedimiento no es un término válido sólo en el ámbito judicial, ya que se habla de procedimiento legislativo o administrativo. El término proceso debe ser reservado sólo a la actividad judicial. De acuerdo con lo que decíamos anteriormente, el procedimiento legislativo no supone un proceso, pero el proceso (el que se desarrolla ante el órgano jurisdiccional) supone siempre un procedimiento.

De este modo, por procedimiento, aplicado al mundo judicial, puede entenderse como la secuencia de reglas con arreglo a las cuales se desarrolla el proceso. Con la referencia al procedimiento se pone atención en la forma de la actividad judicial o en el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo.

En relación al proceso, habría que concluir:

- La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso.
- Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional.
- Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento.

#### b) Proceso, enjuiciamiento y juicio

Muchas veces, como sinónimo de proceso, se utiliza el término juicio. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil, en su segundo Título, regula “De la comparencia en juicio”.

La utilización del término juicio, como proceso, parece ser la consecuencia de una larga tradición histórica. Sin embargo, en la edad media, en muchos lugares, era entendido como sinónimo de sentencia. En la Partida III, título XII, Ley I, se decía: “juicio en romance quiere decir cómo sentencia en latín”. Con el correr del tiempo, se lo fue entendiendo como sinónimo de proceso.

El auge de la denominación juicio se debe fundamentalmente a la obra de Carnelutti, quien con su propuesta de *torniamo al giudizio*, defiende la adopción de la antigua terminología, frente a la introducción de la francesa “procedimiento” o la alemana de “proceso”.

En algunos casos se ha entendido el término juicio como sinónimo de tribunal o del lugar en que se juzga y por eso se ha usado en algunas ocasiones la expresión “citar a juicio”, “pedir en juicio” o “fuera del lugar del juicio”, como expresa el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. Otras veces, atendiendo a la manera de proceder de los tribunales, se menciona que lo hacen “sin forma de juicio”, o en otros casos como la opinión de técnicos, como “juicio de peritos” o “juicio práctico”, según expresión esta última recogida en el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil. En otras ocasiones, significa disputa entre dos o más ciudadanos, sobre la adjudicación de un derecho o castigo de un crimen, terminada por la sentencia de un juez que, siendo condenatoria, se lleva a efecto. Algunos autores han puesto atención en el trabajo que realiza el juez para utilizar la expresión juicio, en especial, en lo referente a los razonamientos lógicos y valoraciones que conducen y terminan en el acto de voluntad constituido por la sentencia y más concretamente por su fallo, investido de la autoridad del Estado.

A su vez, el término enjuiciamiento es utilizado fundamentalmente por el derecho español y algunos países latinoamericanos. En Chile, si bien se utiliza con mayor frecuencia los términos de procedimiento y juicio, el

Mensaje del Código de Procedimiento Civil chileno del año 1893, comienza señalando: "tengo la honra de someter a vuestra aprobación, oído el Consejo de Estado, el Proyecto del Código de Enjuiciamiento Civil".

Es evidente que desde un punto de vista etimológico, la acepción de enjuiciamiento deriva de la de juicio y las similitudes entre ambos términos nos podrían inducir a entender que enjuiciamiento es a juicio lo que el procedimiento al proceso. Sin embargo, si bien es cierto que proceso se equipara a juicio, no cabría predicar la misma igualdad entre enjuiciamiento y procedimiento. El término enjuiciamiento engloba los de proceso y procedimiento, puesto que hace referencia a toda la dinámica procesal.

En nuestra tradición, parece ser que los conceptos mayormente utilizados son los de juicio como sinónimo de proceso y procedimiento.

## B) DEBIDO PROCESO

### a) Sentido de la expresión debido proceso en el derecho chileno

En Chile todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido un derecho fundamental a un debido proceso, pese a que no existe ninguna disposición constitucional que así lo exprese. La Constitución Política de la República no utiliza la expresión debido proceso pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino porque no quiso emplear una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*), lo que a juicio de algunos autores podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia anglosajonas han construido al respecto. Por este motivo, el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de "racional y justo procedimiento" (art. 19 N° 3 inciso 6°). En esta garantía de nuestro texto constitucional hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos. Es ese, el debido o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980.

¿Qué ha de entenderse por racional y justo procedimiento o debido proceso? Dicho de otro modo ¿qué garantiza el debido proceso a los habitantes del territorio nacional? Evidentemente nos encontramos con una cláusula

de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia. La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula "racional y justo procedimiento" era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor.

Ahora bien, nuestro texto constitucional, aparte de la criolla cláusula general del debido proceso, reconoció algunas específicas garantías que tradicionalmente han formado parte de un debido proceso, como lo son el derecho de defensa jurídica en juicio (art. 19 N° 3 inc. 2°) y el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley (art. 19 N° 3 inc. 5°). A esas garantías deben agregarse todas las otras que reconocen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes (art. 5°). Debe tenerse especialmente presente los derechos que garantizan los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De conformidad con lo sostenido precedentemente, la expresión debido proceso en Chile debe referirse a específicos derechos procesales reconocidos en la Constitución de 1980, como lo son el derecho a la defensa jurídica y a un tribunal ordinario predeterminado por la ley; a específicos derechos procesales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes. Finalmente, por debido proceso puede entenderse también un principio constitucional orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia en el país.

Si entendemos que existe un principio constitucional de racionalidad y justicia en los procedimientos judiciales, es decir nuestro debido proceso entendido como cláusula o principio general de carácter constitucional, surge la duda de si es compatible dicha cláusula de carácter general con específicos derechos procesales taxativamente reconocidos. Se podría sos-

tener que la idea del debido proceso como un principio general de carácter constitucional tenía razón de ser antes de la reforma constitucional de 1989 que introdujo el art. 5° Constitución Política de la República, toda vez que en la lógica original del constituyente de 1980 figuraba el criterio de no cerrar el catálogo de garantías procesales de una vez y, por el contrario, entregar al legislador y a los tribunales con competencia para velar por la supremacía constitucional la concreción de específicas garantías que sean expresión de este principio general de carácter constitucional.

Sin embargo, al incorporarse un extenso catálogo de derechos procesales con la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos y su inclusión al sistema constitucional chileno producto de la reforma constitucional de 1989 (art. 5°), se podría pensar que la utilidad del debido proceso como principio general que necesita ser precisado en casos concretos ya no tiene sentido. Así, se podría concluir que cuando se hace referencia al derecho a un debido proceso en nuestro país se alude a los específicos derechos procesales que reconocen el artículo 19 N° 3 inciso 2° e inciso 5° y los tratados internacionales sobre derechos humanos (especialmente el art. 8° Convención Americana de Derechos Humanos y el 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

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

El debido proceso, en definitiva, funciona como un "metaderecho" referido a un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia. En esta última concepción el debido proceso permitiría una expansión de las garantías mínimas reconocidas en la Constitución o los tratados internacio-

nales. Veremos a continuación quién podría desarrollar esa labor expansiva de las garantías procesales de las personas.

### *1. El debido proceso frente al legislador y a los tribunales de justicia*

En doctrina se ha discutido la naturaleza de los derechos fundamentales de contenido procesal y del derecho al debido proceso. Así algunos no dudan en calificarlo como derecho prestacional lo que expresaría que el derecho debe ser configurado por el legislador. Se habla también a veces de derechos de configuración legal. Se trataría de derechos a prestaciones en un sentido amplio que comportarían un derecho a acciones positivas normativas por parte del Estado, a diferencia de los derechos a prestaciones en sentido estricto que reclaman acciones fácticas por parte del Estado (derechos sociales). Para que el derecho prestacional surta efectos prácticos en el ordenamiento jurídico se requiere que el legislador lo desarrolle dictando la o las leyes que correspondan.

Sin embargo, esta concepción del derecho prestacional podría dar lugar a dos tipos de problemas. En primer lugar se debe determinar qué sucedería en casos de inactividad del legislador. Frente a una actitud pasiva del legislador ¿puede entenderse que el derecho fundamental existe y ser invocado por los particulares? En segundo lugar aparece el problema de los límites que tiene el legislador para configurar el derecho ¿Puede darle el sentido que estime pertinente el legislador al derecho?

En relación al primer problema, se debe constatar que no hay herramientas jurídicas que obliguen al legislador a actuar para dar vida a un determinado derecho. Este problema de la inactividad legislativa puede comprender dos situaciones diferentes. En primer lugar, está el caso de un legislador radicalmente pasivo que no ha dictado nunca una disposición legal que le dé vida al derecho fundamental. En segundo lugar está el caso de un legislador que ha dictado disposiciones legales pero que respecto a un derecho fundamental en particular ha omitido aspectos.

Respecto a la pasividad radical, es decir que no haya ninguna ley que se refiera al derecho fundamental en cuestión, la verdad es que se trataría de una hipótesis muy marginal difícil de concebir en la realidad. Y si existe una

situación del género la solución pasaría por una presión política o ciudadana hacia el Congreso Nacional para que legisle al respecto, sin descartar que se pueda intentar presiones a través de organismos internacionales o bien por medio de demandas ante tribunales internacionales, como podría ser en nuestro caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que el Estado de Chile se vea obligado a actuar con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado por el fallo y brindar así amparo al derecho fundamental reconocido por el tratado internacional.

Las hipótesis más realistas son las segundas, es decir que existan leyes relacionadas con el derecho fundamental en cuestión pero omiten aspectos referidos a él, como sucedería en nuestro caso con todas las leyes de orden procesal vigentes que, por ejemplo, no reconocieran el derecho a contradecir, a aportar los medios de prueba, etc. En algunos países han resuelto este problema a través de especiales tipos de sentencias pronunciadas por las cortes constitucionales como son las denominadas sentencias manipulativas, integrativas o aditivas, donde la corte constitucional declara inconstitucional una disposición legal en la medida que ha omitido decir algo que la Constitución le prescribía. En Chile no tenemos este tipo de sentencias.

El Tribunal Constitucional chileno parece no estar en esta línea. Esta negativa a la declaración de inconstitucionalidad de una ley que no reconoce o desarrolla adecuadamente un derecho fundamental deriva entre otras razones de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en orden a que la inconstitucionalidad afecta a preceptos determinados y no a un proyecto de ley o a una ley en su integridad. Así, la declaración de inconstitucionalidad por omisión sólo podría tener cabida cuando se impugnara el proyecto o la ley *in toto*, lo que no es aceptado por nuestro Tribunal Constitucional.

Ahora bien, nada de ello parecería obstar entre nosotros a que se invoque el derecho fundamental ante la judicatura pese a que no hay ley que lo desarrolle. Para ello podría invocarse el artículo 6° Constitución Política de la República, es decir se apelaría a una aplicación directa de la Constitución.

Sin embargo, más allá de que la aplicación directa de la Constitución sea una tesis ampliamente aceptada en nuestra doctrina, por lo que todo tribunal de justicia —sostendría esta doctrina— podría aplicar directamente un derecho fundamental aun a falta de ley reguladora o aun contra ley re-

guladora, lo cierto es que hay instrumentos procesales en nuestro sistema jurídico que permitirían a determinados tribunales darle aplicación a un derecho fundamental sin que exista ley reguladora del mismo. Este es el caso, por ejemplo, de la facultad que tiene la Corte Suprema en un juicio penal para dejar sin efecto el juicio y la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal cuando se afectare el debido proceso de los condenados por delito en la investigación criminal a cargo del Ministerio Público o en el juicio penal. Para tal fin la Corte Suprema apelará al reconocimiento de este derecho en la Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales que hayan sido suscritos por el Estado chileno y se encuentren vigentes (art. 373 a) Código Procesal Penal). Similar situación contempla el artículo 477 del Código del Trabajo.

En ambas situaciones se trata de casos en que el legislador ha previsto la nulidad del juicio por afectación de derechos constitucionales, donde se podría producir una invocación directa de la Constitución. Es decir, en estos casos la aplicación directa de la Constitución se realiza por una decisión del legislador, pero no por una garantía constitucional exigible al legislador.

Esto viene a significar que en su comprensión estrictamente constitucional el debido proceso se comporta como un derecho prestacional que obliga al legislador a desarrollar el derecho (*status* positivo en la conocida clasificación de Jellinek), pero también, según los códigos procesal penal y del trabajo chilenos, como un *status* negativo o una libertad frente al Estado (frente al Ministerio Público, policías, jueces penales o jueces laborales).

En relación al problema de la libertad de configuración por parte del legislador, hay que constatar que no es posible exigir al legislador que establezca específicas reglas procesales de desarrollo de un debido proceso. El peligro que se produce en este caso es que el derecho fundamental queda disponible para el legislador pudiendo establecer los requisitos, contenidos y condicionamientos que estime necesarios, por lo que el debido proceso perdería su garantía constitucional. En este caso al legislador no se le puede exigir que regule el derecho de determinada manera pero sí que no lo haga de la manera en que lo ha hecho. Se podría controlar el respeto del debido proceso atacando la ley procesal cuando ha transgredido

el contenido esencial del derecho. Dicho ataque de la ley procesal podrá ser realizado preventivamente en la etapa de formación de la ley o bien a través de los medios de control represivo, según las competencias que actualmente regula para el Tribunal Constitucional el art. 93 Constitución Política de la República.

Este control del legislador por parte de los órganos de la justicia constitucional fue la primera idea protectora del debido proceso en la génesis de la Constitución de 1980. En efecto, la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, en su sesión N° 102, estimó que quien debía colmar el principio del debido proceso debía ser el legislador. Asimismo, ideó que la Corte Suprema como tribunal competente para conocer de la inaplicabilidad de las leyes, es decir como corte materialmente constitucional, debía ser el órgano capaz de controlar si el legislador estaba regulando los procedimientos judiciales de acuerdo a un canon de racionalidad y justicia, o, lo que es lo mismo, según exigencias de un debido proceso. La inaplicabilidad de las leyes debía servir a estos efectos de dos vías diferentes. Una vía de control en el sentido que el legislador no conculcara los derechos de los justiciables de carácter procesal y una segunda consistente en la formación de una jurisprudencia que delineara el contenido de este derecho constitucional. Con esta opción se quiso evitar que se controlara a los tribunales de justicia en sus decisiones judiciales sobre el respeto o no del debido proceso en los casos concretos. La Corte Suprema no debía controlar las decisiones de los tribunales inferiores sino sólo al legislador.

Tenemos así que el Tribunal Constitucional es el órgano con competencia para controlar que el legislador respete el debido proceso configurado en las leyes. Lo mismo puede hacer este tribunal respecto de esa labor "cuasi legislativa" desarrollada por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones mediante autos acordados, en la medida que pudieren afectar el debido proceso de los justiciables (art. 93 N° 2 Constitución Política de la República). Se trata de un control de actuaciones positivas de esos legisladores. Por otra parte, corresponde a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones en algunos casos controlar que los tribunales inferiores (penales o laborales) o algunos sujetos del enjuiciamiento criminal (Ministerio Público y policías) respeten con sus actuaciones el debido proceso de los justiciables. En este caso el control puede recaer sobre actuaciones positivas de estos órganos o bien por omi-

siones, con tal que ambas produzcan una conculcación del debido proceso de los justiciables de una causa concreta.

#### *b) El debido proceso civil*

La regulación del debido proceso civil en nuestro derecho es bastante parca. De los preceptos constitucionales sólo cabría concluir que se tiene reconocido de manera expresa el derecho de defensa y el derecho a un tribunal ordinario predeterminado por la ley. Luego está la cláusula del racional y justo procedimiento como garantía general que debe ser colmada o concretada por los agentes autorizados a tal efecto.

A diferencia de la materia penal, la situación del debido proceso civil en el derecho internacional de los derechos humanos no es mucho mejor. Si ponemos atención en la Convención Americana de Derechos Humanos, la verdad es que en materias procesales no penales (civiles, laborales, fiscales, etc.) el núcleo de las garantías procesales está en el artículo 8° N° 1 que dispone que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

La doctrina ha puesto atención en que los elementos mínimos de un debido proceso civil son: el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho de defensa, el derecho a presentar pruebas, el derecho a una sentencia fundamentada y el derecho a una sentencia dentro de un plazo razonable. Otros agregan el derecho a un juicio oral y público y el derecho a los recursos legalmente previstos.

#### *1. El Código de Procedimiento Civil a la luz del debido proceso*

Vamos a considerar críticamente cinco contenidos del debido proceso civil en el derecho chileno. Esos derechos específicos son: a) El derecho a un juicio oral y público; b) El derecho de defensa en juicio; c) el derecho

a una sentencia motivada; d) el derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable, y e) el derecho a los recursos legalmente previstos.

*a) El derecho a un juicio oral y público*

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

La publicidad que exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es una de carácter externa o en sentido estricto, es decir considerando a la sociedad o terceros ajenos al pleito. Esa publicidad debe permitirse admitiendo a terceros en la sala de audiencia de los juicios y a través de los medios de comunicación que pueden informar, filmar y fotografiar la audiencia de juicio. Y esa publicidad que considera a terceros y a la prensa como testigos del enjuiciamiento sólo se satisface con audiencias orales, no con procedimientos escritos. Entonces, a efectos del referido Pacto, el derecho que tienen las personas en procedimientos judiciales donde se determinen los derechos y obligaciones consiste en que el proceso debe ser oral y público.

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

En el ámbito americano del sistema de garantías procesales la situación es distinta. En efecto, la publicidad, y luego se podría deducir la oralidad, sólo es exigida en la Convención Americana de Derechos Humanos para los procesos penales. Para los juicios civiles no existe tal prescripción normativa. Sólo garantiza la Convención el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial. En una interpretación muy literal, podría entenderse la exigencia de oralidad en el derecho a ser oído por el tribunal, pero la verdad es que en la mayoría de las constitucionales y documentos internacionales la oralidad sólo se exige por imperativo de la publicidad. Exigiéndose publicidad del proceso, se exige, consecuentemente y no para todo el proceso sino para la rendición de las pruebas ante el tribunal, la oralidad del procedimiento. No exigiéndose publicidad, como ocurre con los procesos civiles en la Convención Americana de Derechos Humanos, no hay exigencia de oralidad.

De este modo, hay que concluir que los procedimientos declarativos escritos que consagra nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, se contraponen a lo que exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es de precisar que esa vulneración del referido tratado internacional apunta sólo a la no existencia de oralidad en la fase de rendición de los medios de prueba y la sentencia, fases donde la forma procesal debe ser contrastada frente a las exigencias constitucionales del debido proceso. Por el contrario, la escritura de nuestros procedimientos civiles no vulnera las garantías reconocidas por la Constitución Política de la República ni en la Convención Americana de Derechos Humanos.

De acuerdo con lo anterior, nos atrevemos a sostener que el legislador chileno tiene bastante libertad para regular la forma de los procedimientos civiles. Puede regularlos de manera oral o escrita. La decisión del legislador sólo responderá a cuestiones de carácter técnico.

*b) El derecho de defensa en juicio*

*1. Medidas para mejor resolver*

Un sector de la doctrina nacional ha sostenido que un juez que solicita pruebas de oficio en el proceso civil pierde su imparcialidad. Otros han sostenido que los peligros de un juez activo en materia probatoria no están



referidos a la pérdida de su imparcialidad sino a una eventual conculcación del derecho de defensa de las partes. Un juez que solicita la introducción de una prueba al proceso no pierde necesariamente su imparcialidad porque puede terminar dando por no establecido o acreditado el hecho dudoso por el que solicitó prueba y, además, porque no conoce de antemano el resultado de la prueba y como tal no sabe si favorecerá a una u otra parte de la contienda.

Sin embargo, ese juez que solicita pruebas de oficio puede sorprender a una de las partes del juicio y puede hacer peligrar la estrategia defensiva que cada parte había diseñado para la causa. Por este motivo, si se han de reconocer poderes probatorios al juez civil, se debe poner especial atención en respetar el derecho de defensa de las partes en juicio.

Si el juez civil propone la introducción al proceso de determinado medio probatorio, las partes deberían siempre tener la oportunidad de producir contraprueba. Así lo dispuso, por ejemplo, el legislador italiano en el Código de Procedimiento Civil con la reforma del año 1990, que modificó el artículo 184 inciso 3°. Esta disposición señala que "En el caso en que sean dispuestos de oficio medios de prueba, cada parte podrá deducir, dentro de un término perentorio asignado por el juez, los medios de prueba que sean necesarios en relación a los primeros". El Tribunal Constitucional español, a propósito de las diligencias para mejor proveer en materia civil en la regulación procesal civil anterior al nuevo código de 2000, ha estimado que si el tribunal hace uso de ellas, solicitando la introducción de oficio de ellas, hace nacer el derecho de ambas partes para intervenir contradictoriamente durante su realización.

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

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

## 2. Medidas cautelares decretadas inaudita et altera pars

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

Es de destacarse que la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritarias no exigen la tramitación de un incidente previo respecto a la adopción de una medida cautelar. Es decir, se sostiene que en la adopción de una medida cautelar no es necesario escuchar previamente al que sufre tal medida. La redacción del artículo 302 inciso 1° Código de Procedimiento Civil que sostiene que "el incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada" ha sido interpretada en el sentido que el incidente en cuestión se refiere al caso en que el sujeto pasivo de la medida se oponga a la misma o pida su alzamiento. Quiere ello decir que, en esta interpretación, las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil se decretan de plano sin escuchar previamente al sujeto pasivo. Una vez decretada la medida y notificada legalmente, puede ser impugnada por el sujeto pasivo naciendo el incidente respectivo.

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

La interpretación mayoritaria de nuestra doctrina y jurisprudencia en orden a que las medidas cautelares en materia procesal civil se decretan, como regla general, de plano, ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, pues se sostiene que un sistema tal afecta el debido proceso de los justiciables.

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

El adoptar un sistema de medidas cautelares escuchando o no previamente al sujeto pasivo de tales medidas es una cuestión de oportunidad que tiene que valorar el legislador según los valores que haga primar en esa opción. Sin embargo, consideramos que no hay cuestiones de constitucionalidad en esta opción. Si el legislador opta por decretar las medidas cautelares *inaudita et altera pars* con carácter general o como sistema excepcional, no se viola con ello el derecho de defensa de los demandados en juicios civiles.

### c) El derecho a una sentencia motivada

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

Sin embargo, se puede justificar la existencia de este derecho de los justiciables a obtener una sentencia judicial motivada en los hechos y el derecho como expresión de la cláusula del justo y racional procedimiento consagrado constitucionalmente. Es lógico concluir que si el proceso por el cual se llega a la decisión jurisdiccional debe ser "racional y justo", según exige nuestra Constitución, la decisión también debe serlo pues, como señalara Piero Calamandrei hace más de cincuenta años, el signo más importante y más típico de racionalización de la función jurisdiccional es la motivación de las decisiones judiciales.

En la expresión procedimiento a que se refiere el artículo 19 N° 3 inciso 6º Constitución Política de la República, el que debe ser racional y justo, debe considerarse el fenómeno procesal completo que se inicia con la impetración de la actividad jurisdiccional por el interesado y termina con la decisión del juez que se pronuncia, normalmente, sobre la pretensión deducida por el actor. El proceso no puede desvincularse de la decisión judicial puesto que están necesariamente conectados en una relación de medio a fin, de instrumento a resultado, de premisa a consecuencia.

El proceso o su expresión formal como es el procedimiento y sentencia judicial, deben ser racionales y esta última lo será si está debidamente fundamentada.

Sin embargo, y específicamente el derecho a una fundamentación fáctica de las sentencias, puede deducirse directamente del derecho de defensa de las partes. Una concreción o especificación de ese derecho de defensa es el derecho de cada parte de aportar los medios de prueba de conformidad a la ley. Para respetar ese derecho a la prueba el juez debe hacerse cargo de todas y cada una de las pruebas introducidas por las partes en su sentencia, las hubiese estimado o no.

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

El actual Código de Procedimiento Civil es bastante parco al referirse a la motivación de las sentencias, tanto en materia de hechos como de derecho. Y es en materia de hechos donde la regulación procesal contemporánea es cada vez más exigente en relación a la motivación de las sentencias. Así, por ejemplo, los artículos 36, 297 incs. 2º y 3º y 342 c) del Código Procesal Penal señalan respectivamente: “Será obligación del tribunal fundamentar sus resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaran sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación”. Y luego, en la segunda disposición citada se agrega: “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. Finalmente el artículo 342 expresa que la sentencia definitiva contendrá: “c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

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

De acuerdo con la actual normativa sobre fundamentación de las sentencias civiles, los jueces podrían perfectamente no decir nada sobre algunas pruebas presentadas por las partes en juicio, lo que afectaría su derecho a la prueba. Pero además, no hay ninguna exigencia respecto a que los jueces en sus sentencias permitan la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones.

*d) El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable*

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

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

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

En el caso chileno, en materia civil sólo es posible de controlarse la segunda faceta del derecho en cuestión, es decir, si el diseño legal permite respetar

o no el derecho en cuestión. Ese control en nuestro derecho sólo puede ser realizado por el Tribunal Constitucional por medio de la inaplicabilidad de las leyes y luego, eventualmente, por la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 93 N°s. 6 y 7 Constitución Política de la República). No vamos a cuestionar en este momento si la inaplicabilidad es la institución coherente para analizar abstractamente una ley según los mandatos constitucionales, pero al menos de acuerdo a nuestra jurisprudencia existente es perfectamente sostenible solicitar la inaplicabilidad de una ley procesal habiendo una gestión judicial pendiente. Y si se declara esa inaplicabilidad con efectos *inter partes* queda abierta la vía para intentar la declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.

A diferencia del enjuiciamiento criminal (art. 373 a) Código Procesal Penal), en materia civil la Corte Suprema no puede controlar en el caso en concreto si se ha respetado o no el derecho a un proceso o a una sentencia dentro de un plazo razonable. Es decir, en nuestro sistema de enjuiciamiento civil sólo se puede controlar por el Tribunal Constitucional el diseño procesal contenido en la ley pero no la conducta dilatoria o negligente de un tribunal de justicia en un caso concreto a través de los recursos procesales ordinarios o extraordinarios.

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

Es evidente que la pura organización procedimental no logra *per se* una mayor rapidez en los procedimientos judiciales, pero es quizá el primer paso reformador que se debe dar para lograr una justicia civil más eficiente. Entre las reformas que pueden contribuir a una mayor rapidez de los juicios civiles debe señalarse la introducción de la oralidad en los procedimientos declarativos, lo que debe ir acompañado necesariamente de mayores recursos humanos y materiales y una adecuada organización de la oficina judicial. Asimismo, la reducción de las resoluciones recurribles; la ejecución provisional de las sentencias definitivas; la introducción del procedimiento monitorio; mayores poderes de dirección procesal a los jueces civiles; la

introducción de tutelas de urgencia; la racionalización de los procedimientos ejecutivos a fin de hacerlos efectivamente ejecutivos y no declarativos, entre otras modificaciones procesales a considerar.

#### e) Derecho a los recursos legalmente previstos

No existe en la Constitución Política de la República ninguna disposición que expresamente reconozca un derecho a un recurso ante un tribunal superior o un derecho a la impugnación como garantía de la doble instancia. Tampoco se garantiza este derecho a los recursos procesales, en materia civil, en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Lo único que tenemos a este respecto es un principio constitucional al debido proceso (justo y racional procedimiento). Este principio puede servir de guía al legislador y al Tribunal Constitucional para determinar cuáles son las garantías mínimas que deben cumplir los procedimientos judiciales para considerarlos racionales y justos. Una de esas garantías mínimas puede consistir en entender que los justiciables tienen un derecho a que la decisión judicial que emana del tribunal civil pueda ser revisada tanto en cuestiones fácticas como en derecho por un tribunal superior.

Al día de hoy no ha habido necesidad de que el legislador o el Tribunal Constitucional interpreten la cláusula o principio del debido proceso en el sentido de que comprende el derecho al recurso o al doble grado de jurisdicción, porque ese doble grado ya existe en el Código de Procedimiento Civil de 1902. La pregunta que habría que hacerse por tanto es si en una futura modificación del enjuiciamiento civil chileno se intentara suprimir el recurso de apelación como recurso ordinario: ¿podría entenderse que el legislador estaría limitado a practicar esa eliminación por exigencias constitucionales? Alguna doctrina ha sostenido que el principio constitucional del justo y racional procedimiento comprende el derecho a la doble instancia.

Nosotros sostenemos que el principio del debido proceso, en su vertiente nacional del racional y justo procedimiento, exige al legislador que reconozca un recurso ante un tribunal superior para revisar la sentencia definitiva dictada por el tribunal con competencia civil. Sin embargo, sostenemos que ese recurso no debe necesariamente dar lugar a una doble instancia.

### C) LOS PRINCIPIOS DE TODO PROCESO

#### a) Sentido de la teoría de los principios

Cuando a fines del siglo XVIII se produce la entrada del Derecho Procesal como asignatura en las universidades alemanas, el método casuístico, consistente en la explicación de las particularidades de cada procedimiento dispuesto por el legislador, se reveló inadecuado desde el punto de vista docente. De este modo; hubo de buscarse otro método. Esta búsqueda coincidió con el auge del iusnaturalismo racionalista y de ahí se derivó hacia el estudio de los principios.

Los principios fueron entendidos como máximas derivadas de la razón natural; máximas dotadas de un valor apriorístico respecto de la regulación jurídica positiva. De conformidad con esto, eran los principios los que debían determinar el contenido de las normas positivas.

Sin embargo, cuando hoy en día acometemos un estudio de los principios que informan al proceso, no lo hacemos desde un plano teórico y abstracto, ni como "entidades" que rijan más allá o en contra de la ley positiva. Por principios del proceso se piensa hoy en día en las ideas fundamentales que se encuentran en la base de un conjunto de normas jurídicas, ideas que se deducen de tales normas, aunque no estén expresamente formuladas en ellas.

El sentido práctico de tales principios apunta, entre otras cosas, a constituirse en elemento auxiliar en la interpretación de las normas procesales y como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*, es decir, como instrumento de ayuda en la elaboración de las leyes.

Un sector de la doctrina destaca la directa vinculación entre los principios del proceso y el sistema de garantías procesales. De este modo, se dice que dados unos determinados principios procesales, tendremos la posibilidad de instaurar unas u otras garantías procesales.

Muchos de los principios que ha ido construyendo la dogmática y la doctrina procesal, se han internacionalizado en distintos textos—Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, etcétera—, además de ser acogidos en los textos constitucionales.

#### b) Principios comunes a todo proceso

Los principios comunes a todo proceso parten de la idea matriz referida a que el proceso es un *actus trium personarum*, en el que necesariamente concurren dos partes parciales y un tercero imparcial.

En relación a las partes, sólo cabría hablar de proceso cuando éstas están en situación de dualidad, contradicción e igualdad. Es por ello que se puede hablar de los siguientes principios comunes:

##### 1. Dualidad de posiciones

Como ya hemos dicho, la existencia de un verdadero proceso requiere necesariamente de dos posiciones contrapuestas. Sin esa dualidad no existirá un verdadero proceso. Al que formula la demanda se le llama demandante (proceso civil) y al que ejercita la acusación, acusador (proceso penal); a aquél contra el que se interpone la pretensión se le llama demandado (proceso civil) y, respectivamente, acusado (proceso penal). Sin embargo, la anterior puede ser descrita como una doctrina tradicional sobre las partes, porque hoy en día se admite que el proceso se articule con más de dos partes. En este sentido, hoy en día se habla más apropiadamente de dualidad de posiciones que de partes.

De acuerdo con lo anterior, cada posición puede estar ocupada por más de una parte y todas ellas pueden actuar, normalmente, con plena autonomía procesal en la defensa de sus derechos e intereses.

##### 2. Contradicción o audiencia

El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso—todo proceso—partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional. Se trata que las partes, en todo proceso, deben ser oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar sus aseveraciones para así conformar la resolución judicial. Consiste también en que conozcan y puedan debatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

La Constitución chilena, en su artículo 19 N° 3 inc. 2°, señala que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida...”. Por otra parte, cuando ese mismo artículo 19 N° 3 señala que “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”, también entendería incorporada el principio de contradicción.

### *3. Igualdad de las partes*

Este principio, que completa los anteriores, requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios o tratos desiguales. Así entendido, el principio no es sino consecuencia de aquél otro más general de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley que recoge la Constitución en el artículo 19 N°s. 2° y 3°.

Ahora bien, la igualdad de los ciudadanos es un sólo un principio y no un hecho. En la realidad, las desigualdades sociales, culturales y económicas convierten el principio de igualdad en algo que hay que buscar, es decir, un ideal a perseguir y no algo que ya exista en el mundo social.

#### *a) Igualdad legal o formal*

La existencia del principio de contradicción se frustraría si en la propia ley se estableciera la desigualdad de las partes. El contradictorio tiene únicamente sentido cuando a las partes se reconocen los mismos derechos y cargas procesales. De este modo, hay que determinar, como primera cuestión, si la igualdad es recogida en las leyes procesales

Nuestro Código de Procedimiento Civil está basado en la ideología liberal que responde a la concepción de que todos son iguales ante la ley, y como tal, en el proceso, las partes figuran en una posición de igualdad.

Sin embargo, existen otras regulaciones procesales que no parten del supuesto de la igualdad entre las partes. El proceso laboral es un claro ejemplo

de regulación procesal donde se considera que las partes no están en una situación de igualdad de hecho, y como tal existen mecanismos que intentan posicionar a la parte más débil en condiciones de paridad inicial frente a la más fuerte. Lo mismo sucede en la ley que regula los procedimientos de consumo. Y desde luego el proceso penal con la institución de la presunción de inocencia a la cabeza del sistema de garantías para el ciudadano es un proceso que se hace cargo de la posición más débil de la persona imputada por delito. Es decir, estas regulaciones procesales consideran que la igualdad formal esconde un estado de injusticia o de poderes subordinados, que en el proceso judicial debe intentar morigerarse. Se avanza así hacia una consideración de la igualdad en un sentido real o material. El legislador crea de este modo instrumentos que intentan posicionar a las partes en una verdadera situación de igualdad.

#### *b) Igualdad real o material*

El quiebre del principio de igualdad formal se produce cuando atendemos a lo que sucede en la realidad social. Constituye una situación fácilmente constatable que la igualdad de los ciudadanos ante la ley no ha pasado todavía a la realidad. Lo mismo sucede con la igualdad de las partes en el proceso. Si la pretendida igualdad es difícil de alcanzar en las relaciones jurídicas materiales, por ejemplo, en la contratación que realiza el cliente con un banco comercial, lo mismo sucede cuando esas relaciones dan lugar a conflictos que deben resolverse jurisdiccionalmente. Sin embargo, desde fines del siglo XIX se han ido creando instituciones jurídicas que pretenden igualar la posición de las partes en el proceso. A continuación se revisará cómo se ha pretendido corregir las desigualdades reales existentes entre los litigantes.

##### *b.1) Proceso civil e igualdad. Una mirada histórica en el derecho comparado y chileno*

El proceso civil, a diferencia del proceso penal ilustrado, siempre ha funcionado suponiendo la existencia de una relativa igualdad entre las partes de la contienda. Sin embargo, a fines del siglo XIX se observa una paulatina modificación del proceso civil en lo referido al rol del juez y a la situación de las partes procesales, pues las diferencias sociales de los litigantes por primera vez entran en la consideración del legislador y del juez.

A fines del siglo XIX se produce un cambio sustancial en la relación jurídica procesal de carácter civil. Ello sucede con la Ordenanza Procesal austríaca de 1895 que entró en vigor el 1º de enero de 1898. La Ordenanza, obra principal del Ministro de Justicia de aquel entonces, Franz Klein, fue una reacción política al modelo de Estado y al proceso civil del liberalismo europeo del siglo XIX. Dicho modelo establecía una relación de absoluta igualdad formal de las partes procesales. Entre otras consideraciones, esa igualdad formal suponía una pasividad del juez, quien debía necesariamente desentenderse del andar del proceso, pues éste pertenece a las partes. Klein sostiene que esta situación de pasividad absoluta del juez perjudica a la parte más débil y hace del proceso un instrumento socialmente ineficiente. Nace así en el año 1895 un proceso civil de carácter social.

La idea central de Klein era hacer del proceso civil un proceso dirigido activamente por el juez con el fin de resolver lo antes posible el conflicto que involucraba a dos partes. Esa rapidez en el término del juicio beneficiaba al conjunto entero de la sociedad. Otros consideraban que beneficiaba directamente a la parte más débil.

La propuesta de Klein era de orientación socialdemócrata. En esta materia, el jurista vienés tuvo influencia de Anton Menger, uno de los cultivadores del denominado socialismo jurídico. Menger había escrito un libro a fines del siglo XIX denominado *El derecho civil y el proletariado*, donde afirmaba que las instituciones judiciales son siempre, y tanto más cuanto más complejas y costosas, instrumento de poder para quien es más rico y poderoso, lo que era una constatación habitual en toda la literatura socialista de fines del siglo XIX. Por este motivo, Menger reclamaba para el juez civil mayores poderes en el proceso, para así poder suplir las deficiencias en la conducta procesal de la parte más pobre.

Klein, en la Ordenanza, va más allá de la particular situación de las partes en el proceso y es quizás el primero que visualiza en el proceso civil un fenómeno social de masas. Por ello, el proceso civil debía ser regulado cual instituto de bienestar social. El pensamiento de Klein en la materia se basaba en dos grandes postulados: a) las controversias individuales son males sociales que producen pérdida de tiempo, derroche de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de la ira entre las partes litigantes y otro tipo de pasiones fatales para la convivencia social;

b) el proceso, en la medida que bloquea bienes en espera de la decisión final, incide sobre la economía nacional. Por ello la sociedad estaría interesada en sanar lo más rápido posible este tipo de heridas. Existe un claro análisis de economía institucional en sus estudios del proceso civil.

Luego, el proceso ideado por Klein en Austria tuvo una fértil acogida en Italia a través de Giuseppe Chiovenda y desde ahí pasó a los países latinoamericanos. Chiovenda relacionó la oralidad y la conducción de los procesos por parte del juez, como Menger, con la rapidez de los mismos. Esos fuertes poderes del juez y la rapidez en el andar del proceso oral y de la solución del conflicto eran necesarios para ayudar a la parte más pobre o débil.

Tenemos, de este modo, las primeras razones que justifican el otorgamiento de mayores poderes al juez civil. Para Menger y Chiovenda, se justificaba con la idea de amparar a la parte procesal más pobre e indefensa. Para Klein esos mayores poderes del juez se justificaban por el mayor beneficio social en la pronta resolución del asunto.

Toda esta concepción del proceso civil fue luego retomada con Calamandrei en los años veinte del siglo pasado y luego habría encontrado correspondencia en el fascismo maduro y consolidado. Por eso se ha dicho, por parte de algunos críticos de esta concepción activa del juez en el proceso civil, que ella es coherente con una organización política de tipo fascista.

Contestando tal crítica, se puede señalar que no es de sorprender que el fascismo italiano pudiera haber intentado retomar las ideas de Klein y Chiovenda en materia de organización del proceso civil, puesto que este movimiento político tiene sus orígenes en el socialismo que, como hemos visto, era la ideología política a la cual pertenecían tanto el jurista austriaco como el italiano. En este sentido, tanto el socialismo jurídico como el fascismo deberían partir de la base que la igualdad formal de las partes en el proceso esconde los problemas de justicia social existentes. En la primera mitad del siglo veinte, alguien cercano a la ideología socialista como a la fascista debería tener especial consideración del poder económico y social de las partes que figuran en el proceso civil, así como del impacto para el conjunto de la sociedad que pueda tener la regulación procesal civil. Por otra parte, debería considerar de la realización de valores sociales con la aplicación del derecho en el caso concreto.

Pero al decir que una concepción activa del juez en el proceso civil es coherente con un tipo de ideología como el fascismo, se debe evitar con ello concluir que dicha concepción incorpora toda la dimensión ideológica e histórica contingente de dicho término. No se puede dar el salto lógico de señalar que ese juez que tiene reconocidos poderes activos en el proceso civil —ese juez fascista como se lo califica a veces por algunos— es antidemocrático, antisemita, autoritario, etcétera.

La asociación entre juez activo y fascismo sólo debe ser entendida en términos relativos referidos a una mayor implicación del Estado en la conducción del proceso y en hacer justicia en el caso concreto. Todo ello, en el entendido que la igualdad formal ya no es suficiente y que la marcha del proceso civil tiene implicaciones para los sujetos más débiles y para el conjunto de la sociedad. Sacar otras conclusiones parece injustificado y un despropósito.

Durante todo el siglo XX, diversos países regularon el proceso civil de un modo tal que considerara la posición material de las partes en el proceso. La parte débil sería asistida de dos maneras distintas durante el siglo XX: en primer lugar, con un juez dotado de fuertes poderes para llevar adelante el proceso con máxima prontitud y con poderes para participar en la introducción de pruebas. En segundo lugar, los sujetos pobres o débiles deberían contar con el apoyo del Estado para solventar los gastos de un abogado que lo represente.

Desde que nuestro país ha contado con un Código de Procedimiento Civil, éste siempre ha estado influenciado por las ideas socialdemócratas de Franz Klein, alejándose así de una concepción decimonónica en la materia que entiende que el proceso civil solo es cuestión de las partes por estar en juego exclusivamente sus intereses privados. Ahora bien, como se señalará más adelante, la influencia en nuestro Código es fundamentalmente de Klein y no de Menger ni Chiovenda.

La impronta más estatista en el Código de Procedimiento Civil quiere decir simplemente que al Estado le interesa el cómo se desarrolla el proceso civil y no concibe al juez como un mero pacificador social al servicio de las partes.

Observemos los Mensajes de los Presidentes de la República que dieron origen al Código de Procedimiento Civil y sus posteriores modificaciones. En el Mensaje del Presidente Jorge Montt del año 1893, por el cual se sometía a la aprobación del Congreso Nacional el proyecto de Código de Procedimiento Civil que fuera finalmente aprobado en el año 1902, se reivindica la importancia de la labor del juez para una mejor y expedita justicia. Establece el referido Mensaje que “en las leyes de procedimiento, se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo. En obediencia a este propósito, se ha creído necesario [...] dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz. [...] Los propósitos antes insinuados, de dar mayor latitud a la iniciativa e intervención del juez en la marcha del proceso, justifican la concesión de más amplias facultades para decretar de oficio medidas tendientes al esclarecimiento de los hechos cuestionados. El tribunal que debe dar sentencia dispondrá así de todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos litigados”. El Mensaje demuestra que nuestro Código de Procedimiento Civil nació desde su inicio bajo las influencias de Klein. Eso quiere decir que nunca en Chile hemos tenido un proceso civil al estilo *laissez faire* de principios del siglo XIX.

Por otra parte, el Mensaje del Presidente Juan Antonio Ríos del año 1942, y por el que propuso al Congreso Nacional importantes reformas al mismo Código, señala que “[...] se amplían las atribuciones de los magistrados, que en numerosos casos hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores en la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es lo suyo”.

Finalmente, el Mensaje del Presidente Sebastián Piñera Echenique, de fecha 12 de marzo de 2012, que somete a la consideración del Congreso



Nacional un nuevo Código Procesal Civil, señala lo siguiente: “[...] entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia [...]. En cuanto al impulso y dirección del proceso, el nuevo Código otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto. Por otra parte, se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez”.

Estos mensajes ponen énfasis en un rol activo del juez, mas no para defender a la parte más débil sino por el bien de la administración de justicia. Por ello podemos sostener que es Klein, y no Menger ni Chiovenda, el que inspira a dichos mensajes.

Ahora bien, ello no quiere decir que la pobreza esté fuera de consideración en el Código de Procedimiento Civil. La defensa de los pobres en el Código de Procedimiento Civil se basa fundamentalmente en la institución del privilegio de pobreza. Además, con los años de entrada en vigencia del Código se institucionalizó un sistema de representación de los pobres con la figura del abogado del turno y las oficinas del Colegio de Abogados, luego asumida por las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Sin embargo, en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil en tramitación en el Congreso Nacional se da un paso más y se regulan algunas medidas que facilitan la prueba de sujetos, si no pobres, al menos más débiles.

A fines del siglo XX y comienzos del XXI el proceso civil se ha hecho cargo de otra manera de la situación de desigualdad que existe entre las partes de una contienda judicial. De este modo, las legislaciones procesales civiles contemporáneas han ideado distintas maneras para facilitar la comprobación de los hechos invocados por los sujetos débiles.

Esas legislaciones, cuando quieren contrarrestar las dificultades o la indigencia probatoria del litigante más débil, echan mano a una de las siguientes medidas:

a) Alterando las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de modo tal que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de la pretensión perjudique al demandado en lugar del demandante, tal como resultaría de aplicar la regla ordinaria de distribución de la carga de la prueba que regula nuestro Código Civil en el artículo 1698: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquéllas o ésta”. Esta regla de general aplicación en nuestro derecho procesal, con la sola exclusión del ámbito penal, ha sido traducida en el sentido de que tiene la carga de aportar medios probatorios todo aquel que en el proceso invoque un hecho cuyo establecimiento traiga como consecuencia ventajas o beneficios para esa persona.

b) Estableciendo presunciones de hechos.

c) Rebajando o disminuyendo el grado de certeza que la prueba haya de suministrar al juez para tener por fijados los hechos constitutivos de la pretensión, situándolo en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante, excluyendo así el estándar de plena convicción subjetiva ubicada más allá de toda duda razonable.

d) Combinando los mecanismos referidos en las letras a) y c), es decir, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba si se aportan indicios que hagan plausible o sugieran la probabilidad de que hayan acontecido los hechos constitutivos en que se basa la pretensión.

Nuestro poder político se ha hecho eco de estas nuevas tendencias. En efecto, en el Mensaje del Presidente Sebastián Piñera Echenique, de fecha 12 de marzo de 2012, por el que somete a la aprobación del Congreso Na-

cional de un nuevo Código Procesal Civil, se lee lo siguiente: “[...] a fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal”.

Y en el cuerpo del proyecto de nuevo Código se observa una disposición que establece: “el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disposición y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”.

Esto viene a significar que si, por ejemplo, una persona demanda a un médico por daños derivados de negligencia médica, el juez puede determinar que corresponderá al médico acompañar toda la prueba, como por ejemplo fichas clínicas, testigos o peritos, que demuestren que no procedió con negligencia y que, al contrario, respetó los protocolos que la *lex artis* médica prescribe.

Hay que convenir que se trata de un instrumento extremo, pues muchas veces implica probar hechos negativos, lo que se traduce en una gran dificultad probatoria. Por ello es aconsejable que la inversión de la carga de la prueba sea considerada como un instrumento de *ultima ratio*.

Es de vital importancia que si se mantiene la provisión contenida en el Proyecto de Código Procesal Civil en orden a que el juez pueda atribuir la carga de la prueba a quien disponga de mayores posibilidades o facilidades para aportar la prueba, ello debe realizarse avisando con la debida antelación a la parte de esa situación, pues de ello dependerá que pueda defenderse adecuadamente en el proceso. Esa comunicación con la debida antelación, debería formularse a lo menos en la audiencia de preparación de juicio oral o audiencia preliminar.

En los litigios de responsabilidad ambiental las reglas sobre inversión de la carga de la prueba son de la más alta relevancia. Especial consideración de ello existe en los procesos donde se demanda la reparación del daño ambiental.

La primera modificación al sistema ordinario de carga probatoria la establece la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, la que prescribe en su artículo 52 una presunción de culpabilidad para el que cause daño ambiental y no diere cumplimiento a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la propia Ley N° 19.300 o en otras disposiciones legales.

Esta presunción admite, desde luego, prueba en contrario; pero si no se introduce ésta y se prueba por el actor la infracción, el daño y el nexo causal, el sujeto demandado será condenado a la reparación del daño ambiental. Será de cargo del sujeto demandado, por lo tanto, probar que ha operado con la debida diligencia o cuidado.

Se trata de una presunción que tiene por fin facilitar la actividad probatoria de la parte demandante y que constituye una especie de incentivo o castigo, según como se mire, en relación al cumplimiento o no de la normativa de carácter ambiental. Ahora bien, ello no implica que el demandante de daño ambiental esté exonerado de prueba, pues le corresponderá siempre probar la infracción de la normativa, el daño producido y el nexo causal entre la acción del demandado y el daño producido. Como se puede observar, este mecanismo de facilitación de la prueba no es tan radical, pues en cierto modo mantiene inalteradas las reglas tradicionales sobre distribución de la carga de la prueba.

Por otra parte, la Ley sobre Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600) establece en su artículo 42 inciso 3° una importante previsión de exoneración total o parcial de los honorarios de los peritos necesarios para acreditar en el proceso el daño producido y el nexo causal entre la acción del demandado y el daño. Ese honorario del perito, en el caso que el tribunal determine que el demandante no cuenta con los medios suficientes para solventarlo, será de cargo fiscal. Para tal fin, el tribunal deberá contar con la suficiente provisión presupuestaria.

Las cuestiones ambientales constituyen el típico asunto donde existen cuestiones técnicas que probar. Por lo mismo, el éxito de una demanda por daño ambiental estará condicionado casi exclusivamente por el hecho de contar con informes técnicos de peritos que puedan ilustrar al juez. Se trata de saber, por ejemplo, si la mortandad de peces en un río se debe a la presencia de agentes químicos en las aguas, la concentración de tales agentes químicos, si la demandada los produce en sus procesos productivos, etcétera. Ese conocimiento solo lo puede arrojar un estudio técnico de expertos, lo que demanda, por lo general, de personas altamente calificadas, contratación de personal que ayude en la realización de las labores, desplazamiento al ecosistema dañado de personas e instrumentos tecnológicos por períodos prolongados de tiempo, etcétera. Todo ello, en definitiva, importa elevadas sumas de dinero a desembolsar. Esos estudios deben terminar en un informe presentado al tribunal, el que no vincula al juez en términos obligatorios, sino que ilustra al juez al momento de fallar, quien lo deberá sopesar con libertad pero racionalmente, debiendo concederle una alta credibilidad al informe en la medida que dé cuenta de haberse utilizado un método científico apropiado por personas competentes.

Todos estos casos demuestran que en el proceso civil chileno ya no se concibe el principio de igualdad de partes de una manera formal, siendo considerada en muchos casos la situación de mayor debilidad de una de las partes que litigan. Se ha avanzado así a considerar el principio de igualdad en su dimensión material.

### *c) Principios del Proceso Civil*

#### *1. El principio de oportunidad*

El sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico en la concepción liberal de la sociedad, que se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados. En el proceso civil el derecho o interés que la parte solicita sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese derecho o interés es el individuo no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción, por tanto, entre derecho público y derecho privado es fundamental y también el que el proceso civil es el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados.

La diferente naturaleza de los derechos e intereses en juego, presupone la existencia de dos tipos de procesos. Frente a un proceso "necesario", en que por tratarse de intereses públicos, el "principio de necesidad" determinará su nacimiento y contenido, ha de existir otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento como de su contenido y extinción. Estos dos modelos básicos se corresponden con los procesos penal y civil; en el primero predomina el interés público, siendo su realización necesaria; en el segundo, lo determinante para la iniciación del mismo es la voluntad del individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses.

Reconocidos en la Constitución de 1980 el derecho de propiedad y la libertad de empresa, se entiende que los particulares puedan disponer de sus derechos e intereses; la Constitución asegura la autonomía de la voluntad de los sujetos, la libertad para decidir tanto qué relaciones jurídicas contraer como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tienen, y de ahí se deriva el principio de oportunidad.

El derecho de propiedad es uno de los pilares del principio de oportunidad en el proceso civil, hasta el extremo de que se afirma que si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre el de propiedad. El fundamento del derecho de propiedad reside, además de poder gozar de la cosa, en que el propietario pueda decidir libremente el destino económico que a la cosa quiere dar, lo que implica autonomía de la voluntad.

Del principio de oportunidad se derivan todos los demás principios del proceso civil, según veremos a continuación.

#### *2. Principio dispositivo*

El principio dispositivo se presenta como un derivado o una especificación del principio anterior. Arranca también del respeto de la autonomía de la voluntad de los individuos y viene a significar lo siguiente:

a) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho;

b) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes;

c) Los órganos jurisdiccionales, al satisfacer por medio del proceso y de la sentencia intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas;

d) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin al proceso, disponiendo tanto del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba como del proceso.

### 3. El principio de aportación de parte

El principio de aportación de parte supone que es misión de los litigantes la aportación de los hechos necesarios para fundar sus pretensiones, habida cuenta que los hechos que por ellos no sean aportados no serán tenidos en cuenta a la hora de pronunciar el fallo. Igualmente, corresponderá a las partes la proposición de concretos medios de prueba que servirán para probar los hechos por ellas aportados.

En nuestra legislación existen diversos matices de este principio, en lo que respecta a la aportación de los medios probatorios, como es el caso de las denominadas "medidas para mejor resolver" que regula el artículo 159 Código de Procedimiento Civil, Mediante ellas, el tribunal, de oficio, puede decretar la práctica de determinados medios de prueba.

Esta tendencia que autoriza al juez a proponer principal o subsidiariamente medios de prueba, es observable hoy en día en un importante número de países, como ocurre en Alemania, Austria, España, Francia, Italia, etc. Por otra parte, es reconocida en Chile en la mayoría de los procedimientos judiciales (familia, trabajo, protección, etc.) con excepción del proceso penal.

Los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte forman parte de la cultura jurídica a la cual pertenece nuestro país. Por eso se los toma en consideración al momento del diseño legal del proceso civil, así como la jurisprudencia de los tribunales. Pero en un Estado de derecho tales principios si bien pueden guiar la acción del legislador (la de los jueces

es más cuestionable), no pueden servir como parámetro para determinar la legitimidad de una ley de contenido procesal. El único parámetro de legitimidad con el que puede controlarse la validez de una ley es la Constitución Política de la República.

Varios aspectos del principio de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte tienen su correlato en normas y principios constitucionales. Es así que el derecho a la tutela judicial, el derecho de defensa y el derecho a un juez independiente e imparcial dentro del más amplio derecho al debido proceso, así como el derecho de propiedad, pueden ser comprendidos como la expresión constitucional de estos principios más que centenarios que informan al proceso civil.

La interpretación constitucional de los principios clásicos del proceso civil debe llevarnos a que en la discusión de una ley procesal civil no puede sostenerse como argumento para rechazar por ilegítimo un determinado precepto, el que contravenga dichos principios, pues ellos no son fuente del derecho. Ni siquiera la ley los nombra. Lo que corresponde en este caso es argumentar que eventualmente dicho precepto legal contraviene determinados preceptos constitucionales.

### d) Principios del procedimiento: oralidad y escritura

El procedimiento es el aspecto exterior de la actividad jurisdiccional, la forma que han de adoptar los actos procesales y puede configurarse atendiendo a dos sistemas distintos:

#### 1. Libertad de las formas procesales

En este sistema se deja a las partes que acuden ante un órgano jurisdiccional en plena libertad para dirigirse al mismo de la manera que consideren más oportuna, sin necesidad de seguir un orden preestablecido. Esta libertad podría también atribuirse teóricamente al juez, quien quedaría facultado para dar a cada proceso la tramitación que considerara oportuna, haciendo las indicaciones necesarias a las partes.

Un sistema como el aquí descrito no parece que haya tenido realidad práctica en ningún país. Sin embargo, respecto a una libertad en las for-

mas procesales referida a las partes, hay que destacar la aproximación del ideario revolucionario francés, ya que por Decreto de fecha 3 de Brumario del año 2 (24 de octubre de 1793), se simplificaron de manera significativa las formas procesales y se suprimió, de paso, la profesión de abogado. Sin embargo, ya en el año 1800 se restableció la abogacía y volvieron luego algunas formas procesales antiguas. Luego Napoleón promulgaría el *Code de Procédure Civile* (14 de abril de 1806) y el *Code d'Instruction Criminelle* (17 de noviembre de 1808), con lo que el intento de suprimir las formalidades procedimentales quedó definitivamente sofocado.

## 2. Legalidad de las formas procesales

La mayoría de los sistemas jurídicos del mundo moderno y contemporáneo, establecen por ley las formalidades a las que se sujetarán las actuaciones judiciales, rigiendo a este respecto plenamente el principio de legalidad.

Aunque otra cosa pudiera parecer, las formas procesales pretenden hacer más simple y más rápido el proceso, al mismo tiempo que se constituyen como una vital garantía para los derechos y libertades individuales. Con las formas dispuestas por el legislador, el individuo podrá conocer con certeza cuáles son los actos que debe realizar para obtener la conducta que desea del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, la doctrina ha distinguido entre las formas procesales y el formalismo. Este último, se ha dicho, sería lo contrario de la forma; el formalismo sería manifestación de incerteza e inseguridad. En algunos casos se dice que el formalismo no sería sino la expresión de formas vacías. El formalismo sería la expresión histórica de ciertas formas procesales, pero que el transcurso del tiempo habría evidenciado su desfase, irracionalidad e inutilidad. Y si siguen vigentes, se debe a que el legislador no ha comprendido tal desfase, o bien no se atrevería a suprimirlas porque la fuerza de la costumbre las hace aparecer unidas a la vida del pueblo.

En relación a las formas procesales y el formalismo es posible vislumbrar en la experiencia chilena y, sobre todo, de su entorno, dos tipos de situaciones. Por una parte, en algunas situaciones el legislador se excede en formalismos, aceptando formas del pasado que en la actualidad han perdido su razón de ser. Por otra parte, y en un sentido inverso, un sector de la

doctrina y jurisprudencia comparadas promueve un desprecio de las formas procesales, argumentando que en materia procesal lo único que importa en lograr la justicia material en la decisión judicial, sin que importe cómo se llegaría a dicha decisión.

Ambos extremos son excesivos. La forma habrá de entenderse como aquel modo idóneo para asegurar el acierto y la justicia de la decisión judicial, con pleno respeto de los derechos de los justiciables en relación a la actividad judicial, pero no como un obstáculo que habrá de ser superado para alcanzar dicha decisión.

## 3. Oralidad y escritura

Puede resumirse todo el problema de la forma procesal en dos principios: oralidad y escritura. Cuando se hace referencia a la oralidad se incluyen otros que se derivan de ella, como lo son los principios procedimentales de inmediación, concentración y publicidad. A su vez, del principio de escritura se derivan los de mediación, dispersión, preclusión y secreto (de facto).

Sin embargo, la experiencia comparada muestra que nunca han existido procedimientos completamente orales o escritos, por lo que la oralidad y escritura será un problema de límites; cuándo prevalece una característica sobre la otra.

Después de casi diez siglos de predominio de la escritura en el proceso de la Europa continental, el siglo XIX vio aparecer un movimiento tendente a la oralidad, que se reflejó con mayor fuerza en los procesos penales, sin que faltaran muestras en el proceso civil. El primer código procesal civil que abandonó la escritura fue el Código de Procedimiento Civil de Hannover de 1850, pero se deben destacar muy singularmente las ordenanzas procesales civiles alemana de 1877 y austríaca de 1895.

### a) Oralidad

El principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y

comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. No cabría admitir, de este modo, que el momento típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las actuaciones de las partes referidas a la presentación de la pretensión y la resistencia. Tal interpretación conduciría a que en un proceso civil en el que la demanda y la contestación se hicieran por escrito, pero en el que todos los demás actos fueran orales, habría de ser calificado de escrito. El predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de éstos. Si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral, ello radicaría en que tal procedimiento termina con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia.

### *1. Principios derivados de la oralidad*

#### *i) Inmediación*

La oralidad implica, necesariamente, inmediación, esto es, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas. En algunos casos se habla de inmediación cuando en realidad se trata únicamente de la imposición legal de que el juez presida el acto de práctica de la prueba, sin perjuicio de que luego pueda ser otro el que dicte la sentencia. Habría que distinguir entre la verdadera inmediación y esa presencia del juez, que son cosas bien diferentes. La inmediación sólo se da cuando quien dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y oído y no con el reflejo documental del acto de prueba.

La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trataría de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad. Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas

físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y en especial que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes.

#### *ii) Concentración*

Decir oralidad es decir también concentración. Esta supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar sentencia. Se puede decir que el ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de las pruebas e incluso de la resolución del caso. Si bien se puede convenir que tal ideal será en la mayoría de los casos imposible de alcanzar, debería servir como ideal que oriente la actividad del legislador y del propio órgano jurisdiccional.

Se acostumbra a señalar que la concentración es la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo. De este modo, se ha señalado por un sector de la doctrina que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral.

Otro aspecto de la concentración es el relativo a las cuestiones incidentales, las que se deben concentrar en el acto único de la audiencia para que pueda decidirse de todas ellas conjuntamente, sin que la decisión de fondo pueda ser dilatada, ya que de lo contrario se afectaría la duración del proceso.

#### *iii) Publicidad*

La publicidad de los procesos fue una de las reivindicaciones de los ilustrados frente al secreto que prevalecía en la justicia del enjuiciamiento inquisitivo, calificada de arbitraria y discriminatoria, propia de un sistema

de opresión y de desconocimiento de la libertad. De este modo, Beccaria señalaba: “sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el sólo cimiento de la Sociedad, imponga un freno a la fuerza, y a las pasiones; para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos ...”.

Los revolucionarios franceses acogieron el principio de publicidad en los decretos de 8-9 de octubre de 1789 y de 16-29 de septiembre de 1791, como remedio frente a la parcialidad y corrupción judicial. Mirabeau en un discurso en la Asamblea Nacional sostuvo: “dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal que nada pueda hacer sino en presencia del público”. Asimismo, otro gran ilustrado como lo fuera Jeremías Bentham, defendió la publicidad como “... la más eficaz de todas las salvaguardias o garantías del testimonio, y de las decisiones que dependen de él: es el alma de la justicia: debe extenderse a todas las partes que concurren a la formación de la causa y a toda especie de causa, a excepción de un corto número de que se hablará en el capítulo siguiente...”. Para Bentham, la publicidad constituía una garantía imprescindible para lograr la colaboración ciudadana a través del testimonio; medio de educar al pueblo; óptimo instrumento de control ciudadano de los jueces, asegurando su probidad y una recta (en cuanto igual) aplicación de la ley; facilitadora de la desacralización de la Justicia cimentando la confianza del pueblo en ella.

Su general reconocimiento como una de las principales exigencias del debido proceso viene sancionado en la gran mayoría de los instrumentos internacionales.

¿Cómo ha de entenderse la publicidad? La publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el tribunal por personas que no forman parte del mismo. Se extiende a las pruebas, vistas y sentencias, con la general salvedad de las deliberaciones del tribunal, sin olvidar el acceso de los interesados a las actuaciones y a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado. Implica además la subsiguiente obligación de habilitar locales con las condiciones precisas para su vigencia.

Existen variados criterios clasificatorios de la publicidad. Se puede partir de la “espacial”, instrumental o concerniente al lugar en que se desarrolle

el proceso y de la “personal”, la que puede predicarse sólo de los sujetos intervinientes en el proceso o también de los terceros al mismo. En este último extremo, cabe destacar la publicidad inmediata y la mediata, dependiendo de si la percepción de los actos procesales tiene esta calidad por asistencia personal a su desarrollo o ya cuando tal percepción se produce por vía indirecta (prensa, televisión, radio, etcétera).

Hoy en día, tanto en la doctrina y como jurisprudencia comparadas, se viene señalando que la publicidad en sentido estricto se correspondería con la publicidad general, esto es, accesibilidad para todos, mientras que la publicidad referida a las partes y sujetos procesales se reconduciría al principio de contradicción y audiencia como componentes del derecho al debido proceso.

Son claves en la publicidad en sentido estricto, o ya denominada exógena o externa, los extremos siguientes:

- Imperativo de intermediación, por lo que no es suficiente la presencia de periodistas que más tarde pudieran informar a la colectividad.
- Los límites a la publicidad deberían establecerse siempre por ley y justificados siempre por la tutela de otro bien constitucionalmente relevante, y que ha de acordarse motivadamente por el juez ponderando su proporcionalidad.
- Es compatible con medidas de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a las sesiones del juicio, en función de la capacidad de la sala o a exigencias de orden de la misma.
- Especialmente interesados con la publicidad serán las partes y sujetos del proceso, en cuanto favorecidos por la presencia de la ciudadanía como protección frente a una justicia hermética; en segundo lugar, todos los ciudadanos, interesados en el enjuiciamiento y decisión de las causas conforme a la ley.

La publicidad no se satisface con la mera presencia de terceros, sino que requiere, desde su teleología, la posibilidad de que se comprenda lo que está teniendo lugar; de aquí la pertinente crítica al críptico lenguaje procesal y

a la difícil comprensión del transcurso procesal que impiden o anulan el propósito de esta garantía al convertir el enjuiciamiento en inescrutable.

¿Cuál es el sentido de la publicidad en los días actuales? Recordemos que el origen del principio de la publicidad procesal se encuentra en el movimiento ilustrado y en el liberalismo político, de modo de constituirse como importante instrumento social de control de la aplicación judicial de la ley (de su recta observancia). Tales objetivos se alcanzaban desde el presupuesto de la cognoscibilidad del derecho por todos los ciudadanos, según postulaba el movimiento codificador. Sin embargo, hay que reconocer un progresivo distanciamiento del derecho y de la ley con la consiguiente complejidad de ésta, cada vez más especializada, con un lenguaje técnico, todo lo cual dificulta e impide en algunos casos un control de su generalidad y, por tanto, de su legitimidad. En este sentido, el público, el espectador no jurista, no entiende ni la norma material ni la procesal. ¿Qué alcance puede tener una accesibilidad general cuando la ley ya no es conocida por todos?

Hoy en día la publicidad, sostienen algunos autores (Pedraz), no tiene ya un sentido de creación de libertad, sino que tendría un rol de propaganda, esto es, como instrumento desde la actuación judicial para mantener la paz y seguridad públicas. En este sentido, puede afirmarse que la publicidad ha dejado de ser un medio de verificación inmediata de la actividad judicial, para transformarse en control desde el espectáculo, el "show" judicial. Ejemplo de esto es que en los Estados Unidos de Norteamérica existen cadenas de televisión especializadas en la retransmisión de juicios reales.

Sin embargo, otros postulan que la publicidad debe ser valorada principalmente como instrumento de lucha por la transparencia que debe tener toda la actividad del Estado. Otros consideran su rol educativo social.

Sea cual sea el fin de la publicidad, se la ve como un valor importante en la sociedad actual y nadie osaría en eliminarla.

#### b) Escritura

A partir del siglo XII el principio de escritura dominó en el proceso europeo. Las razones de ello son muy variadas, pero posiblemente una de ellas fue la que Inocencio III expuso en la famosa decretal de 1216, donde

se trataba de proteger a las partes *contra falsam assertionem iniqui iudicis*, esto es, contra los jueces inicuos, como manifestación de la desconfianza respecto de ellos. El juez tendría que basarse para decidir un asunto en lo que constaba en la causa por escrito, y a partir de ahí surgía la posibilidad de que, por medio de los recursos, se pudiera controlar su actividad. Este sistema predominó en toda Europa hasta el siglo XIX. En Chile, hasta antes de la importante reforma del proceso penal del año 2000, estaba mayoritariamente en la base de la generalidad de los procedimientos.

En el procedimiento escrito no es que no existan algunas actuaciones judiciales orales, pero éstas cumplirían una función accesoria, hasta el punto de que normalmente su realización no es obligatoria, puesto que suele depender de la voluntad de las partes o del tribunal, su sustitución por actos escritos.

A su vez, en un procedimiento oral se procede a la documentación del acto realizado, y ello no supone vulneración de la oralidad; lo importante es que el juez, a la hora de dictar la resolución, no se basará en el acta realizada para documentar el acto oral, sino directamente en el acto oral. Por el contrario, en un procedimiento escrito el acta no es simple documentación de un acto oral, sino que la ley impone o posibilita que el juez dicte su resolución tomando como elemento del juicio el acta.

### 1. Principios derivados de la escritura

#### i) Mediación

La escritura implica necesariamente mediación, esto es, que entre el juez y las pruebas, principalmente, existe algún elemento interpuesto, por lo que el juez que ha de dictar sentencia no necesita haber presenciado la práctica de las pruebas, ya que su decisión ha de basarse no en lo visto y oído, sino en lo que consta por escrito. Hay que tener clara la distinción entre inmediación y el mandato legal de que un juez presida la práctica de las pruebas. La inmediación hace referencia a que el juez forma su convicción directamente sobre lo visto y oído (no sobre las actas en que se documenta la realización de los actos de prueba), y de ahí la necesidad de que dicte sentencia precisamente quien ha presidido la práctica de las pruebas. Por el contrario, el que la ley disponga simplemente que un juez



debe presidir los actos de prueba no guarda relación con la inmediación si luego se permiten los cambios de juez a lo largo del proceso; este mandato atiende a dar seriedad o formalidad a unos actos e impone a los jueces un deber, pero sin relación con la verdadera inmediación. Esta situación queda perfectamente reflejada en el inciso 1° del artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que: "Los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto".

Esta norma no ha supuesto introducir la inmediación al procedimiento civil chileno.

#### *ii) Dispersión, orden consecutivo legal y preclusión*

La alternativa de la concentración es la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Frente al acto único y concentrado del procedimiento oral, el procedimiento escrito exige que se establezcan una serie de espacios de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito, se presente ante el tribunal y éste lo comunique a la otra parte, y lo mismo cabe decir de las resoluciones del juez. El procedimiento se dispersa así en fases o tiempos. La dispersión de los actos procesales en el tiempo se establece para que éstos se desarrollen ordenadamente, estableciéndose legalmente un orden de sucesión de los actos, lo que conduce a la preclusión y a la acumulación eventual.

La preclusión significa que dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento se ha de realizar un acto concreto con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo. Por ejemplo, la ley procesal civil chilena establece un plazo para contestar la demanda, y si el demandado no aprovecha la posibilidad que le concede la ley, no podrá ya realizar las alegaciones propias de la contestación a la demanda; y lo mismo cabe decir de la proposición de prueba o de cualquier otro acto con su contenido propio. Es evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren los principios básicos que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el único sistema para hacer avanzar el proceso con cierto orden. La preclusión, más el impulso de oficio, hace que los procedimientos, una vez puestos en movimiento, lleguen a su final.

En todo caso, la preclusión opera frente a las partes y no frente al órgano jurisdiccional. Si el juez tiene un plazo para dictar sentencia, establecido por la ley, el mero transcurso de ese plazo no puede suponer que precluya el deber del juez de dictarla. El incumplimiento de los plazos por el juez o por los miembros del tribunal constituye una eventual causa de responsabilidad disciplinaria, pero no preclusión. De este modo, puede decirse que sólo puede caducar un derecho a realizar un acto procesal, pero no se puede decir que precluye el deber de realizar un determinado acto procesal.

La acumulación eventual expresa la idea de que las partes deben acumular todos los medios de defensa de que dispongan en cada una de las fases o etapas del procedimiento. Esta es la razón de que, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil disponga en su artículo 314 que la reconvencción sólo puede oponerse en el escrito de contestación a la demanda.

La dispersión, preclusión y acumulación eventual tiene completa vigencia en el proceso civil chileno.

#### *c) Secreto (de facto) y publicidad (de iure)*

~~Sin perjuicio que el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales disponga que "los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley", sucede que, en la práctica y sin expresa excepción hecha por el legislador, el procedimiento escrito conduce al secreto. En efecto, todo el procedimiento consiste en que las partes presentan escritos en el juzgado o tribunal y en que el juez dicte los proveídos necesarios, y a estos trámites no puede tener acceso al público por razones evidentes; a lo más se podría presenciar la entrega de los escritos. De esta manera, sin tener conocimiento del contenido de los escritos, el presenciar la práctica de una prueba o una vista se convierte en algo ininteligible para el público, ya que no conoce los términos de lo discutido ante el tribunal.~~

Ahora bien, nada de ello impide que los ciudadanos tengan acceso a los expedientes judiciales donde están consignados los escritos de las partes y las declaraciones de testigos y demás medios probatorios. Hay ahí un germen de publicidad.

#### 4. Consideraciones sobre la oralidad y la escritura

La discusión en torno a las ventajas e inconvenientes de la oralidad o escritura ha producido una abundante bibliografía en el derecho comparado. Hoy en día se señala por algunos autores que es evidente que la oralidad no puede suponer la regulación de procedimientos totalmente orales. Entre oralidad y escritura no cabe hablar de exclusividades, sino que cabe observar si prevalece una u otra forma. No todos los procedimientos pueden ser orales, pero hoy en día, la legislación procesal comparada tiende hacia la oralidad.

En algunos procesos o fases del mismo la oralidad no añade nada y, por el contrario, pueden perturbar su tramitación; por ejemplo, un recurso en que se trate simplemente de controlar la regularidad procedimental de lo actuado, para lo que basta tomar en consideración las actuaciones mismas, no es conveniente que sea oral. En sentido contrario, la oralidad adquiere verdadero significado cuando se trata de un proceso en el que se debate sobre los hechos y en el que ha de practicarse prueba predominantemente no documental.

La introducción de la oralidad tiene sus inconvenientes prácticos. Se dice que la oralidad es más cara que la escritura, puesto que requiere de más medios personales y materiales. A ello hay que agregar la costumbre arraigada de jueces y abogados a los procedimientos escritos, por lo que no es fácil la introducción de la oralidad.

En Chile en los distintos tipos de procedimientos regulados por el legislador se ha consagrado la oralidad de una manera tal que incluya una fase previa esencialmente escrita y luego dos fases orales (audiencia preliminar, audiencia de juicio). El prototipo nacional está acorde con un ideal de eficiencia del proceso, en la medida que la escrituración de los actos introductorios permite que los letrados desarrollen de mejor forma su defensa, al disponer de más tiempo para la reflexión sobre todos los aspectos relacionados con el debate. Este tiempo es especialmente importante cuando el asunto versa sobre controversias de cierta complejidad (fáctica o jurídica) que exigen un análisis más detallado que un caso normal.

La escrituración del debate ayuda a reafirmar la estructura dialéctica del proceso, tanto para la adecuada defensa de los litigantes como para la decisión fundamentada que debe dar el juez a las proposiciones contra-

puestas de las partes. La escritura facilita la tarea del tribunal al momento de dialogar con los argumentos planteados por los litigantes. Pero, además, otorga seguridad jurídica a la determinación del objeto. La voluntad de los ciudadanos queda plasmada en los escritos alegatorios que contienen la pretensión (causa y objeto pedido), otorgando esa mediación escrita un fuerte grado de seguridad en los extremos de la *litis*.

La segunda etapa del modelo trifásico tiene lugar con la llamada "audiencia preliminar", también conocida en el proceso penal como "audiencia de preparación del juicio oral". Esta audiencia tiene una forma esencialmente oral y en ella se materializan una serie de actividades ligadas a los aspectos formales del procedimiento y a la prueba. Excepcionalmente también pueden desarrollarse tareas relativas a la aclaración y rectificación del material fáctico introducido por medio de los actos alegatorios, pero tienen un impacto marginal en la determinación del objeto.

Entre algunos de los objetivos de esta audiencia está la resolución y, en su caso, la subsanación de las cuestiones formales o procedimentales, ya sea que se hayan hecho valer por las partes o que puedan ser revisadas de oficio por el juez; se tienta a las partes a lograr una conciliación que permita eludir el dictado de la sentencia; se fija en forma definitiva e inmutable del objeto del pleito, especialmente, la causa de pedir y el objeto pedido; se define el *thema probandi*, mediante la indicación de los hechos sustanciales y pertinentes que sea necesario probar en base a las alegaciones formuladas por los litigantes y, en fin, se propone por el juez o las partes las convenciones probatorias.

Sin lugar a dudas la audiencia preliminar constituye el momento clave para la preparación del juicio oral, fundamentalmente por la relevancia que posee en la conformación del material probatorio. Todo este conjunto de actividades se hace en forma oral, es decir, mediante un debate y discusión entre las partes en presencia y con una activa participación del juez, quien además de presidir la audiencia tiene la misión de tomar importantes decisiones que influyen directamente sobre la suerte de la *litis*. Por consiguiente, asume un rol preponderante y activo que lo lleva incluso a fomentar el diálogo entre los contradictores para lograr una mejor decisión.

Bajo esta perspectiva, no cabe duda que la oralidad es un factor esencial y necesario para desarrollar esta audiencia de forma eficiente. Si la

discusión que se genera entre partes y el juez, y las decisiones acerca de la admisibilidad de cada medio de prueba fuesen desarrolladas a través de un intercambio de escritos, el tiempo que se demandaría sería mucho mayor al desarrollo mismo de la audiencia oral. La oralidad permite efectuar un diálogo que de manera escrita sería mucho más engorroso y difícil, y por tal motivo, menos eficiente.

Quizá el principal inconveniente de nuestro sistema procesal con relación a la audiencia preliminar es su carácter insustituible, independiente de la naturaleza, clase o complejidad del conflicto de que se trate. La oralidad que impregna la audiencia preliminar es buena en términos de eficiencia cuando el proceso no tiene un desarrollo complejo, y cuando las partes y el juez pueden desplegar sus argumentos sin mayores dificultades. Pero en casos complejos, donde se requiere un grado más acabado de meditación y estudio de las circunstancias, la oralidad no resulta del todo eficiente, puesto que impide la necesaria reflexión de las partes.

En este aspecto sería adecuado avanzar hacia los extremos donde la escritura sí brinda una solución más eficiente desde el punto de vista de la calidad de las decisiones, especialmente cuando se trata de asegurar una respuesta adecuada desde una pretendida equivalencia en la propuesta probatoria. Si la parte demandada sabe cuáles serán las pruebas en que se basa una pretensión, entonces, podrá reaccionar efectivamente en términos de lograr una equivalencia en la actividad probatoria. Por ende, parece acertado el modelo que se pretende introducir en el nuevo Código Procesal Civil de exigir a los litigantes la indicación en la demanda de los medios de prueba que pretenden valerse, junto al acompañamiento de la prueba documental. En estos casos, la discusión oral que se realiza en la audiencia preliminar tiene por objeto únicamente determinar si la prueba ofrecida en forma escrita, reúne las condiciones de pertinencia y relevancia para ser admitida. El ofrecimiento escrito de la prueba en forma previa a la audiencia otorga un mayor tiempo y espacio para el discernimiento acerca de su pertinencia y utilidad, asegurando —al menos en teoría— un posterior desarrollo oral de los argumentos de las partes.

La última etapa está constituida por la “audiencia de juicio” que representa el momento *peak* de la oralidad como forma del procedimiento. En esta audiencia se recibe la prueba, siendo esencial para su validez la presencia

inmediata del juez, de manera que la decisión del tribunal debe fundarse en el material informativo que ahí se produce. La audiencia de juicio sirve como garantía del justiciable en un doble sentido: en primer lugar, asegura que la decisión jurisdiccional se fundará en las pruebas que se han practicado en esta audiencia y que, por lo tanto, han sido objeto de un control por quienes el contenido de esa prueba puede perjudicar. En segundo lugar, asegura que la decisión va a ser adoptada por el mismo juez o tribunal que presenció la práctica de la prueba, sin que pueda haber delegación de funciones.

Estas ventajas aparecen legalmente previstas como verdaderos deberes para el juzgador, y son comunes para todos los procedimientos orales: así se dispone para el proceso penal (art. 296 CPP), el proceso de familia (artículos 65 y 66 bis LTF), y del trabajo (artículos 427, 457 y 460 CT). Además, está prevista en el nuevo Código Procesal Civil.

Si puede existir en la doctrina del Derecho Procesal una lucha acerca de la necesidad de introducir la oralidad en los juicios, ésta cobra sentido cuando se trata de la práctica de las pruebas por constituir, esto es, la declaración de parte, los testigos y la pericial. Cuando el asunto puede ser resuelto únicamente recurriendo a la prueba documental, entonces el desarrollo de una audiencia oral carece de todo sentido, siendo más racional permitir que las partes desarrollen en forma escrita el control sobre el contenido de la prueba documental.

Ahora bien, la audiencia de juicio como momento clave para la introducción de la prueba por constituir, se encuentra empapada de ciertos principios, como los de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad, intermediación, concentración, continuidad y dirección de oficio por el tribunal. Acerca de estos principios vale la pena hacer dos comentarios.

En primer lugar es común observar la exigencia de que el juez pronuncie de inmediato su decisión una vez finalizada la audiencia de juicio. Esta exigencia encontraría su fundamento en la indispensable continuidad, concentración y celeridad del procedimiento que supone llevar un proceso oral. En otras palabras, un proceso para que pueda ser oral debería desarrollarse de manera concentrada, ojalá en una única o en dos audiencias lo más próximas entre sí, sin interrupción y seguida de una decisión del juez de la causa.

Resulta palmario que para hacer frente a la tardanza que implica el desarrollo de un proceso con todas las garantías, la concentración de los actos de prueba permite la celeridad del procedimiento. Si los actos de prueba fuesen dispersos en el tiempo además de hacer más dificultosa la tarea de decisión sobre los hechos, se generaría un retardo injustificado en la dictación de la sentencia definitiva. Pero esta celeridad no puede ser a costa de sacrificar la calidad y justicia de la decisión final. O sea, la concentración de los actos probatorios y la cercanía entre su percepción por el juez y la decisión no son valores intrínsecamente justos. En algunos casos obligar al juez a decidir con dudas fácticas o sin un análisis riguroso de todas las implicancias fácticas y jurídicas de la controversia puede significar una merma considerable en la posibilidad de arribar a una sentencia justa. Tal posibilidad es propia de un juicio sencillo y no especialmente complejo.

Por ende, parece más razonable que el legislador entregue una herramienta al juez para que en cada caso concreto pondere tanto si va decidir de inmediato la contienda, una vez rendida la prueba en la audiencia de juicio, o sí, por el contrario, va a reflexionar en un mayor grado de tiempo sobre las distintas cuestiones fácticas de la controversia.

Si se hace una revisión histórica y doctrinaria acerca del significado y valor de la oralidad como concepto técnico del proceso (una mera forma del procedimiento) no existe mayor dificultad en identificar sus derivados: la inmediación, concentración y publicidad. Estas formas tendrían una valoración positiva y permitirían aparentemente arribar a una solución más justa. A idéntica conclusión se llega si se pregunta por el valor político de la oralidad en el Estado moderno y en la legitimidad de las decisiones judiciales que vienen precedidas de un procedimiento oral y público. Estos aspectos no son, sin embargo, parte de la justificación que desde siempre se ha tejido al alero de la oralidad. Más bien parecen ser parte de las razones que la doctrina ha asumido para construir un discurso político en torno a justificar la necesidad de implantar reformas basadas en la oralidad y en los valores que históricamente ha representado.

Se hace necesario señalar que existen algunas cuestiones que frecuentemente suelen acompañar a la oralidad: en primer lugar, el binomio oralidad-poderes del juez. En segundo término, otro actual y vigente que vincula la oralidad con una capacidad del juez para apreciar aspectos no necesaria-

mente relacionados con relatos verbales sino con la conducta corporal de los intervinientes en juicio. Por último, la idea de que la oralidad se consagre como un principio del procedimiento. Es pertinente discutir críticamente estos tres aspectos relacionados con la oralidad.

#### *a) Oralidad y poderes del juez*

A partir de los postulados de Chiovenda sobre la oralidad de principios del siglo XX, se mantuvo la idea de que el proceso oral necesitaba siempre la articulación de un juez que asumiera un papel activo tanto en el quehacer netamente procesal (control de los tiempos y de la legalidad de los actos del proceso) como en la búsqueda del material probatorio necesario para conformar la decisión. Se señala que así como la escritura se identificó con un juez eminentemente espectador y pasivo, desprovisto de todo poder formal o material, la oralidad requiere un modelo diferente en que el juez desarrolle una actividad procesal dinámica en la recopilación del material probatorio necesario para formar su convicción sobre los hechos. Si la consigna era abandonar la forma escrita por lenta, formalista y engorrosa, entonces también había que huir del juez pasivo, despreocupado e indiferente al resultado del proceso.

Chile, por cierto, no es una excepción a la consagración del binomio poderes del juez-oralidad, con la exclusiva excepción del proceso penal que se centra más bien en una comprensión a ultranza de la idea adversarial como método necesario y suficiente para descubrir la verdad de las proposiciones fácticas.

Pero la relación entre oralidad y poderes del juez no es necesaria. El atribuir más poderes al juez corresponde en realidad a opción política-procesal ligada a la función de la jurisdicción en el Estado moderno y a un decidido interés del aparato estatal en asegurar a los ciudadanos una correcta y eficaz tutela de sus derechos. La tutela jurisdiccional no puede ser considerada justa sino se afirma que los hechos que se declaran probados en una sentencia y que son el presupuesto fáctico de la norma jurídica que adjudica el caso, deben aproximarse en términos de correspondencia con la verdad. En este sentido, sólo entendiendo que la estructura del proceso se encamina hacia una decisión fundada en la verdad y, por ende, a una decisión justa, es posible justificar la iniciativa probatoria del juez. Si el

órgano jurisdiccional asume un papel activo en la recopilación del material de conocimiento, trayendo al proceso aquellas fuentes de prueba que, por no ofrecer una expectativa razonable de resultado favorable, los litigantes han decidido —legítimamente— omitir, entonces, no cabe duda que la posibilidad de acercar el resultado de la prueba a la verdad será más factible. Se trata, por cierto, de un rol complementario y residual, destinado a completar el haz probatorio con todo aquello que pueda ser útil desde el punto de vista epistemológico.

Pero la decisión de dar iniciativa probatoria al juez debe enmarcarse dentro de un contexto de pleno respeto a los derechos fundamentales, especialmente, a los de corte procesal como la imparcialidad y el derecho de defensa.

La falta de conexión necesaria del binomio oralidad-poderes del juez puede demostrarse fácilmente si se revisa la realidad chilena. En nuestro país el procedimiento civil patrimonial se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil que data del año 1902. Este procedimiento tiene un marcado carácter escrito, puesto que tanto la fase donde queda fijado el objeto del proceso como la prueba son mediadas por la escritura, sin que existan espacios para la oralidad en sentido estricto. Sin embargo, el juez civil chileno viene dotado de amplias potestades tanto formales como probatorias. Así, está autorizado para decretar de oficio la prueba pericial en cualquier estado de juicio (art. 412 CPC). Luego, si tiene dudas acerca de la eficacia de la prueba para determinar la existencia de un hecho, puede decretar las medidas para mejor resolver con la finalidad de disipar esa duda, pudiendo valerse —prácticamente— de toda clase de medios de prueba (art. 159 CPC). En el ámbito formal está autorizado para decretar de oficio la nulidad de las actuaciones procesales cuando así expresamente lo señale la ley o cuando se irroque a las partes un perjuicio (art. 84 inciso 1° CPC). Puede corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del procedimiento y adoptar las medidas necesarias para evitar su nulidad (art. 84 inciso 3° CPC). En cuanto al impulso procesal si bien no hay una norma general que entregue al juez el deber de llevar el juicio a término, sí existen disposiciones que conceden al órgano judicial el impulso en algunas actuaciones concretas; es el caso, de las rebeldías (art. 78 CPC), de la conciliación (art. 262 CPC), la recepción de la causa a prueba (art. 318 inciso 1° CPC), etc. Bajo esta perspectiva es claro que los poderes del juez jamás se han identificado con la oralidad.

Otra cosa muy diferente es que los jueces civiles hayan sido (y aun lo sean) particularmente reacios a practicar prueba de oficio o a manejar el andar procesal, esto es, no han empleado sus poderes para lograr una rápida y eficaz justicia. Pero esta falta de utilización es una cuestión que obedece más bien a una errónea recepción del principio dispositivo en el ordenamiento nacional, que a una configuración esencialmente escrita o mediada del procedimiento.

De esta manera se puede concluir que el incremento de los poderes del juez no guardan ni han guardado relación con el carácter oral del procedimiento, sino con opciones acerca de la función jurisdiccional en un Estado moderno. De ahí que los ordenamientos que ven a sus tribunales como servicios públicos que tienen por función resolver conflictos jurídicamente relevantes han restringido considerablemente la actividad probatoria del juez. En estos sistemas la jurisdicción tiene por finalidad primordial —y quizá única— lograr la paz social mediante la extirpación del conflicto, no adjudicando a la decisión final ningún valor adicional a su carácter de acto de autoridad. En este modelo la justicia de la decisión tiene un carácter formal y no sustancial, en la medida que se considera justa aquella decisión que viene precedida del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos. No es, por tanto, la verdad de los hechos lo que se debe perseguir por medio del proceso, sino una cualquiera decisión, independiente de su contenido.

*b) Valor instrumental de la oralidad: ¿instrumento de psicología probatoria o instrumento cognoscitivo?*

Es necesario hacerse cargo de otra idea que rodea a la oralidad. Se trata de aquella que afirma que el contacto e intervención directa del juez con la prueba le permite observar y valorar aspectos de la prueba que no se contienen o reflejan con las declaraciones verbales de los intervinientes. De este modo, la oralidad permite percibir el lenguaje corporal de los testigos o de la parte, lo que permite evaluar la fiabilidad de las pruebas. En otras palabras, sólo en un contexto donde el juez se ponga en directo contacto con los testigos, partes y peritos es posible desarrollar una evaluación íntegra y certera de la credibilidad de la prueba.

Esta sabiduría es fruto de las generalizaciones toscas de la experiencia cotidiana y tienen su origen en las primeras ideas desarrolladas por Mauro

Cappelletti acerca de la oralidad. Explicaba Cappelletti que no era posible ignorar los actos de comportamiento que acompañaban a toda declaración testimonial. Estos actos, si bien no son estrictamente representativos del hecho a probar, son susceptibles de ser valorados como pruebas indirectas o indicios de la veracidad del testigo y de la verdad del hecho por él narrado. En tal esquema estos indicios tienen una tal eficacia de convicción que descuidarlos significaría cerrar los ojos frente a la verdad.

Esta creencia descansa en algo que autores como Michele Taruffo ha llamado críticamente "psicología de sillón". Se dice así que el juez es capaz de verificar la credibilidad de los testigos observando directamente su comportamiento, analizando cómo habla, cómo responde, su actitud temerosa o respetuosa con la autoridad, entre otros aspectos.

A esta visión de la oralidad se une una concepción subjetivista de la valoración de la prueba que apela a la convicción moral del juez acerca de la existencia del hecho como único criterio relevante para declararlo probado en la sentencia. Por ende, no es de extrañar que aquellos signos externos que adornan una declaración sean considerados factores tan relevantes como el acto informativo mismo y, como tales, son elementos que permiten determinar el grado de credibilidad del testimonio para convencer al juez de la verdad de un hecho.

Ahora bien, esta concepción de la oralidad es bastante criticable, en la medida que asume que en la producción de las pruebas se permite alcanzar "algo más" que el acto meramente informativo, un "valor agregado" distinto a la declaración de la parte o del testigo que puede ser valorado por el juez como elemento de juicio. Por el contrario, la oralidad no debería significar que el juez esté autorizado para valorar el carácter informativo de una declaración de hechos más allá del grado de confirmación epistémica que presta a una hipótesis fáctica. Hay que señalar, por lo demás, que los jueces en general no están preparados para la denominada "psicología del testimonio"; a lo más pueden utilizar alguna experiencia que hayan tenido desde su posición de jueces, cuestión que no los habilita para realizar excursiones inescrutables en la mente de los testigos que están basadas en valoraciones apriorísticas, en prejuicios y predisposiciones. Un juez no está en condiciones de dar un valor epistémico a los signos o circunstancias externas que acompañan a la declaración.

En síntesis, sólo entendiendo que el contacto directo e inmediato del juez con la prueba no genera un *plus* al valor epistémico de los elementos de juicio, es posible dar un correcto sentido a la oralidad. La importancia por tanto de la oralidad no reside en poder valorar el comportamiento conductual de los testigos y partes, sino que recae en el constituir un poderoso instrumento cognoscitivo para conocer y decidir de mejor manera. La oralidad le permite al juez estar presente en la rendición de las pruebas y debería permitirle previa mediación legislativa, participar junto a las partes en la rendición de las pruebas, pidiendo aclaraciones, formulando preguntas y repreguntando. Todo ello partiendo de la idea central de que el proceso es un diálogo civilizado entre tres sujetos: demandante, demandado y juez. Cada uno con sus derechos, deberes y roles, pero que en su actuación mancomunada permite decidir con eficacia y justicia. Pero en todo esto debe tenerse siempre presente que la oralidad es un instrumento cognoscitivo útil para comprender mejor exclusivamente los medios probatorios consistentes en declaraciones de testigos, partes y peritos.

### *c) La oralidad como principio del procedimiento*

Otra de las ideas que han acompañado a la oralidad es su comprensión como un principio del procedimiento. Esta asociación es especialmente predicable de nuestros procedimientos judiciales donde la oralidad se encuentra consagrada como un principio del procedimiento, siendo la norma de clausura respecto a las formas del procedimiento.

Ahora bien, si se asume que la oralidad tiene un carácter instrumental, no puede ser considerada por sí sola ni buena ni mala; por ende, para saber su utilidad en términos de eficiencia habrá que determinarse el fin para el cual pretende ser utilizada. La oralidad puede ser muy eficiente para alcanzar algunos objetivos del proceso, pero muy deficiente para otros; y al contrario, la escritura puede ser eficiente para lograr, por ejemplo, la claridad y precisión en las posiciones fácticas y jurídicas de las partes que conforman el objeto del proceso, pero muy ineficiente para obtener una información completa y depurada de la declaración de los testigos, peritos o de los litigantes.

Esto que parece obvio, no lo es, sin embargo, para el diseño legislativo nacional, ya que la oralidad en cuanto principio del procedimiento viene

a colmar los vacíos legales en la regulación de la forma de los actos del procedimiento (este es, al menos, uno de los fines que tradicionalmente la teoría general del derecho asigna a los principios). Esto significa que frente a un trámite procesal cuya forma no venga expresamente dispuesta por la ley, debe dársele la forma oral, con independencia de si ésta permite alcanzar más eficientemente el fin propuesto con el acto. Esta solución – que tiene el mérito de asegurar la presencia física del juzgador en todo el *iter* procesal – no es la más óptima desde la eficiencia del proceso, por lo cual, no parece aconsejable adoptarla como regla absoluta. Por el contrario, parece mucho más razonable entregar un poder general al juez para la determinación de la forma del acto procesal en aquellos casos en que la ley no prevea una forma precisa. Esta fórmula permitiría lograr un justo equilibrio entre los valores que se quieren garantizar por medio de la oralidad y los criterios de eficiencia que debe satisfacer un proceso orientado a la decisión justa y racional. Además pone al binomio oralidad-escritura en la posición que realmente merece, esto es, como un simple elemento técnico del procedimiento destinado a servir de herramienta para lograr fines.

De acuerdo con lo señalado, la disputa entre oralidad y escritura debería resolverse sobre criterios de eficiencia del proceso, donde se combine la rapidez y economía del procedimiento con la posibilidad de alcanzar decisiones íntegramente informadas, correctas y fiables en todos los extremos de la disputa.

Para este objetivo la oralidad y la intermediación juegan un rol preponderante en la facilitación de un mejor resultado epistémico de las pruebas practicadas. Pero no se trata de que constituya el *único* medio para realizar la contradicción de las argumentaciones y las pruebas. Por el contrario, por sí sola no garantiza absolutamente nada, menos aún respecto a la calidad de la información que se genere. A lo sumo permite que dichos objetivos sean alcanzados con una mayor eficiencia que lo que implicaría un intercambio de escritos.

Hay que entender, por lo tanto, que oralidad es una herramienta eficiente para depurar la información que arroja cada medio de prueba en particular, esto es, facilita el trabajo del juez o de los litigantes en el filtrado de la información y su posterior separación de los elementos que la puedan distorsionar. Permite que el dato fáctico que emana del medio de prueba pueda ser objeto de control por parte de quien ese dato perjudica, facilitando

que la información que arroja cada medio de prueba pueda ser confrontada, aumentando o disminuyendo su grado de fiabilidad. La percepción directa e inmediata de la prueba por parte del juez es un fuerte acicate en el juego dialéctico que puedan desarrollar las partes para aumentar el grado de confirmación de sus hipótesis, puesto que tienen la genuina posibilidad de demostrar racionalmente la mayor o menor fiabilidad de sus pruebas. Esta característica pone a la oralidad en un pilar de eficiencia no sólo de simplicidad, tiempo y costos en la práctica de la prueba, sino además para obtener un mejor resultado probatorio al depurar y completar el grado de fiabilidad del material de conocimiento.

En simples palabras, la oralidad es epistemológicamente más eficiente que la escrituración. No asegura, pero al menos facilita la toma de decisiones judiciales justas al enriquecer cualitativamente los elementos de juicio.

Además tampoco cabe desconocer que la escrituración de las actuaciones de prueba como medio para lograr el conocimiento de los hechos puede generar importantes distorsiones en el material probatorio que pueden inducir a error en el grado de fiabilidad de las pruebas. Esto puede suceder especialmente cuando hay errores en la transcripción de las actas que son difíciles de solucionar.

#### D) OBJETIVOS PROCESALES DEL PROCESO: PROCESO DECLARATIVO, PROCESO EJECUTIVO Y PROCESO CAUTELAR

La declaración, la ejecución y la cautela, son las tres funciones fundamentales que desarrolla la potestad jurisdiccional. De este modo surgen tres tipos de obtejos procesales que puede cumplir el proceso: declaración (o de conocimiento o de cognición), ejecución (o ejecutivo) y cautela del derecho (o de aseguramiento). El proceso ordinario es uno de tipo declarativo y nos concentraremos por tanto por ahora sólo en esta función u objetivo procesal del proceso.

##### a) Proceso declarativo

El juzgar como función de los jueces, se concreta en decir el derecho en el caso particular, esto es, en declarar el derecho. Sin embargo, esta

declaración del derecho puede realizarse de tres maneras distintas, según la pretensión deducida por el actor. De este modo el proceso puede limitarse a declarar el derecho; constituir relaciones jurídicas o condenar a una persona.

### 1. Mera declaración del derecho

Cuando la petición de la parte que interpone la pretensión se satisface con la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica ya existente, la declaración del órgano jurisdiccional, esto es la sentencia, agota su fuerza con la declaración, no necesitándose de este modo de ejecución posterior. La sentencia que el juez dicte estimando la pretensión, no originará título ejecutivo alguno, puesto que la pretensión del actor quedará plenamente satisfecha con la simple declaración judicial.

Ahora bien, para que el actor pueda lograr una sentencia mero declarativa, no basta con que sea titular del derecho subjetivo material alegado, sino que debe acreditar un interés jurídico suficiente en lograr la declaración del órgano jurisdiccional; debe tener un interés en la actuación jurisdiccional, ya que los tribunales no pueden realizar declaraciones retóricas de derechos. De ahí que el actor haya de encontrarse en una situación tal que sin la declaración judicial pudiera sufrir un daño, el que puede ser evitado, precisamente, con la declaración judicial. Pensemos en el caso que dos personas discuten sobre la propiedad sobre un bien determinado. Para zanjar la duda, una de las partes puede pedir al juez que declare el derecho de propiedad del que dicha persona gozaría.

### 2. Constitución de relaciones o estados jurídicos

La pretensión que presenta el actor, en algunos casos, se dirige a obtener la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, esto es, a obtener un cambio sobre una situación existente. En la situación anterior, se le pedía al juez que declarara un efecto jurídico que ya se ha producido, mientras que ahora es la propia sentencia la que produce el cambio jurídico. En el ejemplo que dábamos anteriormente, de declaración del derecho de propiedad, la relación jurídica de propiedad ya existía y se le pide al juez que la declare, mientras que, por ejemplo, si se le pide al juez que disuel-

va una sociedad que en su momento se constituyó legalmente por tiempo indefinido, la sentencia no recogerá un estado jurídico anterior, sino que extinguirá dicho estado jurídico, creando a su vez uno nuevo, consistente en que los que antes eran socios, ahora ya no lo son.

Ahora bien, con las pretensiones constitutivas pueden darse dos situaciones distintas. En unos casos, el actor tiene una especie de derecho al cambio de estado jurídico, pero éste sólo puede producirse por la jurisdicción y, naturalmente, por medio del proceso: de este modo, si la parte quiere producir el cambio, por ejemplo, si quiere obtener el divorcio, tiene que deducir su pretensión ante el órgano jurisdiccional y obtener, mediante la sentencia, el mencionado cambio de estado o situación jurídica. En otros casos, la pretensión constitutiva no es necesaria, en el sentido de que las partes de la relación jurídica material podrían lograr el cambio por sí mismas, si bien se necesitaría de la voluntad de todas ellas; es el caso de la disolución de una sociedad, que puede realizarse por todos los socios, pero si uno de ellos se niega, habrá de acudir a la jurisdicción.

La sentencia que se pronuncia sobre la pretensión constitutiva, al no precisar de ejecución, no será título ejecutivo. Frente a la sentencia, el demandado no tendrá obligación de realizar prestación alguna. La inscripción de la sentencia en el Registro Civil, por ejemplo, no es propiamente una ejecución, sino una simple documentación.

### 3. Condena de personas

En otras situaciones, lo que se pide al órgano jurisdiccional es una declaración de la que arranque la obtención de una prestación por parte del demandado. La pretensión, en este caso, no se satisface sólo con la declaración, sino que se precisa una actuación posterior, que puede realizarse voluntariamente por el condenado, con lo que estamos ante el cumplimiento de la sentencia, o bien, en el caso de incumplimiento, aparece la ejecución forzosa.

Si bien en el proceso de declaración se puede conocer de estos tres tipos de pretensiones que hemos visto, ello no significa que existan tres procesos declarativos distintos. No existe un proceso meramente declarativo, otro constitutivo y otro de condena.



Por otra parte, si este análisis es enteramente aplicable al proceso civil, puesto que en él son posibles todas las pretensiones declarativas, en el proceso penal sólo cabe deducir pretensiones declarativas de condena, ya que los tribunales no pueden perseguir la finalidad de declarar, sin más, la existencia de un delito (aunque la sentencia penal absolutoria es simplemente declarativa), así como tampoco cabe que por medio del proceso penal se pretenda crear, modificar o extinguir una relación o situación jurídica.

### III. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES, SU CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

#### A) LAS PARTES

La calidad de parte en un proceso puede ser entendida como el conjunto de situaciones jurídicas de carácter activo (derechos y expectativas) y pasivo (deberes y cargas procesales) que corresponden a las personas que se hallan en un proceso declarativo en una determinada situación.

Las partes suelen clasificarse en directas e indirectas o terceros. Las partes directas son las que originariamente han iniciado el proceso, deduciendo la pretensión y la correspondiente resistencia, ya sea que su participación en el proceso haya sido voluntaria o forzada. Son partes indirectas o terceros las personas que se agregan al proceso una vez que éste se ha iniciado. Los terceros se dividen en coadyuvantes, independientes y excluyentes.

#### B) CAPACIDAD DE LAS PARTES

Como ocurre en general en todo el derecho, para concurrir al proceso y realizar actos procesales se requerirá tener capacidad jurídica. Sin embargo en el Código de Procedimiento Civil no hay ninguna disposición que regule el tema de la capacidad procesal. La doctrina está conteste en que habrá que remitirse al derecho sustantivo para resolver el tema de quiénes tienen capacidad para concurrir al proceso como parte y realizar actos procesales, y ese derecho sustantivo es la regulación contenida en el Código Civil.

Habrà de distinguirse por lo tanto entre una capacidad para ser parte en el proceso de una capacidad procesal o capacidad de obrar procesal.

Podrán comparecer en el proceso como partes todos aquellos entes que puedan ser considerados personas y que no tengan alguna causal específica de incapacidad. De este modo, tendrán capacidad para ser parte en un proceso tanto las personas naturales como las jurídicas, sean de derecho privado o público.

Alguna doctrina señala que la referencia a la capacidad tal como la regula el Código Civil no indica que se trate de instituciones idénticas sino que sólo estarían reguladas de un modo similar. Esta tesis se sustentaría en el hecho en que en algunos puntos se distancien una de la otra. Así, ¿cómo se explicaría que uniones sin personalidad jurídica puedan comparecer como partes en un proceso? En dicha situación la capacidad procesal ya no se puede identificar con la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones que de acuerdo a las normas del derecho civil sólo se reconoce a las personas naturales y jurídicas. Además la capacidad para ser parte la tiene toda persona natural, desde su nacimiento hasta la muerte, pero esa muerte en materia procesal no termina con la capacidad para ser parte en el proceso, pues mediante la sucesión procesal los herederos pueden seguir en esa posición en el proceso.

La realidad nacional y comparada demuestra que entes sin personalidad jurídica han sido reconocidos como partes en diversos tipos de procesos judiciales, como se ha dado con los procesos donde figuran sociedades irregulares, comunidad de bienes y propietarios, uniones de hecho, etcétera.

En este sentido se propone separar el concepto de capacidad para ser parte con el de personalidad jurídica. El concepto de entes capaces de ser parte en un proceso judicial es más amplio que el de personalidad jurídica. Algunos han propuesto que en materia procesal el concepto que determina la capacidad de ser parte en juicio es el de subjetividad jurídica.

Por subjetividad jurídica expresaría que serán considerados sujetos capaces de comparecer en un proceso a los sujetos de derecho. Los sujetos de derecho no se corresponderían con el concepto de persona. Se trata de determinar la idoneidad de algún ente para servir de centro subjetivo autónomo de imputación de determinadas relaciones o efectos jurídicos. En este sentido, una sociedad que no se ha constituido como exige la ley o una sociedad de hecho podrían figurar como parte activa o pasiva en un proceso.

De especial relevancia es evitar que determinados sujetos utilicen el defecto jurídico de un ente que sustantivamente determinaría su no personalidad jurídica, para evitar ser llamado a juicio como sujeto pasivo, aduciendo que no tiene capacidad.

De este modo, tenderán la capacidad para ser parte en un proceso a todos los sujetos de derecho que la ley les reconoce esa condición. El caso normal de subjetividad jurídica será el de la personalidad, es decir, normalmente las personas naturales y jurídicas tendrán esa subjetividad, pero también la tendrán aquellos entes o grupos que la ley determine.

En el proyecto de Código Procesal Civil se avanza en esta línea, pues se reconoce la capacidad para ser parte no solo a las personas, naturales o jurídicas, sino también a las masas patrimoniales, los patrimonios separados, las comunidades, las sociedades de hecho y, en general, las entidades sin personalidad jurídica.

Dicho esto, señalaremos que por personas naturales puede pensarse en sujetos aislados o agrupados y, como tal, todos ellos podrían ser considerados como entes capaces de ser parte en un juicio. Un grupo de personas podría ser considerado un ente con subjetividad jurídica, pues en este caso esa subjetividad del grupo es una derivación de la subjetividad que corresponde a las personas individualmente consideradas.

Recordemos que el artículo 1° Constitución Política de la República señala que "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". Esto quiere decir que los grupos con o sin personalidad jurídica deben ser reconocidos y amparados por el Estado. Una forma de reconocer y amparar a esos grupos es la posibilidad de comparecer en un proceso judicial como esa entidad grupal. La comparecencia de ese grupo como parte en el proceso podrá tener como finalidad una eficiencia o economía en la tutela de los derechos e intereses de los integrantes del grupo. Lo que se debe determinar es si esos grupos podrán ser partes en un proceso sólo si una ley les reconoce esa posibilidad o no se requiere tal reconocimiento específico y se puede entender una autorización general proveniente desde la propia Constitución. Creemos que por seguridad jurídica, debe ser el legislador el que debe contemplar

la posibilidad de considerar a los grupos como entes con capacidad para demandar o ser demandados en juicio.

Pero luego debe analizarse la capacidad de actuación procesal o capacidad de realizar actos procesales. Podemos entender por ésta como la aptitud de las personas o entidades que son parte en un proceso para realizar válida y eficazmente los actos procesales que corresponden a las partes, ya sea que actúen directamente en ellos o bien representados por un técnico en derecho al que la ley reconozca esa facultad de representación.

La capacidad de actuación procesal significa lo mismo que la capacidad de obrar o de ejercicio que reconoce el derecho material. Si se carece de esta capacidad, se deberá actuar en el proceso a través de los respectivos representantes legales. En el caso de los entes sin personalidad jurídica, el Proyecto de Código Procesal Civil prevé que la actuación se realizará por aquellas personas que según la ley tengan su administración, o bien por un curador *ad litem* nombrado por el juez.

Cuando en el proceso concurre alguien sin capacidad para ser parte, lo que es bastante marginal pues debemos pensar en casos de animales o entidades sin personalidad jurídica en los casos en que no se haya autorizado su comparecencia legítima, o sin capacidad de actuación procesal, los actos que realice en el proceso serán nulos. Para evitar esa declaración de nulidad y los efectos que de ello se derivan, la ley concede la posibilidad de oponer una excepción dilatoria de incapacidad del demandante. Esto quiere decir que si se acoge la excepción, el procedimiento no sigue adelante si no se subsana el problema de la falta de capacidad.

Esta situación ocurrirá en aquellos casos en que falta la capacidad para ser parte, como sería el caso de una sociedad que no se ha constituido legalmente, o bien, porque falta la capacidad de actuación procesal, como en el caso de un menor de edad que actúa sin la representación legal correspondiente.

Sin embargo, la ley procesal civil nada dice de la situación en que el demandado carece de la capacidad para ser parte o de la capacidad de obrar procesal. Puede entenderse que en esta situación el demandado también podría deducir una excepción dilatoria de falta de capacidad. Para no

torcer indebidamente la interpretación de la ley, quizá no se deba incluir esta situación dentro de la excepción dilatoria de la falta de capacidad del demandante, sino dentro de la más general que establece el artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil referida a corregir el procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida. Y nada impide entender que si el demandante o el tribunal constatan esa incapacidad, pueda este último tomar las medidas pertinentes para subsanar tal vicio. En este caso el juez podría suspender el procedimiento y ordenar que se constituya legalmente la persona del demandado o que comparezca el representante legal del menor demandado. El artículo 84 inciso 4° CPC autorizaría tal medida.

### C) LA LEGITIMACIÓN

#### a) *La legitimación como cuestión procesal y como cuestión de fondo*

Para presentar una demanda judicial y obligar al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia sobre la pretensión deducida, no basta el requisito de ser una persona con capacidad y expresar una necesidad de tutela judicial. Es decir, al órgano jurisdiccional —y en definitiva al proceso— pueden acceder todas aquellas personas que tengan reconocida la posibilidad de comparecer en un proceso como parte y afirmen una necesidad de tutela jurídica; se trata de los requisitos para poder ejercer el derecho fundamental de acción o a la tutela judicial. Sin embargo, otra cosa es quien deba proponer la demanda en el caso concreto para obtener una sentencia sobre el fondo respecto de la pretensión propuesta.

Dicho de otro modo, con el derecho de acción toda persona con capacidad y con una específica necesidad de tutela jurídica, tiene el derecho de poner en movimiento la actividad jurisdiccional, para de este modo comparecer ante el órgano jurisdiccional deduciendo una pretensión y obligar a éste a dictar una resolución según derecho. Sin embargo, para que esta resolución se pronuncie sobre la pretensión deducida, es decir, entre en el fondo de la cuestión debatida, se requiere de más requisitos. Uno de ellos será el de la legitimación.

No a cualquier persona le puede ser reconocido el derecho de obligar a los tribunales a dictar una sentencia sobre la pretensión deducida, puesto que

ello permitiría, si se concibe esta facultad abierta a cualquiera, una injerencia intolerable en la esfera de los derechos ajenos. Sólo le está reconocido tal derecho a quien aparezca legitimado por el orden jurídico.

Para el ejercicio del derecho de acción se exige capacidad. Para la deducción de una pretensión en un caso concreto, se requiere legitimación. Las capacidades son aptitudes inherentes al sujeto-parte; se tienen o no se tienen con independencia de procesos concretos, mientras que la legitimación es una cualidad o condición del sujeto-parte para cada proceso en concreto. A diferencia de la capacidad que es un presupuesto genérico común a cualquier tipo de pretensión de tutela jurídica que se ejercite, la legitimación hace siempre referencia a una determinada y precisa relación del sujeto con la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio.

Hay que decir que si bien aquí se están analizando por separado los conceptos de acción y pretensión, estos conceptos, en la práctica, caminan absolutamente unidos: se interponen pretensiones mediante el ejercicio de la acción. Acción y pretensión son conceptos que sólo analíticamente caminan separados ya que en la práctica son inescindibles. Su división sólo obedece a la separación teórica entre un análisis estático o constitucional de la actividad jurisdiccional, y a uno dinámico o procesal. Desde un punto de vista estático, la acción se presenta como el derecho fundamental a la tutela judicial; desde un punto de vista dinámico o procesal la acción se concreta en la pretensión.

En todo caso, hay que decir que capacidad y legitimación son conceptos procesales y no materiales. Lo que se quiere decir aquí es que la legitimación tiene importancia como concepto, en la medida que la relación jurídica discutida en el proceso no es tomada en cuenta en cuanto existente, sino en cuanto deducida en el proceso. Si el demandante es o no es titular del derecho o interés legítimo por el que se acciona ante el órgano jurisdiccional, será una cuestión que pertenece al fondo del asunto y sólo con la sentencia definitiva se sabrá tal cuestión.

En relación al tema de la legitimación se debe proceder a distinguir entre la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material que se deduce en el proceso, que formaría parte del derecho material y sería la cuestión de

fondo que se plantea al tribunal, y respecto de la que se pide un pronunciamiento con todos los efectos propios de la cosa juzgada; y, por otra parte, como cuestión diferente, la posición habilitante para formular la pretensión (legitimación activa) o para que contra él se formule (legitimación pasiva) en condiciones de ser examinada por el órgano jurisdiccional en cuanto al fondo, que está regulada, consiguientemente, por normas de naturaleza procesal. Por ello, la legitimación resuelve sólo la cuestión de quién puede pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en el caso concreto y contra quién puede pedirse.

Por lo expuesto, y para concluir la posición que se adopta aquí sobre el controvertido tema de la legitimación, la idea de ésta que interesa es la determinación de quién debe presentar la demanda (legitimación activa) o contra quien (legitimación pasiva), con respecto a una determinada relación jurídica y el criterio para tal determinación debe ser, aunque parezca tan simple, el de aquella persona (física, jurídica o grupo sin personalidad) que afirme ser titular del derecho subjetivo o interés legítimo sobre el que se discutirá en el proceso, o el indicado como obligado o responsable.

Con este criterio, estará legitimado activamente en el proceso tanto el que sea titular del referido derecho o interés legítimo como el que no lo es, con tal que afirme su titularidad al momento de deducir la demanda. Si con el desarrollo del proceso esa persona no puede comprobar la titularidad del derecho o interés, entonces la sentencia definitiva le será adversa y no obtendrá una sentencia favorable a su pretensión en el proceso, pero eso ya es el fondo del asunto sometido al conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional y no tiene nada que ver con el tema de la legitimación, que es un concepto —como ya se ha dicho— de carácter procesal. En este caso, aun cuando el actor no haya sido el titular de la relación jurídica material o no haya podido acreditar su titularidad, obteniendo por lo tanto una sentencia adversa a su pretensión, no obsta ello para decir que sí estuvo legitimado activamente para interponer la demanda, con tal que haya afirmado o deducido como propia la relación jurídico material.

Pongamos como ejemplo la siguiente situación para comprender mejor la razón de ser y el sentido de la legitimación. Si por razones de amistad se presenta por una persona (A) una demanda de cobro de dinero en favor de otra (B) —sin mediar la institución de la representación o la gestión de nego-

cios ajenos ni ninguna otra figura afín—, contra el obligado contractualmente al pago de dicho dinero (C), carecería de toda lógica que el tribunal entrara a conocer sobre el negocio y dictara una sentencia sobre el fondo, puesto que dicha sentencia no podrá ejecutarse en favor del demandante (A), que no tiene ningún vínculo jurídico con el demandado (C).

En este sentido, la legitimación activa consagrada en tales términos debe ser vista como una manifestación del principio típicamente liberal que existe en el orden civil, como lo es el de oportunidad, que da seguridad y protección a los bienes y derechos de los individuos; pero además, se puede decir, como un criterio racionalizador de la actividad del órgano jurisdiccional.

En el caso que se ponía como ejemplo, el tribunal debe rechazar la presentación de tal demanda *in limine litis*, sin ni siquiera entrar a conocer sobre el fondo del asunto. El demandante tendrá que corregir tal defecto procesal en el modo de proponer su demanda —si es posible hacerlo en el mismo proceso—, o bien, deberá deducir demanda el verdadero acreedor personal o debidamente representado.

Esta concepción procesal de la legitimación no es aceptada por toda nuestra doctrina y jurisprudencia. Así, Romero Seguel, entre otros, señala que la legitimación es un tema de fondo. Se trataría, a su juicio, de una condición de la acción que se debe apreciar en la sentencia definitiva. Su alegación, por tanto, se hace por medio de una excepción perentoria. La jurisprudencia nacional en general lo estima del mismo modo.

Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido en sentencia de fecha 4 de mayo de 1992, que las alegaciones que formula el demandado y que digan relación con la legitimación para obrar no tienen por objeto corregir vicios de procedimiento, sino que tienden a destruir la acción misma, atacando el derecho que tiene el actor, debiendo desecharse como excepción dilatoria.

En otro caso, la Corte Suprema acogiendo un recurso de casación en el fondo en la causa rol N° 5027-2008, dictó con fecha 31 de agosto de 2010 la siguiente sentencia de reemplazo:

“[...] Segundo: Que las sociedades demandadas han alegado la falta de legitimación activa del Estado para solicitar la indemnización que establece en su parte final el artículo 53 de la ley N° 19.300, la que se encuentra reservada al

directamente afectado por el daño ambiental, calidad que a su juicio no reviste el Fisco de Chile.

Tercero: Que el artículo 53 de la ley N° 19.300 contempla la posibilidad de solicitar indemnización por el daño ambiental causado al directamente afectado, calidad que no define, por lo que ha de estarse a la situación particular de cada caso concreto a fin de establecer quién es el autorizado para accionar por esta vía.

Cuarto: Que en primer término se debe considerar que el estatuto de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, aplicable a la acción indemnizatoria en comento, no exige para su ejercicio revestir la calidad de propietario del bien afectado por el actuar ilícito, reconociendo en su artículo 2315 la posibilidad de solicitar la indemnización a quienes revisten calidades diversas, como poseedor, usufructuario, usuario o habitador, bastando que quien solicita el resarcimiento se haya visto lesionado en su patrimonio.

Quinto: Que tal como se razonó en el fallo de casación, el Estado de Chile reviste la calidad de directamente afectado atendida la especial situación jurídica de la especie vegetal sobre la cual recayó el daño, ya que por haberse declarado el alerce como Monumento Natural con las consecuencias que ello implica, tanto su tala como su explotación se encuentran prohibidas. Asimismo, por tratarse de un perjuicio de carácter permanente que no admite reparación y que constituye una disminución en la biodiversidad que conforma el patrimonio ambiental de la Nación, el Estado de Chile se encuentra legitimado en este caso particular para demandar la indemnización que solicita”.

La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente utiliza la típica expresión chilena para referirse a los legitimados activos: “son titulares de la acción”. En otros casos se señala “la acción corresponde a...”, como en los artículos 204 y 205 del Código Civil.

Ahora bien, la utilización de la expresión legal “son titulares de la acción” y la utilización en las sentencias definitivas de los tribunales de justicia de la expresión legitimado activo, acarrea sus respectivos problemas.

Si pensamos que hoy en día la acción es entendida como un derecho de carácter fundamental reconocido en las constituciones (derecho a la tutela judicial) y que pertenece, en cuanto derecho fundamental, a todas las personas, cualquier definición restrictiva de la ley en cuanto a quiénes

sean los titulares de este derecho fundamental podría dar lugar a problemas de constitucionalidad. Lo que se recomienda por tanto al legislador, es no definir quiénes son los titulares de este derecho de acción. Aparece menos problemático desde un punto de vista constitucional que el legislador utilice expresiones tales como “son legitimados activos”; “podrán demandar”, etcétera, en vez de “son titulares de la acción”.

Por otra parte, si los jueces en sus sentencias definitivas declaran que quien demandó es un legitimado activo, puede ser que se le esté dando una consideración material o sustancial al término, lo que no se corresponde con el carácter procesal de la institución en juego. También puede ser que la connotación que se le dé al término legitimación en la sentencia definitiva sea de carácter procesal, pero la sentencia definitiva no es el mejor momento ni lugar para controlar esa institución de carácter procesal.

Hay que tener presente que la única regulación expresa de la legitimación en nuestro Derecho Procesal civil, es la que formula la ley de protección de los consumidores en el procedimiento para la tutela de los intereses colectivos o difusos (artículo 50 y siguientes). En esta ley se le da un tratamiento procesal a la falta de legitimación, pues el tribunal está habilitado para declarar inadmisibile la demanda, *in limine litis*, si ella no es formulada por alguno de los legitimados activos que reconoce la ley.

#### b) Clasificación

La legitimación se puede clasificar en ordinaria —que puede ser a su vez originaria, derivada o plural—, y en extraordinaria.

La legitimación ordinaria se entiende ínsita en el campo de los derechos subjetivos privados, que pueden obtener tutela judicial mediante la aplicación del derecho objetivo en el caso concreto, cuando alguien la solicite, pero ese alguien tiene que afirmar la titularidad de la relación jurídica material para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a decidir si la relación existe y cuál es su exacto contenido.

Respecto de la legitimación ordinaria originaria, la posición habilitante para formular la pretensión o para que contra alguien se formule, ha de radicar necesariamente en la afirmación de titularidad del derecho

subjetivo material y en la imputación de la titularidad de la obligación. Sin embargo, la posición legitimante no debería restringirse al derecho subjetivo, sino que debe ampliarse a la de los intereses legítimos, situación jurídica subjetiva que también tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero además, algunos autores incluyen dentro de esta legitimación ordinaria lo que se podría denominar interés en la legalidad. Para esta posición, las normas que reconocen la acción popular no son procesales sino materiales, porque a través de ellas la ley considera a todos los ciudadanos como titulares de una situación sustancial en determinados ámbitos y, por tanto, como interesados. Con la acción popular se objetivaría la posición jurídica habilitante para el ejercicio de la acción, que viene a coincidir con la mera condición de ciudadano. No es que el requisito de la legitimación desaparezca, sino que se produciría una objetivación y una generalización de la situación jurídica legitimante, pero no su extinción. El hecho de que la posibilidad de recurrir esté atribuida por ley a cualquiera no quiere decir que no exista una situación jurídica sustancial del sujeto, sino tan sólo que su titularidad no sería exclusiva de un concreto interesado (o de un grupo de interesados), sino de la generalidad de los ciudadanos, atribuida de modo general a todos los miembros de la comunidad, a quienes se les otorgaría un nuevo atributo en su esfera jurídica.

Sin embargo, el reconocimiento de una acción popular se refiere a una habilitación para el ejercicio en el proceso de una pretensión dirigida objetivamente a la satisfacción de un interés compartido por una pluralidad de sujetos. Esto sucedería cuando el interés se generaliza y difunde entre todas las personas. Por ello, la atribución de la facultad de defender procesalmente tales intereses no llevaría consigo necesariamente el reconocimiento o la concesión de su titularidad, y la legitimación, por lo tanto, se reconocería independientemente de la vinculación entre el legitimado y el interés que motive su intervención en el proceso. Por ello, con la acción popular habría que decir que no hay tras ella un interés material, personal o colectivo, sino que deberíamos situarnos en el ámbito de una actividad necesaria para la tutela jurisdiccional, en un plano estrictamente procesal.

Con la acción popular, la facultad para su ejercicio debe estar generalizada subjetivamente sin que se precise vinculación alguna con el interés

defendido. Basta la mera pertenencia a la comunidad, sin que el sujeto esté expresamente excluido, para que la facultad pueda activarse. La existencia de cualquier tipo de interés material para el ejercicio de esta facultad, excluiría de plano la acción popular.

En relación a la legitimación ordinaria derivada, el demandante tendría que afirmar que una de las partes, o las dos, comparece en el proceso siendo titular de un derecho o de una obligación que originariamente pertenecía a otra persona, la que transmitió a modo singular o universal. El ejemplo más clásico de esta situación sucede con el demandante que afirma ser titular de un derecho subjetivo que se le ha transmitido por sucesión por causa de muerte.

Con la legitimación ordinaria plural, la afirmación activa debe formularse por varias personas o la imputación debe hacerse frente a varias personas, pero no es que existan varias pretensiones, sino que sigue existiendo una sola que afecta a todas las personas por igual.

Por otra parte, con la legitimación extraordinaria ya no se invoca una titularidad directa de un derecho subjetivo o un interés legítimo. Pero, para que se dé este paso, tendrían que haber motivos objetivos, razonables y proporcionados, porque no se trata que el legislador, de manera discrecional o no razonable, legitime a quien no afirme la titularidad de un derecho o un interés, porque ello permitiría disponer libremente de los derechos ajenos, con el claro peligro que ello importa.

La legitimación extraordinaria se inserta en la evolución de la tutela de intereses privados a una cada vez más tutela de intereses colectivos, donde pueden estar implicados un gran número de personas. Así, cuando se está frente a estos intereses colectivos o difusos, en muchos casos se ha reconocido a un ente o persona determinada la posibilidad de deducir legítimamente la pretensión en favor del colectivo, como sucede con el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, sindicatos, colegios profesionales, asociaciones de consumidores y ecologistas, etcétera.

De acuerdo a las posiciones legitimantes reconocidas en el derecho chileno, habría que decir que si bien el artículo 19 N° 3 Constitución Política de la República se refiere a la igual protección de la ley en el ejercicio

de sus derechos, por lo que cabría estimar que sólo la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo habilitaría para el ejercicio del derecho de acción y la concreta deducción de una pretensión frente a otra persona, resulta que si nos adentramos en las diferentes esferas de regulación jurídica, es fácil percatarse de que, con la petición de tutela judicial que formulan las personas en la práctica judicial chilena, no siempre existe previamente un derecho subjetivo por el que se pide dicha tutela.

Peticiones al órgano jurisdiccional en el ámbito civil, como las de nulidad de matrimonio o de interdicción, por mencionar algunas de esta naturaleza, no supondrían que el actor legitimado afirme la titularidad de un derecho subjetivo. Asimismo, las denominadas acciones posesorias, destinadas a conservar la posesión de un bien inmueble, legitiman a quien esté en posesión tranquila y pacífica, lo que implicaría reconocer que el legitimado no invoca un derecho subjetivo, sino un hecho, como lo es la posesión. Asimismo, en la órbita del Derecho Administrativo, no puede decirse que las peticiones que se hagan al órgano jurisdiccional contra la Administración estén fundamentadas exclusivamente en un derecho subjetivo del reclamante. Por ello, por ejemplo, en las peticiones de nulidad de un acto administrativo, lo que legitima al reclamante o demandante no es la afirmación de titularidad de un derecho subjetivo, sino que podría ser un interés legítimo. Pero además, a estas figuras podemos añadir las figuras del derecho subjetivo colectivo y del interés legítimo colectivo, como ocurre en materias de medio ambiente, consumidores, libre competencia, etcétera.

Se puede decir entonces que quien ejerce el derecho de acción en Chile y deduce una pretensión frente a otra persona, tiene que invocar un derecho subjetivo (individual o colectivo) o un interés legítimo (individual o colectivo); sólo así obliga al órgano jurisdiccional a llevar el proceso hacia la sentencia sobre el fondo.

La regla general entonces es el reconocimiento de una legitimación ordinaria. Excepciones a esta regla las constituyen los casos de legitimación extraordinaria. Ejemplos de legitimación extraordinaria son las que tienen las Municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado para la pretensión de reparación del medio ambiente dañado recogida en la Ley 19.300 del año 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la que tiene el Servicio Nacional del Consumidor, las asociaciones de consumidores y

un grupo de consumidores en el procedimiento para la protección de los intereses colectivos y difusos de consumo, o las acciones populares, como la contemplada en la Ley 18.971 del año 1990, conocida como acción de amparo económico y la del artículo 948 del Código Civil para denunciar las obras nuevas o ruinosas que puedan dañar los bienes de uso público para seguridad de los que transiten por ellos; entre otros casos de excepción.

### c) Tratamiento legal de la legitimación

En lo referente al tratamiento procesal de la legitimación, particularmente la activa, hay que decir que para controlarla la ley procesal civil chilena no previó una manera específica de hacerlo. En este punto se hace necesario precisar que el concepto de legitimación es escasamente utilizado por el legislador chileno, así como escaso es el tratamiento de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Recién en el año 2004, con la ley N° 19.955 que modificó la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, comenzó a utilizarse el término legitimación activa. El Código de Procedimiento Civil no conoce esta expresión.

Dicho lo anterior, hay que constatar también que el ordenamiento jurídico chileno no ha establecido el modo en que se puede controlar la existencia del requisito procesal de la legitimación. Sin embargo, creemos que tal control debe ser ejercido de oficio por el juez. A tal conclusión se arriba puesto que la legitimación viene a ser un requisito que determinará la existencia de la obligación del tribunal de seguir adelante con el proceso y dictar en definitiva una sentencia sobre el fondo. No se trata de un mero defecto formal subsanable por las partes, sino un verdadero presupuesto para la sentencia sobre el fondo. En definitiva, es del artículo 19 N° 3 inc. 1° CPR del que se deduciría esta obligación del órgano jurisdiccional, en orden a controlar de oficio la existencia de la legitimación. Insistimos en que estar legitimado no tiene por qué coincidir con la titularidad o pertenencia de la *res in iudicio deducta*.

Ahora bien, hay que reconocer que los casos en que el juez de oficio pueda controlar la falta de legitimación serán bastante marginales y

limitados, como cuando el actor afirme paladinamente que él actúa en nombre propio ejercitando derechos ajenos y no existe ninguna norma que lo legitime de modo extraordinario, entre otras situaciones. Es decir, para que en el derecho chileno el juez pueda declarar de oficio la falta de legitimación, tal defecto debe resaltar de una manera obvia y notoria, fácilmente constatable por medio de una lectura rápida y superficial de la demanda.

¿Es factible alegar la falta de legitimación por las partes en el derecho chileno? La legislación chilena no establece ninguna posibilidad de denunciar la falta de legitimación, ya sea como excepción dilatoria o por otra vía. Sin embargo, lo anterior no ha obstado para que un sector de la doctrina haya buscado la posibilidad de deducir la falta de legitimación activa como una excepción dilatoria, buscando su acomodo en las excepciones dilatorias de las que enumera el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, Juan Agustín Figueroa señala que la falta de legitimación puede entenderse comprendida en tres excepciones dilatorias de las que enumera dicha norma: 1° la incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda; 2° la falta de capacidad del demandante, y la contemplada en el N° 6 de la referida disposición, esto es, las que se refieren, en general, a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

Debemos señalar que la ausencia de legitimación poco tiene que ver con la incompetencia del tribunal. La legitimación se refiere a la posición jurídica que ocupan en el proceso aquellos que afirman o contra los que se afirma la juridicidad o prevalencia jurídica del interés o derecho desconocido, negado o violado o del que se expresa que está necesitado de judicial creación, modificación o extinción. Dicho de otro modo, la legitimación se refiere a la relación que existe entre las distintas posiciones que figuran en el proceso y el objeto litigioso.

En cuanto al requisito de la capacidad, se está frente al primer requisito —y al más básico y general— para poder comparecer válidamente ante el órgano jurisdiccional y pedir algo. Sin embargo, la legitimación se refiere a algo completamente diverso. Ya no se trata de analizar si quien está frente al tribunal es un ser humano o no o si se trata de una entidad con o sin personalidad jurídica —por dar algunos ejemplos que muestran el problema de

la falta de capacidad—, sino que ahora se trata de determinar la relación de esa persona natural o jurídica con los derechos o intereses legítimos discutidos en el proceso, en modo tal de obligar a desarrollar al tribunal todo el proceso hasta llegar hasta la sentencia sobre el fondo. No vemos cómo la falta de legitimación activa pueda subsumirse en esta situación.

Más acorde con el problema que nos ocupa podría verse la última opción que propone Figueroa, esto es, considerar la posibilidad de encuadrar la falta de legitimación activa dentro de una excepción que se refiera a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida (art. 303 N° 6 Código de Procedimiento Civil).

Sin embargo, cuando se declara que el actor no tiene legitimación activa para demandar, ese es un vicio que impide seguir adelante con el proceso hasta la sentencia sobre el mérito y resulta que las excepciones dilatorias y especialmente la que regula el artículo 303 N° 6 Código de Procedimiento Civil miran a declarar vicios o problemas que pueden ser subsanados, por lo que corregidos, el juez debe andar adelante con el proceso hasta la sentencia sobre el fondo. De acuerdo con esto, sostenemos que en el derecho chileno mientras el legislador no contemple una expresa excepción de falta de legitimación, ésta no puede ser invocada por las partes en el proceso vía excepciones dilatorias. Sólo el juez de oficio aparece hoy en día facultado para declarar la falta de legitimación activa o pasiva. Y, claro está, siempre existe la posibilidad de que el juez examine la legitimación en la sentencia definitiva, como cuestión de fondo, pero creemos que ello atenta contra el principio de economía procesal e induce a confusiones al hacer sinónimos los términos de estar legitimado con ser titular de un derecho u obligado o responsable.

Toda esta duda interpretativa sobre cómo hacer valer la falta de legitimación (activa) la resuelve en parte el Proyecto de Código Procesal Civil al prever como una de las excepciones previas que puede oponer el demandado, la de “falta manifiesta de legitimación o interés”. El proyecto establece que esta excepción debe oponerse por el demandado una vez que ha sido notificado legalmente de la demanda. De su oposición se dará traslado al demandante, trámite que deberá evacuar en la audiencia preliminar. Y el juez deberá determinar si la acoge o no en dicha audiencia, aunque puede también reservar su resolución para sentencia definitiva, si de los



antecedentes que existieren en el proceso fueren insuficientes para emitir su resolución respecto de ellas.

Como se puede apreciar, parece ser que el Proyecto de Código Procesal Civil también conecta a la legitimación con una cuestión de fondo, ya que permite postergar para el momento de dictar sentencia definitiva la decisión de si existe o no existe legitimación, cuando los antecedentes disponibles en la audiencia preliminar fuesen insuficientes para resolver el tema en ese momento. Si se habla de antecedentes es porque se conecta la existencia o no de legitimación con la titularidad de un derecho o interés, algo que requerirá por regla general de prueba o acreditación.

Determinado lo anterior, queda un último extremo en este punto por clarificar y que dice relación con los efectos que produciría ese pronunciamiento del juez sobre la falta de legitimación. Hemos adelantado que esa resolución que se pronuncia sobre la legitimación tiene un carácter procesal ya que no se pronuncia sobre el fondo del asunto debatido. Sin embargo, no se puede negar que esa persona que el juez ha declarado que carece de legitimación activa para interponer determinada demanda no podrá volver a demandar en los mismos términos del proceso anterior, porque ello carece de todo sentido. La salvedad está determinada por el hecho que se trate de un problema de redacción de la demanda, en el sentido que el actor por error atribuyó la titularidad del derecho o la obligación a otro sujeto. En ese caso, no es descartable que el actor pueda corregir ese error y continuar ese procedimiento o bien volver a demandar dando lugar a otro proceso.

En relación a este punto, un sector de la doctrina señala que si bien la cuestión sobre la legitimación puede tratarse *in limine litis*, ello no implicaría que la resolución que resuelve tal cuestión sea una sentencia meramente procesal. Si aparece claro aunque sea *in limine litis* que no existe tal posibilidad de ser merecedor de la tutela reclamada, necesariamente ha de concluirse que no existe la titularidad real y el consiguiente derecho a la tutela concreta demanda. ¿Qué podría haber más de fondo —se dice—, más vinculado con el fallo definitivo del litigio que la imposibilidad de que el demandante sea titular del derecho o interés cuya tutela solicita y por ello acreedor de la tutela jurisdiccional pretendida? Por tanto, se concluye que la sentencia que se pronuncia sobre la falta de legitimación —sea cual sea el momento procesal en que ésta recaiga— es una resolución sobre el fondo con eficacia de cosa juzgada. Si se produce *ab initio*, simplemente supon-

drá un adelantamiento de dicha decisión de fondo. Y por ello se llega a decir que la falta de legitimación cumple una **función procesal** pero tiene *efectos materiales*, por lo cual se ha hablado de la **proyección sustantiva** de la legitimación.

Es pertinente el razonamiento aludido, pero sin embargo se deben precisar algunos de sus extremos. En efecto, se expresa en él que declarada por el tribunal la falta de legitimación activa ello equivaldría a decir que no existe tal posibilidad de ser titular, merecedor de la tutela reclamada, por lo que necesariamente ha de concluirse que no existe la titularidad real y el consiguiente derecho a la tutela concreta demandada. A este respecto, es necesario decir que el juez que se pronuncia sobre la falta de legitimación activa del actor, debe limitarse a señalar que el actor no cumplió con uno de los requisitos básicos que lo habilitan a exigir al órgano jurisdiccional estatal que desarrolle dicho proceso hasta la obtención de la sentencia sobre el fondo. Pero de dicha declaración judicial no se debe colegir necesariamente que el actor no sea efectivo titular del derecho o interés deducido en el proceso.

#### IV. LA TUTELA CAUTELAR

##### A) NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

La tutela cautelar nace originariamente en el campo procesal civil como instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo. Una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo. De acuerdo a ese control de los efectos del tiempo, el juez necesitará en algunos casos impedir el cambio posible de una situación (detener el tiempo), eliminar el cambio ya ocurrido de una situación (retroceder el tiempo), o bien, anticipar el cambio probable o solamente posible de una situación (acelerar el tiempo).

Pero no le basta al juez poder controlar los efectos del tiempo en relación al proceso, sino que este control tiene que operar además con urgencia. Para ese control urgente del tiempo, a efectos de una adecuada y efectiva tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos por parte de la jurisdicción, se establece el proceso cautelar.

Y ocurre que este control urgente de los efectos del tiempo, para otorgar una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que ocurren ante el órgano jurisdiccional, no puede ser obtenido por el proceso de declaración ordinario, pues éste, para que pueda brindar una efectiva protección a los derechos e intereses de los justiciables, necesita de un espacio de tiempo razonable para que pueda concretarse la formulación concreta de la regla de derecho, es decir, el establecimiento de la existencia del derecho. Y en ese necesario *iter* del proceso ordinario, o dicho de otro modo, en esa necesaria mora del pronunciamiento definitivo, se configura un posible peligro de un daño jurídico urgente y marginal para el actor, que puede ser mitigado mediante otro proceso, como lo es el cautelar.

Expresado con otros términos, se puede decir que el objetivo que busca el proceso cautelar es permitir que la sentencia que dictará el juez referida a la tutela de un determinado derecho subjetivo o interés legítimo de una persona, pueda cumplirse en sus propios términos y no se haga así ilusoria, producto de sucesos que hayan acaecido durante el normal *iter* del proceso.

Hay que tener presente que el proceso cautelar no busca tutelar directamente los derechos e intereses de los justiciables, sino que los tutela de una manera lejana o indirecta, a través de la tutela del proceso principal, es decir, ese proceso declarativo o ejecutivo que requiere un andar pausado y seguro, o una necesaria mora para poder cumplir adecuadamente sus propios objetos procesales. Surge así una de las características que ha sido considerada mayoritariamente como esencial en esta concepción: la instrumentalidad del proceso cautelar, referida al hecho que las providencias cautelares no son nunca fines en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo, al cual las providencias cautelares, preventivamente, aseguran su provecho (peligro de infructuosidad) o utilidad práctica (peligro de tardanza).

Por ello, las providencias cautelares, más que el fin de actuar directamente el derecho objetivo, lo que harían es asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva pronunciada en el proceso sobre el mérito, la que sí servirá para actuar el derecho objetivo y dar tutela a los derechos e intereses de los justiciables.

En materia civil, en el derecho chileno, la expresión más típica de tutela cautelar corresponde a las denominadas medidas precautorias, reguladas

por los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Estas se encuentran establecidas con el mero objeto de asegurar el resultado del proceso principal, ya iniciado o a iniciar. Es decir, no existen como fines en sí mismas, sino como instrumentos de cautela del proceso principal, de modo que si se solicitan antes del inicio del proceso principal (es decir, las denominadas prejudiciales precautorias que regula el art. 279 Código de Procedimiento Civil), obligan al que las obtuvo a deducir demanda en el proceso principal y a solicitar que se mantengan las medidas, dentro del plazo de diez días contados desde la aceptación de la medida por el tribunal, bajo sanción de caducidad de las mismas y de ser responsable de los perjuicios causados. Las otras pueden solicitarse durante el curso del proceso de mérito y seguirán la suerte de éste, sin que puedan sobrevivir extinguido éste. El Proyecto de Código Procesal Civil se refiere a estas medidas como cautelares, por lo que desaparece la denominación de precautorias del Código aún vigente.

En resumen, las medidas cautelares que regula el Código de Procedimiento Civil chileno, suponen siempre e indispensablemente la existencia de un proceso sobre el mérito, en curso o por iniciarse.

#### B) PRESUPUESTOS PARA PROVEER MEDIDAS CAUTELARES

Tradicionalmente, se ha entendido que son dos los presupuestos que deben concurrir siempre para que el tribunal pueda dictar una medida cautelar. Tales presupuestos son los de *fumus boni iuris* (o apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (o peligro en la demora), aunque deberá incluirse otro presupuesto más contemporáneo como es el de proporcionalidad y, eventualmente, una caución o contracautela.

##### a) *Fumus boni iuris*

El *fumus boni iuris*, apariencia de buen derecho o apariencia jurídica, implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmados ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades se pueda prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar.

No cabe exigir en el proceso cautelar una plena declaración jurídica, pues en ese caso éste sustituiría al proceso principal, siendo bastante con la acreditación de la apariencia. Lo contrario repugnaría a la plena contradicción que ha de regir en el proceso a través del que debe decidirse sobre la juridicidad y eventual relevancia de las afirmaciones de las partes; a ello se une el hecho de que exigir una completa convicción judicial acerca de la juridicidad y en su caso relevancia del interés cautelar para poder acordar la medida solicitada, precisaría un tiempo procesal contrario al *periculum in mora*, es decir, agravaría la contingencia de un pronunciamiento principal ilusorio (por desaparición por ejemplo del bien reclamado) e incrementaría el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva. Estamos de este modo ante un juicio de probabilidad o verosimilitud.

El Proyecto de Código Procesal Civil se refiere expresamente a este tema señalando que para ordenar las medidas cautelares el solicitante deberá acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil la existencia del derecho que se reclama, además del peligro de daño jurídico que justifica su otorgamiento, según se verá en el siguiente punto.

#### b) *Periculum in mora*

El *periculum in mora* es el peligro de un daño urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva; en la mora en que se incurre en su pronunciamiento, encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producto del normal desarrollo del proceso; tal mora, indispensable para el cumplimiento del *iter* ordinario procesal, puede hacer prácticamente inútil la decisión judicial que de este modo llegará demasiado tarde.

Calamandrei distinguía entre dos tipos de peligros derivados del normal *iter* procesal; el peligro de infructuosidad y el de tardanza, es decir, de la posibilidad de que no existan bienes del sujeto pasivo con los que cumplir lo ordenado judicialmente en vista de una futura ejecución, o bien, de que producto de la tardanza procesal se produzcan perjuicios para el solicitante.

El Proyecto de Código Procesal Civil regula el tema del peligro de la siguiente manera. Le exige al solicitante acompañar antecedentes que hagan

verosímil el peligro de daño jurídico que entraña, para su pretensión, el hecho de que no se conceda de inmediato la medida solicitada.

#### c) *Proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad está en estrecha relación con el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales. En materia procesal civil los derechos fundamentales involucrados pueden ser, principalmente, el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas. Una medida cautelar que recae sobre un bien o bienes del demandado importa, *per se*, una restricción de un derecho fundamental sin que tenga como base una decisión judicial que se base en la verdad plenamente establecida. Para que esa limitación impuesta por el juzgador a los derechos fundamentales del demandado sea racional y justa, debe evitar en la medida de lo posible producirle daños.

El criterio de proporcionalidad lo contempla actualmente nuestro Código de Procedimiento Civil en el artículo 298: "las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio". No hay en el Código una referencia expresa al concepto de proporcionalidad, pero de las expresiones "limitarán" y "necesarios" se puede deducir el principio.

El Proyecto de Código Procesal Civil, a diferencia del Código vigente, expresamente se refiere a este aspecto, señalando que las medidas cautelares deberán mantener una estricta proporcionalidad con el objeto y naturaleza de la pretensión cuya tutela se requiere y ser idóneas para cumplir con la finalidad perseguida. El tribunal al conceder una medida cautelar tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado represente la medida decretada.

#### d) *Caución o contracautela*

La legislación procesal civil suele obligar a quien solicita una medida cautelar a constituir una caución o fianza para responder por los eventuales daños que se causen a la persona que soporta la medida. Nuestro Código de Procedimiento Civil, tratándose de medidas precautorias

no expresamente autorizadas por la ley, faculta al juez para exigir una caución a quien solicita la medida (art. 298). Asimismo, exige caución cuando se solicita la medida sin que se acompañen los comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama (art. 299). La misma caución se exige en el caso de las medidas prejudiciales precautorias (art. 279). En todos los demás casos la ley no exige caución.

Esta contracautela intenta equiparar la posición favorecida del solicitante de la medida cautelar con la posición de quien sufre la medida, quien no ha sido aun condenado en el proceso.

El Proyecto de Código Procesal Civil exige caución para la parte que solicite una medida cautelar en los casos previstos por la ley. Remite por tanto a casos especiales previstos en el Código o en otras leyes la exigencia de caución. Por otra parte, la exige siempre para poder decretar una medida cautelar solicitada de manera prejudicial. Para aquellas medidas solicitadas durante el procedimiento, podrá exigir o no caución atendidas las circunstancias del caso.

Finalmente, señala expresamente el Proyecto que no se exigirá caución para aquellas medidas cautelares nominadas que se refieran a los bienes materia del juicio.

### C) CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares se caracterizan por las siguientes notas: a) Legalidad; b) Jurisdiccionalidad; c) Dispositividad; d) Instrumentalidad, y e) Provisionalidad.

#### a) Legalidad

En materia penal la ley es la única que puede establecer medidas cautelares contra los imputados por delito. Sin embargo, la legalidad de las medidas cautelares no siempre se exige en campo civil, en la medida que, según hemos visto, nuestro Código de Procedimiento Civil admite medidas precautorias no expresamente previstas por la ley, caso en el cual el juez figura facultado para exigir una caución a quien la obtenga (art. 298).

Tenemos de este modo que el Código de Procedimiento Civil reconoce la figura de las medidas cautelares innominadas o atípicas, que son de creación del juez en el caso concreto. La práctica forense, sin embargo, indica que estas medidas son escasamente requeridas y utilizadas por abogados y jueces.

En el Proyecto de Código Procesal Civil se amplía el radio de acción de las medidas innominadas. Señala al respecto que el tribunal puede conceder otras medidas cautelares de tipo conservativas no contempladas en la ley, cuando las que establece el propio Código no resulten idóneas o suficientes para el resguardo de la pretensión del actor.

Pero, además, la denominada medida cautelar innovativa es por definición innominada. En efecto, el Proyecto señala que ante la inminencia de un perjuicio irreparable, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud. Al hablar de medidas en general y con efectos de reponer un estado anterior con un carácter total o solo parcial, abre el espacio para la creación judicial de estas medidas.

Finalmente, el Proyecto señala que la concesión de las medidas cautelares conservativas e innovativas previstas no excluye el otorgamiento de otras medidas que se autoricen en normas especiales.

#### b) Jurisdiccionalidad

Es casi innecesario aludir a este carácter, toda vez que hoy en día se concibe a la tutela cautelar como atributo ínsito de la potestad jurisdiccional, y como tal, incluida en el artículo 76 CPR.

Únicamente es dispensable la tutela cautelar por el órgano jurisdiccional y en modo alguno por otro órgano. Ello obedece a que la actuación jurisdiccional dentro de un Estado de derecho como uno de sus fines esenciales velar por la vigencia y respeto de los derechos fundamentales de las personas. El proceso judicial es la única instancia que da garantías a las personas en orden a que sus derechos podrán ser limitados de un modo racional y justo.

### c) Dispositividad

Como principio general, las medidas cautelares sólo pueden dictarse a petición de parte interesada y jamás de oficio por el juez. Como excepción a este principio podemos reconocer la medida cautelar de no innovar en el Recurso de Protección, la que, de conformidad con el artículo 3° inciso final del auto acordado sobre tramitación del referido recurso del año 1998, puede decretarse ex officio por la Corte de Apelaciones competente, “cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso”. Misma excepción existe en materia de juicios de familia...

La dispositividad cautelar debe entenderse bajo el principio general de pasividad de la actuación de los tribunales de justicia, los que sólo actúan a petición de parte *—ne proceda iudex ex officio y Wo kein Kläger da kein Richter o nemo iudex sine actore—* (art. 10 Código Orgánico de Tribunales).

### d) Instrumentalidad

En sentido amplio se alude con esta nota a que su objetivo es facilitar los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la Justicia. La instrumentalidad supone que las medidas cautelares carecen de fin en sí mismas, ya que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo, del que aseguran preventivamente la eficacia y utilidad.

El carácter instrumental de las medidas cautelares lleva necesariamente a que éstas se extingan cuando se pronuncia la sentencia sobre el mérito y ésta se ejecute. Si la sentencia ha reconocido el derecho reclamado por el actor, la medida cautelar habrá cumplido su fin y entrará a producir plenos efectos el carácter ejecutivo de la resolución. Por el contrario, si la demanda es desestimada en definitiva, la medida cautelar perderá toda su eficacia y desaparecerá del orden procesal.

Se ha dicho también en relación con la instrumentalidad de las medidas cautelares, que ésta busca garantizar la eficacia y, por sí decir, la seriedad de la función jurisdiccional. En palabras de Calamandrei, se trata de impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia,

se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde. De este modo, para el profesor de Florencia, las medidas cautelares se disponen, más que en el interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y su buen nombre, destacando de este modo el carácter público de las providencias cautelares.

En definitiva, se puede señalar que las medidas cautelares son instrumentos predisuestos al servicio de la jurisdicción. Estas últimas consideraciones permiten comprender la importancia práctica que tiene, en un sistema procesal, el buen ordenamiento de los medios cautelares, la deficiencia de los cuales puede debilitar la eficacia de la función jurisdiccional en su momento ejecutivo, e impedir a la justicia, por falta de medidas preventivas rápidas, energías y completas, el logro de sus fines últimos.

### e) Provisionalidad

La provisionalidad de las medidas cautelares consiste en la limitación de la duración de sus efectos por aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de la resolución sobre el mérito. El artículo 301 del Código de Procedimiento Civil es bien claro en este punto. “Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”. El Proyecto de Código Procesal Civil agrega que el tribunal podrá dejar sin efecto la medida decretada o modificarla, cuando ha desaparecido el peligro, han variado las circunstancias que se tuvieron en vista para su concesión o cuando se cuenta con nuevos antecedentes.

De este modo, hay que entender que las medidas cautelares no tienen vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y jamás aspiran a convertirse en definitivas.

### BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, E. *Derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008.

- ARANCIBIA, J. "Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica", en *Gaceta Jurídica*, N° 233, 1999.
- BORDALÍ, A. *La independencia judicial en el derecho chileno*, LegalPublishing, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2010.
- BORDALÍ, A. Hunter, I. "Juicios orales en Chile", en *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*, Ferrer Mc-Gregor, E. y Said, J. (coordinadores), UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2013.
- BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, Barcelona, Bruguera, 1983.
- CALAMANDREI, P. *Processo e democrazia*, Padua, Cedam, 1954.
- CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, El Foro, 1996.
- CARNELUTTI, F. *Derecho y proceso*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa - América, 1971.
- CHIOVENDA, J. *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1977.
- COLOMBO, J. *La competencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2004.
- CORDÓN, F. "Sobre la legitimación en derecho procesal", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 2, abril - junio, 1998.
- COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
- DE OTTO, I. *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- EVANS, E. *Los derechos constitucionales, Tomo III*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2004.
- FERRAJOLI, L. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007.
- FIGUEROA, J. A. "¿En qué momento procesal puede alegarse la falta de legitimación activa?" en *Revista de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho, U. de Chile, N° 19, 1997.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. "A vueltas con la legitimación. En busca de una construcción estable", en *Revista del Poder Judicial*, N° 54, 1999.
- MARÍN, J. C. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- MICHELI, G. A. *Curso de derecho procesal civil*, vol. I, Parte general, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa América, 1970.
- MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Civitas, 1994.
- MONTERO AROCA, J. et al. *Derecho jurisdiccional, I, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, novena edición, 1999.
- OBERTO, G. *Magistrati. Reclutamento e formazione. Studio comparato fra sistemi europei*, Roma, Sapere 2000, 2003.
- ORTELLS, M. et al. *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Thomson Aranzadi, séptima edición, 2007.
- PEDRAZ, E. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990.
- REQUEJO, J. L. *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- RICCI, G. F. *Principi di diritto processuale generale*, Turín, Giappichelli, tercera edición, 2001.
- ROMERO SEGUEL, A. *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- TARUFFO, M. *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti.

SEGUNDA PARTE  
LA FASE DE DISCUSIÓN

PROF. GONZALO CORTEZ MATCOVICH

En la revisión y profundización de este capítulo, así como en la revisión de las otras secciones de responsabilidad del Prof. Cortez, contribuyó la alumna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción Srta. Camila Robles Montecinos, a quien el autor agradece su colaboración y, especialmente, su paciencia.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando en cursos anteriores se trató la función jurisdiccional, se aludió a la fórmula contenida en el art. 76 CPR en orden a que *“La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”*.

De manera correlativa a las subfunciones de resolver (juzgar) y hacer ejecutar lo juzgado, se habla de la existencia de dos tipos de procesos: proceso de declaración y proceso de ejecución. De la misma manera y con referencia a las clases de pretensiones, se habla de pretensiones declarativas y de pretensiones ejecutivas.

Al proceso cautelar y a las pretensiones de esta naturaleza no se refiere el art. 76 CPR, pero la doctrina ha puesto de relieve que corresponde a otra subfunción de la jurisdicción y a una clase de pretensión.

De esta manera aparecen tres clases de procesos: de declaración (declarativos o de conocimiento), de ejecución (o ejecutivos) y los cautelares.

Las **pretensiones declarativas**, que dan origen al proceso de declaración o de conocimiento, en el que la función de juzgar de los tribunales se concreta en el decir (declarar) el derecho en el caso concreto, que puede hacerse de tres modos distintos que se corresponden con la clase de pretensión interpuesta.

Las **pretensiones ejecutivas**, que dan origen al proceso de ejecución, tienden a obtener el cumplimiento forzado de una obligación que consta en un título ejecutivo o que lleva aparejada ejecución, tienden a obtener coactivamente lo que es debido o su equivalencia en dinero.

Las **pretensiones precautorias o cautelares**, que conforman el proceso cautelar, tienen por finalidad conseguir una resolución judicial de carácter provisional que garantice la efectividad de la sentencia que recaiga en el juicio.



### A) EL PROCESO DE DECLARACIÓN Y SUS CLASES

La función jurisdiccional de resolver los asuntos se concreta en la función de *decir* o declarar el derecho en el caso concreto. Esto corresponde al esquema *normal* en que se desarrolla la actividad jurisdiccional del Estado: primero se declara el derecho (proceso de declaración) y luego se procede a su ejecución (proceso de ejecución).

Esta declaración puede hacerse de tres maneras diversas que son correspondientes a las tres clases de pretensiones que pueden ejercitarse en un proceso.

#### a) Pretensiones declarativas puras o mero declarativas

Son aquellas cuya finalidad es obtener la simple declaración de un derecho o de una situación jurídica discutida, por ejemplo obtener la declaración de nulidad de un contrato o la declaración de la prescripción adquisitiva o alzamiento de una hipoteca.

Tienen como particularidad que a través del ejercicio de esta acción no se obtiene una condena a dar, hacer o no hacer. Por lo mismo, la sentencia que las acoge, si bien produce cosa juzgada, no precisa para su efectividad de una ejecución posterior.

#### b) Pretensiones constitutivas

Con ellas se persigue que, mediante una sentencia, se constituyan estados jurídicos nuevos, modificando un estado jurídico existente. Como ejemplo, se pueden citar las acciones de divorcio, de nulidad de matrimonio o de incapacidad para suceder, entre otras. Tampoco respecto de esta clase de pretensiones, la sentencia que las acoge requiere de actividad ejecutiva posterior para su efectividad.

#### c) Pretensiones de condena

Son aquellas por las cuales el actor pide que se imponga al demandado el cumplimiento de una determinada prestación, que puede consistir en dar,

hacer o no hacer alguna cosa. Por ejemplo, pagar el precio de una compraventa o imponer al demandado la obligación de restituir la cosa, cuando se ejercita la acción reivindicatoria.

Lo característico de las pretensiones de condena, que las distingue de las anteriores, es que la sentencia que las acoge es título ejecutivo, que permite iniciar el proceso de ejecución para el cumplimiento forzoso de la prestación a que fue condenada la parte demandada, cuando ésta no la cumple voluntariamente.

### B) EL JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA COMO EL PROCESO DECLARATIVO POR EXCELENCIA

Desde un punto de vista teórico, sería perfectamente posible que la actividad jurisdiccional del Estado pudiera articularse por medio de un único tipo de proceso declarativo. A través de este proceso, ordinario por antonomasia, los tribunales conocerían y resolverían de toda clase de pretensiones declarativas, ya fueran declarativas puras, constitutivas y de condena y, además, cualquiera fuera su objeto.

Sin embargo, la existencia de un único proceso, no pasa de ser algo teórico y en ningún ordenamiento ocurre así. En todos los sistemas se ha estimado conveniente la regulación de diversas modalidades procedimentales para la tramitación del proceso de declaración.

De entrada, suele estimar el legislador que, en atención a la cuantía del asunto, es necesario regular más de un proceso. Tal ocurre entre nosotros con el juicio ordinario de mayor cuantía, proceso típicamente **ordinario**, en cuanto los tribunales pueden, a través de él, conocer de toda clase de pretensiones, sin ninguna clase de limitación; y **plenario**, en cuanto no existe limitación de las alegaciones de las partes. La idea que preside esta clase de proceso es obtener la resolución definitiva y total del conflicto de intereses y para que la decisión reúna tales caracteres es indispensable conceder a las partes la mayor holgura posible tanto para la formulación de sus pretensiones como para el acreditamiento de los hechos que le sirven de fundamento. Para tales efectos —escribe FAIRÉN—, en la configuración del procedimiento, se instituyen momentos procesales relativamente

amplios para la práctica de los actos procesales, con posibilidad de prorrogarlos e, incluso, previendo la concesión de plazos extraordinarios; el formalismo y el principio dispositivo mantienen en esta clase de procesos todo su vigor.

Un proceso diseñado en función de estos requerimientos era sinónimo de juicio tardo y complicado, lo que redundaba en su alto coste y, a la postre, en su ineficacia para la satisfacción de los intereses de quienes acudían a él, particularmente en una sociedad en la que el factor tiempo paulatinamente fue adquiriendo cada vez mayor relevancia.

Su ineficacia pues llevó a crear nuevos tipo procesales que, sin dejar de ser ordinarios y plenarios, significara reducción de tiempo y coste. Surgen así dos categorías: el juicio ordinario de menor cuantía y el de mínima cuantía (arts. 698-738 CPC). Si bien la regulación de estos últimos está contenida en el Libro III, relativa a los juicios especiales, lo cierto es que, por su naturaleza, son aptos para sustanciar cualquier clase de pretensión declarativa.

En la regulación de estas distintas clases de procesos predomina la consideración de que, conforme disminuye la cuantía, el procedimiento ha de ser menos complicado.

La situación anterior se enmarca aún dentro de lo que pudiera considerarse una protección ordinaria dispensada por el ordenamiento, en cuanto a través de ellos puede conocerse de cualquier clase de pretensión declarativa.

Sin embargo, frente a esta tutela ordinaria, surgen los **juicios especiales**, es decir, contiendas judiciales que tienen una tramitación especial y que han sido establecidas para resolver sobre pretensiones que tienen un objeto específico y determinado. Si los juicios ordinarios son aptos para conocer de cualquier objeto procesal, los especiales tienen un objeto determinado.

El establecimiento de estos juicios especiales suele venir justificado por la circunstancia de que determinadas relaciones jurídicas precisan de ciertas adecuaciones procesales, para que los intereses en ellos comprometidos tengan eficacia práctica. Piénsese, por ejemplo, en los juicios en que se hace

efectivo el derecho de alimentos, en los que las condiciones naturales de la relación material comprometida, suponen que su satisfacción sólo puede alcanzarse si el instrumento procesal se acomoda a ella. El proceso especial no sólo es conveniente, sino que responde a una particular necesidad de rapidez en la respuesta jurisdiccional.

De esta manera —se argumenta— se produce el alejamiento de los procesos ordinarios sobre la base de que la protección que otorgan los tribunales a través de los juicios ordinarios no es adecuada para tramitar y decidir determinadas pretensiones.

Esto se demuestra en la existencia, cada vez más numerosa, de leyes reguladoras de materias de derecho privado, que contienen también, ciertas normas complementarias de carácter procesal. Se trata, en general, de materias caracterizadas por su dinamismo y necesidad de ajuste a una estructura social y económica avanzada, lo que repercute, incluso, en las normas procesales complementarias, que son importantes porque normalmente reflejan un avance en campos del proceso civil chileno que adolecen en mayor medida de atraso e insuficiencia. De este modo se posibilita que ciertas *parcelas del ordenamiento* o determinados grupos sociales obtengan una protección jurisdiccional más rápida y, por ello, más acorde a sus necesidades.

Desde luego, la existencia de una pluralidad de procedimientos plantea problemas de muy diversa índole. Por un lado, impone una adecuada clasificación y sistematización y, por otro, obliga a plantearse problemas de política legislativa referidos a la justificación de dichos procedimientos y su ámbito de aplicación. Asimismo, desde el punto de vista técnico, se plantean problemas referentes a la integración de las posibles lagunas normativas existentes en el régimen procedimental (ORTELLS).

Las opciones para regular estos procesos especiales oscilan entre el establecimiento de un procedimiento nuevo y completo, o bien, efectuándose una remisión a un procedimiento ya existente, introduciendo algunas o muchas modificaciones en el mismo.

El proceso declarativo por antonomasia en nuestro Derecho es el juicio ordinario de mayor cuantía, que se regula en el Libro II CPC (arts. 253-433), pues no sólo tiene el carácter de común, en cuanto frente a la ausencia de nor-

ma legal específica debe ser aplicado, sino que recibe aplicación supletoria en todos aquellos procedimientos que tienen una regulación especial y que carezcan de una norma especial diversa. Así, en el *procedimiento sumario*, que es un juicio especial regulado en el Libro III CPC, al no prever una regla particular sobre la interposición de incidentes en segunda instancia, se ha entendido que resulta procedente aplicar el art. 310 CPC y admitir la excepción de prescripción, que puede oponerse en cualquier estado de la causa (Corte Suprema, sentencia de 14 de abril de 1987, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 84, sec. 1ª, p. 34).

Cuando se hace referencia al *juicio ordinario*, sin más, se está aludiendo al juicio ordinario de mayor cuantía.

#### C) CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA

a) Se trata de un procedimiento en que predomina, sin contrapeso, la *escritura*.

La forma escrita es requisito de los actos procesales y la sentencia necesariamente ha de fundarse en el material aportado por escrito a los autos o documentado en ellos.

Al tratarse de un procedimiento dominado por la forma escrita, está sometido a otros principios que con frecuencia vienen asociados a la escritura: la falta de inmediación entre las pruebas practicadas y el juez y la desconcentración o dispersión en el tiempo de los actos procesales, puesto que al faltar el contacto inmediato con el juez, es preciso establecer etapas separadas en el tiempo que permitan a las partes redactar sus presentaciones y comunicárselas a las demás. En fin, la dispersión temporal de los actos procesales hace difícilmente practicable la publicidad del proceso para el público en general.

b) Es un **procedimiento común u ordinario** pues se aplica siempre que la ley no señale un procedimiento especial para la tramitación de un determinado asunto. Ninguna norma positiva indica que la acción reivindicatoria o de resolución contractual, por ejemplo, han de sujetarse al procedimiento ordinario. Es este carácter el que impone su aplicación cuando se ejercita esta clase de pretensiones.

c) Tiene el carácter de **supletorio**, porque no sólo se aplica en los juicios que carezcan de un procedimiento especial, sino porque también recibe aplicación en un procedimiento cualquiera, aunque tenga una tramitación especial, pero que no reglamente específicamente una determinada materia. La disposición del art. 3º CPC establece que se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza. Jurisprudencia y doctrina han patrocinado el carácter de supletorio de las reglas y normas del procedimiento ordinario, el que tiene una aplicación general en todos los casos que no exista una regla especial diversa. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de julio de 1997, Nº LexisNexis Nº 14.839).

d) En atención a la cuantía, el procedimiento del juicio ordinario se aplica a los pleitos cuya cuantía sea superior a 500 UTM.

e) Se aplica también a aquellos asuntos que el legislador considera de cuantía indeterminada puesto que, de acuerdo con lo previsto en los arts. 130 y 131 COT se consideran de mayor cuantía.

#### D) ESTRUCTURA DEL JUICIO ORDINARIO

El juicio ordinario, como todo proceso declarativo, puede visualizarse en forma esquemática compuesto de las siguientes fases:

a) Un período de discusión, compuesto por la demanda, la contestación de la demanda y los trámites de réplica y dúplica.

b) Un período de prueba (término probatorio), en el que se concentra buena parte de la actividad probatoria de las partes.

c) Período de decisión, que comienza una vez concluido el período de prueba y se inicia con la resolución del juez por la cual cita a las partes para oír sentencia, momento a partir del cual comienza a computarse el plazo que el juez tiene para pronunciar sentencia.

A partir de la vigencia de la ley Nº 19.334 de 1994 debe incluirse, entre el período de discusión y el de prueba, el llamado necesario a conciliación.

Podrían contemplarse otras etapas, como el período de observaciones a la prueba, entre el término probatorio y la citación para oír sentencia; el período de recursos; la etapa de cumplimiento o ejecución de la sentencia.

## II. FORMA DE INICIAR EL JUICIO ORDINARIO

El juicio ordinario se inicia por demanda deducida por el actor, sin perjuicio de que el proceso haya podido ser preparado a través de una medida prejudicial (art. 253 CPC).

### A) LA DEMANDA

#### a) Concepto

Una primera manifestación del principio dispositivo enseña que, en atención a la naturaleza privada del derecho subjetivo material que se invoca en un proceso civil, la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse por un acto de parte. La demanda es una entre varias decisiones que puede adoptar quien se considera titular de un derecho que ha sido lesionado.

Debe observarse que el principio dispositivo presenta ciertas matizaciones en algunos procesos civiles especiales, particularmente en aquellos en los que aparece un interés público comprometido, pero estas variaciones no alcanzan por lo general a alterar la regla que se comenta. Sin embargo, en el procedimiento para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes regulado en la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, se permite al juez iniciar de oficio el procedimiento (arts. 68 y ss. de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia). Fuera de este particular supuesto, la regla es que el juez nunca puede incoar de oficio el proceso.

El acto de parte iniciador del proceso es lo que se denomina demanda. Por este motivo el art. 253 CPC señala que *"todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor"* y lo dispuesto aquí, puede extenderse a todos los procesos declarativos, sean ordinarios o especiales.

Por consiguiente, tenemos un primer concepto parcial de la demanda, como acto iniciador del proceso, que está en estrecha relación con el concepto de acción, que supone, entre otras cosas, el derecho del particular a

poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, derecho se ejercita a través del acto procesal de la demanda.

Este concepto demanda, como simple acto iniciador del proceso, resulta incompleto pues el ejercicio del derecho de acción no puede concebirse con total independencia de la afirmación de una determinada situación de hecho jurídicamente relevante y apta para ser objeto de actividad jurisdiccional (ORTELLS).

Nadie pues inicia un proceso simplemente para observar como se desenvuelve la actividad jurisdiccional del Estado.

De ahí surge el concepto de **pretensión procesal** que es la petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien determinado. Se trata, por consiguiente, de una declaración de voluntad petitoria. No existen actos de iniciación procesal abstractos, sino que éstos siempre han de referirse a la pretensión.

Cabe pues distinguir entre el ejercicio de la acción y la interposición de la pretensión, que son términos distintos y de aparición sucesiva: la pretensión es la consecuencia lógica de la acción; se ejercita el derecho de acción para interponer una pretensión.

Aunando estos conceptos, puede decirse que la demanda es el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión. (MONTERO)

Con todo, debe tenerse presente que este acto procesal tiene el efecto de que se inicie el proceso, no porque el demandante lo pida, sino porque para resolver sobre la petición del actor, no hay otra vía más que la de iniciar el proceso. Recuértese al respecto que por imperativo constitucional *toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado* y que el proceso es el instrumento puesto por el ordenamiento jurídico para que los órganos jurisdiccionales realicen su función.

Nuestra jurisprudencia, incurriendo en la antigua confusión entre el derecho de acción y derecho subjetivo, la ha definido como *el medio legal*

que tiene el demandante para deducir una acción, siendo esta la forma de hacer valer el derecho que se reclama.

Puede señalarse que la demanda es el acto procesal de parte, que contiene la petición fundada del demandante de que se le otorgue una determinada tutela jurisdiccional mediante la sentencia.

La disposición del art. 253 CPC señala que todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este libro, que contiene los preceptos reguladores de las medidas prejudiciales. Los términos empleados por el legislador han inducido a suponer que el juicio ordinario puede comenzar de dos maneras distintas: por demanda del actor o por medidas prejudiciales.

Lo cierto, sin embargo, es que el juicio ordinario siempre debe comenzar por demanda, siendo ésta un acto de iniciación insustituible. Cuestión distinta es que el juicio ordinario pueda prepararse a través de ciertas diligencias previas al proceso, mediante las cuales el futuro demandante solicita la intervención del tribunal a fin de obtener la información relevante para la preparación del proceso que pretende iniciar, todo lo cual se obtiene a través de las denominadas medidas prejudiciales.

#### b) Forma y contenido de la demanda

1. *Forma de la demanda:* Teniendo en cuenta el precepto general del art. 254 CPC y otras exigencias legales, la demanda debe formularse por escrito, aún en aquellos procesos regidos por la oralidad.

2. *Requisitos generales de toda presentación escrita:* Como escrito que es, la demanda debe primeramente reunir los requisitos comunes a toda presentación formulada ante los Tribunales de Justicia.

3. Debe contener en su encabezamiento una *suma* procesal, que indique el contenido o el trámite de qué se trata (art. 30 CPC).

En aquellos lugares que son asiento de Cortes de Apelaciones y que cuentan con un sistema computacional para gestionar el ingreso y la distribución de demandas en los Juzgados de Letras en lo Civil, sujetos a régimen de distribución, se ha establecido mediante Autos Acordados, la exigencia de que las

demandas contengan un resumen, previo a la suma, otras menciones adicionales, que configuran lo que se denomina presuma o antesuma. Estas menciones son las siguientes: Tipo de procedimiento; materia; nombre y Cédula Nacional de Identidad del demandante y del demandado; Nombre y Cédula Nacional de Identidad de su abogado y apoderado, entre otros datos. Esta exigencia obedece a la conveniencia de programar un sistema de distribución que resguarde el propósito que persigue el artículo 176 COT, la necesidad de identificar debidamente toda demanda y gestión judicial para aumentar la expedición del trámite y lograr mayor seguridad de un reparto equitativo y la utilidad de emplear los adelantos de la informática, sin alterar las exigencias y formalidades que establece la ley.

4. Debe redactarse en lengua castellana;

5. Como la demanda suele constituir el primer acto del proceso, debe contener el cumplimiento de las cargas procesales previstas en los arts. 1º y 2º de la ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio, esto es, la designación de un procurador o mandatario judicial y de un abogado patrocinante.

6. Es preciso acompañar tantas copias simples como sean las partes a quienes debe notificarse (art. 31 CPC).

7. Debe estar firmada por quien comparece.

Se ha resuelto que la firma constituye un trámite esencial de un escrito o documento "...pues un procedimiento judicial es por esencia un conjunto de actuaciones formales, formalidades que tienden a dar seguridad a las partes que litigan, estableciéndose de antemano plazos y condiciones de actuación. Dicho trámite implica por un lado, una forma de identificación y por otro, la intención de hacerse responsable del documento o escrito de que se trate, de tal suerte que, presentado uno sin ese indispensable requisito, se ha de tener tan sólo como materialmente presentado, pero no jurídicamente extendido, esto es, en este último caso, no puede producir efecto alguno, en tanto no sea suscrito, sin que sea posible asignarle efectos retroactivos a una suscripción tardía". (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de abril de 2002, Rol N° 511-2002).

#### c) Requisitos específicos

La demanda, además, debe reunir unos requisitos específicos propios de este acto procesal previstos en el art. 254 CPC.

### 1. La designación del tribunal ante quien se entabla

La designación del órgano jurisdiccional encargado de conocer el asunto vendrá determinada por las reglas sobre competencia absoluta y relativa contenidas en el Código Orgánico de Tribunales. El requisito se cumple indicando el tribunal con el grado o jerarquía pertinente, lo que en la práctica se realiza a través de iniciales que indican genéricamente este tribunal, tales como, por ejemplo, S. J. L. (Señor Juez de Letras).

### 2. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación

Cuando la ley habla de nombre comprende tanto el propiamente dicho o nombre de familia (apellidos) y el nombre propio, individual o de "pila".

En cuanto a la designación relativa al domicilio, importa la indicación del art. 61 del CC, de modo que se cumple la exigencia con el señalamiento de la ciudad o lugar determinado del territorio nacional, no siendo necesario mencionar la casa habitación o morada, que es una exigencia distinta y dispuesta para otros efectos legales por el art. 49 CPC.

Así, en un proceso en que se opuso la excepción de ineptitud del libelo por falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda en cuanto ésta debe contener el domicilio del demandante y de la persona que lo represente, lo que no se habría cumplido porque se trataría de un domicilio designado "para estos efectos", lo que, en concepto del demandado, importa que no se trata del domicilio real que es lo que interesaría a la ley en esta materia, se terminó resolviendo que "el domicilio de las partes puede interesar para efectos que se proyectan al interior del proceso como para efectos ajenos al proceso. El artículo 254 N° 2 del Código de Procedimiento Civil no distingue, y sin duda que un domicilio designado en la forma que establece el artículo 49 del recién mencionado código, satisface al menos los primeros, por lo que se estima que el libelo cumple a este respecto con la exigencia legal. En consecuencia, se desechará la excepción dilatoria de ineptitud del libelo". (Corte de Santiago, sentencia de 8 de agosto de 2008, Rol N° 2.275-2007).

Sin embargo, en otro caso, se ha resuelto que la designación de un domicilio ad-hoc, sólo para los efectos de la demanda, no es útil para el cumplimiento de la exigencia legal, por no reunir los requisitos del art. 59 CC, esto es, la residencia y el ánimo real o presunto de permanecer en ella. (Corte de Apelaciones de Coyhaique, sentencia de 31 de enero de 2006, Rol N° 5-2006).

Quienes carecen de capacidad para comparecer en juicio deberán hacerlo mediante su correspondiente representante debiendo individualizarse ambos, situación extensiva a todos los supuestos en que se formule la demanda por medio de representante, en cuyo caso las exigencias de completa identificación han de cumplirse tanto respecto del representado (la parte) y del representante.

Tratándose de una persona jurídica, además de su completa individualización, debe contemplarse también la de la persona natural que actúa por ella.

### 3. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado

Dado que en nuestro ordenamiento no se admiten demandas dirigidas contra personas desconocidas, es imprescindible que el demandante proporcione los antecedentes necesarios para la correcta individualización del demandado. La mención del domicilio es necesaria para la práctica la notificación de la demanda.

En lo concerniente a la designación del domicilio del demandado, la expresión *domicilio* ha sido empleada en el sentido referido en el art. 61 CC, esto es, como relativo a una parte determinada del territorio del Estado, de manera que se cumple la exigencia legal con el señalamiento de la ciudad o lugar determinado del territorio nacional que corresponde al demandado, sin que sea preciso señalar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos en que funciona del tribunal, que es una exigencia distinta y dispuesta para otros efectos legales por el art. 49 CPC, cuya omisión tiene prevista una sanción específica en el art. 53 CPC.

Los requisitos contenidos en los numerales 2 y 3 del art. 254 CPC, esto es, los referidos a la designación de las partes sirven para delimitar subjetivamente la pretensión y, por consiguiente, a quienes se extenderá la eficacia de la sentencia.

### 4. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya

– *Fundamentación fáctica*: Los hechos que fundamentan la demanda son aquellos útiles para identificar la pretensión y distinguirla de cualquier otra. Estos hechos conforman lo que se conoce como causa de pedir y revisten

particular importancia porque: a) Sirven para identificar el objeto del debate propuesto por el actor; b) Este objeto no puede ser alterado de manera sustancial durante la tramitación del proceso; c) Determina la exclusión de un eventual proceso posterior sobre el mismo objeto, como efecto distintivo de la *litispendencia* y d) El tribunal no puede resolver sobre otro objeto que el propuesto por el actor (Congruencia).

– *Fundamentación jurídica*: La exigencia referente a los fundamentos de derecho no significa que la demanda haya de contener precisamente la cita de las leyes o de los preceptos pertinentes en que se apoya, sino que es suficiente que la exposición en este aspecto no deje duda acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la pretensión que se hace valer. En cualquier caso, no falla *ultrapetita* el tribunal que funda su fallo en disposiciones legales no invocadas por las partes o que, sin previa petición de parte, examina los presupuestos legales requeridos para el ejercicio de la acción.

A diferencia de la motivación fáctica, la fundamentación jurídica no forma parte del objeto del proceso ni es vinculante para el tribunal el que, de acuerdo al principio *iura novit curia*, puede estimar o desestimar la demanda, con base en normas jurídicas no alegadas por el demandante. De ahí que la Corte Suprema tenga resuelto que “no falla *ultra petita* el tribunal que funda su sentencia en disposiciones no invocadas por las partes... el sentenciador sólo queda obligado por las peticiones que le formula el demandante en su demanda y el demandado en su contestación, mas no por los fundamentos de derecho en que apoyan sus pretensiones y defensas” (Corte Suprema, sentencia de 23 de junio de 1988, Rol N° 21.863).

En el mismo sentido, tiene resuelto el máximo tribunal que “atendidos los términos en que se desarrollaron los planteamientos propios del periodo de discusión de la causa, cobra vigencia la máxima jurídica *iura novit curia*, ... con arreglo a la cual corresponde al juez decidir, de acuerdo al ordenamiento jurídico, aun cuando las partes no hayan expresado las leyes en que fundan sus derechos o hayan invocado otras distintas de las que el tribunal considera aplicables en la especie, de acuerdo a las alegaciones de las partes, a los hechos expuestos y las pruebas tendientes a comprobarlos en el proceso”. (Corte Suprema, sentencia de 22 de julio de 2010, Rol N° 767-09).

#### 5. La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal

Es el requisito más importante de la demanda pues es en esta oportunidad y no en otra en la que el actor debe concretar sus peticiones y especificar

la *cosa pedida*, lo que ciertamente delimita la órbita de las atribuciones del tribunal de modo que éste no puede fallar sobre otro objeto procesal distinto del propuesto por el actor (*extrapetita*) ni fallar más allá de lo pedido (*ultrapetita*). Asimismo, el tribunal tiene el deber de ser exhaustivo en su sentencia y pronunciarse sobre todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio (art. 170 N° 6 CPC).

Con todo, la sola conclusión o parte petitoria de la demanda, no resulta suficiente para caracterizar la acción, y como el tribunal está llamado a pronunciarse en su sentencia sobre la una y la otra, faltará a su deber si atiende únicamente a aquella parte de la demanda, desentendiéndose del resto de ella, especialmente de la exposición de hechos y razones jurídicas que revelan la causa de pedir o fundamento inmediato del derecho o acción deducida en el juicio.

#### 6. Peticiones accesorias

Con frecuencia se contienen en el escrito de demanda peticiones accesorias que se contienen en párrafos separados denominados **OTROSÍ**. Las más comunes se refieren al cumplimiento de las normas contenidas en la ley N° 18.120 sobre comparecencia en juicio, la agregación de documentos y las peticiones de exhorto, entre otras.

#### MODELO QUE CONCRETA LOS REQUISITOS HABITUALES DE UNA DEMANDA:

LOCALIDAD	: CONCEPCIÓN
PROCEDIMIENTO	: JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA.
MATERIA	: NULIDAD DE CONTRATO.
DEMANDANTE	: RODOLFO PÉREZ GUTIÉRREZ
RUT	: 12.222.222-2
ABOGADO PATROCINANTE Y APODERADO	: DANIEL PRIETO VALENZUELA
RUT	: 11.111.111-1
DEMANDADO 1	: SOCIEDAD MMB S.A.
RUT	: 8.888.888-8
REPRESENTANTE LEGAL	: MARIO MUÑOZ BERNALES
RUT	: 5.222.222-2
DEMANDADO 2	: JACINTA VARGAS VILDOSO
RUT	: 7.777.777-7

**EN LO PRINCIPAL:** demanda de nulidad absoluta de contrato. **PRIMER OTROSÍ:** acompaña documentos en la forma que indica. **SEGUNDO OTROSÍ:** Exhorto; **TERCER OTROSÍ:** patrocinio y poder.

S. J. L.

**RODOLFO PÉREZ GUTIÉRREZ**, empresario, domiciliado en calle Paicaví N° 348, Concepción, a SS. digo:

Que interpongo demanda de nulidad absoluta de contrato en contra de la **Sociedad MMB S.A.**, persona jurídica del giro venta y administración de inmuebles, legalmente representada por su gerente general don **Mario Muñoz Bernales**, ingeniero, ambos domiciliados en Avenida Matta N° 5890, oficina 302, Santiago y en contra de **Jacinta Vargas Vildoso**, ignoro profesión u oficio, domiciliada en calle Amunátegui N° 94, Concepción, con base en los siguientes antecedentes:

#### I. Situación fáctica:

1. Con fecha 9 de julio de 2008, entablé demanda en juicio ordinario de cobro de pesos en contra de la demandada en estos autos, MMB S.A., la que dio origen a los autos caratulados "Pérez con MMB S.A.", que se tramita ante el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de esta ciudad, bajo el Rol N° 2.434-2008;

2°. En el contexto del citado juicio y con el propósito de asegurar el resultado de la acción solicitada y obtuve del tribunal que decretara en mi favor la medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble ubicado en calle Serrano N° 966, inscrito a nombre de la demandada MMB S.A. a fojas 502 N° 63, del año 1992, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción;

La referida medida fue debidamente notificada e inscrita en el registro correspondiente, a fojas 326 N° 569, del año 2008, del Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces de Concepción;

3°. He tomado conocimiento que la sociedad demandada haciendo caso omiso de la prohibición decretada por el tribunal y procediendo con manifiesta mala fe ha vendido este inmueble a la demandada doña **Jacinta Vargas Vildoso**. Así consta de la escritura pública de compraventa otorgada ante el notario de Concepción, don Heriberto Salgado Barria, de fecha 28 de mayo de 2011;

La inscripción de dominio a favor de **Jacinta Vargas Vildoso** fue practicada a fojas 223 N° 258, del año 2011, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción;

#### II. Situación jurídica:

4°. Con arreglo a lo previsto en el art. 1464 del Código Civil, hay objeto ilícito, entre otros casos, en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, sin que el Juez que decretó la medida o el acreedor del respectivo juicio autorizara su venta;

5°. Por su parte, según puede colegirse de lo dispuesto en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, la nulidad absoluta consiste en la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos en cuya formación se han omitido los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de los mismos, en atención a su naturaleza;

6°. Que, subsecuentemente, al transferirse el inmueble de autos, en circunstancias que la cosa estaba embargada como consecuencia de los efectos atribuidos por el legislador a la orden de un juez y prescindiéndose de la autorización de éste o del acreedor correlativo, significa que tal acto se encuentra afectado de objeto ilícito y, por ende, viciado de nulidad absoluta, según lo dispone el mismo artículo 1464 N° 3 del Código Civil, en relación con su artículo 1682.

#### POR TANTO,

en virtud de las consideraciones expuestas y de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1464, 1682, 1687 y 1796 del Código Civil, **Pido a US.** tener por interpuesta demanda de nulidad absoluta del contrato de venta celebrado por escritura pública otorgada ante el notario de Concepción, don Heriberto Salgado Barria, con fecha 28 de mayo de 2011, en contra de **MMB S.A.** y de doña **Jacinta Vargas Vildoso**, ambos ya individualizados, acogerla a tramitación y en definitiva declarar que el contrato singularizado en el párrafo 3. de esta presentación es nulo absolutamente y que en consecuencia las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el acto nulo y por lo tanto, debe serle restituído el dominio del inmueble a la demandada MMB S.A. en las mismas condiciones que lo detentaba antes de la enajenación, esto es, con la medida cautelar vigente a mi favor, debiendo cancelarse la inscripción de fojas 223 N° 258, del año 2011, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción, notificándose para tales efectos, con costas.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicito a US. tener por acompañados, con citación de la contraria, los siguientes documentos:

a) Copia autorizada e íntegra del cuaderno de medida precautoria formado en el expediente caratulado "Pérez con MMB S.A.", seguido ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de esta Concepción y que lleva el Rol N° 2.434-2008, del que consta haberse trabado medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble *sub lite*;

b) Copia autorizada de la inscripción de la referida medida precautoria en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces de Concepción;

c) Copia autorizada de la escritura pública de compraventa otorgada ante el notario de Concepción, don Heriberto Salgado Barria, de fecha 28 de mayo de 2011, de la que consta que la demandada MMB S.A. enajenó el inmueble después de haberse trabado la medida precautoria;

A US. pido, tenerlos por acompañados en la forma solicitada.



**SEGUNDO OTROSÍ:** El representante legal de la demandada, MMB S.A. tiene su domicilio en Santiago. Procede por consiguiente, se despache exhorto al Juzgado competente de la comuna de Santiago, con el objeto de que por su intermedio se proceda a la notificación de la demanda. Para tales efectos el tribunal exhortado tendrá al efecto, las más amplias facultades, pudiendo proveer los nuevos domicilios que se pudieren presentar, ordenar la notificación de la demanda en la forma señalada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

Se facultará desde ya, a cualquier persona habilitada para que tramite por mano el presente exhorto. El exhorto deberá contener, copia de la demanda y de su correspondiente proveído. En la misma forma será devuelto.

Sírvase SS. acceder a lo solicitado.

**TERCER OTROSÍ:** Pido a US. tener presente que designo como abogado patrocinante a Daniel Prieto Valenzuela, domiciliado en Tucapel N° 159 Oficina 26, Concepción a quien confiero poder con todas y cada una de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, la que doy por reproducidas.

*d) Las posibilidades de modificación o transformación de la demanda*

Una vez presentada la demanda es posible que el actor pretenda introducirle modificaciones o rectificaciones, para cuyo tratamiento procesal, se debe distinguir tres situaciones:

1. Si la demanda ya ha sido presentada ante el tribunal competente, pero se encuentra sin notificar al demandado, puede el actor retirarla sin trámite alguno –salvo una simple constancia administrativa– y se la considerará como no presentada para todo efecto (art. 148 CPC).

2. Si la demanda ya ha sido notificada al demandado pero éste aún no la ha contestado, tiene el actor dos posibilidades:

2.1 Desistirse de la misma, lo que comporta importantes repercusiones puesto que la sentencia que acepta extingue las acciones a que él se refiera (arts. 148 y 150 CPC);

La jurisprudencia ha debido precisar que una cosa es el simple retiro de una demanda al cual se le da curso sin trámite alguno, es decir, sin escuchar al demandado que no ha sido notificado de la demanda y el desistimiento de la

misma. “En el caso del simple retiro, se tiene por no presentada para todos los efectos legales, solución legislativa que se establece porque al no estar notificada la demanda, no existe una relación jurídico procesal entre ambas partes, la que solo nace al derecho desde que se notifica al demandado. Cuando éste está notificado y existe una relación jurídica procesal, lo que corresponde es el desistimiento de la demanda, escuchándose al demandado y no el simple retiro de la demanda” (Corte Suprema, sentencia de 9 de julio de 2012, Rol N° 368-2012).

2.2 Puede introducir en la demanda las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes, las que serán consideradas como una nueva demanda para los efectos de su notificación y sólo una vez que dicha diligencia se verifique, se computa el plazo para contestar la primitiva demanda (art. 261 CPC);

Tratándose de pluralidad de demandados, la contestación de alguno o algunos, impide el ejercicio de la facultad de alterar el contenido de la demanda (art. 261 inc. 1° CPC);

2.3 Si la demanda ya fue contestada por el demandado:

– El actor tiene la posibilidad de desistirse de la misma (arts. 148 y 150 CPC);

– Puede el actor, en el escrito de réplica, efectuar las ampliaciones, adiciones o rectificaciones a la demanda, con la limitación de no poder alterar a aquellas que hayan sido objeto principal del pleito (art. 312 CPC).

*e) Admisión de la demanda*

La regla general es que una demanda que reúna los requisitos mínimos de contenido que exige el art. 254 (sujetos, *causa petendi* y *petitum*) debe ser admitida sin más, con independencia del probable éxito o fracaso de la pretensión al momento de pronunciarse la sentencia definitiva.

Excepcionalmente puede el juez de oficio no dar curso a la demanda que no contenga los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del art. 254 expresando el defecto de adolece (art. 256 CPC).

Se ha resuelto que esta facultad sólo procede en la medida que sea ejercida oportunamente, esto es, antes de que se hubiere constituido una relación procesal válida (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 19 de junio de 1998, Rol N° 6.040-97).

Sin perjuicio de lo anterior, para el evento de que se trate del incumplimiento de otra clase de requisitos o bien, tratándose de los recién examinados, si el juez no hace uso de la facultad prevista en el art. 256 CPC, el demandado puede oponer a la demanda la excepción dilatoria de *ineptitud del libelo*, por razón de falta de algún requisito en el modo de proponer la demanda (art. 303 N° 4 CPC).

Fuera de lo dicho, si el tribunal se estima incompetente absoluto, deberá declararlo así. Si en la demanda no se da cumplimiento a las reglas sobre postulación procesal (patrocinio y mandato judicial), el juez no podrá darle curso a la demanda y deberá proceder en los términos de la ley N° 18.120.

Interpuesta la demanda ante tribunal competente, determinado de acuerdo a las reglas generales de competencia contenidas en el COT, ésta debe ser admitida a tramitación, salvo que el tribunal ejerza la facultad prevista en el art. 256 CPC, ya examinada.

La resolución que recae en una demanda legalmente admitida es un decreto, providencia o proveído, que reconoce a la demanda el efecto inmediato de provocar la iniciación de la serie de actos que componen el proceso de declaración. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 257 CPC, admitida la demanda, se conferirá **traslado** de ella al demandado para que la conteste.

Sobre el particular, merecen destacarse dos cuestiones: **a)** No existe una declaración expresa sobre la admisibilidad, sino que ésta debe entenderse implícita en la resolución que confiere *traslado*; **b)** En otra clase de proceso declarativo, como el procedimiento sumario, el tribunal provee la demanda citando a las partes a una audiencia, para un día y hora determinados (art. 683 CPC).

Esta resolución, en la generalidad de los casos la primera recaída en el proceso, además de conferir traslado de la demanda, debe asignar a la causa el número de rol de ingreso al tribunal que está conociendo de ella y que, en la práctica, posibilita la notificación mediante el estado diario (art. 52 CPC). También suele indicarse la cuantía del asunto y, en directa relación con esto, el tipo o clase de juicio ordinario aplicable (de mayor, menor o mínima cuantía).

## EJEMPLO DE RESOLUCIÓN QUE SOMETE A TRAMITACIÓN UNA DEMANDA

FOJA: II. once



Segundo Juzgado Civil  
Concepción  
avc

Concepción, veintidós de octubre de dos mil once.

A lo principal: por interpuesta demanda, traslado. Al primer otrosí: por acompañados los documentos en la forma solicitada. Al segundo otrosí: Como se pide, exhórtese en los términos solicitados; Al tercer otrosí: Téngase presente.

Cuantía indeterminada.

Rol 5678-2011.

Resolvió don **CARLOS VÁSQUEZ MUÑOZ**, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción.

En Concepción, a veintidós de octubre de dos mil once, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. (avc)

### *f) Efectos de la demanda*

La sola presentación de la demanda genera ciertos efectos:

1. La interposición de la demanda produce el efecto de requerir la intervención jurisdiccional del Estado, el juez tiene la obligación (inexcusabilidad) de resolver las peticiones que formula el actor y, dado que la única forma que tiene para hacerlo es a través del proceso, se da inicio a la serie de actos que lo conforman;
2. Si la demanda ha sido presentada ante un tribunal relativamente incompetente, se entiende que el actor ha prorrogado tácitamente la competencia (art. 187 N° 1 COT);

En doctrina se denomina *litispendencia* al conjunto de efectos que produce la sola existencia de una demanda. Entre nosotros, una interpretación de las disposiciones de los arts. 1603 inc. final CC y 1911 inc. 2° CC, que se entiende que son aplicación general, lleva a concluir que antes de la notificación de la demanda, no se ha constituido aún una relación jurídico procesal válida. Coherente con esta afirmación es que el art. 148 CPC permite al demandante, antes de la notificación de la demanda, el retiro de la demanda, la cual se entenderá por no presentada.

En este mismo orden de ideas, la disposición del art. 331 CC que señala que los alimentos se deben desde la primera demanda, ha llevado a algunos autores a concluir que la obligación alimenticia regiría desde la sola presentación de la demanda. Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia de la C. Suprema ha interpretado esta disposición en el sentido de que los alimentos se deben desde que se notifica la demanda (Corte Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2000, Rol N° 3.575-99).

#### g) Notificación de la demanda

La resolución recaída en la demanda, como toda otra, debe ser notificada para que produzca efectos legales (art. 38 CPC).

Para determinar la forma en que debe practicarse la notificación, debe distinguirse primeramente la parte a quien se notifica:

Tratándose del **demandante**, la resolución recaída en la demanda, le debe ser notificada por el Estado Diario (art. 40 inc. 2° CPC).

Si se trata del **demandado**, debe hacerse un nuevo distingo:

1. Si la resolución recaída en la demanda es la primera resolución recaída en una gestión realizada en el juicio, que es la regla general, debe ser notificada en forma personal *“entregándosele copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído”* (art. 40 CPC).

2. Sin embargo, no siempre la demanda es la primera gestión en el juicio pues éste puede haber comenzado a través de una medida prejudicial, en cuyo caso, no siendo la resolución recaída en la demanda la primera resolución recaída en una gestión realizada en el juicio, se debe notificar el Estado Diario.

De ahí que puede decirse que la circunstancia de que la demanda y su proveído habitualmente se notifiquen en forma personal no deriva tanto en razón de tratarse de la demanda sino porque corresponde a la primera resolución recaída en el juicio.

En este sentido, se ha resuelto que *“la concepción que inspira la regulación de los actos de comunicación en el Código de Procedimiento Civil descansa, según se expresa en el Mensaje, en la idea de ‘practicar una primera notificación personal al demandado, rodeándola de todas las seguridades necesarias para su regularidad, e imponer en seguida a las partes la obligación de mantener vigilancia activa sobre la marcha del proceso, autorizando para ello las notificaciones por cédula y aun por la simple inscripción en los estados de las secretarías. 4°. Que el código no exige notificación personal de la resolución judicial que provee la demanda, sino que la exigencia está establecida para la resolución que dé origen a la primera notificación del juicio o gestión. De consiguiente, la demanda y su proveído se notifica personalmente al demandado sólo cuando se trata de la primera notificación que se practica en el proceso”* (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 27 de diciembre de 2010, Rol N° 1.546-2010).

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal puede disponer la notificación personal de la resolución recaída en la demanda, aun cuando no estemos ante una resolución recaída en la primera gestión realizada en juicio, ya que dicha forma de notificación puede emplearse en cualquier caso (art. 47 CPC).

#### EJEMPLO DE TESTIMONIOS EN EL PROCESO QUE DAN CUENTA DE LA NOTIFICACIÓN DE UNA DEMANDA

Foja: 12 doce

En Concepción, a treinta y uno de octubre del año dos mil once, siendo las 10:30 horas, en su domicilio ubicado en calle Amunátegui N° 94, Concepción, notifiqué personalmente a doña **Jacinta Vargas Vildoso**, la resolución de fojas 11, que provee la demanda. Le dejé copia íntegra de la demanda de fojas 1 y de la resolución de fojas 11. Me exhibió su cédula de identidad. Recibió conforme y no estimó necesario firmar.

**HECTOR MUÑOZ POBLETE**  
Receptor Judicial

En SANTIAGO, a siete de noviembre del año dos mil once, siendo las 11:00 horas, en calle Avenida Matta N° 5890, oficina 302, Santiago, notifiqué personalmente a don Mario

Muñoz Bernal en su calidad de representante legal de la Sociedad MMB S.A., la resolución de fojas 11 que provee la demanda de fojas 1. Le entregué copia íntegra de todo lo obrado y contenido del exhorto, incluyendo copia íntegra de la resolución y de la demanda de fojas 1. Me exhibió su cédula de identidad. Recibió conforme y no estimó necesario firmar.

MARÍA SOTO POBLETE  
Receptora Judicial

#### *h) Consecuencias procesales de la notificación de la demanda*

1. Se perfecciona la relación jurídico procesal, creando para las partes el conjunto de expectativas y cargas procesales, especialmente la correspondiente al demandado de comparecer ante el juez.

2. La existencia de un proceso en el que se ha constituido la relación procesal, impide la coexistencia de otro en que se den las identidades propias de la cosa juzgada, esto es, subjetivas y objetivas. En tal caso, el demandado puede oponer la excepción dilatoria de *litis pendencia* (art. 303 N° 3 CPC).

3. El demandante pierde la facultad de retirar la demanda y solamente puede desistirse de la misma (art. 148 CPC).

#### *i) Consecuencias jurídico privadas de la notificación de la demanda*

Cuando se habla de consecuencias jurídico privadas derivadas de la notificación de la demanda, se hace referencia a un conjunto de normas de derecho privado que tienen, como supuesto de hecho de alguna consecuencia jurídica, la existencia de una demanda legalmente notificada:

1. En la querrela de obra ruinoso, si cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos, pero no habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querrela (art. 934 CC).

2. La deuda solidaria sólo puede pagarse al acreedor demandante. Según el art. 1513 CC, el deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante.

3. Constituye en mora al deudor (art. 1551 N° 3 CC).

4. Transforma en litigiosos los derechos para los efectos de su cesión (art. 1911 inc. 2° CC).

5. Interrumpe la prescripción (arts. 2503 y 2523 CC).

6. Transforma la prescripción extintiva de corto tiempo en prescripción de largo tiempo (art. 2515 CC).

#### B) ACTIVIDADES PREVIAS AL PROCESO: LAS MEDIDAS PREJUDICIALES

##### *a) Explicación preliminar*

El estudio que ha precedido en torno a los requisitos de la demanda supone que el actor cuenta con todos los antecedentes necesarios para formular su pretensión. Sin embargo, existe un conjunto de actuaciones cuya finalidad común es la preparación del proceso y que, por lo mismo, se llevan a efecto antes de iniciar propiamente el juicio. La mayoría de estas diligencias no están reguladas por la ley y no están sujetas a procedimiento alguno, pero revisten una indiscutible importancia práctica. Las entrevistas con el cliente, la búsqueda, recogida y selección de fuentes de prueba, los eventuales estudios técnicos y, en general, el procuramiento de los datos básicos para la redacción de la demanda son elementos imprescindibles para el correcto planteamiento del asunto y para la suerte que en definitiva tenga el pleito.

Todas estas actuaciones se verifican privada y libremente por la parte y su abogado, si sujeción a trámites preestablecidos por el legislador, sino que de acuerdo a criterios técnicos y tácticos inherentes al ejercicio profesional.

No obstante, en ocasiones para llevar a efecto estas actividades preparatorias se precisa la intervención del tribunal a fin de poder obtener la información necesaria para despejar dudas, por ejemplo, sobre la titularidad pasiva de la futura pretensión o para aclarar algún aspecto que se desconoce sobre el tema de fondo, todo con el propósito de presentar una demanda fundada y que cumpla con los requisitos para ser admitida.

Queda claro que aquí nos referimos a una particular clase de medida prejudicial, aquellas destinadas a preparar la demanda. No es la única, hay otras destinadas a procurarse pruebas que pueden desaparecer (medidas

prejudiciales probatorias) y aquellas cuyo objeto es asegurar el resultado de la acción que se va a instaurar (medidas prejudiciales precautorias).

En este apartado se estudiarán las medidas prejudiciales destinadas a preparar la entrada al juicio. Las otras se abordarán en los capítulos respectivos, es decir, aquellas destinadas a obtener medios de prueba en el capítulo relativo a la prueba y las prejudiciales precautorias en el capítulo sobre tutela cautelar.

*b) Medidas prejudiciales preparatorias de la demanda.  
Concepto y regulación*

Se las define como aquellas diligencias previas al inicio del proceso que la ley concede a los litigantes para preparar su entrada al juicio (art. 273 CPC). A ellas también alude el art. 253 CPC cuando señala que todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este libro (II), aunque, como se ha dicho, el juicio ordinario necesariamente debe comenzar por demanda, siendo ésta un acto de iniciación insustituible, no lo es menos que puede ser preparado a través de estas diligencias previas al proceso.

Se regulan en el título IV del Libro II CPC, entre los artículos 273 a 289.

A pesar de su ubicación y tenor del art. 273 CPC, por aplicación de lo dispuesto en el art. 3 CPC, se trata de disposiciones que, por su naturaleza, tienen aplicación general y son comunes a todo procedimiento.

*c) Requisitos generales*

Para el otorgamiento de una medida prejudicial preparatoria, existe un requisito general o común a toda medida prejudicial y requisitos específicos previstos para cada una de las medidas prejudiciales preparatorias reguladas en forma particular.

El requisito general o común para el otorgamiento de toda medida prejudicial es que el futuro demandante debe señalar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos (art. 287 CPC).

Además, tratándose de aquellas diligencias previstas en los numerales 1 a 4 del art. 273 CPC, sólo se decretarán en la medida que, a juicio del tribunal, sean necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio.

Aunque la ley no lo exija formalmente, entiendo que no resulta procedente decretar alguna medida prejudicial para obtener una información que, siendo necesaria para preparar el juicio posterior, pueda obtenerla el interesado sin necesidad de intervención judicial.

*d) Estudio particular de las medidas prejudiciales preparatorias reguladas en el CPC:*

*1. Declaración jurada (art. 273 N° 1 CPC)*

Dispone el art. 273 N° 1, que es posible solicitar, como medida prejudicial la "Declaración jurada acerca de algún hecho relativo a la capacidad del futuro demandado para parecer en juicio, o a su personería o al nombre y domicilio de sus representantes".

Su objeto puede estar referido a la capacidad, la personería o sobre el nombre y domicilio de sus representantes, de ahí que se haya resuelto que no procede como medida prejudicial exigir confesión jurada sobre hechos personales de la parte, en general, sino sobre los que enumera el numeral 1° de la disposición.

Puede ser útil en todos aquellos supuestos de sucesión en la relación jurídica material, por causa de muerte o *inter vivos* y está en directa relación con la exigencia relativa a la individualización del demandado, prevista en el numeral 2° del art. 254 CPC, como requisito para proponer la demanda.

*2. Procedimiento para obtener la declaración jurada*

La titularidad para solicitarla la tiene únicamente el futuro demandante en contra del futuro demandado.

Decretada la medida, debe ser puesta en conocimiento de la persona cuya declaración se reclama, fijándose día y hora para su comparecencia,



dado que la disposición del art. 289 CPC no resulta aplicable en la especie, toda vez que, en este caso, la ley expresamente se exige su intervención.

El futuro demandado debe comparecer a la audiencia y responder categóricamente ante el tribunal acerca de los hechos materia de la medida prejudicial preparatoria, levantándose acta de la diligencia.

Si el futuro demandado no comparece, o compareciendo se rehúsa a responder o sus respuestas no son categóricas pueden imponérselle multas o arrestos, cuyo monto o duración se determinan prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir la orden y el apercibimiento (art. 274 CPC).

### 3. La exhibición de la cosa litigiosa (art. 273 N° 2 CPC)

La exhibición, esto es, la revelación o exposición de una cosa o documento, puede estar referida a distintos objetos, a saber:

- a) La cosa litigiosa;
- b) Cualquier instrumento público o privado;
- c) Libros de contabilidad.

En este caso particular, cuando se trata de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar, el futuro demandante puede tener interés en conocer si la cosa litigiosa existe, si está en poder del futuro demandado y su estado de conservación. De ahí que el solicitante tiene derecho, siempre que lo exija, a que se deje en el proceso razón de la clase y estado actual de la cosa exhibida (art. 283 CPC).

### 4. Procedimiento para obtener la exhibición de la cosa

Solamente puede pedirla el futuro demandante. Ha de tener por objeto una cosa, la cual desea examinar previamente para asegurarse que su demanda prospere. Se decretará solo cuando sea necesaria para que el demandante pueda entrar el juicio.

La manera de proceder a la exhibición de esta cosa es diversa, según ella se encuentre en poder del futuro demandado, o de terceras personas (art. 275 CPC).

Aunque no se establece de modo categórico, la diligencia parece estar dispuesta para la exhibición de cosas muebles. De ahí que, en general, si la cosa se encuentra en poder del futuro demandado, se estima que el tribunal debe citarlo a una audiencia a fin de que proceda a exhibir la cosa que haya ser objeto de la cosa que se haya de entablar. El cumplimiento de la orden de exhibición de la cosa se hará mostrando el objeto o autorizando al interesado para que lo reconozca y dándole facilidades para ello (art. 275 inc. 1° CPC).

Con todo, una autorizada opinión ha señalado que respecto de los bienes raíces no existe la razón en que se funda la ley para autorizarla, puesto que no es fácil ni aun posible su ocultación; pero la verdad es que subsiste también, como en los muebles, el temor de que sus actuales tenedores alteren su estado u ocasionen daños o perjuicios que pueden afectar los derechos de aquel que pide su exhibición (ANABALÓN).

Si el futuro demandado manifiesta ser simple tenedor de la cosa, podrá ser obligado: a) A declarar bajo juramento el nombre y residencia de la persona en cuyo nombre la tiene; y b) A exhibir el título de su tenencia; y si expresa no tener título escrito, a declarar bajo juramento que carece de él (art. 282 CPC).

Si el objeto se halla en poder de un tercero, cumplirá la persona a quien se ordene la exhibición, expresando el nombre y residencia de dichos terceros, o el lugar donde el objeto se encuentre, en cuyo caso se puede decretar la orden de exhibición de la cosa por dicho tercero, quien la cumplirá en los mismos términos que el futuro demandado, esto es, mostrando el objeto o autorizando al interesado para que lo reconozca y dándole facilidades para ello (art. 275 CPC).

Si el demandado o los terceros que siendo meros tenedores, se niegan a efectuar la exhibición de la cosa en los términos antes señalados, el art. 276 CPC faculta al tribunal para apremiarlos con multas o arresto en la forma y para decretar el allanamiento del local donde se halle el objeto cuya exhibición se pide (art. 276 CPC).

### 5. La exhibición de instrumentos públicos o privados (art. 273 N° 3 CPC)

Dice el art. 273 N° 3 CPC, que es posible solicitar, como medida prejudicial: *La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas.*

La configuración de esta diligencia es muy abierta, debiendo quedar excluidos únicamente aquellos instrumentos esencialmente privados o confidenciales.

### 6. Procedimiento para obtener la exhibición de instrumentos públicos o privados

Sólo puede solicitarlo el futuro demandante y el tribunal la decretará únicamente cuando, a su juicio, sea necesaria para que el demandante pueda entrar en el juicio.

La exhibición de los documentos en cuestión se hará ante el mismo tribunal, de manera que éste, al decretarla, tendrá que señalar una audiencia, debiendo consignarse que el solicitante de la medida tiene derecho, siempre que lo exija, a que se deje en el proceso copia de las piezas que se presenten o de su parte conducente (art. 283 CPC).

A diferencia de la exhibición de la cosa materia del pleito, la exhibición de documentos sólo puede ser decretada respecto de documentos que tenga en su poder el futuro demandado y no terceros. Si los documentos cuya exhibición se pretende se encuentran en poder de terceros, la medida prejudicial no produciría los efectos pretendidos por el solicitante; y no tendría más camino que pedir esa exhibición durante el curso del juicio (art. 349 CPC).

Por el contrario, si los documentos cuya exhibición se ha solicitado, se encuentran en poder del futuro demandado y éste desobedece la medida prejudicial decretada, perderá el derecho de hacerlos valer después, salvo que la otra parte los haga también valer en apoyo de su defensa, o si se justifica o aparece de manifiesto que no los pudo exhibir antes, o si

se refieren a hechos distintos de aquellos que motivaron la solicitud de exhibición.

Todo ello, sin perjuicio que el tribunal pueda apremiarlo con multas o arresto en la forma e incluso decretar el allanamiento del local donde se halle el documento cuya exhibición se pide (art. 276 CPC).

### 7. Exhibición de libros de contabilidad (art. 273 N° 4 CPC)

Solamente puede solicitarla el futuro demandante. Se trata aquí de la exhibición de instrumentos como medida prejudicial, pero relativa a un **caso particular**. La exhibición ha de tener por objeto libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante.

Tiene además una importante limitación, ya que esta medida es sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio. Por tanto, si lo que se persigue es la exhibición de libros de contabilidad de un comerciante, como se trata de información comercial sensible que es reflejo del estado financiero de la empresa, no cabe decretar la manifestación y reconocimiento general de dichos libros; y la exhibición deberá ser ejecutada en el lugar donde éstos se llevan y en presencia del dueño o de la persona que él comisione.

Siempre que el solicitante lo exija, se dejará en el proceso copia de las piezas que se presenten o de su parte conducente (art. 283 CPC).

Una vez decretada la exhibición de los libros de contabilidad, si la persona a quien incumbe dar cumplimiento a esta medida la desobedece, encontrándose dichos libros en su poder, incurrirá en doble sanción prevista en los arts. 276 y 277 CPC, recién examinadas a propósito de la exhibición genérica de documentos.

Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el párrafo 2°, título II, Libro I, del Código de Comercio, en la medida que los libros de contabilidad cuya exhibición se rehúsa pertenezcan a un comerciante donde se sanciona, por ejemplo, al comerciante que oculte alguno de sus libros, habiéndole sido ordenada la exhibición (art. 33 del C. de Comercio).



### 8. Reconocimiento jurado de firma (art. 273 N° 5 CPC)

De acuerdo al art. 273 N° 5 CPC puede pedirse como medida prejudicial el reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento privado.

A diferencia de las anteriores, puede ser solicitada tanto por el futuro demandante como por el futuro demandado y se decretará en todo caso, es decir, basta que se solicite para que el tribunal la ordene, sin que tenga que justificar si es o no necesaria para entrar en el juicio.

Aunque el tenor literal de la disposición conduce a que la medida resulta impropio respecto de documentos que no han sido firmados, se ha sostenido que el reconocimiento jurado de firma es comprensivo de la letra con que ha sido escrito el documento, ya que es posible que quien el confeccionó el documento no lo haya firmado y esté llano, sin embargo, a reconocerlo como obra suya. Se ha refutado dicha opinión, contraria al texto legal, que circunscribe la medida a la firma puesta en un documento, sin la cual deja éste de ostentar, su carácter de privado para convertirse en un simple documento. Es claro que estos últimos documentos —“notas escritas” o “papeles domésticos”, como los ha llamado la ley— hacen también fe contra el que los haya escrito, y podrán hacerse reconocer por esta persona dentro del juicio, en la forma ordinaria, como elemento de prueba. (ANABALÓN).

### 9. Procedimiento para obtener el reconocimiento jurado de firma

El futuro demandado o demandante citado debe comparecer a la audiencia y responder de manera categórica acerca de si la firma estampada en el documento privado es suya o no, de lo cual se dejará constancia en acta que debe levantarse al efecto, suscrita por todos los intervinientes en la diligencia.

Si el futuro demandado o demandante citado no comparece o si compareciendo rehúsa el reconocimiento, el art. 278 CPC ordena proceder en conformidad a las reglas establecidas para el reconocimiento judicial de documentos en el Juicio Ejecutivo, lo que lleva a aplicar la norma del art. 435 CPC, esto es, que en tal caso, el solicitante de la diligencia puede solicitar al tribunal que tenga por reconocida la firma estampada en el documento. Esto supone que la respectiva solicitud para el reconocimiento de firma

estampada en un documento privado, conviene hacerla bajo apercibimiento de darse por reconocida y auténtica la firma en caso de inasistencia de la persona citada al efecto, o cuando diere respuestas evasivas, o cuando rehusare simplemente el reconocimiento.

### C) EL EMPLAZAMIENTO

La admisión de la demanda y la consiguiente resolución de mero trámite que confiere *traslado* de la misma al o los demandados para que comparezcan a defenderse, lleva al trámite siguiente del emplazamiento.

La importancia del trámite es manifiesta, pues con él se cumple con las exigencias derivadas del principio de contradicción. La garantía del debido proceso supone oportuno previo conocimiento de la pretensión por parte del demandado, a quien debe otorgársele una razonable posibilidad de defensa y en igualdad de condiciones. Tanto es así que el cumplimiento de esta diligencia se ha elevado a *trámite esencial* en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales (art. 795 N° 1°), así como en la segunda instancia (art. 800 N° 1° CPC) y su falta u omisión configura un motivo de casación formal de acuerdo al art. 768 N° 9 CPC.

La jurisprudencia tiene establecido que los preceptos *ordenatorio litis*, aseguran un debido proceso con carácter de ser de derecho público, por tanto obligatorio para los jueces y para todos aquellos que ejercen jurisdicción. Estas normas parten por reglamentar la manera de iniciar el proceso y deciden cómo el legislador ha dispuesto se cumpla el requisito básico y esencial del emplazamiento, sin el cual no es concebible una relación procesal perfecta, faltándose a una exigencia básica de “procesabilidad”, que conlleva a la falta absoluta de validez de lo actuado con posterioridad. Que un vicio en este trámite, en definitiva importa y afecta gravemente el debido emplazamiento de las partes en el ejercicio de la presente acción, e importa para el derecho procesal grave e insanable infracción a lo que considera y proclama es trámite esencial de derecho público. Ha impedido la constitución válida de la correcta relación procesal, única que legitima cualquier decisión sobre el fondo de lo que se persigue con la acción dedu-

cida, y, finalmente, un evidente error en la tramitación del proceso que, al ser observado por los jueces, los habilita para corregir, como medida para evitar la nulidad de los actos procesales, que es lo que decidirán del modo como lo declararán en definitiva, entendiéndose que es lo que corresponde hacer como sentencia de reemplazo, conforme a la ley. (Corte Suprema, sentencia de 13 de enero de 2011, Rol N° 6.111-08).

En este sentido, se ha resuelto que al no haber el tribunal tenido por contestada la demanda, no obstante que el demandado compareció en tiempo y forma evacuando ese trámite, significa que sus alegaciones no fueron consideradas por el juez de primera instancia, todo lo cual configura causal de nulidad formal (C. de Santiago, Sentencia de 25 de julio de 2008, Rol N° 10.432-2004, Cita online: CL/JUR/3016/2008, LegalPublishing).

#### a) Elementos del Emplazamiento

El emplazamiento está constituido por dos elementos:

1. La notificación de la demanda y su proveído practicada en forma legal al demandado, y
2. El plazo concedido por la ley al demandado para que comparezca al proceso a defenderse.

Como se señaló, también en segunda instancia el emplazamiento es un trámite o diligencia esencial, donde se presenta como un trámite complejo, compuesto por la notificación válida de la resolución del tribunal de primera instancia que concede el recurso de apelación para ante el tribunal de segunda instancia más el transcurso del plazo que tienen las partes para comparecer ante el tribunal de segunda instancia.

#### b) El Término de Emplazamiento

Con la expresión *término de emplazamiento* se designa el plazo que tiene el demandado para comparecer al proceso a defenderse.

Este plazo es variable y depende del lugar en que el demandado haya sido notificado de la demanda, distinguiéndose las siguientes hipótesis:

- Si el demandado ha sido notificado dentro de la comuna en que funciona el tribunal, en cuyo caso, según el art. 258 CPC, *el término de emplazamiento para contestar la demanda será de quince días.*

- Si el demandado fue notificado fuera de la comuna en que funciona el tribunal, pero dentro de su territorio jurisdiccional, establece el art. 258 inc. 2° CPC que *se aumentará este término en tres días más*, es decir, el término de emplazamiento para contestar la demanda será de dieciocho días.

- Si el demandado fue notificado fuera del territorio jurisdiccional que sirve de asiento al tribunal que conoce de la causa—dentro o fuera del país—, de acuerdo al art. 259 CPC *el término para contestar la demanda será de dieciocho días, y a más el aumento que corresponda al lugar en que se encuentre*, en conformidad a una tabla que cada cinco años debe formar la Corte Suprema y que se conoce como *Tabla de Emplazamiento*.

Para tales efectos, en el mes de noviembre del año que preceda al de vencimiento de los cinco años indicados, la Corte Suprema formará esta Tabla, tomando en consideración las distancias y las facilidades o dificultades que existan para las comunicaciones.

Dicha tabla entrará en vigor en toda la República desde el 1° de marzo siguiente, se publicará en el Diario Oficial y se fijará a lo menos, dos meses antes de su vigencia, en los oficios de todos los secretarios de Corte y Juzgados de Letras. Además, puede ser consultada en la página web del Poder Judicial.

#### 1. Cómputo del término de emplazamiento cuando existe pluralidad de demandados

Si los demandados son varios, sea que obren separada o conjuntamente, de acuerdo al art. 260 CPC, el término para contestar la demanda correrá para todos a la vez, y se contará hasta que expire el último término parcial que corresponda a los notificados. La doctrina ha entendido que en este

caso, se trata de un término individual en cuanto a su inicio y común para su vencimiento, (CASARINO).

Sin embargo, también se ha resuelto, probablemente sobre la base de la interpretación literal del precepto, *“que el término de emplazamiento para la contestación de la demanda, tratándose de varios demandados, como ocurre en la especie, es común y se debe contar desde la última notificación”* Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 5 de julio de 2012 (Cita Westlaw: CL/JUR/4305/2012).

La C. Suprema, ha resuelto que mientras no se haya notificado a todos los demandados no se ha trabado íntegramente la relación procesal y, por lo tanto, no existe juicio (C. Suprema, 4 de diciembre de 2006, Rol N° 1.471-2005).

Sin perjuicio de lo anterior, a mi entender, cualquiera de los demandados está facultado para contestar la demanda desde su respectiva notificación, aunque el plazo aun no haya vencido por falta de notificación a los demás. De ahí que, aunque cabe considerarlo como un término común porque expira en el mismo tiempo para todos, tiene características de un plazo individual o parcial, desde que no corre para todos desde la misma fecha sino que depende de la fecha en que la respectiva notificación se efectúe.

Por este motivo, el máximo tribunal tiene resuelto que *“la norma legal citada establece únicamente un plazo extintivo al señalar que se contará “hasta” que expire el último término parcial, sin que de ello se pueda desprender que resulta extemporánea la contestación que se presente por alguno de los demandados antes de notificarse a todos ellos. En efecto, el legislador no dispuso que comenzaba a correr el término de emplazamiento para todos los demandados al mismo tiempo, señalando únicamente la frase “correrá para todos a la vez”, que ha sido interpretado por la doctrina como “un plazo individual para su iniciación y común para su extinción o vencimiento”* (C. Suprema, sentencia de 19 de agosto de 2011, Rol N° 6.642-2011).

En este mismo orden de ideas, se ha resuelto que tratándose de pluralidad de demandados, si bien el juicio sólo se inicia cuando se ha notificado al último de los demandados, ello no impide que en el tiempo intermedio se formulen presentaciones como las excepciones dilatorias (C. de Santiago, 29 de noviembre de 2009, Rol N° 3.847-2009).

## 2. Cómputo del término de emplazamiento cuando existe pluralidad de demandantes

Con arreglo a lo previsto en el art. 260 inc. 2° CPC en el caso de pluralidad de demandantes, cuando ello sea procedente, el plazo para contestar la demanda, determinado según las reglas anteriores, se aumentará en un día por cada tres demandantes sobre diez que existan en el proceso, no pudiendo exceder este plazo adicional de treinta días.

## 3. Características del término de emplazamiento

- Se trata de un plazo **legal**, al encontrarse establecido en la ley;
- Es un plazo **fatal** (art. 64 CPC);
- Es un plazo **improrrogable** (arts. 67 y 68 CPC);
- Es un plazo **común**, porque, tratándose de varios demandados, corre para todos los demandados *a la vez* hasta que expire el último término parcial que corresponde a los notificados (art. 260 CPC). Sin perjuicio de lo anterior, como ha quedado dicho, cada demandado podría, a partir de la correspondiente notificación, contestar la demanda, pero el proceso no podrá adelantarse mientras no expire el último término parcial para contestar la demanda.
- Es un plazo discontinuo o de días hábiles (art. 66 CPC);

## D) CONDUCTAS POSIBLES DEL DEMANDADO FRENTE A UNA DEMANDA

La notificación practicada en forma legal de la demanda crea para el demandado la *carga procesal* de comparecer para defenderse. La defensa del demandado puede articularse de diversos modos, de suerte que frente a una demanda se abre para el demandado una variedad de conductas defensivas posibles.

Desde luego, tratándose de una carga procesal y no de una obligación, el demandado puede optar, además, por no comparecer a defenderse en cuyo caso se dice que el juicio se sigue en su *rebeldía*. Sin embargo, aún en este

supuesto, la incomparecencia es considerada en nuestro proceso civil como una hipótesis de resistencia implícita.

De lo que se viene diciendo se desprende que, en sentido amplio, las actitudes que puede asumir el demandado frente a una demanda enderezada en su contra son dos: comparecer o permanecer inactivo.

Sin embargo, dentro de la primera opción se comprenden otras varias, cuyo elemento común reside en la comparecencia del sujeto pasivo, según se verá en las lecciones siguientes.

#### a) La incomparecencia del demandado (rebeldía)

La opción de no comparecer, tradicionalmente conocida como rebeldía, implica inactividad inicial del demandado y, concretamente, la falta de contestación oportuna de la demanda.

En rigor, la falta de contestación oportuna de la demanda no produce otra consecuencia jurídica que la preclusión, por el solo ministerio de la ley, de la facultad procesal que el demandado tenía para hacerlo y con ello la posibilidad de oponer excepciones perentorias dado que la contestación marca la oportunidad habitual para su promoción. En este caso, el tribunal, de oficio o a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, esto es, debe conferir traslado al actor para replicar, sin necesidad de que se certifique la incomparecencia del demandado (art. 64 CPC). Por otro lado, como la contestación, vista como trámite procesal, es la oportunidad para deducir reconvenición (art. 314 CPC), la omisión del trámite perjudica la posibilidad de reconvenir.

A menudo, se sostiene que la rebeldía, por un lado, no importa una aceptación por parte del demandado de la pretensión hecha valer en la demanda y, por otro, que ella implica una *contestación ficta* de la demanda en la que se tienen por negados genéricamente los fundamentos de la pretensión, de suerte que siempre corresponderá al actor el *onus probandi*. (Anabalón Sánderson y una jurisprudencia bastante uniforme).

Así, la Corte Suprema ha resuelto "*Que, en el caso sub iudice, la parte demandada no contestó la demanda dentro del término legal; situación que*

*debe entenderse como una contestación ficta de la demanda, que significa desconocer los fundamentos sobre los cuales ésta se apoya*". (Corte Suprema, sentencia de 9 de marzo de 2011, Rol N° 6.592-2009).

Sin embargo, lo cierto es que la primera afirmación es lógica si se considera que en este ámbito del derecho quien calla nada reconoce u otorga, a menos que una norma legal disponga lo contrario. La segunda aseveración, en cambio, no es exacta. No existe base legal que permita afirmar la existencia de una *contestación ficta* ni mucho menos su contenido (como equivalente a negación de los hechos). Tampoco la falta de contestación oportuna de la demanda introduce una variación sustancial de la distribución del peso de la prueba de acuerdo a la norma legal regulatoria de la materia (art. 1698 CC).

A diferencia de lo que ocurre en segunda instancia, en la primera instancia, la incomparecencia del demandado únicamente produce efectos particulares en el sentido que la pérdida o preclusión del derecho opera respecto del trámite específico que no fue cumplido en su oportunidad. Por consiguiente, el demandado rebelde debe ser considerado respecto de todos los restantes trámites, debiendo ser notificado en forma legal de las diversas resoluciones que se dicten. El demandado rebelde conserva el derecho de comparecer en cualquier momento a la instancia, pero con la limitación de que debe aceptar todo lo obrado con anterioridad a su comparecencia.

#### b) El contenido de la comparecencia del demandado

Si el demandado opta por comparecer puede, a su vez, asumir distintas actitudes, a saber:

1. Comparecer y allanarse a la demanda;
2. Comparecer y oponer excepciones dilatorias;
3. Comparecer y contestar la demanda;
4. Comparecer y deducir demanda reconvenicional.

### 1. El allanamiento y otras formas análogas

De acuerdo a lo previsto en el art. 313 CPC, *“Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica. Igual citación se dispondrá cuando las partes pidan que se falle el pleito sin más trámite”*.

Puede observarse que la disposición se refiere a tres situaciones diversas, pero vinculadas por una misma consecuencia procesal: prescindir de la fase probatoria y acceso directo a la etapa de sentencia.

- Aceptación llana de las peticiones del demandante (allanamiento).
- La no contradicción en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio.
- La petición conjunta de que se falle el pleito sin más trámite.
- **En el primer caso se está en presencia de allanamiento** que se define como el acto procesal por el cual el demandado muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor.

El allanamiento es, ante todo, un acto procesal desde que únicamente tiene relevancia en el contexto de un proceso y carece de toda eficacia si el tribunal no se pronuncia sobre él en la sentencia. Se ha resuelto que *“El allanamiento es el acto por el cual el demandado admite la legitimidad de las pretensiones del actor”* (Corte de Apelaciones de Arica, de 22 de mayo de 2009, Rol N° 61-2009).

Se trata de un acto procesal que sólo puede emanar del demandado y que para su eficacia jurídica no precisa de la aceptación del actor, que carece de interés jurídico para oponerse.

El objeto del allanamiento es la pretensión procesal y desde este punto de vista puede ser total o parcial de acuerdo a la extensión del allanamiento prestado, pero debe ser un acto puro y simple careciendo de eficacia el que se haga con reserva y bajo condición.

En cuanto a sus efectos, si se trata de un allanamiento total, se procede de inmediato a la citación para oír sentencia, debiendo ésta ser favorable a la pretensión del actor. Tratándose de un allanamiento parcial, naturalmente que el proceso no puede pasar a la fase de sentencia y deberá sustanciarse en la forma ordinaria respecto de las pretensiones respecto de las que no ha habido allanamiento, debiendo en su momento la sentencia atender a dicho allanamiento parcial.

Es importante considerar que para que allanamiento, en cualquiera de sus formas, despliegue su eficacia característica es necesario que su objeto sea disponible. En aquellos procesos civiles en que el principio dispositivo no rige o éste se encuentra limitado, el allanamiento carece de eficacia. Igual cosa sucede cuando supone una extralimitación de los límites generales de la autonomía de voluntad o una lesión a intereses legítimos de terceros.

En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que *“Si bien el allanamiento determina el contenido de la sentencia en orden a que, desaparecida la controversia, debe ella aceptar la pretensión de la parte demandante, no puede soslayarse que constituye un acto procesal de disposición, que, en lo sustancial, se rige por lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil, concerniendo al solo interés individual de quien lo consuma; razón por la que no puede afectar derechos de terceros que pudieran eventualmente aparecer comprometidos en el mismo juicio, cual es la situación que exhibe el que se conduce en estos autos”* (Corte Suprema, sentencia de 18 de agosto de 2011, Rol N° 4.430-2010).

Finalmente, debe recordarse que para el ejercicio eficaz de esta facultad, el mandatario judicial precisa que se le haya concedido la facultad extraordinaria prevista en el inciso segundo del art. 7° CPC.

- **La falta de contradicción sobre los hechos:** Es preciso marcar la diferencia entre el allanamiento y la falta de contradicción en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, segunda de las conductas posibles del demandado prevista en el art. 313 CPC.

El allanamiento, atendido su objeto (la pretensión procesal) comprende tanto los hechos como el derecho y por consiguiente tiene como principal consecuencia vincular al juez a dictar una sentencia que acoja la pretensión; en cambio, esta segunda figura está limitada a los hechos y no vincula necesariamente al juez a dictar una sentencia que acoja la demanda.

Resulta perfectamente posible que, sin mediar allanamiento, no exista contradicción sobre los hechos materia del juicio, sin que ello importe que la pretensión deba ser acogida en la demanda. En efecto, puede existir conformidad en torno a los hechos, pero producirse controversia en el aspecto jurídico. Así, si se demanda la resolución del contrato unilateral invocando la condición resolutoria tácita prevista en el art. 1489 CC, el demandado puede no controvertir los hechos contenidos en la demanda, pero alegar que la condición resolutoria tácita sólo puede ser invocada en los contratos bilaterales. Como se comprende, ésta es una controversia sobre el derecho, lo que torna innecesario abrir la fase de prueba, sin que por ello pueda afirmarse que el juez en su sentencia esté constreñido a dictar una sentencia que acoja la pretensión.

• Por las razones antes indicadas, el allanamiento se diferencia de la **admisión de hechos**, toda vez que la admisión de hechos no trae como necesaria consecuencia que el juez deba dictar una sentencia que acoja la demanda sino que únicamente hace innecesaria la prueba sobre los hechos admitidos, sin perjuicio de que el allanamiento sólo puede emanar del demandado.

Se ha resuelto que *“la regla contenida en el artículo 313 del código de procedimiento civil, en cuanto excluye de la necesidad de prueba a los hechos aceptados por las partes, se asienta sobre el implícito presupuesto de tratarse de una causa en que se debate acerca de relaciones jurídicas de cuyos contenidos los representantes judiciales de las partes pueden disponer libre y discrecionalmente, en los términos previstos en el artículo 12 del Código Civil”... la norma sólo puede aplicarse en los casos en que los representantes judiciales de las partes son titulares de facultades para transigir acerca del objeto del juicio en los términos que esas potestades son exigidas por los artículos 2447 y 2448 del Código Civil, porque, en la medida en que la vinculación del juez a la admisión fáctica común de las partes puede conducir al mismo efecto que un contrato de transacción, las mismas facultades han de ser exigidas a dicho efecto procesal”* (C. de Concepción, sentencia de 7 de julio de 2009, en Revista de Derecho de la U. Austral de Chile, Vol. 23, N° 1, julio 2010, pp. 321-2).

Es habitual en la práctica la admisión parcial de los hechos, como cuando se está discutiendo sobre si hubo o no incumplimiento contractual, estando las partes contestes sobre la existencia y contenido del contrato, lo que a todas luces parece posible y conveniente desde que se favorece la economía procesal excluyendo de la fase probatoria aquellas cuestiones fácticas que hayan sido admitidas por las partes.

Tanto en esta figura como en el allanamiento, cuando es total, a continuación se confiere traslado al demandante para que replique. Evacuado el trámite de la réplica debe conferirse traslado al demandado para que duplique, y evacuado el trámite de la réplica, el tribunal debe citar inmediatamente a las partes para oír sentencia definitiva.

## 2. Las excepciones dilatorias

Fuera de los supuestos examinados en el punto anterior, lo habitual es que el demandado comparezca para defenderse, lo que puede hacer articulando dos líneas de resistencia: puede, por un lado, referirse al proceso, alegando en torno a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales y, por otro, alegar sobre el fondo del asunto.

De acuerdo a la terminología legal, la primera clase de alegaciones se denominan excepciones dilatorias y la segunda, excepciones perentorias. Al análisis de las primeras se destinan las siguientes consideraciones.

### 2.1. Concepto

El cumplimiento de los presupuestos procesales y de determinados requisitos del acto procesal de la demanda no sólo condiciona que, al término del proceso, pueda dictarse pronunciamiento sobre el fondo del asunto sino que, además, puede influir en que el juez, inadmita de oficio la demanda *ab initio*, como ocurre en los supuestos previstos en el art. 256 CPC.

Sin perjuicio de esta facultad oficiosa atribuida al tribunal, es posible que el demandado, entre las conductas defensivas posibles, alegue la falta de requisitos del acto procesal inicial denominado *demandanda*. En nuestro ordenamiento esta posibilidad defensiva se articula a través de las excepciones dilatorias, específicamente por vía de la excepción dilatoria de *ineptitud del libelo*.

De acuerdo a la concepción que inspiró a nuestro legislador procesal civil, las excepciones dilatorias son aquellas de carácter formal que apuntan a cuestionar la concurrencia de los presupuestos y requisitos de tipo procesal. Se proponen con carácter previo a la contestación de la

demanda, dan lugar a una tramitación propia y deben resolverse por el juez igualmente de un modo previo. Por consiguiente, al ser promovidas se posterga ("dilata") el trámite de contestación de la demanda, hasta que sean resueltas por el juez.

Se trata, en la nomenclatura del Código de aquellas referidas a la corrección del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida (art. 303 N° 6 CPC). Mediante ellas el demandado se abstiene de contestar la demanda, no entra al fondo de la cuestión, sino que solicita previamente que se corrijan los vicios de que a su juicio, adolece el procedimiento. De ahí que la Corte Suprema haya resuelto que *"las excepciones dilatorias, como su nombre lo indica, retrasan la entrada misma al pleito mientras no se subsane el defecto, pero no enerva el derecho del actor"* (Corte Suprema, sentencia de 10 de octubre de 1933, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 30, s. 1ª, p. 80).

Las excepciones dilatorias tienen un carácter marcadamente preventivo, en cuanto tienden a economizar esfuerzos inútiles. La ausencia de determinados presupuestos para la válida constitución del proceso impide el desarrollo de la actividad procesal, mientras dicho defecto desaparezca o sea subsanado, si ello es posible. De ahí la razón de su tratamiento como incidente de previo y especial pronunciamiento.

Este carácter suspensivo lleva a que, con frecuencia, se ponga el acento en que la finalidad de esta clase de excepciones sea la de dilatar o diferir la entrada al juicio. Sin embargo, debe considerarse que la dilación o postergación de la entrada al juicio no es un elemento medular de las excepciones dilatorias sino que se refiere sólo a una consecuencia de la interposición de las mismas, atendido su carácter y contenido (COUTURE). Demostración de lo anterior es que la proposición de una excepción dilatoria sólo produce el efecto de diferir la entrada al juicio tratándose de los juicios ordinarios, ya que en otros procedimientos, como ocurre con el procedimiento sumario, las excepciones dilatorias se proponen en la contestación de la demanda y se conocen de modo simultáneo al fondo del asunto y se resuelven en la sentencia (art. 690 CPC).

Se ha resuelto que *"las excepciones dilatorias tienen como finalidad diferir la entrada al juicio mientras no se subsanen los defectos de la demanda o se cumplan ciertos requisitos necesarios para que se entable regularmente una acción, todo ello con el objeto de obtener una relación procesal válida, libre*

*de vicios que en futuro pudieran ser la base para declararla ineficaz"* (C. de Concepción, sentencia de 28 de marzo de 1955, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 52, sec. 2ª, p. 27).

Si bien estas excepciones no están definidas por el legislador, el numeral 6° del art. 303 CPC, junto con eliminar la taxatividad inicial de la disposición, contiene elementos suficientes para elaborar una noción de las mismas al señalar *"En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida"*. Puede decirse, por consiguiente, que las excepciones dilatorias son aquellas de carácter previo que apuntan a la corrección del procedimiento, sin afectar el fondo de la pretensión.

Los tribunales han marcado una diferencia más o menos clara entre esta clase de excepciones y las de fondo: *"No debe olvidarse que estas excepciones no miran al fondo del asunto, en otras palabras no miran al derecho, sino a cuestiones que atañen al proceso y por eso no corresponde que esta excepción se la funde en la inexistencia del derecho, porque los vicios denunciados tendrían un carácter distinto que en realidad no pueden causar la nulidad del contrato, que es lo que se ha planteado en autos. Tampoco puede silenciarse que para que la acción desde un punto de vista procesal, obtenga la tutela procesal, no es condición que el derecho le asista, eso es, asunto necesario a la pretensión, pero no para que la acción sea conocida por un tribunal en un proceso, sino para decidir acerca de su estimación o rechazo"* (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de agosto de 2008, Rol N° 2.275-2007).

## 2.2. Enumeración

Las excepciones dilatorias están enumeradas en el art. 303 CPC que si bien de una lectura inicial pudiera colegirse su taxatividad (*"Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:"*), lo cierto es que el numeral 6° de la disposición le quita ese carácter, situación que, por lo demás, se explica por la historia del precepto en cuestión, pues el Proyecto de Lira sólo comprendía los cinco primeros numerales del precepto, con leves diferencias en los términos de cada uno respecto del actual, y por consiguiente quedaba justificada en la primera parte de la disposición; pero en la revisión del Proyecto, la Comisión le agregó el N° 6, tal como ahora se nos presenta, sin variación del texto primitivo. (ANABALÓN).

En todo caso, es posible clasificarlas en aquellas de carácter **subjetivo**, ya sea que refieren al órgano jurisdiccional o a las partes; las referidas al **objeto del proceso** y aquellas de carácter **procedimental**. Entre las primeras, encontramos las previstas en los numerales 1° y 2° del art. 303 CPC; entre las segundas, las de los números 3° y 5° y entre las últimas, la 4ª y las que puedan articularse al amparo de la regla del numeral 6°.

• **La incompetencia del tribunal:** Está regulada en el numeral 1° del artículo 303, en los siguientes términos: *“Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: 1° La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda”*.

La competencia del tribunal, esto es, el conjunto de reglas que determinan la atribución del conocimiento de un asunto concreta a un determinado tribunal, es un presupuesto de validez del proceso, toda vez que en última instancia es la manera en que se hace efectivo el derecho al juez predeterminado por la ley, integrante de la garantía del debido proceso. Por esta misma razón, el legislador autoriza alegar de este defecto en forma previa a la contestación de la demanda, requiriéndose de igual modo un pronunciamiento previo del tribunal, no sólo antes de la cuestión de fondo sino que antes que las otras excepciones de carácter formal que pudieren haberse hecho valer conjuntamente con la alegación de incompetencia.

Dado que la disposición no formula diferencia, debe entenderse que la alegación puede comprender tanto la incompetencia absoluta del tribunal como la relativa.

*Como el legislador no distingue, debe inferirse que puede reclamar tanto de la incompetencia relativa como de la absoluta* (Corte Suprema, sentencia de 3 de abril de 2006, Rol N° 1.034-2004).

La incompetencia absoluta se genera por la infracción a las normas que regulan la cuantía, materia y fuero, en la medida que éstas jueguen un rol determinante para precisar la jerarquía del tribunal llamado a conocer del asunto. Son de orden público, irrenunciables y no procede a su respecto la prórroga de la competencia.

La incompetencia relativa se genera por la infracción a las normas que regulan el factor territorial, que determina el lugar específico en que funciona

el tribunal—cuya jerarquía fue determinada por las reglas de la competencia absoluta—llamado a conocer del asunto. Cuando se trata de asuntos civiles contenciosos y en la medida que se encuentren en la primera instancia, estas reglas son disponibles por las partes a través de la denominada prórroga de competencia, cuya reglas están contenidas entre los arts. 181 a 187 COT.

De lo anterior se deduce que la diferencia más importante entre la incompetencia absoluta y la relativa, en el aspecto que se analiza, se vincula con las posibilidades de actuación oficiosa del parte del tribunal, restringidas a la declaración de la incompetencia absoluta.

Se ha resuelto que *“La distinción anterior tiene importancia, porque tratándose de la incompetencia absoluta, ésta, por su naturaleza, puede formularse durante todo el curso del juicio como incidente de nulidad de todo lo obrado. En cambio, la incompetencia relativa debe reclamarse por la vía procesal señalada por el legislador y en la oportunidad pertinente, porque de no ser así se produce la prórroga tácita de la competencia regulada en el artículo 187 del Código Orgánico de Tribunales”*. (Corte Suprema, sentencia de 29 de enero de 2008, Rol N° 4.376-2006).

Si la incompetencia relativa no se hace valer por el demandado por la vía de una excepción dilatoria y no pudiendo el tribunal declarar de oficio esta clase de incompetencia, opera la prórroga de competencia, toda vez que su silencio u omisión se considera como una aquiescencia tácita.

Respecto de la vulneración de las reglas sobre el turno y distribución de causas (arts. 175 y ss. COT), la solución depende de la tesis por la cual se opte a la hora de determinar su naturaleza jurídica. Si se estima que se trata de reglas de competencia (absoluta o relativa), las consecuencias jurídicas de su infracción seguirá la suerte de éstas, determinando que el tribunal sea absoluta o relativamente incompetente. Si en cambio, como lo tiene resuelto el máximo tribunal, se les considera simples medidas de orden tendientes a una equitativa distribución del trabajo judicial, cuya infracción no conlleva incompetencia del tribunal, su alegación no puede articularse por la vía de esta específica excepción, aun cuando nada impide que se hagan valer invocando el numeral 6° del art. 303 CPC.

Está bastante difundida la idea de que la excepción en estudio no dice relación con la alegación de falta de jurisdicción de los tribunales para



conocer de un determinado negocio. Ésta sería una excepción de carácter perentorio puesto que conduce al rechazo absoluto y definitivo de la demanda por falta de acción del demandante para ocurrir a los tribunales de justicia. En cambio, la excepción dilatoria de incompetencia o simple declinatoria de jurisdicción, sólo tiene por objeto desconocer la facultad de un determinado tribunal para intervenir en el asunto de que se trata, pretendiendo llevar por este medio el conocimiento de la causa a otro tribunal que se estima competente.

Así, se ha resuelto que son instituciones jurídicas diferentes, la excepción dilatoria de incompetencia de los tribunales ordinarios de justicia, sea esta absoluta o relativa, a que se refiere el número 1º del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, la que —precisamente por ser dilatoria— tiende a corregir los vicios del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida, y la excepción perentoria de falta de jurisdicción de esos mismos tribunales, que atañe a uno de los requisitos de procedencia de la acción instaurada, por lo cual su decisión debe ser materia de la sentencia definitiva que resuelva la controversia. En consecuencia, los jueces recurridos han carecido de facultad, al conocer por la vía de la apelación de una excepción dilatoria, para formular el oficio después de oír a su Fiscal declaración de que la incompetencia del tribunal es absoluta por falta de jurisdicción para conocer de la materia, causando un agravio al recurrente que corresponde enmendar por la vía disciplinaria, dejando sin efecto la antedicha resolución. (Corte Suprema, sentencia de 27 septiembre 1963, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 60, sec. 1ª, p. 294).

El tema se presenta como discutible y no se observa la razón de considerar esta cuestión como una materia que mira al fondo del asunto, cuando parece claro que se trata de un asunto relativo a la corrección del procedimiento, sin afectar el fondo de la acción deducida, razón por la que no existe obstáculo alguno que impida que pueda ser alegada como excepción dilatoria (ROMERO).

Este último es el criterio que recientemente ha mantenido el máximo tribunal, que ha resuelto que “...recurriendo a los elementos sistemático y lógico de interpretación de la ley, la norma citada —art. 303 N° 1 CPC— admite una interpretación amplia, en que la falta de jurisdicción debe equipararse a la incompetencia absoluta, de manera que la falta de jurisdicción fundada en que el asunto debe ser conocido por un tribunal extranjero puede alegarse como excepción dilatoria. Tal conclusión resulta lógica a la luz de

*los principios formativos de economía procesal y de certeza jurídica de que debe estar imbuido todo procedimiento y que obstan a que deba llegarse a la sentencia definitiva para el pronunciamiento sobre una excepción que se refiere a elementos del proceso”.* (Corte Suprema, sentencia de 16 septiembre 2013, Rol N° 2.147-2013).

Se comprende en esta excepción de incompetencia la denominada *excepción de compromiso*, en cuya virtud se invoca el procedimiento arbitral que las partes someten voluntariamente la resolución de un asunto litigioso de carácter civil a la competencia de un juez arbitral con exclusión de los tribunales ordinarios a quienes les hubiera correspondido conocer del asunto si no hubiera existido ese compromiso.

• **La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre.**

Quedan comprendidas dentro de esta excepción tres situaciones:

- i) La falta de capacidad del actor, es decir, la falta de aptitud para comparecer en juicio por sí mismo sin el ministerio o autorización de otro;
- ii) La falta o insuficiencia de representación convencional del actor, como quien dice comparecer en representación de otro, sin tener poder suficiente para hacerlo;
- iii) La falta o insuficiencia de representación legal del actor, como quien dice comparecer en representación legal de otro, sin tener esta calidad;

Como primera cuestión, puede apreciarse que se trata de situaciones que afectan la comparecencia procesal del actor, no del demandado. La falta de personería o representación del demandado no queda comprendida dentro de esta excepción y, de ser procedente, debe ser articulada a través del numeral sexto de la disposición del art. 303 CPC.

Se comprende también, dentro de esta excepción, la defectuosa conformación de los requisitos de postulación procesal, esto es, la comparecencia sin cumplir con la carga procesal de designar abogado patrocinante o mandatario judicial.

Queda excluido lo que se conoce como falta de legitimación activa del demandante, toda vez que ésta comporta una cuestión de fondo, que excede los límites de una excepción dilatoria y que, de prosperar, conduce a la desestimación de la demanda en cuanto al fondo, en la sentencia definitiva.

En este sentido se ha fallado que *"La legitimación activa –que no implica otra cosa que la aptitud para ser parte en un proceso concreto y obtener una sentencia favorable a su pretensión– dice relación con una cuestión de fondo, constituye un presupuesto de toda acción, lo que difiere de las excepciones dilatorias, que tienen por objeto la corrección del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida. Por ello no resultan equivalentes o similares la excepción dilatoria de falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparece a su nombre, que se refiere a un asunto netamente procesal, con la falta de legitimación activa, que se refiere a una cuestión sustantiva o de fondo, como es uno de los requisitos de procedencia de la acción"*. (Corte Suprema, sentencia de 5 de enero de 2010, Rol N° 2.033-2010).

Por otro lado, se ha considerado que esta excepción pertenece a aquella cuyos defectos resultan perfectamente subsanables y, por ende, no ponen término al juicio. *"Que, conforme a lo expresado, los jueces de la instancia resolvieron acertadamente al estimar que la excepción dilatoria del N° 2 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, acogida en los juicios anteriores, permite al demandante, subsanar los defectos de su demanda, tal como lo señala, por lo demás, el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil"*. (Corte Suprema, sentencia de 12 de mayo de 2011, Rol N° 704-2009).

#### • La litispendencia.

En sentido jurídico estricto cuando se habla de litispendencia se hace para aludir a la situación que se produce cuando existen varios procesos pendientes sobre una misma cuestión litigiosa. El principio general que se aplica a estas situaciones es el de que un proceso no debe desarrollarse y, en cualquier caso, no debe terminar con un pronunciamiento de fondo, si existe otro proceso pendiente sobre el mismo objeto.

El legislador no ha definido qué debe entenderse por *litispendencia*, pero la jurisprudencia se ha encargado de darle al instituto una fisonomía bastante definida:

i) Que si bien en nuestra legislación como en la extranjera no encontramos un concepto ni una reglamentación particular acerca de la excepción de litispendencia, la excepción tiene lugar cuando concurren dos litigios entre las mismas partes, seguidos ante el mismo o diverso tribunal, siempre que versen sobre idéntico objeto pedido y con demandas basadas en la misma causa de pedir (C. Suprema, Sentencia de 17 de marzo de 2011, Rol N° 158-2010);

ii) La finalidad de la *litispendencia* radica en la necesidad de evitar la duplicidad de la actividad jurisdiccional y de que no haya más de una relación procesal entre las mismas personas y sobre el mismo objeto (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de junio de 1992, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 89, s. 2ª, p. 104);

iii) Esta excepción tiene lugar cuando se promueve ante un tribunal el mismo negocio ya ventilado ante él u otro (Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia de 9 de diciembre de 1981, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 78, s. 2ª, p. 184);

iv) Que para su configuración es necesaria la existencia de la triple identidad, de personas, de objeto y de causa de pedir, esto es, las mismas que se exigen para la cosa juzgada, con la salvedad de que el juicio que da origen a la excepción examinada debe estar pendiente, puesto que, de lo contrario, procedería la excepción de cosa juzgada (Corte Suprema, sentencia de 26 de octubre de 2009, Rol N° 3.500-2008);

Como puede observarse, existe una estrecha vinculación entre la litispendencia y el instituto de la cosa juzgada. La diferencia radica en que para que opere el efecto de cosa juzgada es preciso que en el primer juicio haya recaído sentencia firme, para la procedencia de la litispendencia se requiere que aquel proceso se encuentre pendiente. Puede hablarse de juicio pendiente desde que se notifica la demanda en forma legal hasta que el juicio no termine por sentencia firme. Antes de la notificación de la demanda no existe relación procesal y aquélla puede ser retirada sin más trámite no generando ningún tipo de consecuencia procesal.

A su vez, la conclusión del litigio excluye la posibilidad de existencia de dos procesos pendientes. Sin embargo, un proceso en el que se ha dictado

sentencia pero que no ha ganado firmeza, ya sea porque aún no ha sido notificada a las partes o lo está, pero con recursos pendientes, no puede estimarse que esté concluido y, por consiguiente, permite sustentar la alegación de la excepción.

Como se tiene resuelto, la litispendencia tiene lugar cuando *“se promueve ante un tribunal el mismo negocio ya ventilado ante él u otro y, por consiguiente, supone que hay identidad de partes, de objeto y de causa de pedir entre la primera y la segunda demanda; y su propósito es el de evitar que se dicten fallos contradictorios o incompatibles en desmedro de la buena administración de justicia, como el prevenir y resguardar la autoridad de la cosa juzgada”* (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 9 de diciembre de 1982, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 78, sec. 2ª, p. 184).

Por otro lado, tanto la cosa juzgada como la litispendencia suponen la existencia de una dualidad de procesos y una actividad de comparación para establecer la concurrencia de la triple identidad requerida, pero mientras en la primera se comparan la sentencia recaída en el primer juicio y la demanda intentada en el nuevo, para determinar la procedencia de la litispendencia se han de confrontar las demandas entabladas en ambos procesos.

### Requisitos

Para la procedencia de la excepción de litispendencia, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

1°. Existencia de dos procesos jurisdiccionales que se encuentren pendientes: Con este requisito, quedan excluidos todos aquellos supuestos que suponen que uno de los procesos en cuestión aún no se haya iniciado—por ejemplo, por falta de notificación de la demanda— o hubiera finalizado mediante sentencia firme.

En cambio, un proceso en el que ha sido acogida una excepción dilatoria fundada en defectos subsanables, no puede considerarse concluido mientras no se proceda a la corrección del defecto que le ha servido de fundamento. Así, respecto de la excepción de falta de personería se ha resuelto que *“la excepción dilatoria del N° 2 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, acogida en los juicios anteriores, permite al demandante, subsanar los defectos de su demanda, tal como lo señala, por lo demás, el artículo 308 del*

*Código de Procedimiento Civil, de manera que no puede decirse que un pleito que se encuentre en estas circunstancias esté terminado...”* (Corte Suprema, sentencia de 12 de mayo de 2011, Rol N° 704-2009).

Sin embargo, razonablemente ha podido sostenerse que la falta de personería o representación de quien actúa a nombre del demandante, declarada por resolución firme, impide la formación de una relación procesal válida y, por ende, no es posible considerar que las actuaciones en las que recayó la sentencia que acogió la excepción de falta de personería y que sirven para sustentar la excepción dilatoria de litispendencia, constituyan jurídicamente “juicios” que se encuentren pendientes, si quien o quienes figuraban actuando a nombre o en representación de los demandantes carecían de poder o representación para ello.

En este sentido, se ha resuelto que al ser acogida por el juez la excepción dilatoria, dejando al demandante en la imposibilidad de subsanar el defecto de que adolecía la demanda, es dable concluir que no existe juicio pendiente entre las partes, toda vez que la *litis* no se trabó, quedando el demandante en situación de interponer una nueva demanda para continuar con su pretensión. (Corte Suprema, sentencia de 17 de mayo de 2012, Rol N° 9.327-2009).

2°. Que entre los dos procesos concurren las necesarias identidades subjetivas, objetivas y de causa: Para que prospere una excepción de litispendencia es necesario que entre los dos procesos pendientes de resolución concurren las identidades procesales básicas, esto es, las referidas a los sujetos o identidad subjetiva, de la cosa en el litigio y de la causa de pedir.

La cuestión de las identidades se plantea, en relación con la litispendencia, en los mismos términos que en relación con la cosa juzgada y es precisamente en sede de cosa juzgada donde encuentra su encaje sistemático adecuado el estudio de esta cuestión. Cabe, por tanto, una remisión general a la doctrina sobre las identidades elaborada en torno a la cosa juzgada material.

3°. Que el proceso en el que se haga valer la litispendencia haya comenzado con posterioridad al que la origina: Este requisito se explica, en palabras de SERRA, porque el proceso que “nace muerto”, es el segundo y, por consiguiente, es éste el que debe ser excluido. Además, desde un punto de vista práctico, de admitirse que no importa cuál de los dos procesos haya comenzado primero y que cualquiera de los dos puede quedar excluido por la litispendencia, se estarían abriendo infinitas posibilidades al fraude y a la mala fe procesal (VEGAS).

• **La ineptitud libelo, por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda.**

El deber de cumplimiento de los requisitos formales de la demanda no sólo está establecido para favorecer la defensa del demandado, sino también para que el tribunal de la causa pueda cumplir de mejor manera su función y concretar su sentencia a las acciones que se han deducido en la forma y oportunidad legales. Tal es la razón de ser de esta excepción.

No obstante la impropiedad terminológica que emplea el legislador, la expresión *libelo* debe entenderse como sinónima del escrito de demanda.

En este sentido, la omisión de cualquiera de los requisitos legales en la forma de proponer la demanda autoriza la interposición de esta excepción dilatoria a menos que la ley señale para esta omisión una consecuencia jurídica diversa. Queda comprendido dentro de esta excepción no sólo la omisión o cumplimiento imperfecto de los requisitos legales específicos del acto procesal de la demanda (art. 254 CPC), sino también de los generales de toda presentación judicial.

Desde este punto de vista, el ámbito de aplicación de la excepción es bastante amplio, sin embargo, los primeros fallos que interpretaron la disposición del art. 303 N° 4° CPC fijaron la doctrina jurisprudencial de que *“la excepción de ineptitud del libelo debe fundarse en deficiencias o defectos tales, que hagan ininteligible, vaga y mal formulada la demanda, sin que sea posible comprenderla”* (C. de Valdivia, en *Gaceta de los Tribunales*, 1914, p. 752, Sent. N° 273). En similar sentido, antes se había resuelto que el defecto que sirve de fundamento a la excepción de ineptitud del libelo *“debe ser tal que haga incomprensible la demanda”*. (Corte de Apelaciones de La Serena, en *Gaceta de los Tribunales*, 1904, p. 812, Sent. N° 664.

La jurisprudencia reciente de nuestros tribunales ha seguido la misma línea, desestimando la excepción dilatoria en comento. Así, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 23 de abril de 2002, resolvió *“Que, en relación a la excepción de ineptitud del libelo por falta de algún requisito legal en el modo de formular la demanda..., tal excepción deberá rechazarse, habida consideración que para que el libelo sea inepto, es preciso que el defecto que*

*se advierte en él sea de tal entidad que sea ininteligible para la contraparte, dejándola por lo tanto en la indefensión, lo que no ha ocurrido en la especie porque en la demanda se cumplieron todos los requisitos que hiciera posible que la ejecutada compareciera dentro del plazo deduciendo oposición”* (C. de Valparaíso, 23 de abril de 2002, Causa Rol N° 4.284-99).

*Se ha resuelto “Que a propósito de la excepción de ineptitud del libelo resulta tradicional recordar aquella lejana jurisprudencia, pero no menos reveladora del exacto sentido de la misma, que dijo que: la excepción de ineptitud del libelo debe fundarse en deficiencias o defectos tales que hagan ininteligible, vaga y mal formulada la demandada, sin que sea posible comprenderla. (Repertorio del Código de Procedimiento Civil, Tomo II, pág. 58). En otros términos, la misma apunta a la claridad o inteligencia del escrito de demanda, en términos que la parte contraria logre entender lo que se pretende. Lógicamente, una cuestión distinta es que concurren los presupuestos de admisibilidad de la pretensión contenida en la demanda. De esta manera, la ineptitud del libelo exclusivamente pretende impedir la tramitación de juicios en que la demanda del actor no resulta comprensible para su destinatario, y eso debe analizarse en autos, una vez más, teniendo presente que ésta también es una excepción de naturaleza dilatoria y, en cuanto tal, mira a la forma y no al fondo y no constituye, sino, una forma de alegar la nulidad procesal de lo que deviene que debe buscarse la existencia de perjuicio para el que la invoca” (Sentencia del Primer Juzgado de Letras de Antofagasta de 2 de marzo de 2002).*

La sentencia confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 11 de julio de 2000, agregó que *“Que en cuanto a la excepción de ineptitud del libelo, cabe señalar que, además, de las razones dadas por el Juez a quo para rechazarla, debe considerarse que como lo ha consignado la jurisprudencia (Corte de La Serena, 28 de enero de 1904, Gaceta 1904, 1° Semestre, N° 664, pág. 812), aquélla sólo puede fundarse en defectos que hagan ininteligible la demanda, de tal suerte que no pueda comprenderse y, en el caso sub lite, ello no acontece, pues no existe duda qué es lo que se demanda y en contra de quiénes ésta se dirige, y sobre esta base ha sido como han concurrido los ejecutados a estos autos”*).

La Corte de Puerto Montt resolvió *“Que en cuanto a la excepción de ineptitud del libelo planteada por la demandada fundada en que la actora no dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 439 N° 5 del Código del Trabajo, ésta se rechaza toda vez que de la demanda se comprueba que ella no es ininteligible e incluso permitió que la demandada la contestara en su totalidad”* (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 16 de octubre de 1996, Causa Rol N° 4.284-96).

En el mismo sentido, se ha resuelto que la excepción de ineptitud libelo es procedente "si está justificada por hechos graves o importantes; pero no lo es cuando se funda en circunstancias o aspectos irrelevantes o de escasa significación" (C. Concepción, 3 de julio de 1962, en *Rev. Der. y Jur.* t. 59, s. 2<sup>a</sup>, p. 43). Por consiguiente, "si las omisiones que el demandado reclama no hacen ininteligible ni vaga la exposición de los hechos, se está calificando la acción de acuerdo con los hechos que las partes exponen, materia que corresponde al juez del fondo, de manera que si éste declara satisfactoria la exposición, no cabe sostener que no deba admitirse a tramitación la demanda" (Corte Suprema, sentencia de 26 de enero de 1970, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 67, s. 1<sup>a</sup>, p. 50).

La doctrina nacional también ha insistido en la necesidad imperiosa de la magnitud del defecto que autoriza la interposición de la excepción dilatoria de ineptitud del libelo.

Se sigue de lo anterior, que no cualquier defecto formal en el modo de promover la demanda es suficiente para que prospere la ineptitud del libelo, sino que éste debe ser trascendente. El principio de trascendencia, cuyo estudio corresponde al capítulo de la ineficacia de los actos procesales, significa que no todos los apartamientos del texto legal justifican la sanción de la ineficacia, sino sólo aquellos que se traducen en un perjuicio efectivo para la contraparte. En sentido amplio, la noción de perjuicio procesal se refiere a la disminución o privación de las garantías de defensa en juicio. Ello significa que, tratándose de un defecto en el modo de proponer la demanda, la trascendencia deberá analizarse desde la perspectiva del ejercicio de las garantías esenciales de defensa en juicio.

Deben tenerse presente dos cuestiones:

- Que si el defecto del acto procesal de la demanda es la falta alguno de los tres primeros requisitos señalados en el art. 254 CPC, el juez puede de oficio no darle curso, expresando el defecto de que adolece (art. 256 CPC), de modo que la excepción, por falta u omisión de estos específicos requisitos procederá en la medida que el juez no haya efectuado el control de oficio que autoriza la disposición legal.

- Que, como se indicó a propósito de los requisitos formales de la demanda, en lo que atañe a la designación del domicilio del demandado, la expresión *domicilio* ha sido empleada en el sentido referido en el art. 61 CC,

esto es, como relativo a una parte determinada del territorio del Estado, de manera que se cumple la exigencia legal con el señalamiento de la ciudad o lugar determinado del territorio nacional que corresponde al demandado, sin que sea preciso señalar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos en que funciona del tribunal, que es una exigencia distinta y dispuesta para otros efectos legales por el art. 49 CPC, cuya omisión tiene prevista una sanción específica en el art. 53 CPC.

#### • El Beneficio de excusión.

Con arreglo a lo previsto en el art. 2357 CC, el beneficio de excusión es el derecho de que goza el fiador que ha sido demandado para exigir que, antes de proceder contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda (art. 2357 CC).

Esta defensa formal no sólo puede ser articulada por el fiador cuando es demandado antes de proceder en contra del deudor principal, sino también en otros supuestos en que el legislador autoriza expresamente la promoción de este beneficio, como ocurre respecto de cualquiera de los cónyuges, que podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor (art. 148 CC), y, en general, en todas las hipótesis en que el ordenamiento imponga sobre una persona el deber de responder de manera subsidiaria.

#### • En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

Es la regla general y le quita el carácter taxativo a la enumeración que hace el art. 303 N° 6 CPC; y es la que define, con carácter genérico, la excepción dilatoria. Su justificación viene dada por la circunstancia de que los numerales anteriores de la disposición no recogen todos los defectos de tipo procesal susceptibles de impedir una resolución sobre el fondo.

La demarcación de lo que puede pretenderse a través de estas excepciones viene fijada por la misma disposición, que señala su objetivo ("la corrección del procedimiento") y límites ("sin afectar al fondo de la acción deducida").

Típicos defectos procesales que pueden ser denunciados a través de esta excepción son la inadecuación del procedimiento, como si se pretendiera tramitar conforme al procedimiento ordinario, una pretensión que debe ser sustanciada con arreglo al procedimiento sumario; la defectuosa acumulación de pretensiones, como quien pretende articular en una misma demanda y en forma conjunta dos peticiones incompatibles o sometidas a procedimientos diversos; la defectuosa conformación del litisconsorcio activo, como cuando varios actores entablan conjuntamente acciones que tienen causas de pedir diversas.

### 2.3. Forma, oportunidad y tramitación de las excepciones dilatorias

Atendida la naturaleza y fines de las excepciones de carácter formal, el legislador ha fijado para su articulación un acto previo a aquel en que se tendrá posibilidad de alegar las defensas de fondo, de modo tal que el proceso sólo continuará en la medida que tales defensas procesales hayan sido desestimadas o se han subsanado los defectos que les han servido de fundamento.

De ahí que, conforme lo previene el art. 305 inc. 1° CPC, las excepciones dilatorias deben oponerse todas en un mismo escrito dentro del término de emplazamiento y antes de la contestación de la demanda.

En esta disposición quedan incluidas cuatro situaciones que COUTURE estudió como manifestaciones de la preclusión: 1) La derivada del transcurso infructuoso del plazo; 2) La eventualidad procesal, derivada de la necesidad de hacer valer conjuntamente todas las defensas; 3) La incompatibilidad, esto es, el ejercicio de una facultad incompatible con otra, supone la preclusión de esta última, como cuando se contesta, sin haber formulado excepciones dilatorias, y 4) El ejercicio válido de una facultad provoca la extinción del derecho que tenía para hacerlo (preclusión por consumación).

Se ha resuelto que tratándose de pluralidad de demandados, si bien el juicio sólo se inicia cuando se ha notificado al último de los demandados, ello no impide que en el tiempo intermedio se formulen presentaciones como las excepciones dilatorias. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de noviembre de 2009, Rol N° 3.847-2009).

### EJEMPLO DE UN ESCRITO POR EL QUE SE PROMUEVE UNA EXCEPCIÓN DILATORIA

EN LO PRINCIPAL: excepción dilatoria que indica; EN EL PRIMER OTROSÍ: acredita personería; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: patrocinio y poder.

S. J. L.

Marcelo Martínez Miranda, abogado, domiciliado en Moneda N° 36, Santiago, en representación de la sociedad MMB S.A., persona jurídica sociedad del giro venta y administración de inmuebles, domiciliada en Avenida Matta N° 5890, oficina 302, Santiago, en los autos ordinarios sobre nulidad de contrato caratulados "Pérez con MMB S.A. y Otra", Rol N° 5.678-2011 del ingreso de este Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción esta ciudad, a US. digo:

En la representación que comparezco, opongo a la demanda la excepción dilatoria contemplada en el artículo 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, esto es, *la incompetencia del Tribunal ante quien se haya presentado la demanda*.

La fundo de la siguiente manera:

1. Los actores han deducido ante este Tribunal, y en contra de mi representada, demanda de nulidad absoluta de un contrato de compraventa;
2. La presente demanda y su proveído fueron notificadas al representante de la demandada en la ciudad de Santiago, en el domicilio señalado en la demanda ubicado en Avenida Matta N° 5890, oficina 302, Santiago, mediante exhorto cuya solicitud está contenido en el Segundo Otrosí de la demanda.
3. El artículo 138 del Código Orgánico de Tribunales establece que en aquellos casos que la acción entablada fuere de las que se reputan muebles, será competente el juez del lugar que las partes hayan estipulado en la respectiva convención. Y en seguida agrega: *"A falta de estipulación de las partes, lo será el del domicilio del demandado"*.
4. El artículo 142 del mismo cuerpo legal precedentemente citado establece expresamente que *"Cuando el demandado fuere una persona jurídica, se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación"*.
5. Cabe señalar que la pretensión de nulidad absoluta es una acción que debe ser reputada mueble con arreglo a lo prevenido en los artículos 580 y 581 del Código Civil y las partes en los contratos cuya resolución se solicita a través de la demanda, no estipularon un Tribunal competente para conocer de las eventuales conflictos que pudieran derivarse de su ejecución. Cabe entonces sólo concluir que será competente para conocer de las eventuales acciones derivadas de los contratos ya señalados el correspondiente al domicilio de la demandada.
6. La demandada no tiene ni ha tenido domicilio en esta ciudad de Concepción, y asimismo no se ha celebrado en esta ciudad el contrato cuya declaración de nulidad se solicita en la demanda.

7. Por consiguiente, a la luz de las disposiciones antes señaladas, el tribunal de SS. es incompetente para conocer de este proceso, razón por la cual opongo la correspondiente excepción dilatoria, para que V.S. así lo declare.

Por tanto,

Con lo expuesto, mérito de autos y lo previsto en el artículo 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, Pido a SS. tener por deducida excepción dilatoria de incompetencia del tribunal y, en definitiva, acogerla, resolviendo que el tribunal de Ssa. es incompetente para conocer del actual proceso, con costas.

**PRIMER OTROSÍ:** Pido a Ssa. tener presente que mi personería para representar a MMB S.A. consta de la escritura pública de fecha 20 de marzo de 2008, otorgada ante el notario de Santiago don René Bustamante Rozas, que en copia autorizada acompaño, con citación de la contraria.

Sírvase SS. tener por acreditada mi personería y por acompañado el documento referido, con citación.

**SEGUNDO OTROSÍ:** A SS. Pido tener presente que en mi calidad de abogado habilitado patrocino estos autos y que delego poder en el abogado señor Óscar Lara Pineda y de mi mismo domicilio, con todas y cada una de las facultades señaladas en ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, las que dan por expresa y singularmente reproducidas.

Sírvase SS. tenerlo presente.

La falta de articulación oportuna de una excepción dilatoria, hace precluir el derecho que tenía el demandado para hacerlo. Sobre el particular, pueden formularse dos consideraciones:

– Que las excepciones de incompetencia y de *litispendencia* pueden oponerse en segunda instancia, en forma incidental (art. 305 inc. final CPC).

Debe entenderse que la referencia a la incompetencia es a la denominada absoluta, toda vez que si en la primera instancia tuvo lugar la contestación de la demanda o algún acto de similar significación procesal, se produjo la prórroga de competencia, que impide alegar la incompetencia más tarde (art. 187 2° COT).

De igual modo, se ha resuelto que es inadmisibles en segunda instancia la excepción de *litispendencia* que se funda en antecedentes conocidos de la parte cuando la causa se encontraba en primera instancia. Esta interpretación encuentra su justificación en la circunstancia de que es posible que los motivos que la hacen procedente se susciten durante el curso del proceso y no a su inicio, como ocurre con la generalidad de esta clase de excepciones.

– Que la ley admite que, frente a la falta de oposición oportuna de una excepción dilatoria, pueda sin embargo oponerse en el progreso del juicio por vía de alegación o defensa, aplicándose lo dispuesto en los artículos 85 y 86 CPC (art. 305, inc. 2°, CP). Esto significa que el legislador acepta que las excepciones enumeradas en el art. 303 CPC pueden servir de base para plantear incidentes de nulidad de todo lo obrado en el procedimiento, los que de ordinario deberán ser desestimados por inoportunos, a menos que constituyan vicios que anulen el proceso o se refieran a una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del mismo.

*Se ha resuelto que correspondiendo la excepción opuesta a una de carácter dilatorio ha podido ser articulada en el progreso del juicio, sólo por vía de alegación o defensa, pero se estará a lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del mismo Código, esto es, que ninguna alegación o defensa puede hacerse valer durante la substanciación del juicio, sino se ha promovido tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte, sin perjuicio de la actuación de oficio que el juez tiene para corregir errores observados a la tramitación del proceso, según el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil. Luego, fundándose la excepción en hechos acaecidos durante la interposición de la demanda, los argumentos no han podido renovarse como alegación o defensa, por expresa disposición del inciso segundo del artículo 305 CPC, bastando ese solo motivo para rechazar la argumentación de la demandada. (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sentencia de 20 de julio de 2004, Rol N° 16.405).*

En similar sentido, se ha entendido que *“las aspiraciones del demandado no podían ser consideradas por los jueces desde que aquellas fueron planteadas en forma extemporánea, esto es, fuera de la etapa procesal correspondiente y a la que se refiere el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual los jueces no estaban en condiciones de pronunciarse sobre la competencia o incompetencia del tribunal ante quien se presentó la demanda”*. (Corte Suprema, sentencia de 29 de enero de 2008, Rol N° 4.376-06).

En lo que respecta a la **tramitación de las excepciones dilatorias**, quedan sujetas al procedimiento incidental, rigiendo al efecto las disposiciones de los arts. 82 y siguientes CPC (art. 307 CPC).

Esto supone, en síntesis, que el escrito en el que se promueve una excepción dilatoria es proveído con un *“traslado”*, resolución que se notifica por el estado diario y tiene la significación jurídica de que a través de ella se conceden tres días fatales al actor para responder.

EJEMPLO DE UNA RESOLUCIÓN QUE PROVEE  
UNA EXCEPCIÓN DILATORIA

FOJA: 31. treinta y uno



PODER JUDICIAL  
REPÚBLICA DE CHILE  
Segundo Juzgado Civil

Concepción  
avc

Concepción, treinta de noviembre de dos mil once.

A lo principal: traslado. Al primer otrosí: téngase por acompañado el documento y por acreditada la personería; Al segundo: Téngase presente.

Resolvió don **CARLOS VÁSQUEZ MUÑOZ**, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción.

En Concepción, a treinta de noviembre de dos mil once, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. (avc)

Vencido este plazo, haya o no contestado el actor, resolverá el tribunal si, a su juicio, no hay necesidad de prueba, por ejemplo, si se trata de una excepción dilatoria de ineptitud del libelo que, por su naturaleza, para ser resuelta es suficiente con el examen de la demanda misma.

Si el juez considera necesaria la prueba, abre un término probatorio de 8 días, concluido el cual el tribunal deberá fallar inmediatamente o dentro de tercer día.

Dado que todas las excepciones dilatorias deben promoverse conjuntamente, en principio, todas ellas deben resolverse del mismo modo. Sin embargo, si entre las excepciones opuestas figura la de incompetencia, y el tribunal la acepta, se abstiene de pronunciarse sobre las demás, lo que parece lógico, dado que, de acuerdo a lo resuelto por el propio tribunal, carece de la aptitud procesal para pronunciarse sobre ellas (art. 306 CPC).

Sin embargo, este mismo precepto agrega que lo anterior *se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 208*, lo que quiere significar

que, si se deduce recurso de apelación y la Corte conociendo del mismo resuelve revocar la decisión y desestimar la excepción de incompetencia, tiene la facultad ("podrá") para pronunciarse sobre las demás excepciones dilatorias respecto de las cuales omitió pronunciamiento el tribunal de primer grado, lo que equivale a decir que podrán ser resueltas en única instancia.

Aplicando esta disposición se ha resuelto que no incurre en *ultrapetita* la sentencia de la Corte de Apelaciones que se pronuncia sobre excepciones dilatorias, sin que estas hayan sido materia de la apelación deducida por los demandantes, cuando el tribunal de primer grado, por haber acogido la excepción de incompetencia, omitió resolver dichas excepciones de acuerdo a lo señalado en el art. 306 CPC (Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2011, Rol N° 8.008-2008).

#### 2.4. Resolución y recursos

Según el art. 306 CPC todas las excepciones propuestas conjuntamente y en un mismo escrito se fallarán a la vez; sin embargo, si entre ellas figura la excepción de incompetencia del tribunal y éste la acepta, debe abstenerse de pronunciarse sobre todas las demás.

La resolución que falla una excepción dilatoria tiene la naturaleza jurídica de una sentencia interlocutoria y es, por consiguiente, susceptible de recurso de apelación el que debe concederse en el solo efecto devolutivo. Si bien la disposición del art. 307 inc. 2° CPC se refiere únicamente a la resolución que desestima una excepción dilatoria, por aplicación de las reglas generales en materia de recurso de apelación se llega a la misma conclusión (arts. 187 y 194 N° 2° CPC). La resolución que acoge una excepción dilatoria de efectos permanentes es susceptible de ser impugnada mediante casación formal, porque pone término al juicio o hace imposible su continuación (art. 766 CPC).

#### 2.5. Efectos

La regla es que los efectos de las excepciones dilatorias son sólo temporales y, por consiguiente, los defectos en que se fundan son esencialmente enmendables, razón por la cual, por aplicación de la regla de economía procesal, el principio general en la materia es la posibilidad de subsanación.



Sin embargo, no todos los defectos que se acusan mediante las excepciones dilatorias permiten su subsanación.

En efecto, algunas de las excepciones dilatorias, en el evento de ser acogidas, producen efectos permanentes lo que significa que su estimación hace imposible la continuación del proceso. Tal es el caso de las excepciones de incompetencia, *litispendencia* o el beneficio de excusión.

Acogida alguna de estas excepciones, el proceso concluye y, de ponerse remedio al impedimento procesal, que le sirvió de fundamento, el actor estará en condiciones de promover una nueva demanda. Así, acogida una excepción dilatoria de beneficio de excusión, el actor deberá promover su acción en contra del deudor principal y, una vez agotada esta vía sin resultados favorables, enderezar nuevamente su demanda contra el primitivo demandado. En otras, como la *litispendencia*, ni siquiera la posibilidad de renovación es posible, porque después de que operen los efectos de la excepción dilatoria, se despliegan los propios de la cosa juzgada.

Otras excepciones, sin embargo, al estar fundadas en defectos procesales perfectamente subsanables, permiten la continuación del proceso una vez que tales defectos hayan sido corregidos. Tal es el caso de una excepción dilatoria de ineptitud del libelo en el que, una vez corregido el defecto que justificó la excepción opuesta, puede reanudarse el proceso.

A estos últimos está referido el art. 308 CPC cuando señala “*subsanados los defectos de que adolezca la demanda*”.

Por consiguiente, a los efectos de la prosecución del juicio, acogida una excepción dilatoria fundada en defectos subsanables, el actor debe corregir los defectos que sirvieron de fundamento a la excepción, debiendo hacerse notar que el demandante no tiene plazo para efectuar dicha corrección.

Se ha entendido que el actor no tiene plazo para la subsanación porque la carga de dar curso progresivo al proceso recae precisamente en el demandante, quien tiene el interés en obtener la pronta solución del conflicto (OTERO). Como se verá, no ocurre lo mismo respecto del actor reconvenional.

Hecha la referida corrección, el demandado tiene plazo de 10 días para contestar la demanda, cualquiera haya sido el lugar donde haya sido notifi-

cado (art. 308 CPC). Los términos empleados por el precepto no permiten determinar con exactitud el momento preciso desde que debe computarse el plazo para contestar la demanda. Difícilmente podría concluirse que se cuenta desde el momento mismo de la subsanación, sino desde que se notifica por el estado diario la resolución que se pronuncia respecto del acto subsanatorio, aun cuando en esta resolución no se diga expresamente que se tiene por subsanado el defecto. A menudo, para disipar esta imprecisión, los tribunales dictan una resolución en el siguiente sentido “*Rija lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil*” o “*Atendido a lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, rija el plazo para contestar la demanda*”.

Si se rechazan estas excepciones, el demandado también tiene plazo de 10 días para contestar la demanda, cualquiera sea el lugar donde sea notificado. En este caso, el plazo ha de computarse desde que se notifica por el estado diario la resolución que desestima la excepción dilatoria.

Se ha resuelto que el plazo de 10 días señalado en la disposición es un plazo individual, referido al demandado que opuso excepciones dilatorias. (Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 28 de julio de 2010, Cita Westlaw: CL/JUR/4412/2010).

### 3. La contestación de la demanda

Una tercera alternativa que tiene el demandado que comparece es contestar la demanda. La contestación es el acto procesal por el que el demandado se opone expresamente a la pretensión del actor, es decir, es el medio por el que pide que no se dicte contra él sentencia estimatoria de la pretensión.

Con esta misma denominación se suele designar el escrito mismo en que se traduce este trámite. En este último sentido se emplea la expresión cuando la disposición del art. 314 CPC previene que si el demandado reconviene al actor debe hacerlo en el escrito de contestación.

A pesar de que el Código menciona en una única oportunidad la expresión “excepción perentoria” (art. 711 CPC) dentro de la concepción amplia de la noción de *excepción* utilizada por el CPC, estas excepciones perentorias

se definen de modo negativo, como aquellas que no son dilatorias, esto es, aquellas que **no** se refieren a la corrección del procedimiento sino que **afectan** el fondo de la acción deducida.

De modo muy general, mientras las excepciones dilatorias se refieren a la debida constitución de la relación jurídico procesal o a la corrección procedimental, las perentorias están referidas al fondo de la cuestión que se debate en juicio.

En fin, si las excepciones dilatorias se fundan en defectos tales que hacen improcedente un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, las perentorias buscan precisamente que se dicte una sentencia sobre el fondo que desestime la pretensión procesal interpuesta.

Sin embargo, la contestación de la demanda, como acto procesal, tiene un contenido variable pero cualquiera sea el que se utilice, supone actividad procesal de oposición del demandado al contenido de la demanda y la aspiración de obtener una sentencia desestimatoria de la pretensión.

Las alegaciones contenidas en la contestación contribuyen a delimitar el objeto del proceso y, por consiguiente, ha de considerarse a la hora de comprobar el cumplimiento del deber de congruencia en la sentencia.

La petición de que no se dicte contra el demandado una sentencia que acoja la pretensión, puede fundarse en la negación total o parcial de los hechos alegados por el actor en su demanda (por ejemplo, *No es cierto que el demandante me entregó el dinero cuya restitución pide en la demanda*), lo que trae, como inmediata consecuencia, transformar esos hechos en controvertidos y, por ende, necesitados de prueba.

También puede fundarse en una admisión total o parcial de los hechos invocados en la demanda, cuestionando su consecuencia jurídica (Como, por ejemplo, cuando en un juicio sobre lesión enorme, el demandado reconoce que efectivamente compró el automóvil pagando un precio inferior a la mitad de su justo precio, pero alega la improcedencia de la demanda porque de acuerdo al art. 1891 CC no hay lugar a la acción rescisoria en las ventas de bienes muebles), caso en el cual la contienda se reduce a una cuestión jurídica, con lo que desaparece la necesidad de prueba (art. 313 CPC).

En fin, la defensa del demandado puede fundarse en la alegación de hechos nuevos, que tienden a desvirtuar los invocados por el actor, que la doctrina ha clasificado en hechos **impeditivos** (como cuando se alega que la suma entregada por el actor al demandado no fue a título de préstamo sino que en pago de una compraventa celebrada con antelación entre las partes), **extintivos** (como cuando el demandado alega el pago de la deuda) o **excluyentes** (como cuando el demandado alega la prescripción de la deuda).

Esta triple distinción tiene importantes consecuencias, especialmente en materia probatoria, aunque se debe advertir que los contornos entre una y otra clase de hechos no siempre es nítido.

La oportunidad apropiada para oponer esta clase de excepciones es la contestación de la demanda. En este sentido, el art. 309 N° 3° CPC obliga a mencionar en la contestación a la demanda "*Las excepciones que se oponen a la demanda...*". Si las excepciones dilatorias deben promoverse todas en un mismo escrito y dentro del término de emplazamiento (art. 305 CPC), no queda sino concluir las excepciones referidas en el art. 309 N° 3° CPC no son sino las denominadas excepciones perentorias.

### 3.1. Forma de la contestación a la demanda

La contestación de la demanda debe revestir la forma escrita y el respectivo escrito debe ser presentado antes del vencimiento del término de emplazamiento.

El art. 309 CPC contiene una enumeración de los requisitos formales de la contestación, que guarda semejanza con los previstos para el escrito de demanda, esto es, contiene exigencias de índole subjetiva, como la individualización del tribunal y del propio demandado y las de naturaleza objetiva, constituidas por las defensas de fondo.

Si la demanda fue presentada ante un tribunal relativamente incompetente, la contestación de la demanda supone el consentimiento tácito del demandado para la prórroga de competencia, lo que se conoce también como prórroga tácita de la competencia (art. 187 N° 2 COT).

### 3.2. Otras oportunidades para oponer ciertas excepciones perentorias

Como se señaló, el momento ordinario para la formulación de excepciones perentorias o de fondo es la contestación de la demanda, por lo que, aquellas que se hacen valer con posterioridad deben ser desestimadas, por inoportunas. Reiteradamente así se ha resuelto.

Sin embargo, la ley ha matizado esta regla preclusiva, permitiendo que determinadas excepciones perentorias puedan ser articuladas en oportunidades distintas a la contestación de la demanda.

Son las siguientes:

- Las excepciones de cosa juzgada y la de transacción, no obstante ser perentorias, pueden promoverse del mismo modo que las excepciones dilatorias, esto es, antes de contestar la demanda y dentro del término de emplazamiento (art. 304 CPC).

Se les ha denominado por la doctrina como excepciones mixtas o anómalas, porque participarían de los caracteres de ambos tipos de excepciones. Lo cierto es que se trata de excepciones perentorias, que tienen una oportunidad y forma de tramitación distintas de otras defensas de fondo.

En cuanto al procedimiento aplicable para su sustanciación, como éstas se promueven y tramitan como las dilatorias, se rigen por el procedimiento incidental. Sin embargo, si son de lato conocimiento, es decir, precisan de un examen más detallado, su fallo puede reservarse para la sentencia definitiva, siguiéndose con la tramitación ordinaria del juicio.

- Las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda cuando ésta se funde en un antecedente escrito, pueden ser formuladas en cualquier estado del juicio, tanto en primera como en segunda instancia (art. 310 CPC).

En primera instancia, pueden ser alegadas hasta antes de la citación para oír sentencia. Si se formulan después de la recepción de la causa a prueba,

se tramitan como incidentes que pueden ser recibidos a prueba si el tribunal lo estima necesario, reservándose su fallo para la sentencia definitiva. Debe entenderse que si se alegan antes de la recepción de la causa a prueba, también reciben tramitación incidental, pero su prueba se recibe conjuntamente con la cuestión principal.

En segunda instancia, estas excepciones pueden alegarse hasta antes de la vista de la causa, sujetándose a la tramitación incidental, pero el tribunal de alzada se pronunciará en única instancia sobre ellas.

La Corte Suprema ha anulado un fallo de segunda instancia y repuesto la causa al estado que el tribunal no inhabilitado tramite y decida conforme a derecho la incidencia propuesta, en razón de que los jueces ignoraron, no sometiendo a tramitación incidental y decisión particular en definitiva una excepción de cosa juzgada, alegada por una de las partes de la causa por escrito, en segunda instancia y antes de la visita de la causa, vale decir, en la forma que previene expresamente la norma especial del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil (Corte Suprema, sentencia de 29 de agosto de 2005, Rol N° 1.714-2005).

La obvia exigencia legal de que estas excepciones sean alegadas por escrito excluye que puedan tomarse en consideración aquéllas alegadas en la vista de la causa.

Respecto de la prescripción —reflejando la limitada eficacia de aforismos jurídicos como el denominado *argumento de la no distinción*—, se ha entendido que la ley sólo autoriza alegarla en cualquier estado del juicio como excepción, a objeto de enervar o extinguir el derecho que se ejercita en la demanda, pero no como acción para adquirir por ese medio un título de dominio. Es decir, se sostiene que la excepción en comento está reservada para la prescripción extintiva y no para la adquisitiva. Así, se ha resuelto que la excepción de prescripción extintiva o liberatoria puede oponerse en cualquier estado de la causa; en cambio, el ejercicio de la prescripción adquisitiva es materia propia de una acción que el demandado debe hacer valer por la vía reconventional.

Se ha discutido, con base en esta disposición, si el pago puede efectuarse hasta las oportunidades antes indicadas o si, por el contrario, lo único que autoriza la norma es la oponer la excepción correspondiente en las referidas oportunidades, sin que por ello pueda entenderse que el pago pueda hacerse hasta antes de la citación para oír sentencia en primera instancia o de la vista de la causa en segunda.

Salvo estas dos situaciones previstas en los art. 304 y 310 CPC, las excepciones perentorias, deben ser articuladas en la contestación de la demanda, entendiéndose por tal, el acto procesal por el cual el demandado se opone expresamente a la pretensión del actor, es decir, es el medio por el cual el demandado pide que no se dicte sentencia en contra de él (una sentencia estimatoria de la presentación).

Tanto el trámite como el escrito mismo se denominan contestación de la demanda.

#### EJEMPLO DE UNA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesta la demanda.

S. J. L.

**Marcelo Martínez Miranda**, en representación de la sociedad MMB S.A., persona jurídica sociedad del giro venta y administración de inmuebles, domiciliada en Avenida Matta N° 5890, oficina 302, Santiago, en los autos ordinarios sobre nulidad de contrato caratulados "Pérez con MMB S.A. y Otra", Rol N° 5.678-2011 del ingreso de este Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción esta ciudad, a US. digo:

En la representación que comparezco, contesto la demanda solicitando su íntegro rechazo, fundado en los siguientes argumentos:

1. Los actores han deducido ante este Tribunal, y en contra de mi representada, demanda en juicio ordinario, pidiendo se declare la de nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre mi representada y la sra. Jacinta Vargas V.;

2. Es efectivo que mi representada vendió el inmueble referido en la demanda a doña Jacinta Vargas Vildoso y que a la fecha de la venta ese inmueble está afecto a una medida precautoria.

Sin embargo, dicho contrato es perfectamente válido por las siguientes razones:

a) Porque lo que la ley sanciona con la nulidad absoluta es la **enajenación** de las cosas enumeradas en el art. 1464 del C. Civil, es decir, está referido a aquellos actos que producen transferencia del dominio, efecto que no puede atribuirse a la compraventa, de la cual sólo nacen derechos personales para las partes, entre otros, el del comprador a exigir —mediante el pago del precio— la entrega o tradición de la cosa vendida, acto que sí cumple con la función de transferir el dominio, y, a cuyo respecto, la compraventa asume el rol de título o antecedente;

Por consiguiente, no constituyendo la venta enajenación, sino un simple título traslativo de dominio, no puede aplicársele la sanción de la ineficacia porque ésta viene impuesta únicamente a los actos de enajenación.

b) Por otro lado, tal como lo reconoce la parte demandante, el inmueble objeto del contrato estaba sujeto a una medida precautoria, pero no a un **Embargo**, que es una actuación judicial con requisitos y efectos totalmente distintos de las medidas precautorias y regulada específicamente a propósito del juicio ejecutivo en el libro III del Código de Procedimiento Civil. En cambio, las medidas precautorias tienen una específica regulación en el libro II, del citado código, lo que deja de manifiesto que se trata de instituciones totalmente distintas y, por consiguiente, cuando la ley se refiere al embargo, no por ello puede entenderse extensiva una medida precautoria.

3. Por consiguiente, con base en los argumentos antes señalados, la nulidad solicitada es improcedente y la demanda necesariamente deberá ser desestimada.

Por tanto,

Con lo expuesto, mérito de autos y disposiciones señaladas, pido a SS. tener por contestada la demanda y en definitiva negar lugar a ella en todas sus partes, con costas.

#### 4. La reconvencción

En la contestación —considerada esta vez como trámite procesal—, el demandado puede, además, de formular la resistencia, puede interponer contra el demandante otra pretensión. Con esta actitud se sale de la mera resistencia, por lo que se inicia un nuevo proceso que se resolverá en el mismo procedimiento.

La reconvencción es la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que lo hizo comparecer en juicio, que se entabla ante el mismo tribunal y se sustancia en el mismo procedimiento en que se tramita la pretensión del actor, para que sea resuelta en una misma y única sentencia.

Se trata de un supuesto de acumulación de pretensiones sobrevenida, esto es, que a diferencia de la inicial, se produce después de iniciado el proceso y su fundamento, como en otros supuestos de acumulación se relaciona con la economía procesal porque una única actividad procesal sirve para el debate y resolución de varias pretensiones que, sin la acumulación, debieran decidirse mediante procedimientos separados.

Esta forma de acumulación de pretensiones produce como efecto principal que tanto la pretensión formulada en la demanda inicial como en la reconvencción se discutirán en un único procedimiento y, por consiguiente, serán resueltas en una única sentencia, que contendrá, en realidad, tantos pronunciamientos como pretensiones ejercitadas.

Lo que distingue a la reconvencción de la contestación es que con la reconvencción se sobrepasa el objeto del proceso fijado por el actor, añadiéndose un objeto diferente, es decir, otra pretensión. Sin embargo, es ocasiones no resulta sencillo distinguir si las alegaciones del demandado conforman defensas que integran la contestación o deben ser materia de reconvencción. La alegación de la compensación, por ejemplo, no sólo apunta a la desestimación de la demanda sino que, además, puede ser entendida como una petición autónoma que excede los límites del objeto fijado por la pretensión inicial. Se ha resuelto que *“la demanda reconvenccional tiene siempre por objeto la declaración de un derecho y se diferencia de la excepción en que ésta tiene por fin enervar la demanda contraria”* (C. de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 3 de septiembre de 1942, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 40, s. 2ª, p. 9).

#### 4.1. Presupuestos

• **Ámbito objetivo y subjetivo de la reconvencción.** En cuanto al objeto de la reconvencción, el CPC no exige conexión objetiva alguna entre las pretensiones acumuladas, por lo que es posible que el actor reconvenccional pretenda un objeto completamente desvinculado del fijado en la demanda inicial, admitiendo lo que la doctrina conoce como reconvencción inconexa, es decir, aquella que no guarda relación con el objeto de la demanda principal. No ocurre lo mismo en el procedimiento laboral, en el que para que sea procedente la demanda reconvenccional se exige que *esté íntimamente ligada a la demanda*.

Respecto del ámbito subjetivo, la regla es que la reconvencción tiene eficacia entre quienes son parte en el proceso y en calidad inversa a la que presentan, esto es, por la reconvencción el demandado que ejercita una pretensión se coloca a su vez como actor en el proceso reconvenccional, y el actor originario, para a ser el demandado en el proceso reconvenccional, con lo que ambas partes detentarán la doble condición de actores y demandados recíprocos. De ahí entonces que el art. 314 CPC señale que en caso de reconvencción *“...se considerará, para este efecto, como demandada la parte contra quien se deduzca la reconvencción”*.

También se ha admitido que en un proceso donde existe *litisconsorcio* activo, por ser varios los demandantes, el demandado pueda reconvenir a uno o a varios de los actores y no a todos ellos, por cuanto la acción ejer-

citada en la reconvencción es independiente de la ejercitada en la demanda y, por consiguiente, la relación procesal generada por aquélla es distinta de la generada por ésta.

Más discutibles se presentan dos situaciones relacionadas con la legitimación pasiva en la reconvencción: por un lado, si resulta admisible reconvencción entre codemandados y, por otro, si es posible reconvenir frente a terceros que no son parte en el proceso. Ninguno de ambos asuntos está resuelto de manera expresa en el CPC, aunque la jurisprudencia parece inclinarse por la negativa de ambas cuestiones.

#### • Tribunal competente

Para la admisibilidad de la reconvencción es preciso que el tribunal que está conociendo de la demanda inicial sea también competente para conocer de la pretensión acumulada por vía de la reconvencción.

En cuanto a la competencia absoluta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111 COT el tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer... de las cuestiones que se susciten por vía de reconvencción, *“aunque el conocimiento de estas cuestiones, atendida su cuantía, hubiere de corresponder a un juez inferior si se entablaren por separado”*. La última parte de la disposición carece de aplicación práctica desde que no existen jueces inferiores a los jueces de letras ni la aplicación del factor cuantía puede alterar la determinación del tribunal competente. Lo mismo cabe decir a propósito de la competencia territorial, en que será competente el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial.

#### • Adecuación procedimental:

De lo establecido en el inciso 1º del art. 316 CPC, se desprende que para que la reconvencción pueda ser admitida, la pretensión que se ejercite debe estar sujeta al mismo procedimiento al que lo está la demanda inicial. Así, resultaría procesalmente inidónea en el procedimiento ordinario una demanda reconvenccional que, de acuerdo al art. 680 CPC, está sometida en su tramitación a las reglas dadas para el procedimiento sumario. Así se ha resuelto (Corte Suprema, sentencia de la C. Suprema, de 21 de julio de 2008, Rol N° 2.550-2007).

#### 4.2. Forma y oportunidad

Desde el punto de vista formal, dado que la reconvencción es una nueva demanda, debe cumplir con los requisitos especiales propios de este acto procesal, particularmente los mencionados en el art. 254 CPC, pudiendo ser ampliada o rectificada en los términos del artículo 261 CPC.

Se trata de una posibilidad que se concede al demandado que debe formularse exclusivamente en el escrito de contestación de la demanda, con lo que implícitamente tiene como plazo preclusivo el previsto para la contestación (art. 314 CPC).

La Corte Suprema tiene resuelto que la reconvencción está sujeta a los mismos requisitos de la demanda y, entre ellos, que contenga la enunciación precisa y clara de las peticiones que someten al fallo del tribunal. La reconvencción que no reúna estos requisitos no puede ser materia de la resolución que contenga la sentencia que se dicte en la causa.

#### 4.3. Tramitación

De acuerdo al art. 316 CPC la reconvencción se sustancia y falla conjuntamente con la demanda principal. Esto significa que presentada la contestación de la demanda y deducida la reconvencción, el tribunal provee confiriendo *traslado* para contestar la demanda reconvenccional, resolución que se notifica por el estado diario.

Sin embargo, es posible que la demanda reconvenccional sea fallada antes de la demanda inicial o la reconvencción, según el caso, en los términos previstos en el art. 172 CPC (art. 316, inc. 1º, parte final CPC).

#### 4.4. Defensa del demandado

Las actitudes que puede asumir el demandado reconvenccional son, en su esencia, las mismas que puede adoptar un demandado frente a la demanda inicial. No podría, sin embargo, deducir a su vez reconvencción en contra de la demandante reconvenccional.

El plazo para contestar la demanda reconvenccional es de 6 días, que coincide con el plazo de que el actor dispone para replicar en la demanda inicial.

Es posible que, contra la demanda reconvenccional, se formulen excepciones dilatorias que se sujetan a la tramitación general dada para las mismas, con una notable salvedad: si la excepción dilatoria es acogida y se trata de defectos subsanables, el demandante reconvenccional debe subsanar los defectos de que adolezca la reconvencción dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la resolución que haya acogido la excepción, bajo sanción de que si así no lo hiciere, se tendrá por no presentada la reconvencción, para todos los efectos legales, por el solo ministerio de la ley (art. 317 CPC).

A diferencia de lo que ocurre con las excepciones opuestas a la demanda inicial, se ha impuesto sobre el demandado reconvenccional un plazo preclusivo para la subsanación. Hasta antes de la reforma de la ley 18.705 la situación no era así lo que permitía al demandado—demandante reconvenccional— dilatar o paralizar indefinidamente el proceso (OTERO).

#### 4.5. Efectos

Como la reconvencción constituye una verdadera demanda, da comienzo a un proceso distinto e independiente del iniciado por la demanda original, con la única salvedad que se tramitan simultáneamente y en un mismo procedimiento.

La reconvencción se tramita y resuelve en conjunto con la cuestión principal, terminando con una única sentencia que pone término a ambos procesos y que por tanto tendrá dos decisiones, la de la demanda original y la de la demanda reconvenccional, cada una de ellas independiente, pero que no pueden estar en contraposición.

#### E) LOS ESCRITOS DE RÉPLICA Y DÚPLICA

En el juicio ordinario de mayor cuantía, el período de discusión queda clausurado con la posibilidad concedida a las partes de evacuar los trámites de la réplica y la dúplica, que son escritos complementarios de la demanda y la contestación respectivamente.

Con arreglo a lo previsto en el art. 311 CPC “De la contestación se comunicará traslado al actor por el término de seis días, y de la réplica al demandado por igual término”.

Por medio de estos escritos, tanto el actor —en la réplica— como el demandado —en la réplica— intentan afianzar sus correspondientes posiciones, es decir, las partes pueden reafirmar sus acciones y defensas formuladas en los escritos fundamentales de la demanda y la contestación. Se trata de trámites respecto de los cuales no es posible prescindir, a menos que las partes pidan que el pleito se falle sin más trámite (art. 313 inc. 2° CPC).

Sin embargo, el art. 312 CPC permite a las partes, en los escritos de réplica y réplica, ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito.

La jurisprudencia ha interpretado restrictivamente esta disposición, señalando que la disposición citada concede a las partes las facultades que en forma taxativa y limitativamente pueden ejercer en la réplica y réplica y desde luego no las autoriza para que formulen en ellas nuevas acciones o excepciones de las que contienen la demanda y la contestación. (Corte Suprema, sentencia de 6 de enero de 2010, Rol N° 4.988-2008).

Se ha entendido que la mencionada disposición no autoriza a las partes para que en los escritos de réplica y réplica formulen nuevas acciones o excepciones que las contenidas en la demanda y contestación. (C. de La Serena, 21 de abril de 2005, Rol N° 623-2004).

Se ha resuelto que no es aceptable desde el punto de vista procesal que se promueva la excepción de contrato no cumplido en el escrito de réplica por cuanto en dicho trámite el demandado sólo puede ampliar, adicionar o modificar las excepciones opuestas, sin que pueda alterar las que sean objeto principal del pleito, de modo que si no se contestó la demanda, como sucedió en la especie, debe entenderse por ello que precluyó el derecho de la demandada para oponer la excepción en comento, y no puede —consecuentemente— alegarse en la réplica, pues no es la oportunidad procesal para ello, por cuanto no contestó la demanda y, por consiguiente, la sentencia no tiene por qué pronunciarse sobre la mencionada excepción. (Corte Suprema, sentencia de 6 de junio de 2005, Rol N° 4.184-2003).

Los límites al ejercicio de las facultades de ampliación, adición o modificación vienen determinados por dos órdenes de consideraciones:

a) Las posibilidades que tienen las partes en sus escritos de réplica y réplica necesariamente deben estar referidas a las **acciones y excepciones**

**que efectivamente se hayan formulado en la demanda y contestación.** No resultan admisibles, al amparo de esta disposición, las alegaciones tardías que no digan relación con las acciones y defensas promovidas al demandar o contestar;

Por la misma razón, se ha entendido que no resulta aceptable procesalmente, que en el trámite de la réplica se efectúen las alegaciones que debieron realizarse en la contestación, o dicho de otro modo, no habiéndose contestado en su oportunidad, el demandado nada puede ampliar, adicionar o modificar, única finalidad del trámite de la réplica.

b) Aun cuando las referidas ampliaciones, adiciones o modificaciones guarden relación con las acciones y excepciones oportunamente propuestas, no pueden llegar a **alterar** aquellas que hayan sido **objeto principal** del pleito.

Desde luego, esta segunda consideración abre debate para definir estas dos cuestiones: el sentido de la expresión **alterar** y qué debe entenderse por acciones o excepciones que sean **objeto principal del pleito**.


La Corte Suprema ha resuelto que “*La forma verbal ‘alterar’, según el Diccionario de la Lengua Española tiene como primera acepción: ‘cambiar la esencia o la forma de alguna cosa’, es dable advertir que, con la disposición en referencia, el legislador procesal civil ha definido que lo expresado por los litigantes en sus respectivos escritos de demanda y de contestación de la misma será aquello con lo cual quedarán fijados los contornos de la controversia, en cuanto a la pretensión y causa petendi que se encuentran en la base de la acción incoada y la oposición que respecto de la misma pueda plantear aquél en contra ella se dirige... Que no debe perderse de vista que la contestación de la demanda y la réplica constituyen actos jurídicos procesales independientes. Es por ello que la norma del artículo 312 en mención tiene por finalidad cardinal la de precaver un cambio en la causa de pedir en la Litis*”. (Corte Suprema, sentencia de 3 de enero de 2011, Rol N° 6.100-2009).

En suma, los escritos de réplica y réplica están en función del debate introducido por la demanda y la contestación.

Por consiguiente debe entenderse que no omite el requisito previsto en el artículo 170 N° 6 CPC la sentencia que no se pronuncia sobre una excepción opuesta en el escrito de réplica, por cuanto ello comporta una extralimitación respecto de las determinadas facultades que se pueden ejercer con relación a las excepciones deducidas en la contestación de la demanda.

**EJEMPLO DE UNA RESOLUCIÓN QUE PROVEE UNA CONTESTACIÓN  
Y CONFIERE TRASLADO PARA REPLICAR**

FOJA: 32 . treinta y dos

  
PODER JUDICIAL  
REPÚBLICA DE CHILE  
Segundo Juzgado Civil  
Concepción  
avc

Concepción, treinta de diciembre de dos mil once.

Por contestada la demanda, traslado para la réplica.

Resolvió don **CARLOS VÁSQUEZ MUÑOZ**, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción.

En Concepción, a treinta de diciembre de dos mil once, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. (avc)

**EJEMPLO DE UNA RESOLUCIÓN QUE PROVEE UN ESCRITO  
DE RÉPLICA Y CONFIERE TRASLADO PARA DUPLICAR**

FOJA: 42 . cuarenta y dos

  
PODER JUDICIAL  
REPÚBLICA DE CHILE  
Segundo Juzgado Civil  
Concepción  
avc

Concepción, seis de enero de dos mil doce.


Por evacuado el trámite de la réplica, traslado para duplicar.

Resolvió don **CARLOS VÁSQUEZ MUÑOZ**, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción.

En Concepción, a seis de enero de dos mil doce, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. (avc)

**EJEMPLO DE UNA RESOLUCIÓN QUE PROVEE  
UN ESCRITO DE DÚPLICA**

FOJA: 44 . cuarenta y cuatro

  
PODER JUDICIAL  
REPÚBLICA DE CHILE  
Segundo Juzgado Civil  
Concepción  
avc

Concepción, dieciséis de enero de dos mil doce.

Por evacuado el trámite de la dúplica.

Resolvió don **CARLOS VÁSQUEZ MUÑOZ**, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción.

En Concepción, a dieciséis de enero de dos mil doce, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. (avc)

**III. EL TRÁMITE NECESARIO DE LA CONCILIACIÓN**

La ley N° 19.334 de 1994, introdujo a continuación del período de discusión y antes de la recepción de la causa a prueba, el trámite necesario del llamado a las partes a conciliación, como un mecanismo destinado a imprimir al proceso una mayor rapidez a la tramitación de las causas y que permitiera poner término a las mismas en forma prudencial.

La finalidad de la reforma apuntaba a establecer la conciliación como trámite obligatorio, antes de la recepción de la causa a prueba, con participación activa del juez, como mecanismo para procurar una terminación anticipada del juicio. Lo cierto, sin embargo, es que la práctica ha desvirtuado dicha finalidad, convirtiéndola en un trámite formalista, que pospone de manera injustificada la entrada a la fase probatoria, que se verifica sin la presencia del juez y en que las partes, cuando concurren, se limitan a dejar constancia de que no existe posibilidad de conciliar.

De acuerdo con lo previsto en el art. 262 CPC *“en todo juicio civil en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios*



*o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo”.*

La conciliación es un acto jurídico procesal bilateral en cuya virtud las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo, ponerle fin de mutuo acuerdo. (COLOMBO).

*Como es sabido, en sentido técnico la conciliación se distingue de otros mecanismos autocompositivos como la transacción y el avenimiento, también llamados equivalentes jurisdiccionales, denominación introducida por CARNELUTTI para designar aquellos medios, diversos de la jurisdicción, aptos para la legítima composición del litigio. Sin embargo, la noción de avenimiento tiene dos acepciones: la primera, para referirse al acuerdo que logran directamente las partes de un proceso en virtud del cual le ponen término al conflicto pendiente de resolución judicial, expresándose así al tribunal que está conociendo de la causa y la segunda, se emplea para aludir al acuerdo mismo a que llegan las partes en la conciliación. La confusión obedece a que en nuestra legislación el avenimiento no se encuentra regulado sistemáticamente, a diferencia de la conciliación y prueba de lo anterior lo encontramos en la regulación del trámite de conciliación, en el que el art. 263 CPC le impone al juez intentar obtener un **avenimiento total o parcial en el litigio** (Colombo).*

#### A) PROCEDENCIA

El llamado a conciliación es procedente, por regla general, en todo juicio civil con excepción de los mencionados expresamente en el art. 262 CPC, esto es, aquellos juicios o procedimientos especiales tratados en los Títulos I (Juicio ejecutivo en las obligaciones de dar), II (Juicio ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer), III (Derecho Legal de retención), V (Citación de evicción) y XVI (Juicios de Hacienda) del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

Se precisa, además, que en aquel juicio civil sea legalmente admisible la transacción y lo es en todos aquellos casos en que el derecho o interés

respecto del que se litiga es disponible para las partes. En aquellos procesos que se ventilan derechos que por su naturaleza no son disponibles, sino personalísimos, como los denominados derechos de la personalidad, materias de familia, entre otros, y aquellos derechos expresamente excluidos de la posibilidad de transar sobre ellos, como los mencionados entre los arts. 2449 y 2455 CC, no es posible la conciliación.

Por último, el pleito no debe encontrarse en los supuestos previstos en el art. 313 CPC, en todos los cuales, el tribunal debe citar a las partes para oír sentencia, una vez evacuado el traslado de la réplica.

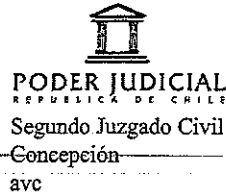
#### B) PROCEDIMIENTO

Siendo legalmente procedente el llamado a conciliación, una vez agotados los trámites del período de discusión, normalmente una vez evacuado el trámite de la dúplica, el juez debe citar a las partes a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución. Esta resolución debe ser notificada por cédula a los respectivos mandatarios judiciales (art. 48 CPC).

Sin perjuicio de este llamado a conciliación, nada impide que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda (art. 262 inc. 3° CPC).

A pesar de que puede entenderse que el llamado obligatorio a conciliación debe producirse en la precisa oportunidad fijada en el inc. 2° del art. 262, con base en lo establecido en el inciso 3° de la mencionada disposición, se ha entendido que no se ha faltado al trámite previsto en el artículo 795 N° 2 CPC, por la circunstancia de que el llamado se haya producido en una oportunidad diversa toda vez que *“la convocatoria a conciliación puede ser efectuada por el juez en cualquier estado de la causa, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda, como exactamente ha ocurrido en la especie, cumpliendo así con el trámite esencial prevenido por el legislador”*. (Corte Suprema, sentencia de 8 de septiembre de 2009, Rol N° 2.526-08).

**EJEMPLO DE UNA RESOLUCIÓN QUE CITAA LAS PARTES  
A UNA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN**



FOJA: 46 . cuarenta y seis

Concepción, veinte de enero de dos mil doce.

Atendido lo dispuesto en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, cítese a las partes a una audiencia de conciliación la que se fija para el día 29 de enero de 2012, a las 12:00 horas. Notifíquese.

Resolvió don **CARLOS VÁSQUEZ MUÑOZ**, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Concepción.

En Concepción, a veinte de enero de dos mil doce, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. (avc)

**C) DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN**

A la audiencia de conciliación deben comparecer las partes por sí o por apoderados. No obstante, el juez podrá exigir la comparecencia personal, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados. (Art. 264 CPC)

Aunque, como se señaló, la conciliación se distingue de otros mecanismos autocompositivos como la *transacción*, en mi opinión, la comparecencia válida del apoderado o mandatario judicial a la audiencia de conciliación precisa que su mandante le haya otorgado la facultad extraordinaria del inciso 2° del art. 7° CPC para transigir. La comparecencia del mandatario sin poder suficiente equivale a su no comparecencia. En este sentido, se ha resuelto que el mandatario a quien se le han conferido las facultades contempladas en el inciso 2° del art. 7° CPC tiene, entre ellas, la de transigir y, en consecuencia está facultado para llegar a un avenimiento, porque mediante esta facultad se puede terminar un litigio pendiente o evitar un litigio eventual. (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 23 de febrero de 1962, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 59, s. 4ª, p. 10).

En la audiencia, al juez le asisten los siguientes deberes:

- a) Debe proponerles personalmente bases de arreglo (art. 262 inc. 1° CPC);
- b) Debe obrar como amigable componedor y tratar de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio sin que las opiniones que emita lo inhabiliten para seguir conociendo del asunto (art. 263 CPC);
- c) Debe ordenar, de oficio, la agregación de aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes. (art. 266 CPC)

Si las partes lo piden, la audiencia puede suspenderse hasta por media hora para deliberar y si el tribunal lo estima necesario puede postergar la audiencia para dentro de tercero día, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, dejándose de ello constancia en el proceso y a la nueva audiencia deben concurrirlas partes sin nueva notificación (art. 265 CPC).

Si el comparendo no se efectúa, por ejemplo, por falta de comparecencia de una de las partes, el secretario debe certificar esta circunstancia y entregar los autos al juez para que éste, examinándolos por sí mismo, proceda al trámite de la recepción de la causa a prueba. (art. 268 CPC). Sin embargo, en los procesos en que hubiere pluralidad de partes, la audiencia se llevará a efecto aunque no asistan todas (art. 264 inc. 2° CPC).

**D) ACTA DE CONCILIACIÓN**

De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo y deberá ser suscrita por el juez, las partes que lo deseen y el secretario, estimándose como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Se ha entendido que "en el trámite de la conciliación la iniciativa y la proposición de bases de arreglo corresponde al juez de la causa y el acta que se levanta solo en el evento de haberse llegado acuerdos, debe ser firmada por el juez y el secretario siendo innecesario que las partes del juicio la suscriban y en esos términos tiene el carácter de sentencia definitiva para todos los efectos legales, como lo estatuye el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil; en otros

*términos, la falta de firma de las partes no la priva del carácter mencionado ni la invalida, así como tampoco requiere aprobación del juez” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 30 de junio de 200, Rol N° 1.113-2002).*

Si se trata de procesos en los que existe pluralidad de partes en los que, como se dijo, la audiencia debe llevarse a efecto aunque no asistan todas, la conciliación naturalmente operará entre aquellas que la acuerden y continuará el juicio con las que no hubieren concurrido o no hubieren aceptado la conciliación (art. 264 CPC).

El acuerdo logrado en el procedimiento conciliatorio se equipara, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, a la sentencia ejecutoriada, produciendo efecto de cosa juzgada y desasimio, resultando además aplicable a su respecto el artículo 3° del Código Civil. (Corte Suprema, sentencia de 28 de enero de 2008, Rol N° 110-2006).

De ahí que se haya resuelto que el juez carece de facultades para decretar de oficio nulidad de avenimiento aprobado judicialmente. *“Que de todo lo dicho fluye con toda claridad que la juez, que irrumpió en el proceso para anular de oficio el avenimiento y el comparendo todo en que se arribó el acuerdo conciliatorio, se desistió el actor de su demanda y se concertaron otros arreglos y se dio por terminado el litigio otorgándose las partes recíproco y amplio finiquito, no ha podido desde una consideración estrictamente procesal, obrar como lo hizo quebrantando todos los principios legales que el juez está obligado a respetar, regresando un asunto concluido al campo de la incerteza” (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 10 de mayo de 2007, Cita Westlaw: CL/JUR/855/2007).*

En similar sentido, la Corte de Santiago ha fallado que *“el avenimiento al que arribaron las partes, procesalmente, es una sentencia ejecutoriada, por lo que, en cuanto a la parte civil, se produjo el desasimio del tribunal, en atención a lo cual el juez a quo no podía dejarlo sin efecto ni menos hacer abstracción del mismo en el fallo en alzada” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28 de noviembre de 2005, Cita Westlaw: CL/JUR/1501/2005).*

Atendida su naturaleza jurídica, la conciliación sólo está llamada a surtir efectos entre las partes que han concurrido a ella, careciendo de la aptitud para afectar derechos y garantías constituidos a favor de terceros.

Como lo tiene resuelto la Corte Suprema, *“El negocio jurídico de que se trata sólo ha de seguirse entre quienes tienen la calidad de partes en el mismo y, como consecuencia forzosa de lo anterior, sólo produce sus efectos respecto de quienes detentan dicha idoneidad, de tal manera que el imperio de lo juzgado no podrá, en caso alguno, hacerse extensivo a quienes no se les atribuye tal carácter vinculante con el proceso en cuestión. Con mayor razón, entonces, los efectos de la conciliación—a la cual pudieren llegar todos o sólo algunos de quienes tienen asignada la calidad de parte en un juicio—debe restringirse a quienes hayan comparecido a la misma, más cuando se tiene en consideración que ni aquéllas ni el tribunal pueden incorporar a dicho acuerdo elementos ajenos a la competencia específica que se ventila en el proceso donde la conciliación se verifica”.* (Corte Suprema, sentencia de 28 de enero de 2008, Rol N° 110-2006).

El llamado a conciliación, en los casos que sea obligatorio de acuerdo a la ley, constituye un trámite o diligencia esencial en la primera o en la única instancia de los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales, cuya omisión es constitutiva de un vicio de casación formal conforme a lo prescrito en los artículos 768 N° 9 y 795 N° 2 CPC.

#### EJEMPLO DE UN ACTA QUE DA CUENTA DE UNA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

FOJA: 48 . cuarenta y ocho



PODER JUDICIAL  
REPUBLICA DE CHILE

Segundo Juzgado Civil  
Concepción  
avc

Concepción, veintinueve de enero de dos mil doce

A la hora señalada, se lleva a efecto el comparendo decretado en autos a fs. 44, con la asistencia del apoderado de la parte demandante, don Daniel Prieto Valenzuela y del apoderado de la parte demandada don Óscar Lara Pineda.

Dado cuenta del objeto de la audiencia, el tribunal llama a las partes a conciliación, la que no se produce.

Con lo que se pone término a la audiencia, firmando las partes asistentes con su Ssa. y secretaria que autoriza, quedando las partes notificadas personal y expresamente de lo resuelto en esta audiencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANABALÓN SANDERSON, C., *Tratado práctico de Derecho procesal civil chileno*, III, 2ª ed., Santiago, Arancibia Hnos. Editores, 1963.
- CAROCCA, A., *Manual de Derecho Procesal: los procesos declarativos*. Santiago, LexisNexis, 2003.
- CASARINO, M., *Manual de Derecho Procesal*. IV, Santiago, Ed. Jurídica, 6ª edición, 2008.
- COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- DE LA OLIVA, A., DÍEZ-PICAZO, I. *Derecho Procesal Civil: El proceso de declaración*. Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, 2004.
- MONTERO AROCA, J. (y otros), *Derecho Jurisdiccional*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 10ª edición, 2001.
- ORTELLS RAMOS, M. (y otros), *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Thomson Aranzadi, 10ª edición, 2010.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, I, Barcelona, Bosch, 5ª edición, 1992.
- RODRÍGUEZ, I., *Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago, Ed. Jurídica, 7ª edición, 2010.
- ROMERO SEGUEL, A., *Curso de derecho procesal civil*, I, Santiago, Edit. Jurídica, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Curso de derecho procesal civil*, II, Santiago, Edit. Jurídica, 2009.

## TERCERA PARTE

### LA FASE DE PRUEBA

PROF. DIEGO PALOMO VÉLEZ

El autor deja expresa constancia que esta parte de la obra contó con el apoyo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, que permitió contar con el trabajo de los ayudantes D. Diego Valdés y D. Giovanni Ocaranza, a quienes agradece la colaboración prestada.

## I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE LA PRUEBA

### A) SIGNIFICADOS Y CONCEPTO DE LA PRUEBA

Es común, por su utilidad para la explicación, que los temas ligados a la prueba se planteen desde la formulación de una serie de preguntas que se busca responder. Pues bien, la primera pregunta que cabe hacerse al abordar este tema es ¿Qué es la prueba? En el desafío de responder esta pregunta lo primero es advertir que con la expresión prueba se suele aludir a diversos significados que, estando vinculados en gran medida, difieren entre sí. En efecto, con ella se alude a la fase procesal central del procedimiento ubicada entre la fase de discusión y la fase de decisión, destinada a la práctica de las pruebas (haciendo clara referencia al término de prueba), a los medios utilizados para desarrollar la actividad probatoria (que, lo decimos de inmediato, en el modelo procesal civil nacional se encuentran enumerados y regulados taxativamente por el legislador) y, desde luego, a la actividad que desarrollan las partes —con el tribunal— para establecer los hechos que serán sustento a la aplicación del Derecho a través del pronunciamiento jurisdiccional. Dicho lo anterior, y con el fin de evitar confusiones, considérese que cuando intentamos dar con un adecuado concepto de la prueba, estamos considerando fundamentalmente la última actividad referida, desarrollada por las partes y el juez, convertida en el verdadero eje del complejo mecanismo en que consiste el proceso, y que ha recibido todo el interés de la dogmática procesal nacional y extranjera, muy especialmente desde la perspectiva de la discusión en torno a la finalidad o función que se le asigna, lo que se entronca directamente con la finalidad o función que se reconoce a la jurisdicción y al proceso.

La tutela y realización del Derecho objetivo es el contenido fundamental de la función jurisdiccional, pero esta afirmación no debe hacernos olvidar que en la gran mayoría de los casos de la jurisdicción civil lo hace justamente a propósito de existir una contienda entre partes. Esto es, la jurisdicción persi-

que tutelar y realizar el Derecho establecido, sin embargo tiende a resolver controversias o contiendas con el fin de lograr la paz social. O como bien se ha dicho, las relaciones entre jurisdicción y derecho son mediatas, a través de la controversia jurídica. Esto no significa otra cosa que la función jurisdiccional se proyecta sobre situaciones concretas, con el objetivo de realizar y tutelar el Derecho, procurando dar a cada uno lo suyo. Con todo, lo que no cabe desatender es que la composición de la controversia no debe realizarla la jurisdicción mediante cualquier criterio de decisión y con el único fin de restablecer la paz social, sino que precisamente con arreglo a las normas jurídicas (Ortells, M.). La función jurisdiccional, para ser bien entendida, debe saber contemplar una referencia a ambos aspectos que tradicionalmente han separado a la dogmática en su explicación.

Ahora bien, no es posible decir el Derecho sobre casos concretos de forma instantánea (por más que se postule la instrumentalidad y la efectividad del proceso), sino que se requiere previamente de la verificación de una serie de actos que preparan y sostienen el resultado de la función jurisdiccional. Esa serie de actos no es otra cosa que lo que conocemos como proceso, que se estructura (debe estructurarse) sobre la base de dos posiciones distintas y enfrentadas y de un juez que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una controversia entre quienes ocupen esas posiciones. En efecto, tras la fase de alegaciones esta "lucha por el derecho" está formulada en una tesis y una antítesis, las que corresponden a la versión del actor y del demandado (Ramos, F.), las que luego refrendan a través de nuevas afirmaciones instrumentales en qué consiste la prueba, tras lo cual un tercero es quien debe resolver el conflicto. Esto debe llevarnos a señalar que los derechos de las partes en el proceso importan no sólo el deber de los órganos jurisdiccionales de realizar el proceso, sino que además realizarlo de conformidad a los principios que informan todo proceso (contradicción, igualdad de armas, imparcialidad del juez, derecho defensa y, una de sus manifestaciones más relevantes, el derecho a la prueba).

La prueba, en consecuencia, es una actividad determinante del proceso, con soporte normativo al más alto nivel, lo que impone que la interpretación de las normas regulatorias de esta actividad debe ser la más favorable para sus objetivos, esquivando los obstáculos formalistas que puedan surgir de una lectura literal de una normativa, como la nuestra, que hunde sus raíces en un modelo procesal decimonónico ya superado por las legislaciones más modernas. Es así que la sentencia "el arte del proceso es, en realidad, el arte de la prueba" (Bentham, J.), refleja, también ahora, la relevancia de

la actividad probatoria dentro del proceso. En todo proceso será necesaria una actividad que esté al servicio del establecimiento de los hechos con la finalidad de sustentar la aplicación del Derecho en el pronunciamiento jurisdiccional.

## B) FUNCIÓN DE LA PRUEBA

a) La función de la prueba tradicionalmente se la ha relacionado con el propósito de búsqueda y descubrimiento de la verdad sobre los hechos que las partes han introducido al proceso. La fórmula que se sostiene aparece, de frente a la primera aproximación al tema, como impecable e indiscutible. Si de lo que se trata es de hacer verdadera "justicia", se dice, la finalidad de la prueba y la tarea de los jueces debe estar dirigida necesariamente a buscar y descubrir la verdad histórica de los hechos relevantes para la resolución de la pretensión procesal.

Lo que omite el planteamiento precedente es la consideración de que para situar como función de la prueba (en el contexto de un proceso civil) la verdad histórica de los hechos, el juez no debiera tener ningún límite en la tarea de descubrimiento. Existiendo tales límites, se impone una lectura diversa de la función de la prueba. La pregunta que cabe responder entonces es si en el ámbito de un proceso civil gobernado, como se dirá, por principios procesales que le dan una particular configuración, la tarea en comento tiene límites o no. La respuesta es afirmativa y varios ejemplos lo demuestran (Montero, J.): a) Los hechos afirmados por ambas partes deben ser tenidos como ciertos por el juez; b) Los hechos no afirmados no existen para el juez; c) Los medios de prueba a practicar son, por regla más que general, los propuestos por las partes; d) Existen reglas legales de valoración de la prueba; e) No todo vale en este proceso de verificación (carece de valor la prueba obtenida con ilicitud). En este contexto, con tales limitaciones, la prueba, se puede decir, en principio está orientada a la búsqueda de la verdad de los hechos alegados por las partes, pero esa finalidad se conjuga con otros valores igualmente importantes como los derechos y la libertad de las partes y de terceros.

b) ¿De qué otra manera puede ser entendida la función de la prueba civil? La evidente dificultad de situar la verdad histórica como finalidad de

la prueba, derivó en que se planteara la distinción entre la verdad material y la verdad formal. Si el juez se encuentra limitado en su tarea, se dice, la función de la prueba no puede estar en la verdad material, sino que hay que conformarse con una verdad jurídica. A esta distinción de categorías de "verdades" se plantea luego oposición partiendo de la afirmación de que la verdad es como el agua, o es pura, o no es verdad: "Cuando la búsqueda de la verdad está limitada de tal modo que ésta no puede ser conocida en todo caso y por cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos" (Carnelutti, F.). Esta segunda respuesta al tema de la función de la prueba apuesta por un sistema que junto con no tender al descubrimiento de la verdad como finalidad de la actividad, busca dejar establecidos formalmente los hechos que servirán de sustento a la sentencia, bastando con el cumplimiento de unas reglas legales cuyo empleo pretende lograr ante todo seguridad en la determinación de los hechos.

c) Una tercera respuesta frente a la cuestión relativa a la función de la prueba viene marcada por su consideración como una actividad que, refiriéndose a la realidad de los hechos (casi huelga decirlo, ya que es natural y obvio), está fundamentalmente dirigida a formar la convicción del juzgador. Vale decir, una vez que se deja atrás la búsqueda de la verdad objetiva de los hechos como función de la prueba, aparece la alternativa de considerar el logro de la convicción del juez como su función o finalidad. La función de la prueba, en el sentido que se está explicando, sería provocar un estado subjetivo de convicción en el juzgador de la certeza de un hecho o afirmación fáctica introducida al proceso. En rigor, más que certeza, lo que se puede obtener en el contexto de un proceso civil es sólo una tan alta probabilidad que excluya la aceptación de lo contrario. Por ello, en la prueba civil, ni verdad ni certeza objetiva, sí más humildad: probabilidad.

La asunción de la convicción judicial como función de la actividad probatoria ha ganado terreno frente a las demás respuestas, especialmente en un contexto de reformas en donde el paradigma de las reglas legales de valoración va siendo sustituido (en buena medida) por un sistema de valoración libre de acuerdo a la sana crítica. Con todo, dado que incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que han implementado reformas en el

sentido anterior subsisten reglas legales de valoración de algunos medios de prueba o se prohíben actividades probatorias ilícitas, debe ser una fórmula mixta la que finalmente se imponga en la explicación de la función de la prueba. En este sentido, la prueba (en el proceso civil al menos, que es de lo que nos ocupamos acá) puede ser entendida como aquella actividad para convencer al juzgador de la certeza de un hecho o para fijarlo formalmente a los efectos del proceso.

De este modo, y buscando aunar criterios, se puede entender que si la función de la prueba está en principio orientada a la búsqueda de la verdad de los hechos alegados por las partes, se trata de una búsqueda de la verdad claramente limitada, dado que esa finalidad se debe conjugar con otros valores igualmente importantes como los derechos y la libertad de las partes y de terceros. Y si dadas estas importantes limitaciones de la verdad en el proceso se prefiere no hablar de su búsqueda, se podrá optar por señalar que con la prueba se busca una convicción en el juzgador de la certeza de un hecho o afirmación fáctica introducida al proceso o, si quiere, una probabilidad razonable de la ocurrencia de los hechos afirmados por las partes.

### C) FUENTES NORMATIVAS DE LA PRUEBA Y PRINCIPIOS EN LOS CUALES SE SUSTENTA

Debemos comenzar por señalar que la regulación de la prueba en el ámbito procesal civil se recoge en dos cuerpos normativos, a saber, el Código de Procedimiento Civil (CPC) y el Código Civil (CC). Mientras en el primero se regula lo relativo al procedimiento probatorio (arts. 318 y siguientes), en el segundo se encuentran normas relativas a la carga de la prueba y a la admisibilidad y valoración de medios de prueba (arts. 1698 y ss., bajo el título "De la prueba de las obligaciones").

La consideración de normas sobre la prueba en el CC es objeto de crítica. Por un lado se puede generar confusión respecto a la naturaleza de las normas sobre la prueba que, debe dejarse establecido desde un comienzo, son procesales con independencia de su concreta ubicación en un cuerpo legal u otro, y del otro, se olvida que el objeto de la prueba no son las obligaciones sino los hechos de los que éstas derivan y que requieren de prueba no sólo las obligaciones sino que cualquier otra relación jurídica de Derecho

privado. La reforma al proceso civil debiera traducirse, en este punto, en la reunión en el articulado del nuevo Código Procesal Civil de toda la regulación relativa a la prueba, derogando los correspondientes artículos del CC.

Pues bien, la regulación de la prueba se inserta en un modelo procesal civil que se sostiene en una serie de principios y reglas que le configuran y distinguen de otros. En efecto, partiendo de la base de la vigencia de aquellos principios procesales que dan cuenta de los postulados mínimos y elementales que estructuran la idea de todo proceso (principios de audiencia, de igualdad, de contradicción, de imparcialidad y de moralidad del debate), el modelo procesal civil se apoya y levanta particularmente en dos principios que sirven de base a la regulación que se contempla por el legislador: el principio dispositivo y el de aportación de parte.

Se ha entendido por el legislador, a nuestro parecer con acierto, que tratándose de un proceso dirigido a la tutela de bienes jurídicos con fisonomía fundamentalmente individual es razonable y conveniente que se haga depender —en gran medida— de la voluntad y actuación de los interesados. Así, como se explicó en su momento, de los sujetos interesados dependerá el inicio del proceso, su delimitación (incluso su eventual término: a través, por ejemplo, de la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, el avenimiento o la transacción), pero también dependerá la carga de aportar las pruebas que permitirán establecer los hechos introducidos al proceso.

Nos parece una fórmula (la que recoge el principio de aportación de parte) razonable y conveniente de cara a la introducción del material probatorio, fundamentalmente por entender que no se pueden concebir los procesos en abstracto, en la ley, pensando que cada juez y cada abogado tienen sólo uno (De la Oliva, A.). Es cierto que desde un sector doctrinal se aboga por un importante aumento de las potestades probatorias de los jueces en los procesos civiles en una corriente conocida como la “publicización” del proceso civil, pero consideramos que gravar a los tribunales civiles con esta responsabilidad (las potestades se traducen en eso: deberes) implicaría desconocer que la experiencia ha demostrado que en los procesos en general, especialmente en el proceso civil gobernado por los principios dispositivo y de aportación de partes, son los sujetos interesados los que están en mejores condiciones que nadie para asumir el protagonismo de la iniciativa y del esfuerzo probatorio. La fórmula tiene la virtud, además, de exigir el máximo de energía a la actividad probatoria desplegada por las partes, toda vez que éstas deberán esmerarse en

procurar al juez los medios de prueba necesarios para que se le dé la razón en una sentencia favorable para ellas, so pena de soportar las consecuencias de la carga de la prueba (Carnelutti, F.).

En consecuencia, el tribunal en un proceso civil, salvo las excepciones al principio que se establecen por el legislador, ha de atenerse a los hechos admitidos por todas las partes, y no podrá introducir oficiosamente hechos nuevos ni realizar o intervenir en más actividad probatoria que la solicitada por aquéllas. ¿Significa esto que la prueba es sólo actividad de las partes? Desde luego que la respuesta es negativa, ya que el juez, como principal destinatario de la actividad probatoria, debe intervenir, en primer lugar, admitiendo las pruebas propuestas, luego, dirigiendo su práctica y, finalmente, a través de la valoración que debe realizar respecto de los resultados de la prueba rendida.

#### a) *Algunas consideraciones en torno al principio de aportación de parte en nuestro sistema*

Nuestro CPC, como se ha dicho recién, se sostiene en el principio de aportación de parte. Esto no significa otra cosa que corresponde a las partes alegar los hechos y aportar las pruebas que los establecerán de cara a sustentar la aplicación del Derecho en la sentencia. En otras palabras, al momento de dictar sentencia, el tribunal sólo deberá tener en cuenta lo alegado y lo probado por las partes (*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*), no estando autorizada la incorporación de hechos no alegados por las partes ni la realización de pruebas no instadas por ellas. Son las partes las que, por regla general, deben aportar las pruebas.

Si dejamos a un lado la situación del proceso penal (modelo acusatorio-adversarial), podemos constatar que las reformas procesales que se han implementado en los últimos años suscriben, en gran medida, la extendida corriente dogmática que viene postulando desde hace tiempo que la solución a los problemas de la Justicia pasa por la ampliación de las potestades procesales y materiales de los jueces, entre las que se cuentan las que les autorizan a disponer prueba de oficio. Una muestra de lo dicho en los procedimientos regulados en la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia y en el Código del Trabajo, reformado recientemente por las leyes N°s. 20.087, 20.260 y 20.287, en lo que liga con los procesos de familia y los procesos laborales, respectivamente, que consagran un modelo procesal que si bien no prescinde del principio dispositivo, recoge amplias potestades para los jueces que han generado, a la fecha, variados problemas dada la ausencia



de una regulación adecuada de las mismas que cautele de buena forma las garantías de las partes de modo de no afectar la igualdad de armas y la imparcialidad del tribunal.

El principio aludido, con todo, tiene una importante excepción entre nosotros en la institución de las medidas para mejor resolver (MMR) que, recogida en el art. 159 del CPC, se contempla hacia el final del trayecto procesal, específicamente después de la citación para oír sentencia y antes del pronunciamiento del fallo, configurando una clara posibilidad de prueba oficiosa por parte del tribunal. Así, en la norma citada, tras disponer que “los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver”, se señalan las diligencias probatorias que se autoriza disponer por la vía de estas medidas. Si bien volveremos sobre ellas en su momento, valga señalar de inmediato, en el contexto de la explicación del principio de aportación de partes, que la justificación de su existencia tradicionalmente se ha hecho recaer en la posibilidad que dan para completar el material fáctico con la finalidad de obtener una mejor resolución del asunto.

Las MMR son consideradas como la manifestación más importante de la iniciativa probatoria judicial de oficio en nuestro modelo procesal civil, al estar referida prácticamente a todos los medios de prueba reconocidos por el legislador, sin perjuicio de la existencia de otra norma que confiere al juez una iniciativa oficiosa sobre un particular medio de prueba, como es la prueba de peritos (art. 412). Por dónde se las mire, estas medidas significan una intromisión del juez en la determinación de las pruebas que han de ser practicadas en el marco del proceso, lo cual, imperando el principio de aportación de partes, es sólo responsabilidad de las partes. La normativa procesal civil española (LEC 1/2000), una legislación moderna, de referencia para nosotros (y no sólo para nosotros), ha realizado cambios relevantes en relación a la regulación de la institución de las diligencias para mejor proveer (similares a las MMR). En efecto, recoge un sistema en el que restringe el alcance de dichas medidas, asignándoles un carácter excepcional, complementario y subordinado de la actividad probatoria encomendada a las partes, evitando de este modo que se supla la inactividad o negligencia de alguna de ellas. La reforma española guarda coherencia con los principios dispositivo y de aportación de parte que se postulan, y se tradujo en el reemplazo de estas diligencias para mejor proveer por las denominadas diligencias finales, a través de las cuales sólo tienen cabida pruebas debidamente propuestas y admitidas que no se hubieren practicado en el momento procesal ordinario

por causas ajenas a la parte que las propuso, así como las pruebas referidas a hechos nuevos o de nueva noticia que, por el estado de las actuaciones, no fue posible practicar en su momento.

Para el sector de la dogmática que es más entusiasta con la ampliación de las potestades judiciales, sin embargo, instituciones como las MMR sólo sirven para mitigar el remordimiento de la restricción impuesta al juez en cuanto a su iniciativa probatoria a lo largo del proceso, dando a posteriori la posibilidad de acordar pruebas de oficio en un compromiso que se califica de tardío y que, en una mejor técnica legislativa, debiera ceder terreno frente a un amplio reconocimiento de la iniciativa probatoria del juez (Ramos, F.). Este planteamiento está inmerso dentro del debate que existe en torno a las potestades officiosas del juez civil.

#### *b) Reglas bajo las cuales se desarrolla la actividad probatoria*

Un peldaño más abajo que los principios se encuentran las reglas procesales, en un escenario disponible para el legislador, quien recurrirá a ellas en las combinaciones que estime más oportunas y convenientes. Estas reglas (muchas veces mal denominadas principios, lo que ha contribuido a la extendida confusión en el tratamiento del tema) configuran externamente al proceso. En su explicación suele recurrirse al señalamiento de pares antinómicos (Alvarado, A.), entre los cuales se deben contar por lo menos los siguientes: oralidad—escritura, concentración—desconcentración, inmediación judicial—mediación, y publicidad—secreto.

En lo que dice relación con la actividad probatoria, la opción del legislador por la regla de la escritura ha marcado claramente su configuración externa. En efecto, el carácter escrito del procedimiento ha derivado en que sea escrita la propuesta probatoria de las partes, y protocolizados en actas los resultados la práctica probatoria, en plena coherencia con la máxima propia de todo modelo procesal escriturado: *quod non est in actis est in mundo*.

En segundo lugar, no puede anotarse la concentración como una característica de la actividad probatoria en el proceso civil nacional; es así como ni la proposición ni la práctica probatoria se desarrolla bajo la regla de la concentración procesal, sino que se desarrollan disgregadamente de acuerdo

a las oportunidades que previene el legislador. El término probatorio no resulta ser un término fatal para rendir ninguna prueba, salvo la prueba de testigos (art. 340), lo que confirma la disgregación probatoria que identifica el sistema procesal vigente. Respecto de cada medio de prueba se ha contemplado la oportunidad procesal para rendirlo.

En tercer término, y directa consecuencia de lo anterior, debemos señalar que no obstante la existencia de algunas normas que establecen la necesidad de la participación del juez en determinadas actuaciones probatorias, en la práctica forense encontramos que la mediación (materializada en delegación de funciones) es la regla efectivamente imperante, lo que ha intentado justificarse tanto por el exceso de carga de trabajo de los jueces como por la escasa utilidad que representa una presencia efectiva del juzgador en un escenario probatorio tan desconcentrado. El hecho que la actividad probatoria se lleve a cabo en un escenario como el señalado ha demostrado ser fuente de importantes dificultades y, sobre todo, de claro desaliento para el concurso efectivo del juez en la actividad de la práctica de las pruebas, actualmente a cargo de los receptores judiciales o, en cualquier caso, bajo responsabilidad de otros funcionarios distintos del juez que actúan como ministros de fe. Quedan sacrificadas especialmente las pruebas personales por una mediación que se ha transformado en su verdadero talón de Aquiles, derivando en que muchas veces, en la mayoría de los casos, padezcamos una actividad probatoria pobre y desaliñada (Ortells, M.).

Por último, si bien la publicidad es una característica de nuestra jurisdicción (art. 9° COT), acontece que las posibilidades para la publicidad general (respecto de terceros) en un modelo como el nuestro, escriturado y desconcentrado, con ausencia del juez, no son las mejores, quedando en los hechos vacía de contenido. En otras palabras, si bien no existen normas que impidan a las personas asistir a presenciarse la práctica probatoria del juicio, debido al esquema formal señalado, no ha sido posible, en la práctica forense, materializarlo con regularidad y normalidad, como acontece hoy en los juicios penales, laborales y familiares.

El CPC recepciona un modelo asumido y consolidado por las leyes españolas del siglo XIX, y lo mantiene sin modificaciones de importancia hasta nuestros días. Si bien el Código ha experimentado reformas parciales materializadas en distintas leyes, éstas no han logrado superar de verdad los problemas que

aquejan a nuestra Justicia civil y que pueden resumirse en una lamentable mezcla de infraestructura y recursos humanos insuficientes y un modelo procesal —heredado de España— que ha reproducido en Chile y otros países latinoamericanos los problemas experimentados en la península ibérica. El modelo procesal civil es un diseño formal basado en la escritura, por tanto, un modelo que contempla características muy similares a las existentes en un modelo español que ha sido reemplazado a través de la reconocida LEC 1/2000. Pues bien, la escritura está vinculada a reglas que han evidenciado escasa adecuación a determinadas fases del proceso, en especial a la prueba. Cada una de las actuaciones del proceso se encuentra concebida desde y para la forma escrita. Las escasas actuaciones procesales orales o están desvirtuadas por una práctica forense plagada de delegación o son puramente accesorias. La propuesta de reforma, actualmente en el Parlamento, busca en el punto ligado a la prueba, rescatar una actividad que ha perdido flexibilidad, fiabilidad, seriedad y valor, lo que se pretende obtener bajo el protagonismo de la oralidad, la concentración, la inmediación judicial efectiva y la publicidad. Bien se ha dicho que un modelo eficiente debe tender no sólo a la superación de la lentitud de la respuesta sino a la calidad de la decisión jurisdiccional (Taruffo, M.). No alcanza con las fórmulas simplistas que provienen desde parte de la doctrina que postula un desbordado interés los tiempos de respuesta, en un reduccionismo cuantitativo y estadístico que rechazamos. La posición razonable a nuestro juicio es aquella que señala que es necesaria una pronta tutela judicial en verdad efectiva, con todo precisa que es posible lograrla sin prescindir de cuanto es razonable prever como lógica y justificada manifestación de la contienda entre las partes.

Hay coincidencia en los positivos efectos de un modelo oral en la actividad probatoria. Junto con aportar mayores dosis de flexibilidad y espontaneidad en el procedimiento probatorio, en este modelo procesal se apuesta por la concentración probatoria, lo que debe valorarse como una solución más razonable que la que tenemos, especialmente frente a la actual dispersión de la práctica de las pruebas. La concentración favorece que las actuaciones probatorias verificadas en el acto del juicio, sus resultados, permanezcan en la memoria del juez al momento de pronunciar la sentencia. Al imponerse una práctica probatoria fundamentalmente concentrada y consagrarse la proximidad de dicha práctica con el momento de dictar sentencia se posibilita también la inmediación judicial efectiva, esto es, el contacto directo y frontal del juez con las partes y sus medios de prueba. La inmediación judicial (hablamos de sus dos sentidos: el amplio y el estricto) aparece fortalecida en la estructura procesal que es oral y concentrada. Genera el milagro de una práctica probatoria con efectiva participación del juez, dónde la intermediación ya no tiene espacio. La estructura del modelo termina forzando la presencia efectiva, directa y real del juez (así ha quedado en evidencia en los sistemas procesales

orales ya en vigencia en el país). El modelo procesal civil oral debe aparejar un verdadero nuevo modelo de juez civil que asuma una posición más cercana con la causa, las partes y muy especialmente con la práctica de las pruebas, que abandone el tradicional rol de juez lector para transformarse en un juez visible, lo que viene impuesto por las concepciones más racionales del Derecho Procesal, que ya está recogido en los regímenes procesales civiles de distintos países tanto de América Latina como de Europa.

Con todo, no siempre se trata de halagos hacia la forma oral. Tras una fase inicial en la cual lo más relevante ha estado en lograr dejar atrás las evidentes y numerosas deficiencias que exhibe un sistema procesal que es fundamentalmente escriturado, y ya con la oralidad operando en diversos órdenes jurisdiccionales, comienzan a reproducirse planteamientos críticos, los que junto con denunciar problemas en el funcionamiento, evidencian una notable distancia entre las aspiraciones teóricas y lo que termina ocurriendo en la realidad práctica. Bien se había advertido hace ya casi un siglo: la oralidad es el más perfecto mecanismo; pero de que sirve tan delicado instrumento en manos de quién no tiene la capacidad o no tiene el cuidado necesario para hacerlo funcionar bien. Es sobretodo un "problema de hombres", por eso, en este asunto, debemos ser especialmente cuidadosos para no transformar la reforma hacia la oralidad en algo perjudicial (Carnelutti, F.).

Una expresión bien difundida de esta corriente crítica respecto de la oralidad en los juicios proviene desde España que hace diez años comenzó con la aplicación de reconocida LEC 1/2000, a través de la cual se renovó la regulación procesal civil. Pues bien, la normativa logró introducir mayores grados de oralidad, consagrando un modelo procesal por audiencias. Con todo, la práctica judicial ha estimulado a algunos a recordar que la oralidad no está exenta de inconvenientes, y que la doctrina debe dejar atrás la fascinación por una fórmula entendida como panacea y tiene la obligación de identificarlos con el objeto de poder corregirlos. Por ejemplo, los riesgos de precipitación y superficialidad de la decisión (Nieva, J.), o el exceso de confianza en la intermediación judicial con consecuencias dañosas para el derecho al recurso (Picó, J.). En consecuencia, está bien un planteamiento favorable hacia la oralidad, siempre que sea sin caer en la mitología que le ha acompañado durante todo el siglo XX.

### c) El derecho a la prueba

Siguiendo la explicación de Picó i Junoy se define como aquel que poseen las partes consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios

para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, por lo que todas las pruebas pertinentes solicitadas cumpliéndose los requisitos legales deben ser admitidas y practicadas.

Si bien no existe una disposición en nuestro CPC que establezca el derecho a la prueba, no es menos cierto que hay normas que sancionan con nulidad la sentencia que ha sido dictada con omisión de la práctica de diligencias probatorias que puedan causar indefensión. O bien cuando no se agregan los documentos oportunamente o cuando no se cita a alguna diligencia de prueba (art. 795 N°s. 4, 5 y 6 CPC).

A nivel constitucional, la recepción de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico ha resultado bastante escueta, debiendo ser forzado el precepto constitucional del art. 19 numeral 3 que consagra que "toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale" para entenderlo incorporado. Precavemos que la voluntad del constituyente fue limitar ese reconocimiento a la defensa técnica o letrada, sin perjuicio de ello, resulta dable comprender el sentido de la garantía de una manera mucho más amplia y aplicable también al ámbito probatorio (Caroca, A.). Situación diversa acontece en el sistema español, quienes en su ley fundamental adoptaron expresamente el derecho "a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa" (art. 24.2 CE). A este respecto, no sobra adelantar que en lo que concierne a nuestra regulación legal, ésta presenta las dificultades derivadas de la utilización de la técnica legislativa decimonónica del *numerus clausus* que limita los medios de prueba utilizables por las partes, punto sobre el cual volvemos más adelante al tratar los medios de prueba admisibles en nuestro ordenamiento procesal civil.

Como sea, en la moderna doctrina existe coincidencia en que las manifestaciones del derecho a la prueba en el marco del proceso civil pueden resumirse de la siguiente manera. En primer término, para asegurar el derecho a prueba es necesario contar con un período durante el cual se reciban las diligencias probatorias y, desde luego, dicho término probatorio debe resultar adecuado para que las partes desplieguen la actividad. En segundo lugar, cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones y así formar la convicción del juzgador (Abel, X.). Su última manifestación consiste en que adecuándose a los requisitos legales de oportunidad y forma, el medio probatorio deba ser admitido y, luego, debidamente valorado.

Para concluir cabe advertir que este derecho no es ilimitado. Posee ciertas limitaciones que suelen distinguirse en extrínsecas e intrínsecas (Picó, J.). Las primeras limitaciones responden a la oportunidad y forma de aportación, las cuales abordaremos al analizar cada medio de prueba en particular. Las limitaciones intrínsecas resultan inherentes a la actividad probatoria, siendo éstas la pertinencia, utilidad y licitud, y a ellas nos referiremos al abordar la proposición y admisibilidad de los medios de prueba.

#### D) OBJETO DE LA PRUEBA

Referirse al objeto de la prueba no es otra cosa que referirse a aquello sobre lo cual recae esta actividad: ¿Qué se prueba? Tradicionalmente, en nuestro medio, en la explicación de este punto se ha señalado que la prueba debe recaer sobre hechos, lo que encuentra sustento legal en el art. 318 que dispone que una vez que estén concluidos los trámites de la fase de discusión, el tribunal debe examinar el expediente y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos sobre los cuales deberá recaer.

Decir que son los hechos el objeto de la prueba puede ser admisible en un afán simplificador de la explicación, que también asumimos. En estricto rigor, sin embargo, entiéndase que no es enteramente correcto. Con mayor rigurosidad, lo que es objeto de la prueba son las afirmaciones que sobre los hechos han realizado las partes. Recuérdese en este punto que las partes, en sus escritos de alegaciones (demanda y contestación fundamentalmente), introducen al proceso dos clases de afirmaciones: afirmaciones de hecho (fácticas) y afirmaciones de derecho (jurídicas). Las afirmaciones del primer tipo (ya sea la conducta humana, hechos de la naturaleza, cosas u objetos materiales, lugares, estados psíquicos o internos del hombre, etc.) son objeto de la prueba, no las segundas, sin perjuicio de la excepción que se señalará.

Bien lo ha explicado la mejor doctrina, desde F. Carnelutti. No se prueban directamente los hechos, sino que se prueban las afirmaciones de las partes en relación con los hechos. Estas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el hecho toda vez que la exposición en que se traducen las alegaciones iniciales se efectúa desde el punto de vista de la parte y la relación resulta valorada por la propia opinión del litigante (Ramos, F.). Desde

esa perspectiva, el objeto de la prueba ya no recaería sobre los hechos puros sino sobre lo que las partes han dicho sobre ellos en sus alegaciones. En este sentido, con agudeza se ha señalado que, el hecho interesa al Derecho Probatorio en un estadio preprocesal, en cuanto realidad extraprocésal, que deberá ser “investigada” normalmente por el letrado para ser introducida en el proceso. Y la afirmación sobre el hecho interesa al Derecho Probatorio en un estadio procesal, en cuanto realidad procesal, que deberá ser “probada” en el curso de un proceso y conforme a unas normas de procedimiento que disciplinan la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba (Muñoz, L.). Cabe agregar que se suele distinguir el objeto de la prueba con el tema de la prueba (*thema probandi*). Mientras que el objeto de la prueba responde a la pregunta de qué es posible probar en abstracto, el tema de la prueba responde a la interrogante de qué hechos deben ser probados en un proceso concreto, esto es, lo que debe probarse y lo que está exento de prueba en cada proceso en particular (Abel, X.).

De lo dicho hasta ahora va quedando claro que el objeto de la prueba guarda relación con lo fáctico y excluye lo jurídico. Con todo, a partir de esta consideración de carácter elemental, la explicación debe ganar en precisión.

#### a) La prueba de las afirmaciones fácticas

##### 1. Cargas que las partes deben asumir en relación con los hechos

En el marco de un proceso civil, regido como se ha anotado, por los principios dispositivo y de aportación de partes, éstas tienen que levantar determinadas cargas en relación con los hechos. La primera de estas cargas, como es obvio, es la afirmación de los hechos; baste recordar lo que prescriben los arts. 254 N° 4 y 309 N° 3, ya revisados, para constatarlo. Son las partes las que introducen, en el momento oportuno, los hechos al proceso, afirmándolos a través de sus respectivos escritos de alegaciones (fundamentalmente la demanda y la contestación de la demanda): no está habilitado el juez de la causa, en un sistema regido por los principios antes señalados, introducir, de oficio, hechos al proceso.

La otra carga de las partes dice relación con probar los hechos. De acuerdo a lo que del principio de aportación de partes, son ellas las que tienen la carga de acreditar los hechos que configuran el conflicto, que son determinados en la resolución que recibe la causa a prueba, que se analizará más adelante (art. 318).

## 2. Hechos sobre los que puede versar la actividad probatoria

La primera advertencia en punto a esta cuestión (que se desprende del tenor del art. 318 aludido) es que la prueba debe recaer sobre afirmaciones fácticas que, además de ser controvertidas, sean sustanciales y pertinentes, esto es, que guarden relación con el objeto del proceso que, como ya se ha expresado en su momento, se establece en la demanda, la contestación y la reconvencción, en su caso. El examen que desarrolle el juez de estas actuaciones procesales le permitirá determinar con la debida precisión el *thema probandi*, esto es, aquello sobre lo cual recaerá la actividad probatoria. Desde luego que es relevante que esta tarea se afronte con seriedad por parte del juez, para de este modo evitar la realización de una actividad probatoria que sea impertinente o inútil que malgaste recursos y energías, lo que traerá como consecuencia una extensión innecesaria de la actividad probatoria y, consecuentemente, de la duración del proceso. Solamente los hechos controvertidos relevantes y que guarden relación con el objeto del proceso pueden ser objeto de prueba. En este sentido, no toda controversia fáctica requiere de prueba, así puede haber un hecho controvertido insustancial, como si se demanda una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato y las partes discuten acerca de qué notario intervino en la autorización de la escritura pública. También puede darse un hecho controvertido impertinente, como si se demandara la suma de un millón de pesos, a título de mutuo, y se discute, en cambio, si una de las partes fue o no esta primavera a Santiago (Hunter, I.).

La relevancia a que se hace referencia acá puede ser directa o indirecta. Será directa cuando estemos en presencia de la afirmación de los hechos constitutivos (tratándose del actor) o impeditivos, extintivos o excluyentes (tratándose del demandado). Será indirecta la relevancia en comento cuando los hechos sirven de base para una presunción a través de la cual se determine la existencia o inexistencia de un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente. También cuando los hechos puedan ser útiles para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba.

Nuestra normativa no define a los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Con todo, fundamentalmente gracias a la labor de nuestros tribunales, se ha coincidido entre nosotros en algunos conceptos fundamentales. Así, y en primer lugar, por hecho sustancial, debemos entender aquel que integra

en modo tan esencial la controversia que sin su prueba no se puede adoptar resolución alguna. De su parte, hecho pertinente será aquel que no estando en el caso anterior, se vincula al conflicto y es necesario para la respuesta jurisdiccional. Se he dicho que la prueba de este hecho no es esencial para fallar el asunto, pero su acreditación coadyuva a la dictación del fallo (Maturana, C.). Por fin, hecho controvertido es aquel respecto del cual existe discrepancia entre las partes acerca de la existencia o de la forma en que él ha acaecido. En este punto cabe recordar lo señalado a propósito de la rebeldía del demandado, que importa una contestación ficta donde se entiende que el demandado rebelde no acepta los hechos afirmados por el demandante, razón por la cual el juez debe recibir la causa a prueba, recayendo en el actor la carga de probar su pretensión.

## 3. Hechos que no requieren de prueba para quedar determinados

En el otro extremo están los hechos respecto de los cuales no existe la necesidad de la prueba y que se tienen por establecidos a efectos del proceso sin ella, sirviendo de sustento a la aplicación del Derecho a través del pronunciamiento jurisdiccional. Existe cierta coincidencia en los casos en los cuales determinados hechos no integran el objeto de la prueba.

El primer caso está constituido por los denominados hechos admitidos, esto es, aquellos hechos respecto de los cuales no existe controversia, justamente por haber sido afirmados por una de las partes y expresamente admitidos por la otra. No podría ser de otro modo en un proceso civil como el nuestro gobernado por los principios dispositivo y de aportación de parte, donde la disposición sobre los derechos se traduce también en la disposición sobre los hechos a los que los derechos están ligados (De la Oliva, A.). Valga recordar respecto de este punto lo señalado en cuanto a que los hechos afirmados por ambas partes deben ser tenidos como ciertos por el juzgador, lo que impide suscribir la corriente que postula la búsqueda y descubrimiento de la "verdad" como la función o finalidad de la prueba. Límites como éste lo impiden.

Los hechos no serán controvertidos y sobre los mismos no recaerá actividad probatoria, cuando haya existido la señalada admisión. También puede haberse verificado un allanamiento de la demanda o reconvencción, cuestión que aparejando similar consecuencia en lo relativo a la prueba es distinta. En

efecto, en ambos casos no existirá prueba, y las partes deberán ser citadas a oír sentencia, pero tratándose del allanamiento se está frente a un acto procesal de disposición del demandado mediante el cual éste se somete lisa y llanamente a la pretensión del actor. De allí que nuestro CPC, en su art. 7°, exija contar con facultades especiales al mandatario judicial. De su parte, la aceptación de hechos es una actuación de la parte de una menor significación, pues no contempla la aceptación de las consecuencias jurídicas que la contraria pretende configurar a través de los hechos. Tratándose de la mera aceptación de hechos, el mandatario judicial no debe estar premunido de facultades especiales.

Bien se ha dicho que en nuestro modelo procesal civil, a diferencia de lo que ocurre con otros más modernos, no cabe entender que existe una admisión tácita de los hechos afirmados en el escrito de demanda en caso que el demandado proceda a contestar la demanda sin hacerse cargo de ellos, ya sea aceptándolos o negándolos. En otros, como el español, sobre el demandado recae la carga de admitir o negar los hechos afirmados por el actor: el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. Como no existe una regla así entre nosotros, no es extraño que en la práctica forense las contestaciones se conformen muchas veces con negar genéricamente los hechos afirmados por el actor, recayendo sobre este último la carga de probar las afirmaciones a fin de conseguir una sentencia estimatoria de su pretensión. El Proyecto de nuevo CPC contempla cambios en este punto y recoge, de momento, una norma que señala que en la contestación de la demanda deberá el demandado pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad, integridad y validez de los documentos que a ella se hubieren acompañado. Su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad, integridad y validez de los documentos. Tal regla, por ahora, es sólo una propuesta.

El segundo caso, pero concurriendo razones distintas, está dado por la falta de necesidad de prueba tratándose de hechos notorios. Evidentemente, aunque no lo señale expresamente el legislador, cuando se trata de afirmaciones sobre hechos notorios no es requerida actividad probatoria: *notoria non eget probatione*. La doctrina ha destacado que la notoriedad es una característica relativa, no siendo obligatorio que sea conocido por todo el mundo, ni aún por todas las personas que residen en el ámbito geográfico del que se postula su notoriedad, y que debe atenderse a las personas con un grado de cultura medio, entre las que, por cierto, debe contarse al juez. Esta característica hace que lo relevante para la operatividad de la figura

sea que los hechos sean notorios para el tribunal. Si el juez no conoce el hecho o si existe controversia sobre la notoriedad, el tribunal no eximirá de prueba al hecho.

Cuatro cuestiones cabe precisar sobre la cuestión de los hechos notorios.

La primera: un hecho notorio lo puede ser sin necesidad de ser conocido por todos. Se puede hablar de hechos notorios solamente en relación con un determinado círculo social: los habitantes de una ciudad, los que ejercen una profesión, etc. (Calamandrei, P.).

La segunda es que esta regla no puede ser entendida en términos absolutamente rígidos: los hechos tenidos como notorios pueden ser objeto de prueba en contrario. La doctrina así lo ha reconocido, señalando que del desmoronamiento de las máximas de la experiencia y de hechos evidentes está hecho el progreso científico y técnico, por lo que una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica (Couture, E.).

La tercera: la notoriedad del hecho respecto del juez no debe ser confundida con el conocimiento personal que del mismo pueda tener (ciencia privada). No corresponde que el juez tenga como determinados a los fines del proceso hechos que conozcan al margen del proceso. Permitirlo atentaría contra la imparcialidad del tribunal que daría por establecidos hechos relevantes para el proceso con su personal conocimiento. En este caso actuaría como un testigo que siempre recuerdan parcialmente los hechos y, en consecuencia, tienden a ser parciales (Maturana C.). El juez, agudo crítico del testimonio ajeno, no conseguiría ser el crítico eficaz del testimonio propio: sobre la exactitud de sus propias observaciones, o sobre la solidez de su memoria no existiría duda; ante las divergencias con otros testimonios, terminaría siempre por darse la razón a sí mismo (Calamandrei C.).

La cuarta se relaciona con la recepción de este concepto en nuestra legislación. En este punto cabe anotar que el art. 89 CPC alude a la noción de hecho notorio: "Si se promueve un incidente, se concederán tres días para responder y vencido este plazo, haya o no contestado la parte contraria, resolverá el tribunal la cuestión, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba. No obstante, el tribunal podrá resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, o sean de pública notoriedad, lo que el tribunal consignará en su resolución". Sin perjuicio que la referencia al hecho notorio se hace por

el legislador a propósito de la tramitación de los incidentes, consideramos que no existen razones para no considerar la exclusión de prueba de hechos notorios también tratándose de la resolución del asunto principal.

Nuestros tribunales se han pronunciado sobre la notoriedad de los hechos:

Por ejemplo, y refiriéndose a la única norma que hace alusión explícita a los hechos notorios, ha señalado: Décimo. Que la determinación de esos perjuicios ha debido hacerse en un procedimiento incidental que comprende una etapa de discusión, prueba y fallo. En efecto, conforme lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, haya o no contestado la demandada, el tribunal resolverá la cuestión, "si, a su juicio, no hay necesidad de prueba". De acuerdo con lo sostenido por los autores "se faculta a los magistrados para resolver de plano, esto es, sin dar tramitación alguna las peticiones cuyo fallo pueda fundarse en hechos que consten del proceso o sean de pública notoriedad; en amparo de los derechos de las partes, el Juez debe consignar en su resolución los hechos en que se funde". (Hugo Tapia A. "Las reformas introducidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil por la ley 7760" citado por Julio Salas Vivaldi, Los incidentes, Editorial Jurídica 1994) (C. de Santiago, 30 de abril de 2002, Rol 6812-99).

También se ha fallado: 4. Que tampoco altera la conclusión anterior el informe de fojas 50, expedido por Correos de Chile, puesto que no deja constancia precisa que funcionarios de esa repartición hubieran investigado y comprobado el hecho que expresan, consistente en que el demandado mantenía vigente su último domicilio. Como es público y notorio, por lo que no requiere demostración, Correos de Chile, por intermedio de sus carteros sólo se limita a distribuir y entregar correspondencia en el domicilio que en ella se señala (CS., 14 de octubre de 1992, Rol 606-92).

El tercer caso que se coincide en anotar como hechos que no requieren prueba liga con las presunciones, más específicamente con llamados hechos presuntos. Si bien nos ocupamos de las presunciones más adelante, siguiendo la lógica que se contempla en el art. 341 al señalar los medios de prueba que pueden utilizar las partes (nuestro legislador considera a las presunciones como medios de prueba), cabe anotar desde ya que además de la admisión de hechos y de la notoriedad se plantea un tercer caso donde los hechos pueden quedar fuera del objeto de la prueba. De momento señalaremos que el mecanismo de las presunciones supone una labor deductiva a partir de un hecho que ya está establecido en el proceso (hecho base o indicio), y a partir de la cual se autoriza a tener como cierto otro hecho (hecho pre-

sunto), que queda establecido a los efectos del proceso, salvo que exista prueba en contrario, en aquellos casos en que dicha prueba es procedente (presunciones *iuris tantum*).

Conviene una precisión para definir adecuadamente este caso. La mayoría de los autores sostienen que las presunciones constituyen un caso de innecesariedad total de prueba. Planteado de este modo el caso se comete un error, dado que bien analizado lo expuesto no se está frente a un caso de innecesariedad absoluta de prueba. En rigor, lo que acontece acá es que el mecanismo de las presunciones cambia el objeto de la prueba. O, lo que es lo mismo, cambian el hecho a probar en el proceso, en este caso, el hecho base o indicio, sobre el cual debe recaer prueba, y a partir de cuyo establecimiento se tendrá como cierto y establecido el hecho presunto. De hecho, la exención de la prueba del hecho favorecido por una presunción se produce porque ha habido prueba de otro hecho (o hechos) que, por existir un nexo o enlace suficiente entre ambos, permite considerar como acreditado el presumido y así su exención probatoria: la presunción, por tanto, presupone la prueba (Bonet, J.).

Asimismo, en las presunciones que admiten prueba en contrario, más que estar frente a una exención probatoria, lo que existe es una específica distribución de la carga probatoria. A partir de ella será posible la actividad de la parte para que no opere la presunción, ya sea para practicar prueba contraria al hecho base de la presunción, ya sea para probar que del hecho base deriva una consecuencia distinta al hecho presumido, normalmente porque la operatividad del nexo o enlace entre estos hechos es distinto al que funda la presunción (Bonet, J.).

El cuarto caso lo constituyen los hechos negativos. Por regla general, los hechos negativos no son objeto de prueba. Con todo, buscando una mayor precisión en esta explicación debe distinguirse lo que constituye la simple negativa o negativa general del demandado respecto de los hechos que sirven de soporte a la pretensión deducida en su contra, de la negación de uno o más hechos aislados respecto de la pretensión deducida (C. Maturana). En la primera hipótesis, la carga de la prueba se mantiene en el actor, y en el demandado no recae la carga de probar una negación general de los hechos que el actor ha invocado en la demanda, fundándola. En la segunda hipótesis el escenario es menos categórico, toda vez que en muchos casos la negativa de un hecho podrá implicar la afirmación contraria de un hecho. En tal evento, estas negaciones (aparentes) no se encuentran excluidas de prueba, toda vez que ellas pueden ser acreditadas

por el hecho positivo contrario. Ejemplos citados en la doctrina: este metal no es oro (significa que es de otra especie, lo que debe acreditarse); esta mercancía no es de buena calidad (implica que se está afirmando que la mercancía es de mala calidad); él no es legalmente capaz (significa afirmar que es incapaz por alguna causa legal).

#### b) La prueba de las afirmaciones jurídicas

Las normas jurídicas (el Derecho) no deben ser objeto de la prueba. Rige acá el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*. La regla general es que no se deban probar las afirmaciones jurídicas realizadas por las partes. Aún más, no sólo es innecesario que las partes prueben las afirmaciones jurídicas que han introducido al proceso, sino que el juez debe aplicar las normas jurídicas vigentes aunque las partes no las hayan alegado. La norma jurídica existe igualmente, incluso en aquellos casos en que las partes no la afirman en el proceso. El conocimiento de la norma jurídica se presume por la ficción que establece el art. 8° de nuestro CC.

Es efectivo que el legislador recoge dentro de los requisitos de la demanda y de la contestación el señalamiento de los fundamentos de derecho (arts. 254 N° 4 y 309 N° 3 CPC), pero se coincide por la doctrina procesal en el sentido que dichos planteamientos jurídicos no vinculan al juez al momento de resolver la controversia, estando habilitado para resolver sobre la base de normas que las partes no hayan afirmado. Las normas existen o no, independientemente de que las partes las aduzcan (C. Maturana).

Lo dicho es predicable absolutamente respecto a las normas jurídicas nacionales, por cuanto se presumen de conocimiento del juez de acuerdo a la máxima *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho). Sin embargo, esta regla que impone el deber al juez de conocer el Derecho no es absoluta y no puede extenderse a aquellos casos en que la dificultad de conocimiento del juez es claramente mayor que la de conocer el Derecho vigente interno.

Una excepción a la regla son las normas extranjeras (el Derecho extranjero), las que, de ser invocadas por las partes, son objeto de la prueba. Así, en los casos en que la legislación nacional se remite al derecho extranjero para la solución de los conflictos será necesario acreditar la existencia de

tal normativa en el proceso. La presunción del art. 8° CC, antes apuntada, sólo se aplica respecto de la normativa chilena. Cabe anotar que en nuestro ordenamiento procesal civil se contempla como una hipótesis en la que puede oírse informe de peritos, tal como lo dispone art. 411 N° 2 CPC que, aludiendo a puntos de derecho referentes a una legislación extranjera, autoriza solicitar y disponer la prueba pericial. Para algunos la expresión “podrá” empleada en el artículo demuestra que el juez puede valerse también de otros medios de prueba que no sea el informe de peritos, incluso de los conocimientos propios que pueda tener al respecto. Ahora bien, como es lógico, una cosa será la prueba de la existencia de la norma extranjera, y otra distinta la interpretación y aplicación que de ella haga el tribunal.

Otra excepción a la regla la constituye la costumbre que, de acuerdo al art. 2° CC, no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella. Vale decir, en los casos de costumbre “según ley”, lo que se diferencia de las materias comerciales donde la costumbre es fuente del derecho, incluso en aquellos casos de “silencio de ley”. La costumbre, por lo tanto, en materia civil, constituye derecho, excepcionalmente, cuando la ley se remite a ella. En tal caso debe acreditarse en el proceso el elemento material que la constituye, constituido, como bien se sabe, por la repetición constante y uniforme de ciertos actos por un tiempo prolongado.

#### c) La prueba de las máximas de la experiencia

Junto con la prueba de las afirmaciones fácticas introducidas al proceso por las partes, pueden también ser objeto de prueba algunas reglas o máximas de la experiencia. Estas reglas o máximas de la experiencia, que se han entendido como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya *observación* se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (Stein, F.), por regla general, no requerirán de prueba, ya que integran el acervo cultural común de las personas, incluido el del juez.

Cuando las máximas de la experiencia integran el acervo cultural común de las personas deberá el juez aplicarlas de oficio. Al contrario, cuando no integren este acervo cultural común y se trate de reglas o máximas de la



experiencia especializadas, deberán ser objeto de prueba, aun cuando el juez, por las razones que sean, tenga adquirido en su conocimiento las máximas de la experiencia especializada pertenecientes o propias de una determinada ciencia o arte. A modo de ejemplo, para determinar si la construcción del puente se realizó con la técnica correcta, o si la intervención quirúrgica se efectuó adecuadamente, se requiere de la práctica de prueba de unas máximas de la experiencia que pertenecen a una determinada ciencia o arte. El medio de prueba para esta situación es también la prueba pericial de acuerdo a lo previsto en el art. 411 N° 1, que contempla como otra de sus hipótesis la existencia de puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales sobre una ciencia o arte.

#### E) MEDIOS DE PRUEBA

Otra pregunta que debe responderse en el marco de la explicación de los temas que se vinculan con la prueba es la siguiente: ¿Con qué se prueba? Para responderla es necesario que antes se aborden algunas distinciones que, generadas desde la dogmática, contribuyen a aclarar y despejar el análisis.

##### a) La distinción entre medios y fuentes de prueba

Es costumbre en nuestro medio que la definición de medio de prueba se formule a partir de la centralidad del objeto material o persona que sirve a la tarea probatoria. En otras palabras, hasta ahora se ha puesto el énfasis en el testigo y en el documento para explicar aquello en que consiste un medio de prueba.

Plantear la explicación de los medios de prueba desde esa perspectiva implica no entender adecuadamente todos los extremos del fenómeno probatorio confundiendo dos cuestiones asociadas pero distintas: los medios y las fuentes de prueba. La cuestión, por cierto, está zanjada desde hace bastante tiempo por la dogmática procesal extranjera y sólo excepcionalmente se puede leer en textos locales (Caroca, A.).

Pues bien, la explicación de la distinción precedente es sencilla, pero necesaria. Las fuentes de prueba deben ser entendidas como los elementos (objetos o personas) que existen en la realidad y que pueden ser aptos de

ser utilizados para los fines de la tarea probatoria de que se nutre la decisión jurisdiccional. Mientras tanto, los medios de prueba se traducen en la actividad procesal —de las partes y del juez— a través de la cual se incorporan al proceso estas fuentes de prueba.

Por tanto, como lo ha dejado establecido la mejor doctrina que ha tratado el tema, el concepto de fuente de prueba se corresponde con una realidad que preexiste al proceso, mientras que el concepto de medio de prueba es esencialmente procesal, se forma en el proceso. La distinción conceptual arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible debe existir “algo con lo que verificar”. Pues bien, ese “algo” no puede crearse de la nada en el proceso, sino que preexiste al mismo. El medio de prueba es, esencialmente, la actividad procesal por la que una fuente se introduce al proceso. Por ejemplo, tratándose de la prueba documental, el documento es la fuente, y la serie de actos que se contemplan por el legislador para aportarlo al proceso constituye el medio de prueba. Lo propio puede decirse de la prueba testimonial, dónde la fuente es el testigo y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio de prueba es la actividad procesal prevista por la ley para que ese conocimiento sea incorporado al proceso y se ponga al servicio de la decisión jurisdiccional (Montero, A.).

##### b) Los medios de prueba admisibles en nuestro ordenamiento procesal civil

###### 1. La explicación con una referencia al sistema de prueba legal o tasada

Cada vez que se aborda la explicación sobre los medios de prueba admisibles en nuestro ordenamiento procesal civil se parte haciendo referencia al sistema probatorio que nos rige en la actualidad: el sistema de prueba legal o tasada. En el punto que ahora nos convoca, la manifestación de este sistema de prueba legal o tasada estaría dada por el carácter tasado o cerrado del señalamiento que el legislador ha hecho respecto de los medios de prueba. Se habla de un *numerus clausus* para reforzar la idea de que serán los medios de prueba que recoge la ley los únicos que las partes podrán utilizar.

El listado lo recoge el art. 341 del CPC, que coincide esencialmente con el que se contempla en el art. 1698 del CC. Según la norma del Código

procesal los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son los siguientes: instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informe de peritos y presunciones. Nuestra legislación ha establecido incluso, en algunos casos, la concurrencia obligatoria de algún medio de prueba; en otros casos ha excluido algunos medios de prueba para la comprobación de determinados hechos o actos, tal cual lo revisaremos en su momento.

Se ha discutido en la doctrina especialmente sobre el verdadero carácter de medios de prueba de dos de los enunciados en el catálogo legal. Nos referimos concretamente al informe de peritos y a las presunciones que a juicio de la doctrina no se tratarían, en términos rigurosos, de medios de prueba. Dejamos apuntada la cuestión para abordar las razones tenidas a la vista en este cuestionamiento cuando se aborden el tratamiento de cada uno de estos medios de prueba.

## 2. La situación de los modernos "medios" de prueba

La relación cerrada de medios que se contempla por el legislador, sumado a una regulación estricta de cada medio de prueba, ha hecho complejo en encaje de algunas fuentes de prueba más modernas que no estuvieron en la mente del legislador a la hora de establecer el catálogo cerrado de medios. La respuesta más cómoda para estos casos ha sido cerrarles el paso, impidiendo que sean incorporadas al proceso.

La taxatividad legal vigente respecto de los medios probatorios utilizables en el proceso civil impediría recurrir a fuentes modernas de prueba, por ejemplo, elementos modernos de reproducción de la imagen o el sonido. Si bien alguna jurisprudencia se ha planteado innovar realizando una interpretación aperturista en esta materia, lo cierto es que el problema ha sido difícil de resolver a cabalidad en la lógica propia que impone el derecho a la prueba, que a estas alturas del desarrollo de las garantías constitucionales del proceso debemos entender comprendido dentro de los postulados elementales del derecho al debido proceso (Picó, J.). La existencia de tales catálogos legales no tendría que ser excusa para obstaculizar la entrada al proceso de fuentes probatorias que pueden resultar muy relevantes en la tarea probatoria. Otra cosa, distinta a nuestro juicio, es que la regulación prevista para cada uno de los medios de prueba, no hiciera fácil la tarea de encaje.

La fórmula correcta, a nuestro juicio, es partir de la base de la debida distinción entre fuentes y medios de prueba, lo que impide de entrada la justificación del cierre del paso al proceso de elementos que pueden tener gran importancia en la tarea probatoria. Lo que se impone en un sistema de prueba legal o tasada como lo es el nuestro es que la normativa vigente se interprete analógicamente, esto es, permitiendo la incorporación de estos materiales al proceso a través del medio de prueba expresamente regulado que sea más análogo. En el afán de respetar el derecho a la prueba debieran ser definitivamente superadas todas las reticencias puramente formalistas que puedan tenerse respecto de aquellas fuentes probatorias no consideradas en su momento por el legislador, pero que producto del importante avance tecnológico experimentado durante el siglo pasado y en lo que va del presente han ido poniéndose a disposición de las personas. Por ello se ha señalado que constituiría un sinsentido decir que las partes pueden ejercer el derecho de acción y a la defensa y no se les permita probar las afirmaciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas (Taruffo, M.).

## 3. Las perspectivas de reforma en esta materia

Parece evidentemente conveniente que la reforma del proceso civil, si se quiere una configuración respetuosa con el derecho al debido proceso en general y el derecho a la prueba en particular, deba contemplar una regulación que nos evite cualquier duda en torno a la posibilidad de incorporar al proceso fuentes de prueba "modernas", todavía más si existen y surgirán fuentes de prueba que sencillamente no encajen —ni aun por analogía— en la regulación legal vigente de los medios de prueba. Si se pone la mirada en los procesos de reforma procesal implementados en la jurisdicción de familia y en la jurisdicción laboral el cambio parece ser, además de conveniente, necesario, aconsejando prescindir el camino del parcheo legislativo.

La fórmula que siguen los sistemas procesales civiles más modernos pasa por lo siguiente. Por un lado, como no puede ser de otro modo, se establece una relación de medios de prueba con régimen reglado por la propia ley, entre los que pueden incluirse de modo independiente los medios de reproducción de la imagen, sonido, de palabras y de datos. Junto con esta previsión reglada de medios de prueba, debe contemplarse una norma que expresamente autorice al tribunal, a instancia de parte, la incorporación al

proceso de las fuentes de prueba que hayan sido omitidas por el legislador, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

Téngase a la vista en esta materia lo previsto en la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, que en su art. 54 alude a los medios de prueba no regulados expresamente, y junto a ello establece que el juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo. De su parte, el art. 454 N° 6 del Código del Trabajo, en la misma línea, dispone que cuando se rinda prueba que no esté expresamente regulada en la ley, el tribunal determinará la forma de su incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo. El texto del proyecto de nuevo CPC sigue la misma línea y dispone que podrán admitirse como pruebas cualquier otro medio o sistema de reproducción de la imagen, el sonido o la escritura, apto para producir fe, independiente de su soporte, agregando que el juez determinará la forma de incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

### *c) Clases de medios de prueba: tipos de pruebas*

Conviene acá, para los efectos de manejar la terminología probatoria, revisar la clasificación y tipologías de las pruebas, al menos en lo referido a las categorías que son más relevantes. Seguimos en este punto, en lo fundamental, la explicación de Comoglio, Ferri y Taruffo.

#### *1. Prueba directa e indirecta*

Es directa la prueba que se vierte sobre un hecho principal, lo que ocurre cuando la prueba tiene por objeto y finalidad la comprobación de la afirmación relativa a uno de esos hechos. Así, por ejemplo, será prueba directa la declaración testimonial en la cual el testigo declara sobre un hecho principal. Es indirecta la prueba que tiene como objeto inmediato un hecho secundario, que sirve como premisa de inferencia relativa al hecho principal. Se suele hablar también de prueba indiciaria o de presunciones.

#### *2. Prueba positiva y negativa*

Será positiva la prueba que se dirige a comprobar que el hecho afirmado por la parte en el proceso se ha verificado. Puede tratarse de prueba

positiva directa o indirecta dependiendo de la naturaleza del hecho que se busque comprobar. Por su parte, será negativa la prueba que se contrapone a la prueba positiva y que se dirige a comprobar que el hecho no se ha verificado y que es falsa la proposición que lo afirma.

#### *3. Prueba oral o escrita; testimonial o documental, indiciaria, presuntiva, etc.*

Con estas expresiones se señalan los medios de prueba en función de su carácter extrínseco, por ejemplo, el estar constituidos por declaraciones orales o por documentos escritos o de diversa naturaleza. Cabe precisar aquí que entre nosotros es más difundida la distinción entre pruebas personales y reales.

#### *4. Prueba legal y prueba libre*

Existe la prueba legal cuando es la ley la que predetermina, con carácter general y abstracto, cual es la eficacia que debe ser atribuida a una determinada prueba. En cambio, la prueba es libre, o de libre valoración, cuando no existen normas de prueba legal dirigidas a determinar el valor de las pruebas. Más adelante volvemos sobre esta distinción, a propósito de la explicación de los sistemas de valoración de prueba.

#### *5. Prueba plena y semiplena*

Por prueba plena se entiende la prueba que es idónea por sí sola para fundar el juicio sobre la existencia o no del hecho afirmado en el proceso. Existen hipótesis en las que se presentan situaciones intermedias, en las cuales, la prueba practicada, por sí misma, de acuerdo con lo previsto en la ley, no alcanza para producir el juicio antes señalado por su valor probatorio inferior. Sí sirve, para complementar los resultados de otras pruebas con otros elementos probatorios que al final contribuyan para la adecuada comprobación de la afirmación fáctica. Es lo que ocurre con todas aquellas que sirven de base a una presunción judicial.

#### *6. Prueba constituida y preconstituida*

Es prueba constituida, también denominada circunstancial, la que se forma en el proceso bajo la modalidad procedimental prevista por la ley,

como acontece con la prueba testimonial. Es prueba preconstituida, en cambio, las pruebas que existen antes del proceso (y generalmente fuera de éste), y que consisten en una cosa que puede ser producida en el proceso. Es el caso de los documentos que siendo elaborados fuera del proceso, son empleados dentro de él.

### 7. Prueba típica y atípica

Es prueba típica, o nominada, la que está expresamente considerada y regulada en la ley. En cambio, es prueba atípica, o innominada, las que pueden constituir útiles elementos de conocimiento de los hechos de la causa, pero no han sido específicamente regulados por la ley. A esta situación nos hemos referido al abordar la taxatividad legal vigente en cuanto a los medios de prueba.

#### F) EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL

Un principio de aplicación general, pero de particular incidencia en el ámbito de la prueba, es el principio de adquisición procesal. A través de este principio procesal se señala, en lo que a la prueba se refiere, que los resultados de las actuaciones probatorias se incorporan al proceso con prescindencia de la parte que las haya realizado. En otras palabras, una vez que la actuación probatoria se ha realizado, ésta y su resultado queda incorporado al proceso, de manera que cuando se estima que el hecho está probado será irrelevante determinar cual fue la parte que tuvo la iniciativa respecto a la incorporación del material probatorio.

Bien lo explica la doctrina. Lo normal es que prime la eficacia respecto del acto que realiza la parte, lo que significa que los actos procesales no pueden tomarse en perjuicio de la parte que promueve el proceso, si esa parte tiene la razón al promoverlo. Sin embargo, dado que el proceso es un conjunto de actos procesales que se conectan y relacionan entre sí, los actos se vacían al proceso, independizándose de su ejecutante, naciendo de él beneficios y perjuicios sin distinguirse en quien se radican, en definitiva, esos beneficios o perjuicios. El principio importa entonces que los actos procesales, incluimos los actos probatorios, no sólo van en beneficio del que los ejecuta perjudicando a la contraparte, sino que también esa contraparte puede obtener ventajas de dicho acto (Maturana, C.).

En el ámbito de los medios de prueba pueden anotarse algunos ejemplos.

Tratándose de la confesión judicial espontánea expresa se aplica este principio. Las partes pueden, sin tener voluntad de favorecer a la contraria, reconocer la existencia de hechos que, en definitiva, las perjudican. Esto se puede dar en la exposición de los hechos que se recogen en la demanda o en la contestación de la demanda, ya que sientan su existencia, con eventuales consecuencias en su perjuicio.

Sin embargo, la manifestación más difundida puede encontrarse en el numeral 6° del art. 384, norma prevista dentro de la regulación de la prueba testimonial. En efecto, refiriéndose a la forma en que los tribunales deben apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos establece como una de las reglas que deben seguir los jueces la siguiente: Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las demás reglas que se contemplan por el legislador. Este principio de adquisición procesal es aplicable también a propósito de la prueba pericial, por aplicación del art. 425, que señala que los tribunales apreciarán la fuerza del dictamen de perito de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

#### G) CARGA DE LA PRUEBA

##### a) Fundamento de la carga de la prueba

Otra de las preguntas que están al servicio de la explicación del importante tema de la prueba es ¿Quién prueba?

Hemos dicho anteriormente que en el proceso civil, gobernado por los principios dispositivo y de aportación de parte, corresponde precisamente a las partes, por estar en mejores condiciones, el protagonismo y responsabilidad principal en la importantísima tarea probatoria. Ahora bien, que esto sea así no significa que las partes tengan el deber de probar.

Se aplica en este caso, como también ocurre, según ya se explicó, tratándose de la contestación de la demanda, un concepto diverso al deber, propiamente procesal, cual es el de la carga procesal, tratándose de la actividad probatoria, la carga de la prueba (Goldschmidt, J.) que, como es lo propio en todos los actos del proceso civil, descansa en la idea de que la realización de la tarea probatoria por la parte que le correspondía no es

obligatoria, sino que potestativa, en el sentido de que a su realización se asocian unas consecuencias que resultan beneficiosas a la parte que soportó la carga y, como resulta obvio, a su no realización se vinculan consecuencias perjudiciales para la parte que no levantó la carga. En esta perspectiva, la carga procesal (también la carga de la prueba) es la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal.

La hipótesis según la cual opera la carga de la prueba en el contexto del proceso civil se presenta cada vez que el juez, que va a pronunciar la sentencia, se encuentre con afirmaciones fácticas que debieron ser probadas por las partes, y no lo han sido. Como no está autorizado para omitir la dictación de la sentencia por la constatación de falta de prueba, de acuerdo al principio de inexcusabilidad recogido por los artículos 10.2 del Código Orgánico de Tribunales (COT) y 76 de la Constitución Política de la República (CPR) debe determinar cuál de las partes debe padecer las consecuencias perjudiciales por no haber levantado la carga probatoria que le correspondía. La regla de la carga de la prueba está destinada a iluminar al juez que llega al final del procedimiento y debe de resolver, poniendo término al proceso. El estado de duda generado en el juez frente a las afirmaciones fácticas no probadas debe ser despejado aplicando la carga de la prueba a la parte que debió levantarla, de acuerdo a lo que se explicará enseguida.

*b) El principio de normalidad en la distribución del onus probandi entre el demandante y el demandado*

Resulta fundamental entonces saber cuál es la carga de la prueba del demandante y del demandado para de esa forma determinar a cuál de las partes perjudicará la falta de prueba respecto de las afirmaciones fácticas que se consideran como no probadas por parte del juzgador. Entonces, nos corresponde responder la pregunta siguiente: ¿cómo se distribuye la carga de la prueba (*onus probandi*)?

Nuestro legislador contempla una regla que distribuye la tarea probatoria entre el demandante y el demandado. La doctrina procesal y la jurisprudencia han determinado y complementado la regla, dada su parquedad. Hacemos referencia fundamentalmente al art. 1698 CC, según el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega

aquéllas o ésta. La norma recoge el aforismo que señala que *ei incumbit probatio qui affirmat, non qui negat* (le corresponde probar un hecho al que lo afirma y no al que lo niega). Es perfectamente razonable que se establezca. No lo sería exigir al que afirma un derecho el tener que probar los hechos que impiden su reconocimiento por el juez. Esa tarea debe ser asumida por quien pretende que el derecho no sea reconocido, esto es, por el demandado (Marinoni, L.; Cruz, S.).

Se ha criticado que sea una norma del Código Civil, referida a la prueba de las "obligaciones" (y no de los hechos), la que resuelva toda la cuestión vinculada a la distribución del *onus probandi*. Además, la norma pareciera referirse sólo a los hechos constitutivos y extintivos, sin hacer referencia a la situación de los hechos impeditivos y excluyentes.

Cuando se hace referencia a los diversos hechos jurídicos relevantes para la resolución del asunto, se distingue entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes. Por hechos constitutivos deben entenderse los hechos en los cuales el actor sostiene y fundamenta su pretensión. Los impeditivos son hechos producidos simultáneamente con los constitutivos, que les impiden desplegar su eficacia jurídica, como por ejemplo, los vicios del consentimiento en los contratos. Los hechos extintivos son los que producidos después de los constitutivos, extinguen la eficacia jurídica de éstos, como acontece, por ejemplo, con el pago de la deuda. Por último, los hechos excluyentes son los que otorgan al demandado un contraderecho que le permite destruir o paralizar la eficacia de los hechos constitutivos, como ocurre, por ejemplo, con la prescripción (De la Oliva, A.). Como se aprecia, los hechos constitutivos se vinculan a la parte demandante, y los demás a la parte demandada.

Pues bien, a partir de la norma señalada, y corrigiendo sus omisiones, la doctrina y la jurisprudencia ha completado la regla en el sentido de atribuir la carga de la prueba (y, por cierto, de su alegación) de los hechos constitutivos al actor, y la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes al demandado. En términos más sencillos, el actor deberá probar lo que sostiene y fundamenta su pretensión, mientras que el demandado deberá probar lo que sostiene y fundamenta su oposición a la pretensión del actor. Entre los autores se ha explicado que la parte que pretende ser beneficiada por los efectos de una norma jurídica debe probar sus presupuestos fácticos para su aplicación; no los que impiden su aplicación, o modifican, extinguen o excluyen el derecho.

La Corte Suprema ha fallado sobre el punto:

Sexto: Que el único precepto de aquellos invocados como transgredidos que amerita sea analizado a la luz de lo consignado precedentemente es el artículo 1698 del Código Civil, respecto del cual esta Corte Suprema ha sostenido invariablemente que sólo contiene la norma básica de nuestro derecho positivo relacionada con la distribución de la carga probatoria.

A fin de dilucidar este primer postulado, corresponde realizar algunas consideraciones relativas al "onus probandi" o carga de la prueba. En ese sentido se ha dicho que la necesidad de probar no es una obligación, sino una carga, toda vez que la primera "implica la subordinación de un interés del obligado al interés de otra persona, so pena de sanción si la subordinación no se efectúa; la carga, en cambio, supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos a otro interés de él mismo (...). El litigante no está, pues, obligado a probar, la ley no lo compele a ello, es libre para hacerlo o no hacerlo; pero si no proporciona la prueba de su derecho, sus pretensiones no serán acogidas por el juez." (*Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General, página 409. Tomo segundo. Alessandri Somarriva y Vodanovic*). Se ha sostenido la dificultad, en ciertos casos, de determinar a quién le corresponde cargar con el peso de la prueba, pero unánimemente se ha aceptado que ésta le corresponde rendirla al que sostiene una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, al que pretende destruir una situación adquirida. Así surgió la antigua regla de que el demandante es quien debe tener sobre su responsabilidad presentar las pruebas del hecho que alega a su favor, enunciándose en el derecho romano de dos maneras: *onus probandi incumbit actori* (la carga de la prueba incumbe a la parte actora) u *onus probandi incumbit ei qui dicit* (la carga de la prueba incumbe al que afirma). Y esto no puede ser de otra manera precisamente a partir de lo que se ha dicho, esto es, que el actor pretende introducir un cambio en la situación existente, de manera que hasta que se pruebe lo contrario, se entenderá que el demandado debe conservar las ventajas de su situación.

De esta forma, el demandado que simplemente niega los hechos que han sido sostenidos por el actor, no necesita presentar prueba alguna en apoyo de ésta. Pero, si el demandante acredita los presupuestos fácticos en que funda su pretensión, la situación anterior se invierte.

Así, el demandante deberá probar los hechos constitutivos, que son aquéllos que producen el nacimiento de un derecho o de una situación jurídica que antes no existía y que son el fundamento de su demanda, encontrándose el demandado, por su parte, en la necesidad de probar los hechos extintivos,

impeditivos o modificativos capaces de justificar el rechazo de la demanda del actor. Lo anterior ha quedado plasmado en la regla contenida en el artículo 1698 del Código Civil, que en su inciso primero dispone: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Enfrentada la situación objeto de análisis en este pleito, resulta inconcusos a la luz de los argumentos esgrimidos por el actor y de la defensa del demandado, que se hace necesario referirse en primer término al contrato de mandato que sostiene la defensa de la demandante y, luego, al contrato de donación esgrimido por la demandada (CS., 25 de mayo de 2011, Rol N° 8.792-09).

El no respetar la distribución antes señalada implicará incurrir en una de las hipótesis de infracción a las denominadas reglas reguladoras de la prueba. El concepto de reglas o normas reguladoras de la prueba se utiliza para hacer referencia al conjunto de disposiciones de aplicación imperativa que establecen límites o prohibiciones en torno a la admisibilidad y valor de los medios de prueba (Hunter, I.). Al respecto, nuestra E. Corte Suprema se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, repitiendo esta misma fórmula:

Noveno: Que, para un acertado análisis de los errores de derecho hechos valer, tanto por la demandada como por la demandante, corresponde, en primer término, pronunciarse respecto de las infracciones de las leyes relacionadas con la prueba.

Debe consignarse, desde luego, como lo ha reconocido reiteradamente esta Corte, que se entienden vulneradas las normas reguladoras de la prueba, fundamentalmente, cuando los sentenciadores invierten el *onus probandi*, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley les diere. Se ha repetido que ellas constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores. Luego, los jueces del fondo son soberanos para apreciar las probanzas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes (CS., 25 de mayo de 2011, Rol N° 7.008-09).

En consecuencia son cinco las hipótesis que pueden presentarse: a) cuando los jueces invierten el *onus probandi*; b) cuando desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna un determinado carácter obligatorio; c) cuando los jueces alteran el orden de precedencia que la ley le diere; d) cuando los jueces aceptan las pruebas que la ley rechaza;

e) cuando los jueces rechazan las pruebas que la ley admite. Se ha entendido que el art. 346 CPC no tiene el carácter de reguladora de la prueba, dado que se limita a indicar pautas procesales para establecer el reconocimiento de los instrumentos privados presentados en juicio. Si se ha entendido que el art. 1702 CC tiene el carácter de norma reguladora de la prueba, siempre que se alegue en consonancia al art. 1700 del mismo CC, que también tiene este carácter. Lo propio respecto al art. 428 CPC, siempre que el error de derecho consista en que, existiendo dos o más pruebas contradictorias, concorra una ley que resuelva el asunto y obligue o competa a los sentenciadores a inclinarse por ella y, no obstante, el fallo se decida por la otra. También se ha entendido que el art. 408 CPC es norma reguladora de la prueba, puesto que estatuye que la inspección personal constituirá prueba completa en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca como resultado de su propia observación. Respecto a las presunciones y la prueba confesional se ha fallado que "evaluar si cumplen con los requisitos de los artículos 1712 y 1713 del CC, respectivamente, es una materia de hecho que compete privativamente a los jueces de la instancia y por lo tanto ajenas al presente recurso". Respecto al art. 384 CPC se ha entendido que no tiene el carácter de norma reguladora de la prueba ya que tal disposición entrega a los jueces del fondo facultades soberanas y privativas para ponderar y valorar las declaraciones de los testigos de las partes, que no están sujetas a la revisión de la Corte. Finalmente, en cuanto a la pericial, se ha fallado que "apreciada de acuerdo a la sana crítica o razonamiento de sentido común basado en la lógica y la experiencia y sin que el artículo 425 del CPC constituya una ley reguladora de la prueba, no incurre el fallo recurrido en error alguno susceptible de corregirse por esta vía extraordinaria y restrictiva como es la casación en el fondo".

Pero volviendo a la distribución del *onus probandi*, de lo dicho hasta acá ha quedado establecido entonces que la responsabilidad de la tarea probatoria no es exclusiva del demandante, sino que se distribuye también al demandado. Es que si se resolviera esta cuestión de otro modo, imponiendo al actor la carga de probar también la inexistencia de los hechos que pudieran contrarrestar la eficacia jurídica de los hechos que sostienen y fundamentan su pretensión, lo que se le estaría imponiendo sería una carga en definitiva insoportable por su desproporcionado peso, además de completamente absurda e irrazonable, traduciéndose en la necesidad de tener que probar hechos negativos, por ejemplo, que el demandado no le ha pagado el precio. Esto iría en contra del que se denomina principio de normalidad. Por lo tanto, la causa de extinción de las obligaciones habrá de probarlas el demandado.

Algunos autores se han referido a esta situación de la descarga para el actor de la prueba de hechos negativos como una inversión de la carga de la prueba. Agregan también como un caso de inversión de la carga probatoria a las presunciones legales, desde el momento en que eximen a la parte favorecida por ella de la carga de la prueba del hecho presunto. Con todo, de la mano de lo explicado al momento de dar cuenta de los hechos que no requieren prueba, debemos recordar que las presunciones no eximen de toda prueba, sino que la eximen sólo en lo referido al hecho presunto, pero en lo relativo al hecho base o indicio, sobre el que debe recaer prueba.

De acuerdo a lo explicado hasta acá, parece claro que la regla de la carga de la prueba se dirige tanto al juez como a las partes, toda vez que su función es tanto el determinar las consecuencias que recaen en la parte en aquéllos casos de ausencia o insuficiencia de prueba como establecer la parte que deberá probar el hecho.

#### *c) Cargas dinámicas de la prueba y criterios complementarios que atenúan la regla general inicial*

Fuera de la regla general de distribución de la carga de la prueba, no existe más en nuestro ordenamiento procesal civil, derivando en que algunas situaciones no tengan adecuada respuesta en ella. Dada la insuficiencia que ha demostrado respecto de algunas situaciones que se presentan en la realidad, en la actualidad, parte de la doctrina procesal ha coincidido en descartar su carácter de una regla absoluta, siendo más adecuado referirse a un mero principio orientador que no debiera interpretarse de un modo absoluto, menos de cara a la viabilidad de la tutela judicial efectiva. En efecto, junto al principio aludido, que sirve de punto de partida fundamental en el tema de la distribución de la carga de la prueba, se han venido postulando otros criterios que buscan fundamentalmente hacerse cargo de algunas situaciones de la realidad que han quedado insatisfechas bajo el esquema de la regla probatoria tradicional. Se trataría de criterios complementarios que proponen invertir, desplazar o aligerar la carga probatoria que establece la regla probatoria inicial.

Se hace referencia –fundamentalmente– a los criterios de facilidad y proximidad probatoria, muy comunicados por lo que la razón y la experiencia han mostrado. Por el primero se dice que, con independencia de

la naturaleza del hecho que ha sido afirmado, podría probar la parte que tenga mayor facilidad para hacerlo. Por el segundo, por su parte, se señala que puede probar la parte que esté más próxima a la fuente de prueba (Montero, J.). Su utilidad, se ha señalado por algunos autores, sería dar flexibilidad al criterio tradicional, y ha servido a otros (especialmente en el continente americano) para generar la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas que bajo la situación de la regulación vigente en Chile ha mostrado una escasa recepción por parte de nuestros tribunales.

Con todo, la utilización de estos criterios para alterar la carga probatoria anota ya algunas sentencias, siendo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción una de las pioneras en este punto. En un caso ha establecido lo siguiente: Tercero: Que el Banco demandado al contestar la demanda, no reconoció haber dado la información errónea. Sin embargo, no acompañó a los autos copia de los antecedentes que hizo llegar a la Superintendencia, lo que debió hacer, pues es evidente que toda esa información consta en sus registros. No se ve ninguna razón, para no haber puesto a disposición del tribunal una copia de la información entregada al organismo contralor. Es un principio generalmente aceptado en materia probatoria que la prueba debe aportarla quien esté en mejor condiciones para hacerlo, lo que en el caso *sub lite* significa que correspondía a la demandada, con mayor razón si la Superintendencia no poseía esa información, según se desprende del informe que rola a fs. 51. Por lo demás, tratándose en el caso de autos del amparo especial del artículo 16 de la ley N° 19.628, esto es, de una cuestión de naturaleza eminentemente protectora, en caso de que la tradicional carga probatoria estática no consiga arrojar luz sobre los hechos discutidos, es conveniente la respuesta dinámica siempre que permita arribar a un resultado más justo, más aún que aquí se hace imprescindible buscar y hallar la verdad material por encima de formalidades (C. de Concepción, 03 de octubre de 2008, Rol N° 4.246-04).

La referida fórmula de las cargas dinámicas de la prueba y la correlativa propuesta recogida en el proyecto inicial de reforma procesal civil distaban de ser un tema pacífico. En efecto, parte de la doctrina nacional estimaba que la modificación judicial de la carga de la prueba con la finalidad de corregir eventuales desigualdades entre las partes, terminaría materializando un modelo de juez decisionista y un modelo de proceso que no sólo afectaría negativamente la seguridad jurídica, sino también el derecho de defensa e igualdad de armas de las partes.

El Proyecto de nuevo CPC, al cual hemos hecho referencia antes, consagraba una norma que dispone que corresponderá probar los fundamentos de hecho

contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, pero enseguida, en la línea que estamos explicando, señala que el juez podría distribuir la carga probatoria conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que poseyera cada una de las partes a diferencia de otros sistemas procesales, como el argentino, el Proyecto nacional contemplaba que el traslado de la carga probatoria se debía comunicar a las partes con la debida antelación para que asumieran las consecuencias que le pudiese generar la omisión de antecedentes probatorios o rendición de la prueba que mantuviese en su poder. Conforme a lo anterior, la propuesta nacional imponía al juez el deber de dar aviso en la audiencia preliminar. Este aviso anticipado, resultaba una mayor garantía en relación a otros sistemas que operan con una fórmula más desbordada de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Sin embargo, en su momento nos preguntamos si esta regulación del Proyecto, inmunizaba o no de los problemas y riesgos que traía aparejados a los derechos y principios básicos del proceso, como el derecho de defensa y el principio del contradictorio (Palomo, D.). Pese a que hay que reconocer que el Proyecto recogía una fórmula superior a la existente en otras legislaciones de nuestro entorno, la normativa propuesta no resolvía los problemas señalados, sino que seguía siendo un problema mal resuelto, dado que si tomábamos en serio la vigencia de los derechos procesales fundamentales, toda persona debía saber con antelación al juicio cuáles serían sus cargas en materia probatoria, no sirviendo de mucho que esto ocurriese en la audiencia preparatoria (Pinochet, F.). En este sentido, la regulación propuesta no aseguraba el debido ejercicio del derecho de defensa de la parte a quien se le había alterado su carga probatoria, debiendo rechazarse en un modelo procesal que pretende levantarse desde el respeto a los principios naturales del proceso.

En la misma línea, además de la falta de certeza jurídica que provocaba la institución de las cargas probatorias dinámicas, se debe tener presente que la actual regulación del artículo 1698 del Código Civil, ha servido de criterio válido, razonable y general para distribuir la carga probatoria de forma objetiva, de modo que las partes conocen claramente sus cargas en materia probatoria previo a la iniciación de un proceso.

Sin perjuicio de las críticas antes expuestas sobre la regulación de la materia en comento en el Proyecto de nuevo CPC inicial, y sin desconocer las eventuales situaciones de desigualdad entre las partes en relación al material probatorio, lo que realmente cuestionamos, es si la institución de las cargas probatorias dinámicas en manos del juez, resultaba ser la solución adecuada y más respetuosa de los derechos de los litigantes, o si en realidad existe otra vía más satisfactoria.



A nuestro juicio, el Proyecto nacional no adoptaba la respuesta legislativa más adecuada a los problemas expuestos, que bien pueden enfrentarse a través de definiciones legales, ya sea por la vía de establecer directamente el legislador reglas que modifiquen, desplacen o aligeren el peso de la prueba, o bien a través del mecanismo de las presunciones legales, fórmulas que no constituyen atentado a la seguridad jurídica, ni ponen en riesgo la imparcialidad del juzgador.

Además de lo anterior, parece ser, que el problema en realidad, poco tenía que ver con la carga probatoria, y en realidad, versaba sobre la colaboración en la práctica de los medios de prueba, en general, y con la disponibilidad de los medios de prueba en particular.

Ya nos parecía que el desafío de la reforma en este punto, no se encontraba en la consagración legal de la posibilidad de manipular la carga probatoria por parte del juez (con todos los problemas ya anotados, sea o no con el aviso anticipado antes señalado), sino que venía dado por el perfeccionamiento de los mecanismos en que una de las partes podía tener acceso al material probatorio que tuviera disponible su contraparte. En esos casos es innecesario e incorrecto recurrir a la alteración de la regla general de la carga probatoria, sino que sería suficiente prever una orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada que hubiera impuesto a la parte que disponía de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla al juicio (Taruffo, M.). Para ello, correspondía al legislador la misión de regular de mejor manera la consecuencia procesal perjudicial para los intereses de la parte que no aportase la prueba, pero a su vez para conservar la excepcionalidad del instrumento, quien solicitare la medida debía, en la oportunidad procesal inicial, expresar fundadamente la verosimilitud de la existencia de la prueba en cuestión que mantenía la contraria.

Si por resolución judicial se aceptase el requerimiento de exhibición y producción probatoria, y la contraria incumpliera o la dificultara injustificadamente, tendría aplicación la consecuencia procesal perjudicial antes mencionada, permitiendo al juez valorar dicha conducta, conforme al modelo de sana crítica, como una presunción endoprocesal desprendida de la conducta del demandado (Muñoz, L.), la cual hubiese significado una confirmación de las afirmaciones de la parte solicitante respecto del hecho que se pretendió probar, a menos que las otras pruebas rendidas en juicio, ya sea a petición de parte o de oficio por el juez llevaran a descartarla por incongruencia.

Como sea, la fórmula de las cargas probatorias dinámicas ha sido eliminada del Proyecto de nuevo CPC según el Boletín N° 8197-07 del 19 de diciembre del 2013, con lo cual se evitan los posibles problemas que hubiese generado su

aplicación sin una adecuada regulación. Sin embargo, a esta modificación del Proyecto no ha seguido por ahora una solución eficaz al problema que pretendía ser abordado por la vía de las cargas probatorias dinámicas, siendo por tanto una tarea pendiente para el legislador.

## H) VALORACIÓN DE LA PRUEBA

### a) *Apreciación, interpretación y valoración*

En punto a este aspecto de la explicación la pregunta comúnmente utilizada es ¿qué valor tiene la prueba producida? Para dar con la respuesta correcta previamente es necesario realizar algunas precisiones que contribuyen a aclarar algunos errores con los que la explicación no es la mejor. En diversos textos que abordan el tema de la prueba es fácil encontrar utilizadas como expresiones sinónimas las siguientes: apreciación, interpretación y valoración. Es del caso realizar una revisión de este relevante aspecto que deslinde desde el inicio estas ideas que, siendo conexas, refieren a actuaciones que son diversas (Calamandrei, P.).

La primera de estas expresiones, en estricto rigor, debe servir para dar cuenta de una fórmula que engloba las dos siguientes, esto es, la interpretación y la valoración de las pruebas, con la que se obtiene el convencimiento del juzgador de la certeza de un hecho o para fijarlo formalmente a los efectos del proceso. Dicho esto, veamos qué debe entenderse por interpretación y valoración.

La labor de interpretación refiere a un momento previo al de la valoración. En efecto, tras la práctica de la prueba, cualquiera que sea, debe el juez determinar cuál es el resultado que se desprende de ella. Si tomamos el ejemplo de la prueba testimonial se tratará de determinar qué es lo que el testigo dijo en su declaración, estableciendo de una manera cierta el significado de las expresiones del testigo. Esta determinación o establecimiento del resultado de cada prueba es fruto de la labor de interpretación.

A su turno, la labor de valoración da cuenta de un momento posterior, cuando ya se ha determinado el resultado de cada prueba, en el ejemplo, se ha establecido de modo cierto lo que el testigo dijo, y se refiere a la

determinación de la credibilidad que cabe conceder al resultado. Siguiendo con el ejemplo, corresponde la decisión en torno a si se dará crédito a lo dicho por el testigo.

La apreciación consistirá, entonces, retomando ahora con el concepto inicial, en que a partir de la opción por ciertas pruebas (que han sido interpretadas y valoradas) que hace el juez, establece la verosimilitud de una determinada versión de los hechos, lo que se hace poniendo en relación los distintos materiales probatorios (directos e indirectos) con lo que se busca obtener el convencimiento de la certeza de un hecho o para fijarlo formalmente a los efectos del proceso.

*b) Sistemas de valoración probatoria: la fórmula vigente*

1. Existen dos sistemas o modelos en relación a valoración de las pruebas, el sistema de valoración legal y el sistema de valoración libre, los que, no obstante la diferencia que se les suele asignar en la explicación tradicional, deben reconocer un punto en común: las máximas de la experiencia. Son ellas el principal elemento que interviene en el conjunto de operaciones de interpretación y valoración a través de las cuales el juez fija la eficacia de los medios de prueba practicados en el proceso (Ramos, F.). Si señalamos antes que integran el acervo cultural común de las personas, incluido desde luego el del propio juzgador, lo normal deberá ser que el juez las aplique de acuerdo a su experiencia de vida. Con todo, la respuesta no ha resultado tan sencilla, variando los ordenamientos de acuerdo a la mayor o menor confianza que el legislador haya tenido en los jueces.

En algunos períodos el legislador ha preferido señalar al juez el valor que debe atribuir a una determinada actividad probatoria, para asegurarse que se van a aplicar las máximas de la experiencia que están detrás de esas reglas de valoración. En estos casos estamos frente al sistema de prueba legal o tasada. En otros períodos las máximas de la experiencia no se han codificado, recibiendo aplicación el sistema de valoración libre de acuerdo a las reglas de la sana crítica que, desde luego, debemos distinguir de lo que se conoce por algunos como el sistema de la íntima convicción, respecto de cual, según se explicará, toma distancia. En otras palabras, tanto el sistema de prueba legal o tasada como el sistema de prueba libre de acuerdo a las reglas de la sana crítica se sostienen en las denominadas "máximas de la experiencia", elementos centrales en la actividad de apre-

ciación probatoria en general y de la valoración en particular, claro está que en un caso impuestas y aseguradas por expresa disposición de la ley, y en el otro, señaladas como el camino o el método a través del cual deberá el juez valorar las pruebas.

2. Cuando recibe aplicación el sistema libre el juez decidirá, según su criterio, la valoración de la prueba. Se considera por el legislador que es el sistema que facilita, da sentido y hasta potencia la adecuada reflexión judicial valorativa a la luz de las pruebas rendidas, por regla general, con presencia e intervención efectiva del juez. Ahora bien, y haciéndonos cargo de inmediato de la distinción entre este sistema y el llamado sistema de íntima convicción, debemos señalar que cuando el legislador opta por consagrar que la valoración probatoria sea libre no está autorizando que ella sea arbitraria, caprichosa o irracional. Las reglas de la sana crítica, las máximas de la experiencia del propio juez (adquiridas gracias a su experiencia de vida y cultural), se convierten en el camino que se debe seguir en la valoración de las pruebas practicadas, que deben servir a su crítica o depuración sostenida en la razón, la madurez, el buen sentido lógico y el sano juicio, las que son el soporte de una valoración probatoria razonada, responsable y motivada. En otras palabras, una valoración libre, pero sujeta a reglas de la razón y de la lógica. Estas características no estuvieron presentes en el sistema de íntima convicción, ya superado en la actualidad dadas las exigencias derivadas del derecho al debido proceso.

El sistema de íntima convicción encuentra origen histórico en la Revolución francesa, especialmente a partir del establecimiento del jurado en el proceso penal, donde se instala la idea de que el jurado no podía estar vinculado a regla legal alguna en la valoración de las pruebas. Esta fórmula, que luego se traspasó desde el jurado y el proceso penal a los jueces técnicos y al proceso civil, se resumía básicamente en dos consideraciones: a) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad; b) Esa declaración no tiene que ser motivada. Con ello, las notas que caracterizan a este sistema son las de voluntad discrecional, no motivación e irresponsabilidad (Montero, J.).

3. En cambio, cuando se está frente al sistema de prueba legal o tasada, es la ley la que señala al juez la valoración que debe atribuir a las pruebas. Como ya se ha dicho, las normas legales de valoración probatoria que dan contenido a este sistema de prueba legal o tasada se traducen en la positividad de algunas "máximas de la experiencia" que, en algunos casos ha

sido entendido como el paso necesario para evitar los repetidos errores de valoración de jueces dejados en libertad de valoración (De la Oliva, A.). Con todo, la evolución de los ordenamientos procesales que nos sirven de referencia y de los países de nuestro entorno geográfico viene mostrando el abandono progresivo y general de un sistema que se asocia con una realidad judicial superada.

4. La fórmula que se recoge para nuestro proceso civil es todavía la del sistema de prueba legal o tasada, lo que se ha puesto en relación con la existencia de un modelo procesal escriturado, siendo objeto de permanentes críticas al no ajustarse a la evolución experimentada por otros ordenamientos. De un modo excepcional, respecto de la prueba pericial, el legislador recoge la fórmula de la valoración libre de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 425 CPC), de cuya explicación nos hacemos cargo en el marco del abordaje particular de esta prueba. Sin perjuicio del sistema de prueba legal o tasada, el legislador contempla una regla que incorpora alguna flexibilidad y libertad en la norma que señala que entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad (art. 428).

Entre las manifestaciones del sistema de prueba legal o tasada en el proceso civil nacional anotamos, desde ya, las siguientes, sin perjuicio que más adelante se vuelve sobre ellas al tratar especialmente cada medio de prueba: a) Reglas para determinar el valor probatorio de los instrumentos públicos (arts. 1700 y 1706 CC); b) Reglas para la determinación del valor de los instrumentos privados reconocidos legalmente (arts. 1702 y 1700 CC); Reglas para la determinación del valor de la prueba testimonial (arts. 383 y 384 CPC); Reglas legales de valoración de la prueba confesional (art. 1713 CC, y arts. 398 y 399 CPC); Reglas respecto de la prueba de inspección personal del tribunal (art. 408 CPC). A mayor abundamiento, pueden citarse también las normas contenidas en los arts. 1708, 1709 y 1710 CC que recogen casos donde la ley establece limitaciones a la prueba testimonial, lo que para algunos autores constituye una manifestación indirecta del sistema de prueba legal.

#### *c) Tendencia reformadora*

Todos los cambios introducidos con las reformas procesales implementadas en el país muestran, en este punto, una coincidencia notoria. Las re-

formas realizadas han incorporado, sin excepción, el sistema de valoración libre de las pruebas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Desde hace más de un siglo se ha destacado la vinculación entre un modelo procesal oral (como el recogido por las reformas realizadas en el orden jurisdiccional penal, familiar y laboral) y el sistema de valoración libre, señalándose que la libertad de convicción "requiere el aire y la luz de la audiencia", puesto que "en los laberintos del proceso escrito la misma se corrompe y muere" (Chiovenda, G.).

El Proyecto de nuevo CPC, al cual hemos hecho referencia anteriormente, sigue por esta misma línea y consagra, en lo fundamental, el sistema de valoración libre según las reglas de la sana crítica, fórmula que ha sido sostenida como esencial en el marco de un modelo procesal que se levanta sobre las reglas de la oralidad, intermediación judicial y concentración procesal. Es más, algunos autores se han preguntado desde hace tiempo si es compatible un proceso civil oral y la valoración legal de la prueba, señalando que la escrituración conduce a la prueba legal y la oralidad a la libre valoración. Abogan por terminar totalmente con la prueba legal en el proceso civil, que se critica sin matices, lo que consideramos un error desde el momento en que pueden existir manifestaciones del señalado sistema que encuentren justificación incluso bajo un modelo procesal oral como el que se pretende instaurar para el proceso civil nacional. Baste hacer referencia, como ejemplo a tener presente, las reglas de valoración para la prueba documental, cuya pertinencia y justificación debieran estar fuera de toda discusión, dada la importancia de la preconstitución de documentos en la seguridad del tráfico jurídico. Por tanto, más que un reemplazo absoluto del sistema de prueba legal o tasada, lo aconsejable parece ser la transición hacia un sistema mixto de valoración probatoria que rescate las reglas legales que sigan encontrando justificación.

Especial vinculación se ha reconocido entre la intermediación judicial efectiva que se busca consagrar y el sistema de valoración libre según las reglas de la sana crítica, donde este sistema contribuiría a establecer de mejor modo la conexión final entre los medios de prueba practicados y la "verdad o falsedad" de las afirmaciones de hecho. Sin embargo, en el terreno de la aplicación efectiva del modelo en los procedimientos que han adoptado la fórmula se ha presentado un problema. En efecto, la efectividad de la presencia del juzgador en la producción de la prueba que

asegura el modelo procesal oral no ha bastado para generar una valoración que satisfaga las exigencias del sistema de valoración libre de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Si bien se repite que este sistema conduce a una valoración razonada, motivada y responsable, donde el juez debe precisar las máximas de la experiencia desde las que arribó a su conclusión probatoria, la realidad de los fallos que se han producido tras la entrada en vigencia de las reformas evidencia que estos mayores requerimientos no se satisfacen, y se continúa invocando la fórmula de un modo solamente retórico, lo que además de no ser suficiente para cumplir con las mayores exigencias de motivación de la valoración de la prueba, viene sirviendo de justificación a las restrictivas posibilidades de control de lo resuelto por el tribunal superior, contrariando los requerimientos específicos del derecho de defensa y derecho al recurso (Accatino, D.).

Una correcta concepción de la decisión judicial impone sacar la valoración probatoria del terreno de lo inmotivable, de la convicción íntima nunca explicada verdaderamente y, desde luego, de una concepción desbordada de la intermediación judicial que termina blindando el juicio, poniendo injustificadas trabas a la revisión de lo fallado (Nieva, J.). A menos que nuestros jueces estén recepcionando la particular idea que considera la obligación de motivar como un factor contrario al eficientismo de la justicia, pensando que malgastan su tiempo escribiendo las motivaciones y por ello limitan su aplicación. Sea cual sea la razón que está detrás de este mal proceder de los jueces, se debe reconocer que apareja unas consecuencias que resultan dañosas para el sistema en general. Un modelo procesal oral impone respetar unos pocos elementos que se reconocen como fundamentales a la hora de evitar terminar involucrados en un simulacro de proceso. Entre estos elementos figura el rol verdaderamente protagonista que cabe asignar al derecho de defensa, a la contradicción procesal y al deber de motivación de las resoluciones, más cuando en el derecho a la prueba se reconoce el derecho a que la prueba practicada sea valorada por el tribunal, lo que es indicativo de la importancia que cabe asignar al deber de motivación.

Siguiendo lo que Nieva ha expuesto sobre este punto, la aplicación práctica de la libertad en materia de valoración probatoria ha propiciado una especie de "retorno de la irracionalidad" gracias al relajamiento del estándar de motivación previsto en la ley, donde so pretexto de la intermediación judicial, se ha acabado en una elusión generalizada de una verdadera valoración de la prueba (no siendo extrañas las motivaciones apodícticas o puramente formales), en circunstancias que un sistema valorativo libre como el de la sana crítica racional pretende justamente lo contrario.

Los jueces no han asimilado o concretado efectivamente el reforzado deber de motivación de las sentencias que se recoge a propósito del sistema de valoración libre allí donde rige. La libertad en la valoración, en el contexto de este modelo procesal, y su concreta configuración que apuesta desequilibradamente por la intermediación judicial (en una vertiente cuasi mística), sus virtudes y la confianza en el proceder de los jueces, ha terminado instalando un problema de degradación del ejercicio que cada magistrado debe realizar al final del trayecto procesal (fenómeno que algunos autores han denominado críticamente decisionismo judicial inmotivado), vaciándose de contenido o afectándose seriamente una de las condiciones esenciales y factor fundamental del proceso como garantía: el contradictorio.

Si el modelo oral está fallando en estos aspectos corresponderá plantear los correctivos que aseguren un enjuiciamiento ajustado al derecho al debido proceso, todavía más cuando se ha instalado en las Cortes, al alero de la configuración que se ha dado al recurso de nulidad (penal y laboral), un criterio de revisión restrictivo amparado en la centralidad y protagonismo que se quiere dar al enjuiciamiento efectuado ante el juez en un procedimiento oral. Al parecer se olvida que aunque mucho hay que reconocer de positivo al contacto directo del juez con las fuentes de prueba (muy distinto a lo que ocurre en los procesos escritos) los jueces no son especialistas o expertos en psicología y que la lectura del lenguaje gestual no siempre será tarea pacífica sino que está abierta a variadas interpretaciones susceptible de errores. Aun reconociéndose una mejor posición del juez para decidir la credibilidad o fiabilidad de determinada fuente de prueba (gracias a la intermediación), debe puntualizarse que la intermediación, que efectivamente es la regla de mayor peso a la hora de la apreciación de la prueba y de la formación del convencimiento, no debe ser elevada necesariamente a un absoluto. De la prueba hay cosas que necesariamente se tienen que apreciar directamente y hay otras que no necesitan ser apreciadas de esa manera (Del Río, C.). A mayor abundamiento, para apreciar la verosimilitud del relato o la contundencia de la prueba indirecta o indiciaria no se requiere de intermediación. Bien se ha dicho, la verosimilitud es un problema que se presenta después del problema de la credibilidad, toda vez que una vez que el juez ha optado por ciertos medios de los cuales se extrae una versión de los hechos, de lo que se trata es de controlar la plausibilidad del relato, de un modo objetivable.

Compartimos con quienes han sostenido que hay que recordar "que el control de las decisiones judiciales se erige en garantía de que el juzgador realice un examen racional de los medios probatorios y su aporte inferencial sea bajo los cánones de las reglas científicas (lógica y método científico) y de las máximas de la experiencia, lo cual conduce a interdictar la arbitrariedad. De suerte que si se establecen excepciones se limita la garantía de tutela efectiva por decisión

conforme a Derecho", por la vía de conferir a los jueces un poder prácticamente omnímodo e incontrolable en materia de valoración fáctica (Rivera, R.).

El tema, además, exige una lectura diversa a la imperante en nuestras Cortes si se desea cumplir con el estándar del derecho al recurso que, de acuerdo a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a partir del caso Herrera Ulloa (con Costa Rica), no hace pacífico seguir con un modelo recursivo restrictivo, menos cuando la aplicación de este modelo muestra notas aún más restrictivas. El papel que los Tratados internacionales de derechos humanos han cumplido en la determinación del perfil del derecho al debido proceso forzando modificaciones en las regulaciones de los distintos Estados, no puede ser ignorado. Al contrario, se ha tenido presente en la discusión de la reforma a la Justicia civil y ya se han alzado voces en el ámbito procesal penal (Horvitz, M.), teniendo a la vista especialmente que se sobrecarga de requisitos y formalidades para su interposición o bien su declaración de admisibilidad, lo que es considerado atentatorio contra el derecho al recurso (Palomo, D.).

## II. PROCEDIMIENTO PROBATORIO

### A) CONTEXTO FORMAL EN QUE LA ACTIVIDAD PROBATORIA SE DESENVUELVE

Hemos anotado antes que la actividad probatoria del proceso civil se realiza en el contexto formal propio de los modelos escriturados, heredados de las leyes procesales españolas del siglo XIX. Los males del modelo hispano —paradójicamente— perviven en nuestro país, mientras que los propios españoles cuentan ya desde el año 2001 (LEC 1/2000, que entró en vigencia un año después de su aprobación) con un nuevo, moderno y reconocidamente mejor modelo.

Las pocas actuaciones procesales orales encuentran desincentivo en una práctica plagada de delegación con un sistema que opera bajo la regla de la superioridad absoluta de la escritura (*verba volant y scripta manet*). Este escenario formal, particularmente la postergación de la figura del juez al final del trayecto procesal (invisible antes), unido a la desconcentración de las actuaciones del proceso (incluida la prueba), ha debilitado la importancia del juicio de hecho y con ello compromete las posibilidades objetivas del modelo con la calidad de la decisión.

De lo dicho se desprende que la combinación entre la escrituración (que marca al modelo procesal civil vigente) y la actividad probatoria no ha arrojado buenos frutos. Al revés, la actividad probatoria ha encontrado en este escenario una serie de problemas, lo que se ha tenido especialmente a la vista a la hora de plantear la conveniencia y hasta la necesidad de una reforma. Deben efectuarse los cambios que posibiliten (también en el orden civil) una estructura procedimental mejor, más moderna y razonable que la actual, donde los asuntos sean adecuadamente seguidos por un juez que estando efectivamente presente a partir de una fase temprana del proceso adopte las decisiones que ligan con la prueba con acceso a información de mayor calidad, por lo tanto, más fiable.

### B) EL TIEMPO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

El tiempo de la prueba en nuestro proceso civil en principio se relaciona, por la propia estructura del procedimiento, al término probatorio que se regula a partir del art. 327. Con todo, antes de abordar los aspectos ligados al término probatorio, debemos hacernos cargo del acto procesal que permite abrir este período, vale decir, la solicitud del recibimiento a prueba que derivará, si se cumplen los requisitos, en la dictación de la resolución que recibe la causa a prueba y abre un término de prueba.

#### a) Recibimiento a prueba

##### 1. La prueba no siempre será necesaria: dictación de la resolución que cita a las partes para oír sentencia

El período de prueba, a pesar de la importancia que hemos destacado respecto de la prueba, es eventual dentro del proceso. Con esto queremos decir que en ciertos casos puede llegar a ser innecesaria la fase de prueba. Piénsese, por ejemplo, en un proceso en el cual la parte demandada acepta llanamente las peticiones del actor (allanamiento). O un proceso en el cual el demandado no contradice (en materia substancial y pertinente) los hechos sobre los que versa el juicio. Puede pasar incluso que las partes acuerden que se falle el proceso sin necesidad de prueba, sin más trámite.

¿Se tendrá que recibir la causa a prueba en los casos antes señalados? En los dos primeros casos, esto es, cuando el demandado ha aceptado llana-

mente las peticiones del actor, o si en sus escritos no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, la respuesta es negativa, a menos que quisiera desplegar de todos modos una actividad probatoria sin ningún objeto, con el consiguiente malgasto de recursos y tiempo, y la encontramos, en nuestra legislación procesal, en el art. 313.1 que prescribe que en esas hipótesis no procede la recepción de la causa a prueba, sino que se cite a las partes a oír sentencia. En el tercer caso, esto es, cuando las partes han pedido al juez que se falle el pleito sin más trámite, el juez debe estar a lo acordado por las partes, y deberá también citar a las partes a oír sentencia, independientemente que existan hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. No es que en la práctica se vean muchos procesos sin prueba, pero la ley prevé la situación y dándose alguno de los casos habrá que estar a lo dispuesto en ella.

## 2. Solicitud de recibimiento a prueba

En todos los demás casos no previstos en la norma del art. 313, que se trata de la inmensa mayoría de casos, corresponderá instar por el recibimiento de la causa a prueba atendiendo a la existencia de hechos controvertidos. Hablamos de solicitud reconociendo lo que acontece en la práctica forense, pero conviene precisar, desde un punto de vista dogmático, que el art. 318 está redactado en términos tales que parece indiscutible que la iniciativa para recibir la causa a prueba correspondería al propio juez, de oficio, sin que exista necesidad de solicitud alguna. No acontece así en la práctica.

Dispone el art. 318 que concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya se proceda con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer. Agrega lo siguiente: Sólo podrán fijarse como puntos de prueba los hechos sustanciales controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla.

En la práctica, frustrado que sea el trámite obligatorio del llamado a conciliación por parte del juez (regulado, como se ha explicado, en los arts. 262 y ss.), la demandante deberá presentar una solicitud —por escrito— para que se proceda al recibimiento de la causa a prueba. Un ejemplo de esta solicitud es la siguiente:

Se reciba la causa a prueba

S. J. L. en lo civil

José López Cortez, abogado, por la parte demandante en autos sobre indemnización de perjuicios caratulados "NÚÑEZ ORELLANA, DIEGO con PÉREZ MATORANA, ANDRÉS", causa Rol N° 658-10, a US., con respeto digo:

Que encontrándonos en la oportunidad procesal pertinente, y existiendo en el presente procedimiento hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los que hacen necesario rendir prueba sobre los mismos, vengo en solicitar a este Tribunal se sirva recibir a prueba esta causa, de acuerdo al mandato contenido en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, para de esta forma dar curso progresivo a los autos.

POR TANTO;

En mérito de lo expuesto y lo dispuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil;

RUEGO A US. Acceder a lo solicitado, recibiendo la causa a prueba en estos autos.

(Firma el abogado)

## 3. Resolución que recibe la causa a prueba

La resolución mediante la cual se ordena recibir la causa a prueba, abriéndose el término de prueba y estableciendo los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deberán ser objeto de ella es conocida entre nosotros como "auto de prueba", la que por su importancia debe ser notificada por cédula (art. 48).

Existe un caso en que esta resolución no se notifica por cédula: la notificación de la resolución que recibe el incidente a prueba. Se notifica por el estado diario (art. 323.2).

La importancia de esta resolución se refrenda con lo dispuesto en el art. 795 N° 3 CPC que recoge entre los trámites esenciales en la primera o en la única instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales el recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo

a la ley. Nuestra normativa dispone que si en el proceso se ha faltado a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley, como ocurre tratándose del recibimiento de la causa a prueba, puede recurrirse en contra de la sentencia vía casación en la forma (art. 768 N° 9).

Valga señalar que la denominación que la práctica ha dado a esta resolución no se ajusta a la verdadera naturaleza que posee la resolución en comento que, de acuerdo a la clasificación que recoge el art. 158 CPC, no se ajusta a lo que se entiende por un auto. En efecto, de acuerdo a la definición establecida en este artículo la resolución que recibe la causa a prueba es una sentencia interlocutoria, específicamente de las que se conocen como interlocutorias de “segundo grado” dado que resuelven sobre un trámite que debe servir de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. En el caso de la resolución judicial que abre la fase de prueba y establece los puntos de prueba está al servicio del pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Si combinamos lo previsto por el legislador y los contenidos que en la práctica judicial se han agregado a la resolución judicial que recibe la causa a prueba, podemos decir que en ella se reconoce el siguiente contenido:

- a) La orden de recibir la causa a prueba: con esta mención se da cumplimiento al trámite esencial arriba apuntado (art. 768 N° 9, con art. 795 N° 3).
- b) El establecimiento de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, sobre los cuales debe recaer la prueba. Evidentemente el tribunal deberá extraer los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos de los escritos de alegaciones iniciales que se han presentado.

Las menciones signadas con la a) y la b) son esenciales, por mandato del art. 318 CPC.

c) La expresión de que la causa se recibe a prueba por el término legal. Esta mención es de la naturaleza y no esencial dado que puede ser omitida; en tal caso la duración del término probatorio ordinario se encuentra expresamente contemplado por el legislador.

d) El establecimiento de los días y horas en que se recibirá la prueba testimonial dentro del término probatorio: por regla general, por costumbre procesal, los tribunales fijan los cinco o dos últimos días del término probatorio. Se trata de una mención accidental.

Un ejemplo de “auto de prueba” puede ser el siguiente:

Talca, veinte de julio de dos mil once.

Vistos:

Se recibe la causa a prueba por el término legal de veinte días y se fijan como hechos substanciales y pertinentes sobre los cuales debe recaer:

- a) Efectividad que a la actora se le han ocasionado los perjuicios que reclama. Hechos que lo constituyen.
- b) Efectividad que el demandado es el responsable de dichos perjuicios. Hechos que los constituyen.
- c) Entidad y naturaleza de los perjuicios.

La prueba testimonial se recibirá los cinco últimos días del probatorio, a las 10:00 horas y si el último de ellos recayere en día sábado, el día siguiente hábil a la hora señalada.

(Firman el juez y el secretario).

Al respecto, nuestros tribunales se han pronunciado en innumerables ocasiones. Un ejemplo en donde se destaca el carácter esencial del trámite en comento:

Quinto. Que del estudio de la resolución que recibió la causa a prueba y su adición aparece que no se fijaron todos los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos a la situación sublite que surgen de los escritos que las partes presentaron durante el período de discusión. Entre otras acciones, la demandante dedujo la acción reivindicatoria contra el actual poseedor del inmueble don Álvaro Venegas Latsague, fundada en el artículo 889 del Código Civil. En dicha acción debe probarse que el actor tenga derechos sobre la cosa que reivindica, que esté privado de la posesión de ésta y que se trate de cosa singular. En la resolución en comento la juez de primer grado no fijó los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos referidos a la acción reivindicatoria deducida por la parte demandante. Tal constatación conduce a concluir que se ha dejado fuera del debate la controversia surgida en torno a la acción reivindicatoria. La acción mencionada se confundió y zozobró junto con las otras acciones ejercidas por la parte demandante, perdiéndose de vista el objeto de la acción reivindicatoria.

Sexto. Que es sabido que la prueba debe recaer sobre los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos fijados por el tribunal en la resolución que recibió la causa a prueba. Esta Corte ha resuelto reiteradamente que el vicio de nulidad formal de faltar a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley, se configura no sólo cuando el tribunal omite en absoluto la recepción de la causa a prueba, sino también en el evento que, habiendo recibido la causa a prueba, no lo ha hecho con los contenidos que ha debido incluir para ajustarse a la ley procesal, y que la controversia no ha quedado debidamente reflejada en los hechos sobre los cuales debía recaer la prueba cuando el auto de prueba omite consignar, como puntos a probar, todos los elementos que configuran alguna de las acciones deducidas en el proceso, lo que determinó que se haya dictado la sentencia sin contar con todos los antecedentes del caso (entre otros, Rol N° 1.322-2008, 25 de julio de 2009, y Rol N° 1.169-2006, 6 de enero de 2009). No obstante que el tribunal no fijó puntos a probar referidos a la acción reivindicatoria, la sentencia en su parte resolutive señala que se rechazan en todas sus partes las demandas principal y subsidiarias deducidas a través del libelo de fojas 478 del tomo II, antes 48 del anterior tomo I, modificado a fojas 601 de autos (antes 322) (C. de Concepción, 29 de marzo de 2011, Rol N° 2.245-2009).

#### 4. Recursos procedentes contra la resolución

El legislador ha previsto en el art. 319 la posibilidad de que la parte que no haya quedado conforme con la resolución pueda intentar solicitar su modificación a través de dos recursos. El primero es el de reposición (de regulación general en el art. 181), por el cual se dirige la solicitud al tribunal que pronunció la resolución; el segundo recurso es el de apelación que es fallado por el tribunal que es superior jerárquico del que dictó la resolución impugnada. La parte puede quedar disconforme con la resolución que recibe la causa a prueba por diversas razones, entre ellas: a) Su contenido no recoge todos los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos; b) Su contenido recoge erróneamente los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos; c) Su contenido recoge hechos que no reúnen las condiciones necesarias para constituir objeto de la prueba. Para hacer frente a estas situaciones es que se prevén los recursos ya señalados, pudiendo la parte solicitar la modificación de los hechos fijados, la eliminación de algunos o la agregación de otros.

La dinámica procedimental de estos recursos tiene algunas particularidades que deben anotarse con el objeto de comprender adecuadamente el funcionamiento de estos mecanismos recursivos. En efecto, tratándose del

recurso de reposición que se autoriza contra la resolución en comento, que como dijimos es un recurso por el cual se solicita al juez que la pronuncie modifique o deje sin efectos una resolución, está provisto de especiales características que lo distinguen de la regulación general: a) Es un recurso de reposición que procede contra una sentencia interlocutoria en circunstancias que este recurso, por regla general, procede contra autos y decretos; b) El plazo para pedir esta reposición es de tres días contados desde que la notificación del auto de prueba, siendo que la regla general es que este recurso se interpone dentro de quinto día. Este recurso se debe tramitar del modo previsto en el art. 319.2: el tribunal se pronunciará de plano sobre la reposición o la tramitará como incidente.

De su parte, el recurso de apelación que se autoriza contra esta resolución cuenta también con especialidades que la distinguen de la regulación general de este recurso. A efecto de demostrarlo baste señalar sus notas distintivas: a) La interposición del recurso de apelación sólo es procedente con carácter subsidiario al recurso de reposición antes anotado (lo que no significa otra cosa que se interpone para el evento que el recurso de reposición planteado en modo principal no sea acogido); b) El plazo de interposición es, producto de lo dicho, el mismo que se contempla para el recurso de reposición, esto es, de tres días, en circunstancias que el plazo general del recurso de apelación es de cinco días (art. 189); c) El recurso de apelación, cuando corresponda, se concederá sólo en el efecto devolutivo, sin suspender ni paralizar la "jurisdicción" del tribunal que ha dictado la resolución recurrida que seguirá conociendo de la causa, en este caso, de la práctica de las pruebas, sin perjuicio de lo que se resuelva luego por parte del tribunal superior (arts. 319.3).

Se ha señalado que la apelación se debe interponer en forma subsidiaria a la reposición, sin necesidad de fundamentarla ni formular peticiones concretas, siempre que el recurso de reposición cumpla ambas exigencias (art. 189.3). Si la reposición es aceptada no será necesario que exista pronunciamiento respecto de la apelación que se ha planteado para el evento que la reposición no sea acogida. Con todo, la otra parte puede plantear una apelación en contra de la resolución que ha modificado la resolución original. Así, el art. 326.1 prescribe que es apelable sólo en el efecto devolutivo la resolución que acoge la reposición a que se refiere el art. 319.

Tratándose de los casos en que el tribunal no ha acogido el recurso de reposición, pero concede la apelación subsidiaria, la situación puede ser más o menos complicada dependiendo de la resolución que emane desde el tribunal superior



respecto a dicho recurso. El tribunal superior tiene dos posibilidades en relación con esta resolución apelada: podrá confirmarla o revocarla.

Pues bien, la confirmación no genera ningún tipo de problemas, como resulta evidente. En tal caso el tribunal de alzada habrá rechazado el recurso de apelación. No ocurre así en todas las hipótesis cuando se trata de la revocación de la resolución que ha recibido la causa a prueba, acogiendo los planteamientos de la parte que ha interpuesto el recurso de apelación. Recuérdese que puede tratarse de una petición de modificación de los hechos, la eliminación de alguno, o la agregación de otro no contemplado en la resolución. Si el tribunal superior decide revocar la resolución y elimina algún hecho establecido en la resolución original, el tribunal inferior no podrá tener en cuenta los resultados de la prueba practicada en torno al hecho que ha resultado eliminado por el superior, lo que es comprensible sin ninguna dificultad mayor. Ahora bien, si el tribunal que resuelve la apelación revoca la resolución y modifica los hechos fijados en ella, o bien agrega hechos no contemplados en ella, la cuestión plantea un problema: ¿En qué momento practicar las pruebas que se relacionen con los hechos modificados o agregados? Para estos casos el legislador contempla un término de prueba especial, previendo que dados los tiempos de tramitación el término de prueba ordinario ya habrá expirado cuando la respuesta del tribunal superior se haya generado. Así se desprende del art. 339.4 que entrega a la prudencia del tribunal la duración del señalado término especial, la que sin embargo no podrá ser mayor a ocho días. La prueba ya producida y que no esté afectada por la resolución del tribunal de alzada tendrá pleno valor.

Hemos hecho referencia a las hipótesis en las cuales el tribunal dicta la resolución que recibe la causa a prueba, anotando las posibilidades de recurrir en su contra. ¿Qué ocurre cuando se niega recibir la causa a prueba? Habrá una negación explícita cuando se resuelva rechazando la solicitud de que se reciba la causa a prueba planteada por la parte; habrá negación implícita cuando el tribunal, sin hacer este pronunciamiento explícito, cite a las partes a oír sentencia. Esta negativa es evidentemente apelable, bien sea explícita o implícita, a menos que las partes hayan pedido fallar el juicio sin más trámite (una de las hipótesis del art. 313) caso en el cual la resolución del tribunal citando a las partes a oír sentencia no es apelable (art. 326.1) por razones obvias: no existiría perjuicio o agravio.

#### b) El término de prueba

##### 1. Concepto y características

Dijimos antes que el tiempo de la prueba en nuestro proceso civil, en principio, se relaciona, por la propia estructura actual del procedimiento,

al término probatorio. El período del proceso contemplado para la práctica de las distintas pruebas es lo que debe entenderse por término de prueba. Es en esta fase, en principio, que las partes deben, al tenor de lo que posula el principio de aportación de partes, suministrar las pruebas que para convencer al juez de la certeza de un hecho o para fijarlo formalmente a los efectos del proceso. Se señala por la doctrina que uno de los elementos del derecho a la prueba está dado por el derecho a que se contemple un término probatorio o una audiencia para producir la prueba.

Entre las notas que lo caracterizan puede anotarse lo siguiente: a) Es un término legal, por cuanto la propia ley se encarga de señalar su duración; sin embargo puede ser judicial, ya que el juez se encuentra facultado para señalar términos especiales, e incluso puede ser convencional, cuando las partes, de modo unánime, acuerdan reducirlo (art. 328); b) Se trata de un término común para todas las partes, y comienza a correr desde la última notificación del "auto" de prueba o desde la notificación de la resolución sobre la última reposición (art. 320 y 327.1); c) Es un término que no se suspende, salvo que todas las partes lo pidan (art. 339.1); d) Es un plazo de días hábiles que, por lo tanto, se suspende durante los feriados (art. 66).

##### 2. Carácter "fatal" del término probatorio

En el procedimiento civil el término de prueba tiene carácter fatal sólo respecto de la prueba testimonial. En efecto, de acuerdo al art. 340 las diligencias de la prueba de testigos sólo podrán practicarse dentro del término probatorio, lo que ha sido refrendado por la jurisprudencia que ha destacado que el término de prueba no es fatal para rendir toda clase de pruebas. Las demás pruebas pueden rendirse en las otras oportunidades que señala la ley, como, por ejemplo, acontece con la prueba confesional provocada (la absolución de posiciones) que según el art. 385.2 se puede solicitar en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda. De las oportunidades previstas respecto de las demás pruebas nos ocuparemos al abordar cada medio de prueba en particular.

Sin perjuicio de lo anterior, dispone el art. 327.1 que todo término probatorio es común para las partes y dentro de él deberán solicitar toda diligencia de prueba que no hubieren pedido con anterioridad a su iniciación.

### 3. Clases de término probatorio

La normativa distingue fundamentalmente entre dos tipos de términos de prueba, a saber: a) Término ordinario; b) Término extraordinario. Para efectos de la explicación en curso conviene precisar en que consiste cada uno, diferenciando las hipótesis que son propias de uno y de otro.

El término de prueba "ordinario" es el período procesal previsto para la práctica de las pruebas y vale respecto de él todo lo dicho hasta ahora, especialmente la fatalidad que tiene respecto de la prueba de testigos. Su duración es de veinte días (art. 328), salvo que las partes de común acuerdo convengan en reducirlo. Empieza a correr, si no ha habido reposición, desde la última notificación (por cédula) de la resolución que recibe la causa a prueba; si se ha deducido reposición, comienza a correr desde la notificación (por el estado diario) de la resolución que se pronuncia acerca de la última reposición. La regla general es que corre ininterrumpidamente y no se suspende en caso alguno, salvo que todas las partes de común acuerdo lo soliciten al tribunal (art. 339.1).

El término de prueba "extraordinario" se contempla por el legislador para aquellos casos en que sea necesario rendir prueba fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, sea dentro o fuera del país. Con mayor rigor, y atendiendo a lo dispuesto por la ley, digamos que se trata de un aumento extraordinario al término ordinario de prueba, requerido justamente por el hecho de que la duración prevista para éste, por regla general, no será suficiente para hacer frente a esas pruebas que deben practicarse fuera del territorio jurisdiccional. Con todo, esto no puede ser interpretado como una prohibición de que durante el término ordinario no se pueda rendir prueba fuera del territorio jurisdiccional o incluso fuera del país, lo que la ley autoriza expresamente (art. 334). Pues bien, en su disciplina procedimental se distingue una mayor exigencia para la concesión del aumento extraordinario respecto de las pruebas a practicar en el extranjero. Los distintos requisitos de procedencia, la exigencia de rendir caución en solo este caso y la diversa tramitación que corresponde a cada solicitud lo ratifican (arts. 329 y ss.).

Formulamos tres consideraciones comunes sobre el término de prueba extraordinario, sea dentro como fuera del país. La primera es que el aumento extraordinario para rendir prueba debe solicitarse antes de vencido el término ordinario, determinando el lugar en que dicha prueba debe rendirse (art. 332). La segunda consideración es que todo aumento del término de prueba ordinario continuará corriendo después de éste sin interrupción y sólo durará para cada localidad el número de días fijado en la tabla (arts. 329 y 333). Por último,

la tercera consideración es que durante el aumento extraordinario sólo podrá rendirse prueba en aquellos lugares para los cuales se haya otorgado.

### 4. Término probatorio especial

Se dijo que el término de prueba, por regla general, corre ininterrumpidamente y no se suspende en caso alguno, salvo que todas las partes de común acuerdo lo soliciten al tribunal. Existen situaciones en las que no resulta posible rendir la prueba, sin que exista culpa de las partes. Por ello, en la explicación de esta materia es necesario hacer un breve apunte también de lo que se suele denominar términos de prueba especiales. La situación a la que se refiere esta figura procesal (de regulación principal en el art. 339) dice relación, en términos generales, con la recuperación de los días en que no se haya podido rendir prueba por razones ajenas a la voluntad de las partes, sea durante el término ordinario o extraordinario. En otras palabras, corriendo el término de prueba se presenta una situación que es ajena a la voluntad de la parte que le impide practicar las pruebas. Dada la gran importancia de la actividad probatoria en el marco del proceso, el legislador decide contemplar un instrumento procesal que permita a la parte afectada no verse perjudicada sacrificando parte de su material probatorio. Nuestro legislador llama a estas situaciones ajenas a la voluntad de las partes entorpecimientos.

De acuerdo a lo dispuesto por la ley (art. 339), si durante el término de prueba ocurren entorpecimientos que imposibiliten la recepción de la prueba, sea absolutamente, sea respecto de algún lugar determinado, podrá otorgarse un nuevo término especial por el número de días que haya durado el entorpecimiento y para rendir prueba sólo en el lugar a que dicho entorpecimiento se refiera. Impone la ley que se reclame del obstáculo en el momento en que se presenta o dentro de los tres días siguientes. Piénsese, por ejemplo, en una situación de que producto de incesantes precipitaciones caídas en la ciudad y sus alrededores, uno o más testigos de las partes no puedan llegar a prestar su declaración hasta las dependencias del tribunal, debido a que se encuentran aislados e incomunicados por efectos del temporal. En tal caso, dentro de la oportunidad procesal señalada, podrá el abogado de la parte afectada plantear al tribunal una solicitud, por escrito, que sumada como "alega entorpecimiento" o simplemente "entorpecimiento" en la cual, refiriendo el obstáculo para rendir la prueba, pida un término de prueba especial para practicar la prueba que no pudo realizarse. El término especial de prueba es supletorio, dado que dura el número de días

que dura el entorpecimiento. Los tribunales han fallado que no se considera entorpecimiento la dificultad para obtener copias de unos documentos.

Se ha resuelto también que entorpecimiento, según el diccionario de la RAE, significa acción y efecto de entorpecer o entorpecerse; y entorpecer, poner torpe, turbar, obscurecer el entendimiento, retardar, dificultar. De lo anterior se colige, que el entorpecimiento se presenta, según la extensión que dure el obstáculo, esto es, será un instante, un día o varios días. En autos, el entorpecimiento duró todo el tiempo que el expediente se mantuvo en la Corte y hasta que el tribunal a quo dictó el cúmplase, decreto que autoriza a las partes para acceder normalmente a su conocimiento. De esta forma, el entorpecimiento cesó cuando el proceso quedó nuevamente a disposición de las partes, esto es, después del cúmplase, ocurrido el 8 de enero de 2010, de manera que el plazo de tres días hábiles para pedir término especial venció el 12 de ese mes y año, y por consiguiente el presentado por el demandante el 12 de enero de enero de 2010, a fs. 729, lo fue dentro de plazo legal.

Nuestra ley recoge además otros casos de términos probatorios especiales. Por ejemplo, y tal como lo apuntáramos al revisar el tratamiento del recurso de apelación subsidiario contra la resolución que recibe la causa a prueba ("auto" de prueba), se prescribe que debe concederse un término especial de prueba, por el número días que fije prudencialmente el tribunal (pero que no exceda de ocho días) cuando tenga que practicarse prueba nueva según la resolución del tribunal superior que acogió la apelación subsidiaria a que se refiere el art. 319, hipótesis en la cual la ley exime a la parte de la carga de tener que alegar la situación (art. 339.4). Con respecto a la prueba ya producida y que no está afectada por la resolución del tribunal de alzada, tendrá pleno valor.

Otro ejemplo que podemos recoger en esta revisión es el término especial del art. 340.2, para la rendición de una prueba testimonial iniciada oportunamente. En efecto, recordando que la prueba testimonial debe rendirse dentro del término probatorio, puede suceder que el examen de los testigos se haya iniciado en tiempo hábil, pero que él no haya podido concluirse por razones o causas ajenas a la voluntad de la parte afectada. En tal hipótesis, la parte podrá solicitar un término especial con el objeto de terminar de examinar a los testigos que no alcanzaron a serlo. El plazo debe ser breve, pero la ley no lo precisa: queda a criterio del tribunal, que lo debe fijar por una sola vez.

La prueba de las tachas de testigos también puede requerir de un término especial. De este modo, de acuerdo al art. 376 CPC, si está vencido el término probatorio o lo que resta de él es insuficiente, el tribunal debe conceder un

término especial para el solo efecto de rendir la prueba de las tachas, término que no podrá exceder de diez días, pero al cual puede agregársele el aumento extraordinario que concede el art. 329 en los casos a que él se refiere.

Otro caso lo encontramos liga con la prueba confesional que más adelante se estudia en particular. Se trata del caso de la parte que ha prestado confesión sobre hechos personales de ella y que puede revocarla (la confesión) si ha padecido error de hecho y, desde luego, ofrece justificar esa circunstancia. También puede revocarla, incluso cuando no haya padecido error de hecho, si los hechos confesados no son personales del confesante. En ambas hipótesis, para acreditar esas circunstancias, el tribunal puede abrir, a petición de parte, un término especial de prueba, si lo estima conveniente y ha expirado el término probatorio de la causa (art. 402).

Finalmente, tratándose de las medidas para mejor resolver (art. 159) también figura un caso de término especial de prueba. En efecto, las medidas que se decreten en un determinado juicio deben cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la notificación por el estado diario de la resolución que las decreta. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal deberá proceder a pronunciar sentencia sin más trámite. Ahora bien, si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En tal caso, se aplicará lo establecido en el art. 90.2. Vencido el término de prueba especial, el tribunal dictará sentencia sin más trámite (art. 159.3).

### 5. Prueba de hechos nuevos o de nueva noticia

A partir del art. 321, nuestro CPC contiene una regulación procedimental que se hace cargo de una situación que puede presentarse en el contexto de un proceso. Hemos señalado con anterioridad que la resolución que recibe la causa a prueba establece los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que debe recaer la actividad de la prueba. Es del caso que después de esta resolución pueden ocurrir o ser conocidos hechos que sean relevantes (substancialmente relacionados) para el objeto del proceso. Pues bien, si tales hechos no son reconocidos por la parte contraria, y por tanto han de estimarse controvertidos, parece lógico que sobre ellos pueda proponerse y practicarse prueba, ampliando la originalmente dispuesta.

Dispone el legislador que resulta admisible la ampliación de la prueba cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho sustancialmente relacionado con el asunto que se ventila. También será admisible la ampliación a hechos verificados y no alegados en los escritos pertinentes antes de recibirse la causa a prueba, con tal que jure el que los aduce que sólo entonces han llegado a su conocimiento.

¿Cuál es la tramitación en estos casos? En tales casos, podrá la parte presentar un escrito de "ampliación de hechos", respecto del cual se debe dar traslado a la contraparte. Al responder el traslado de la solicitud de ampliación, la otra parte podrá también alegar hechos que reúnan las condiciones antes expresadas o tengan relación con los hechos invocados por la parte contraria. El incidente en cuestión se tramita en conformidad a las reglas generales, en cuaderno separado, y no suspende el término probatorio.

En todo caso, este derecho de las partes se entiende con las limitaciones contenidas en el artículo 86 (art. 322.3 CPC), es decir, todos los incidentes de ampliación de la prueba cuyas causas existan simultáneamente deberán promoverse a la vez, pues, en caso contrario, serán rechazados de oficio por el tribunal.

Si la solicitud de ampliación de hechos resultara acogida finalmente (resolución que no resulta apelable: art. 326.2), se concederá un término especial de prueba que se regirá por las normas del art. 90 (previsto para la prueba en los incidentes), con alguna particularidad (art. 327.2), y sin perjuicio de lo establecido en el art. 431 que señala que no será motivo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal (por resolución fundada) la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa, caso en el cual la reiterará como MMR y se estará a lo establecido en el art. 159. En todo caso, si dicha prueba se recibiera por el tribunal una vez dictado la sentencia, ella se agregará al expediente para que sea considerada en segunda instancia, si hubiera lugar a ésta.

Los pronunciamientos de nuestros tribunales sobre la materia no han resultado uniformes:

Por ejemplo, en sede laboral diversas interpretaciones ha admitido la ampliación de la prueba. Por una parte, la I. Corte de Apelaciones de Chillán ha admitido la prueba de hechos nuevos amparándose en el respeto de la garantía constitucional del debido proceso. Al respecto señaló:

Noveno: Que, es útil tener presente que el artículo 432 del Código del Trabajo dispone que: En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva.

No obstante, respecto de los procedimientos especiales establecidos en los Párrafos 6º y 7º de esta Capítulo II, se aplicarán supletoriamente, en primer lugar, las normas del procedimiento de aplicación general contenidas en el párrafo 3º.

Que para el caso también resulta útil tener presente lo estatuido por el inciso primero del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil el que señala que: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, es admisible la ampliación de la prueba cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho sustancialmente relacionado con el asunto que se ventila..."

También, es pertinente expresar lo que determina el inciso primero del artículo 348 del Código de Enjuiciamiento Civil el que señala que: "Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia..."

Décimo tercero: Que, a juicio de esta Corte, no se dio cumplimiento por parte de la juez a quo a las normas legales citadas en el recurso, lo que en definitiva conllevó a vulnerar la garantía constitucional del debido proceso, dejando en la indefensión a la recurrente. En efecto, aun cuando se trate de un procedimiento monitorio, en donde las partes deban asistir a la audiencia con todos sus medios de prueba, no obsta ello a que cuando la parte solicitó la incorporación de documentos relevantes para resolver el conflicto, como lo fue en la presente causa la escritura de compraventa, por la que la Juez debió aceptar incorporar tal documento, y considerarlo como prueba nueva, con el objeto de garantizar los derechos de la actora y velar por el cumplimiento de las obligaciones que regulan su prestación de servicios.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, al privar a la demandada de la posibilidad de incorporar prueba documental nueva y tan relevante, como lo es la señalada escritura, la cual podría haber demostrado que la trabajadora habría trabajado para la demandada en un domicilio distinto (calle 24 de enero N°171), al que alega ahora vivir y al no hacer uso la juez a quo de las normas legales precitadas, lo que la llevó a rechazar la demanda, vulnera el derecho a la defensa de dicha parte, por lo que este proceder importa una infracción a la garantía del debido

proceso, lo que obliga a invalidar la sentencia y el procedimiento monitorio (C. de Chillán, 27 de diciembre de 2011, Rol N° 55-11).

Distinto ha sido el sentido y alcance otorgado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción quienes optando por una interpretación más restringida del art. 321 CPC, no han concedido la ampliación de la prueba cuando el medio probatorio sea un documento, ni aun en materia civil. Se ha fallado lo siguiente:

Quinto: Que, en el análisis de la causal invocada se ha de tener presente que si bien el artículo 432 del Código del Trabajo hace aplicable supletoriamente la reglas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, establece la salvedad que ello no ocurre cuando dichas normas supletorias sean contrarias a los principios que informan el procedimiento laboral.

En el caso planteado, se ha pretendido por el demandado principal hacer aplicable la norma contenida en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, para valerse de una prueba documental que no se ofreció en la audiencia de preparación de juicio.

Lo primero que aparece de manifiesto es que la referida norma del artículo 321, ni aun en el marco del Código de Procedimiento Civil, se hace extensiva a la prueba documental allí reglada, puesto que solo está diseñada para la prueba de testigos. Y no podría ser de otra manera, puesto que la prueba documental, en el ámbito del Código de Procedimiento Civil, se puede rendir en cualquier etapa del juicio, hasta antes de vencido el término probatorio en primera instancia y, en segunda hasta antes de la vista de la causa (artículo 348 del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, la aplicación del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, aun en sede civil, resulta forzada para la prueba documental, ya que su diseño es apto solo para la prueba de testigos. Con cuanta mayor razón resulta inadecuado, entonces, para la prueba documental en sede laboral.

Pero aún más, en el Código del Trabajo, en el artículo 446 inciso antepenúltimo, se contempla una norma imperativa, en orden a que la prueba documental sólo se podrá presentar en la audiencia preparatoria. Si bien la citada disposición regula la actuación del demandante, la lógica indica que si tal exigencia se hace para el actor, no se podría permitir otra cosa para el demandado, a riesgo de caer en una vulneración del debido proceso y de la bilateralidad de la audiencia. (C. de Concepción, 17 de junio de 2011, Rol N° 44-11).

### *c) Anticipación de la prueba*

Lo que hemos recogido en la explicación realizada hasta este momento puede resumirse (dejando aparte todas las particularidades) señalando que existe un momento en el proceso que está destinado para la práctica de las pruebas, sin perjuicio de recordar que este período procesal no tiene carácter fatal para ninguna de las pruebas, salvo para la prueba testimonial. Ahora bien, aun existiendo amplias oportunidades para la práctica de las pruebas durante el proceso, el diseño procedimental nacional prevé la posibilidad de anticipar prueba en un momento anterior no sólo al término de prueba, sino al propio proceso, a través del instrumento de las medidas prejudiciales "probatorias" (arts. 281, 284 y 286), a las que ya se ha hecho referencia en este texto. Baste poner como ejemplo la situación del testigo que se encuentra con una enfermedad grave que hace temer por su vida; o se trate de objetos que deban ser reconocidos por peritos y puedan fácilmente desaparecer. Ambas situaciones, y otras que se relacionan con otras pruebas (inspección personal del tribunal, absolución de posiciones), fueron previstas por nuestro legislador. Casi sobra advertir de entrada que la correcta regulación de estas diligencias garantizan la mayor eficacia y virtualidad del derecho a la prueba (siendo este su principal fundamento), evitando que las partes litigantes no puedan justificar debidamente las razones o hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones (Picó, J.).

Bien se ha dicho que la oportunidad en que se rinda la prueba en el proceso tiene relevancia. "Esto, porque algunos medios de prueba pueden rápidamente desaparecer por la tardanza en rendirla. Otros medios probatorios pierden eficiencia al pasar el tiempo, ello porque el proceso no es una solución instantánea al conflicto y todo lo que puede demorar atenta contra la reconstitución verdadera de los hechos, ya que el medio se distorsiona y los hechos se olvidan". La prueba anticipada o prueba de inicio dice relación con toda aquella actividad probatoria necesaria o conveniente de realizar en una fase anterior al proceso o en la etapa de discusión (Jara, E.).

No ha previsto el legislador, sin embargo, la situación en que la anticipación de la prueba sea requerida una vez iniciado el proceso. La omisión de esta posibilidad que se contempla en otras legislaciones, en general, no resulta problemática dadas las amplias oportunidades que se prevén para rendir la prueba en nuestro sistema. Sí puede llegar a ser un problema tratándose de la prueba testimonial o pericial que, como dijimos, deben

solicitarse y practicarse dentro del término de prueba. Si se presentara el mismo ejemplo antes señalado una vez iniciado el proceso pero antes del término probatorio, no existe norma que solucione el caso. Se echa en falta entre nosotros una norma que permita plantear una solicitud de prueba anticipada ya con el proceso civil iniciado, como ocurre en otras legislaciones en las que el juez que la acoge dispone el momento oportuno para recibir esa prueba antes del término de prueba. Esta omisión ha sido confirmada ya por una antigua sentencia de la Corte Suprema, la que ha señalado que "no puede pedirse como medida prejudicial el informe de peritos, durante el curso de un juicio ordinario, ya que en tal caso esta diligencia se rige por otras disposiciones de este mismo Código" (C. de Santiago, 10 junio 1913. El Mercurio, 18 junio 1913).

Tampoco se prevé en nuestra ley procesal civil medidas de aseguramiento de la prueba, como sí acontece en normativas más modernas, como la española. Con estas medidas, señala la mejor doctrina, se pretende que, en el momento procesal ordinario, sea posible practicar una prueba pertinente y útil (De la Oliva, A.). Con ellas se trata de evitar que, a causa de conductas o de eventos naturales, se destruyan o alteren objetos materiales o estados de cosas, de modo que, en su momento, no tenga sentido proponer o resulte imposible practicar una prueba. Por ejemplo, en la ley procesal civil española indica que las medidas de aseguramiento pueden consistir en disposiciones para la conservación de cosas o situaciones o para hacer constar fehacientemente su realidad y características. Se establece también que podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infracción, por desobediencia a la autoridad.

### *1. Concepto y ámbito de aplicación de las medidas prejudiciales probatorias*

La prueba anticipada se enmarca procedimentalmente entre nosotros dentro de lo que se conoce como bajo la denominación de medidas prejudiciales, y plantea como su finalidad general el procurarse de pruebas que pueden desaparecer o que durante el curso del juicio sean de difícil realización.

Así, por la doctrina nacional se ha entendido por medidas prejudiciales probatorias, como los actos jurídicos procesales anteriores al juicio, que tienen por objeto obtener la rendición de los medios de pruebas establecidos por el legislador que pudieren ser con posterioridad durante el curso del juicio de

difícil realización o recayeren sobre hechos que puedan fácilmente desaparecer (Maturana, C.). Más sencillo aún, estas medidas prejudiciales probatorias serían aquellas cuyo objetivo es incorporar al futuro proceso un medio de prueba para que no desaparezca o pierda eficacia (Jara, E.).

Entonces, las medidas prejudiciales "probatorias" son los instrumentos que en el Código de Procedimiento Civil vienen a plasmar la prueba anticipada. Así, en aquellos casos en que exista un temor fundado por causa de las personas; o por el estado de las cosas, el legislador permite a las futuras partes, solicitar la práctica anticipada de una serie de medios de prueba, a saber: a) La inspección personal del tribunal; b) El informe de peritos; c) Certificado de ministro de fe; d) Absolución de posiciones, y e) Declaración de testigos.

En cuanto a su ámbito de aplicación, si bien el tenor literal del art. 273 CPC pudiera hacer pensar que las medidas prejudiciales, entre ellas las probatorias, sólo pueden decretarse en relación al procedimiento ordinario, cabe señalar resulta pacífico entender que son aplicables a toda clase de procedimientos, atendiendo a lo prescrito por el art. 3° del mismo cuerpo legal, que consigna el carácter de supletorio y hace aplicable a cualquier procedimiento las normas del "juicio ordinario".

### *2. Legitimación para solicitar una medida prejudicial probatoria*

Por regla general, el titular de las medidas prejudiciales es el futuro demandante, sin embargo, para el caso de diligencias probatorias, el art. 288 CPC, establece la excepción, ampliándolas al futuro demandado, señalando que "toda persona que fundadamente tema ser demandada podrá solicitar las medidas que mencionan el número 5° del artículo 273 y los artículos 281, 284 y 286, para preparar su defensa".

Lo anterior, es concordante con el principio de igualdad de armas y el derecho a la prueba, ambos integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que permite que ambos litigantes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, evitando el desequilibrio entre ellos.

Con todo, cabe consignar para tener una referencia que diversa es la situación en otros ordenamientos procesales, por ejemplo, en el derecho español. En

efecto, la LEC 1/2000, distingue si la práctica de prueba anticipada se solicita con anterioridad al inicio de un proceso, o durante el curso del mismo. En el primer caso se ha señalado, que la legitimidad le corresponde al que pretende incoarlo; mientras que en el segundo, correspondería a ambas partes. Se ha planteado que tal criterio supone una limitación que afecta al que va a ser demandado en un proceso, y que lleva consigo una mengua en su derecho de proposición de prueba y en consecuencia de su derecho de defensa.

### 3. El tribunal competente para conocer de la medida prejudicial probatoria

El titular de la medida prejudicial debe entablarla ante el tribunal que será competente para el futuro proceso, en conformidad a las reglas generales de competencia para la acción que se va a ejercer, es decir, ante el tribunal que será competente para conocer del asunto principal.

Cabe hacer presente que, iniciado el proceso a través de una medida prejudicial, la futura demanda deberá ser presentada ante el mismo tribunal donde ya está radicada la prejudicial de conformidad a lo dispuesto en el art. 178 COT, lo que constituye una excepción a la regla de distribución de causas.

Al respecto, la Corte Suprema ha fallado sobre el punto:

Sexto: Que, de conformidad con los preceptos del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, el juicio ordinario puede incoarse, ya por demanda, ya por medida prejudicial; circunstancia esta última que, a su vez, exhibe directa relación con lo normado en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo al cual "No obstante lo dispuesto en el artículo 176, serán de la competencia del juez que hubiere sido designado anteriormente, las demandas en juicios que se hayan iniciado por medidas prejudiciales, por medidas preparatorias de la vía ejecutiva o mediante la notificación previa ordenada por el artículo 758 del Código de Procedimiento Civil; todas las gestiones que se susciten con motivo de un juicio ya iniciado y aquellas a que dé lugar el cumplimiento de una sentencia, fuera del caso previsto en la parte final del artículo 114".

La disposición transcrita, que data del año 1953 con la modificación introducida por la ley N° 11.183, contiene un criterio especial dentro de las reglas de

la competencia, puesto que no incide en las reglas de competencia absoluta, no armoniza en forma directa con las reglas de la competencia horizontal ni, ciertamente, tampoco con la competencia específica que reclama el pronunciamiento de un determinado tribunal, sino que se trata de una directriz que hace excepción a las reglas de distribución de causas en lugares de asiento de Corte en que hubiere más de un juez de letras en lo civil y, en lo que incumbe al asunto sub judice, otorga competencia para conocer de una demanda a aquel tribunal ante el cual se dedujo la medida prejudicial probatoria de exhibición de documentos y copia de los mismos, denotando en su espíritu la preeminencia de los principios de concentración y de economía procesal, sirviendo de comienzo al juicio que, en propiedad, avanzaría a partir de la demanda presentada con posterioridad, pero del que lo obrado en sede prejudicial pasó a formar parte. (C.S., 18 de junio de 2012, Rol N° 1.064-12).

### 4. Presupuestos generales y especiales de las medidas prejudiciales probatorias

En cuanto a los presupuestos que hacen procedente una medida prejudicial probatoria debemos distinguir los presupuestos generales a toda medida prejudicial, de aquellos que resultan propios de las prejudiciales probatorias.

En cuanto a los presupuestos generales, compartimos la idea que las medidas prejudiciales probatorias se levantan, al igual que las medidas precautorias, en dos presupuestos: a) el *fumus boni iuris* y b) el *periculum in mora*, a los cuales se hizo referencia antes en este texto.

La exigencia del primero se desprende con claridad de lo dispuesto por el art. 287 que señala que "para decretar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos". *A contrario sensu*, el futuro demandado, que en virtud del art. 288 recién citado puede también solicitarlas, deberá satisfacer similares exigencias, pero adaptadas a la inversa situación que respecto de él es aplicable.

La exigencia del segundo presupuesto general, el *periculum in mora*, a nuestro juicio, se desprende sin dificultad de la lectura de las diversas disposiciones que recogen la regulación de las medidas prejudiciales.

En lo que concierne a los presupuestos especiales de las medidas probatorias, debemos realizar su estudio de manera particular:

a) Inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, certificado del ministro de fe.

De la lectura del art. 281 se infiere que pueden solicitarse tres medidas prejudiciales. Los motivos por los cuales se pueden solicitar son:

1. Cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio.
2. Se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer.

A su vez, resulta necesario señalar la alteración de ciertas reglas generales en la aplicación de estos medios de prueba. Por una parte, respecto del informe de peritos constatamos que su designación no la realizan las partes de común acuerdo como lo establece el art. 414, sino que dicha labor le corresponde directamente al juez, sin que tengan participación las partes. Pues bien, respecto del certificado del ministro de fe, cabe precisar que éste no se encuentra consignado en el art. 341 donde se prevén los medios probatorios, por lo tanto, en razón de las reglas generales tal certificación que podrá realizar un receptor judicial o un notario tendrá el valor de una presunción legal que como veremos admite prueba en contrario, conforme al inciso 1° del art. 427 del CPC.

#### b) Absolución de posiciones

Este medio de prueba se encuentra regulado en los art. 385 y siguientes del CPC, los cuales permiten provocar la absolución una vez contestada la demanda, pero como medida prejudicial probatoria, debe solicitarse basada en el temor de que una persona se ausente en breve tiempo del país. El objetivo perseguido es que absuelva posiciones sobre hechos calificados como conducentes por el tribunal. La característica que resalta en esta medida prejudicial probatoria, es precisamente que el pliego de posiciones carece del carácter de secreto respecto del Juez, lo que queda en evidencia al revisar lo dispuesto en el art. 284 donde se establece que la diligencia probatoria debe recaer sobre hechos calificados previamente de conducentes por el tribunal, para lo cual obviamente el tribunal debe tener

conocimiento de los mismos. Esta particularidad distingue a la absolución de posiciones como medida prejudicial de aquella intentada en el curso del proceso como un medio de prueba ordinario, al tenor de lo dispuesto en el art. 387 del CPC, norma donde se establece expresamente que "mientras la confesión no sea prestada, se mantendrán en reserva las interrogaciones sobre que debe recaer".

Una vez admitida la medida prejudicial, el tribunal deberá fijar día y hora para su práctica, resolución que no resulta susceptible de recurso alguno. A la hora de practicar la medida podrán acaecer tres situaciones: la primera es que el futuro absolvente se presente y preste la confesión; una segunda posibilidad es que no asista a confesar y se ausente dentro de los 30 días subsiguientes al emplazamiento o no deje apoderado con autorización e instrucciones bastantes para hacerlo durante la secuela del juicio, en este caso se le tendrá por confeso en el curso del juicio, siempre que quien solicita la medida lo haga pidiendo que se decrete bajo apercibimiento del art. 284, pero tal sanción conserva una excepción en el caso del absolvente rebelde que acredite fundadamente el motivo de su ausencia. En tercer lugar, puede el futuro absolvente ausentarse, pero dejando apoderado que cumpla con las exigencias mencionadas, y en este caso la declaración se prestará por este último en representación del mandante (Casarino, M.).

Al respecto no sobra consignar un par de apuntes:

- Al absolvente rebelde se le tendrá por confeso dentro del curso del juicio.
- Para que opere el apercibimiento contemplado en el art. 284 resulta necesario que las preguntas contenidas en el pliego de posiciones sean formuladas de manera asertiva, sólo estas pueden tenerse por confesas, excluyendo las interrogativas. Sobre esta cuestión volvemos al tratar a la absolución de posiciones como medio de prueba.
- En la tramitación del juicio, el absolvente rebelde podrá oponerse a que se le tenga por confeso justificando suficientemente su ausencia.

Cabe tener presente la institución del art. 285, la cual basado en el mismo motivo de la absolución de posiciones, faculta al futuro demandante



para pedir que aquel cuya ausencia se teme, constituya en el lugar donde se entablará el juicio, un apoderado que le represente y que responda por las costas y multas en que sea condenado. Si se concede la medida y el futuro demandado no cumple se sancionará nombrándosele un curador de bienes.

c) Prueba de testigos

La declaración testimonial, según las reglas generales, requiere que dentro de los primeros cinco días del término probatorio se presente la lista de testigos, a fin de ser practicada dentro del mismo período. Sin embargo, como medida prejudicial probatoria se prevé por parte del legislador la posibilidad de solicitar la realización del examen anticipado de aquellos testigos cuya declaración, por razones de impedimentos graves, haya fundado temor de que no se podrán recibir oportunamente en el juicio.

Veremos en su oportunidad que la prueba testimonial exige, por regla general, la presentación de la lista de testigos, pero no acaece igual respecto de la minuta que contiene los puntos sobre los cuales deberán declarar, lo cual se suple utilizando los puntos de prueba contenidos en la resolución que recibe la causa a prueba. Cuando se practica la declaración de testigos como medida prejudicial probatoria es obligatorio cumplir tanto con la lista de testigos, en la cual se señala los fundamentos que habilitan su realización, así como también se debe acompañar la minuta respecto de los puntos de prueba sobre los cuales declarará el testigo, los que deberán ser calificados de conducentes por el tribunal. Cabe mencionar que sobre esta resolución sí proceden recursos. Al efecto, la última parte del inciso 1° del art. 286 del CPC establece expresamente que “las declaraciones versarán sobre los puntos que indique el actor, calificados de conducentes por el tribunal”.

Una vez estimadas como conducentes las preguntas por el tribunal, se fijará día y hora para su práctica, de conformidad a las reglas generales sobre las cuales más adelante ahondaremos en su estudio.

De conformidad al art. 286.2 CPC, se establece como requisito el poner en conocimiento a la persona a quien se trata de demandar, cuando esta se halle:

1. En el lugar donde se expidió la orden, o

2. Donde deba tomarse la declaración.

Si no fuesen dichos casos, se procederá con intervención del defensor de ausentes.

5. Tramitación de las medidas prejudiciales probatorias

Lo primero es señalar que las medidas prejudiciales probatorias sólo proceden a solicitud de parte (futura parte, en rigor). Una vez solicitada, por escrito, la medida prejudicial probatoria, el tribunal deberá pronunciarse sobre su procedencia, es decir, si se han cumplido los requisitos legales de la diligencia y, principalmente, si se han acreditado los presupuestos particulares de cada medida prejudicial probatoria. La regla general es que las medidas prejudiciales pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden, al hilo de lo que dispone el art. 289, pero esta misma norma contiene una excepción “salvo los casos en que expresamente se exige su intervención”, la cual en materia de prejudiciales probatorias viene a constituir la regla general. Es por ello, que la parte afectada con ellas podrá oponerse a su materialización alegando que no se reúnen los presupuestos de procedencia, en especial la concurrencia del *periculum in mora*. Los arts. 281 y 286 confirman esta situación cuando exigen: “para la ejecución de estas medidas se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trate de demandar” o “se procederá con la intervención del defensor de ausentes”. En definitiva, de acuerdo a lo que prescribe el legislador, el futuro demandado debe tomar conocimiento de la medida decretada, lo cual implica que ya se accedió a la medida en cuestión, pero para ejecutarla se deberá esperar la notificación del futuro contendor. Notificado que sea, podrá llevarse a efecto la medida decretada (Jara, E.).

Ejemplo de solicitud de medida prejudicial probatoria

Localidad	: Talca
Código	: C 02
Procedimiento	: Gestión Preparatoria
Materia	: Absolución de posiciones

Demandante : José Alberto Pérez Varas  
 Rut : 10.436.865-9  
 Abogado Patrocinante y Apoderado : Roberto Andrés Rojas Quintana  
 Rut : 8.987.546-8  
 Demandado : Joaquín Matías Villagra Monsalve  
 Rut : 9.765.945-3

EN LO PRINCIPAL: Solicita se decrete como prejudicial, absolución de posiciones;

PRIMER OTROSÍ: Acompaña sobre con posiciones; y

SEGUNDO OTROSÍ: Patrocinio y poder.

S. J. L. en lo Civil

José Alberto Pérez Varas, de profesión contador, domiciliado en calle 18 Sur 5 poniente C.º 052, Talca, a US., respetuosamente, digo:

Que por este acto vengo en solicitar se cite a la presencia judicial a don Joaquín Matías Villagra Monsalve, comerciante, domiciliado en calle 4 Norte 6 Oriente N° 241, Talca, a fin de que absuelva posiciones conforme el tenor de las preguntas que se contienen en el pliego que se acompaña en el otrosí, y que se solicita calificar como conducentes conforme y bajo el apercibimiento del artículo 284 del Código de Procedimiento Civil.

El solicitante tiene fundado temor que el Sr. Joaquín Matías Villagra Monsalve se ausente en breve tiempo del país, sin fecha cierta de regreso, al considerar que aquel ha sido contratado por una empresa de transportes extranjera, debiendo trasladarse a residir a la ciudad de Sao Paulo, Brasil, en los próximos días.

En conformidad a lo previsto en el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, ruego a US. tener presente que interpondré en contra del futuro demandado, ya individualizado, acción ordinaria de indemnización de perjuicios, derivada del incumplimiento del contrato de transporte celebrado entre las partes con fecha 15 de junio de 2014, en virtud del cual el futuro demandado asumió

la obligación de transportar inmediatamente cincuenta cajas de 250 kilos cada una con destino a la ciudad de Concepción, cuestión que injustificadamente no ha cumplido hasta la fecha.

POR TANTO;

En mérito de lo expuesto y dispuesto en el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil;

RUEGO A US. Acceder a lo solicitado, disponiendo que se cite a don Joaquín Matías Villagra Monsalve, ya individualizado, a la audiencia que US se sirva disponer, bajo los apercibimientos legales pertinentes.

PRIMER OTROSÍ: Ruego a US., tener por acompañado, sobre de posiciones, que contiene las preguntas que deben formularse al absolvente, y que a US. se solicita considere conducentes.

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a SS., tener presente, que por este acto, designo abogado patrocinante y confiero poder a don Roberto Andrés Rojas Quintana, habilitado para el ejercicio de la profesión, poder que otorgo para que actúe con todas las facultades de ambos incisos del artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, las que doy expresamente por reproducidas, domiciliado para estos efectos en calle 5 Oriente N° 1092, de la ciudad de Talca.

(Firma el abogado)

### 6. La práctica de las medidas prejudiciales probatorias

La práctica deberá llevarse a cabo (a falta de norma expresa), conforme a las reglas generales, respetando en todo momento las normas que aseguran el derecho de defensa y contradicción, permitiendo a la (futura) contraparte contra la cual se solicita la medida estar presente en todo momento durante su práctica.

### 7. Valoración

La valoración de la prueba rendida como medida prejudicial, se debe someter a las normas generales sobre valoración probatoria contenidas en el CPC. Es decir, la prueba ya sea rendida anticipadamente o en el momento ordinario, la fórmula de su valoración resultará idéntica.

## C) PROPOSICIÓN Y ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS

### a) *Proposición de las pruebas*

#### 1. *Iniciativa, responsabilidad y protagonismo de las partes en la proposición de las pruebas: concepto*

La proposición de pruebas, que liga directamente con la vigencia del principio de aportación de parte (uno de los que sirve de soporte a nuestro sistema procesal civil, según lo hemos señalado), puede definirse como un acto procesal de parte consistente en manifestar los medios de prueba de que intenta valerse en el proceso, el objeto de los mismos y en la petición de que sean practicados (Ortells, M.). La estrecha relación con el señalado principio queda en evidencia en nuestro modelo al corresponder sólo a las partes, por regla general, la proposición de las pruebas. El juez tiene la posibilidad de disponer pruebas de oficio sólo en los casos en que la ley lo autoriza expresamente, tal como acontece tratándose de la prueba pericial (art. 412) o a propósito de las MMR (art. 159).

#### 2. *Tiempo y forma de la proposición probatoria*

A diferencia de lo que acontece en un modelo procesal concentrado, el nuestro, que carece de dicha nota formal (que se encuentra asociada, como hemos explicado, a sistemas predominantemente orales), muestra dispersión en toda la actividad probatoria, de lo que no escapa la propuesta probatoria. En efecto, no está previsto en nuestra ley un momento procesal único en el cual se deba proceder a la proposición de las pruebas, como sí ocurre, por ejemplo, en las regulaciones propias de los sistemas reformados en materia de la jurisdicción de familia y laboral, donde la propuesta de las pruebas debe verificarse en la audiencia preparatoria. Así se puede ratificar con la lectura de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia y del Código del Trabajo, respectivamente.

El Proyecto de nuevo CPC, en su versión ingresada al Congreso Nacional, se aparta de la fórmula antes señalada y contempla una proposición probatoria también concentrada, pero en los escritos de alegaciones, concretamente en la demanda y la contestación de la demanda dónde junto con tener que narrar

con precisión los hechos que configuran la pretensión, defensa o excepciones en su caso, deben las partes señalar con claridad y precisión (ofrecer) los medios de prueba pertinentes con los cuales pretenden acreditarse. Se pretende que tempranamente las partes exhiban o muestren sus cartas, en sintonía con el reforzamiento que se hace del principio de buena fe. Para quienes no ofrezcan la prueba en esta oportunidad se prevé una sanción: no podrá la parte ofrecer ni practicar medio de prueba alguno, a menos que se trate de hechos nuevos que no haya podido ni debido conocer con anterioridad, en cuyo caso podrán ser propuestos posteriormente.

La dispersión procesal que extiende sus consecuencias también a la propuesta de las pruebas queda refrendada en una serie de artículos que ponen en evidencia que en la regulación vigente no existe un único momento procesal para proceder a la proposición de las pruebas, sino que para cada medio de prueba se establece la oportunidad en la que debe verificarse la propuesta. Deben ser considerados para la revisión los artículos 348 (prueba instrumental), 320 (prueba testimonial), 385 (prueba confesional), 412 (prueba pericial), entre otras normas. De ellos nos ocuparemos al abordar cada medio de prueba en particular. Por el momento conformémonos con advertir que el derecho a la prueba debe ejercitarse dentro del tiempo y bajo la forma legalmente prevista. La exigencia del cumplimiento de las formas y plazos legalmente establecidos impone la necesidad de que las partes tengan una conducta totalmente diligente y cuidadosa en orden a instar el correcto ejercicio de este derecho (Picó i Junoy, J.).

Cada medio de prueba tiene sus reglas específicas para la proposición. Por ejemplo, en lo que dice relación con la prueba testimonial la propuesta debe cumplir con las exigencias del art. 320 que se vinculan con el señalamiento de la nómina de testigos de que la parte piensa valerse, con expresión del nombre y apellido, domicilio, profesión u oficio, y la presentación de una minuta de puntos sobre que piense rendir la prueba de testigos, enumerados y especificados con claridad y precisión.

En los modelos reformados en el país, además de estar concentrada la actividad procesal de la propuesta probatoria de las partes (sin perjuicio de las facultades previstas para los jueces), ésta debe desarrollarse en forma oral, a diferencia de lo que se impone en un modelo procesal escriturado como el nuestro dónde la propuesta se verifica a través de escritos que recogen las solicitudes respectivas.

### b) Admisibilidad de las pruebas: límites

La resolución de admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba, que para efectos de esta explicación puede ser definida como un acto del tribunal por el que, previo examen de los requisitos necesarios, se determina los medios de prueba que, de entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso (Montero, J.), pierde gran parte de su importancia en un modelo procesal desconcentrado como el nuestro, en el que además, el juzgador viene delegando una buena parte de sus actuaciones (incluso probatorias) durante el trayecto procesal.

Como resultado de la combinación anterior, esto es, la ausencia de concentración en la actividad procesal en general y probatoria en particular, y la falta de intermediación judicial efectiva a lo largo de todo el desarrollo del proceso, encontramos un escenario que se ha mecanizado en perjuicio de la calidad de la actividad probatoria, ya desde una fase inicial. En efecto, normalmente se cae en un puro ritualismo carente de fondo, bajo el cual los jueces no tiene un papel relevante en la tarea de determinación de las pruebas realmente útiles y pertinentes que impidan actuaciones probatorias que sólo sirvan para sembrar confusión, pérdida de tiempo y despilfarro de esfuerzos. No tenemos jueces que estén tempranamente implicados en el desarrollo del proceso. Es la propia estructura del modelo procesal la que no estimula un acercamiento temprano del juez con la causa; de allí el cierto automatismo con que se opera en la materia, comprometiendo ciertamente las bases sobre las cuales debe posteriormente desarrollarse la práctica de las pruebas.

Quedan bastante postergadas las consideraciones que pueden hacerse sobre la utilidad y pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, y la decisión judicial sobre la admisibilidad queda de alguna manera circunscrita a la verificación de que se traten, las propuestas, de pruebas previstas en la ley (*numerus clausus*) y para practicarse en la forma regulada en la ley (Montero, J.). Por lo mismo, en este esquema procedimental, se abre paso con mucha mayor facilidad la prueba inútil y la prueba impertinente.

La mayoría de las veces los tribunales usan las expresiones pertinencia y utilidad como si fueren sinónimas, lo que constituye un error. Por prueba inútil se debe entender aquella que, de acuerdo lo muestra la experiencia, cabe presumir que

no logrará el resultado buscado, existiendo una inadecuación de medio a fin (De la Oliva, A.). Por ejemplo, proponer la prueba de testigos con el objeto que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento (C. Maturana). Entre nosotros, especialmente en el ámbito de los procesos reformados, se habla también de la categoría de prueba inútil cuando los jueces entienden que el medio de prueba propuesto es superfluo por disponer ya de los elementos de prueba suficientes para sustentar su decisión, lo que no deja de ser peligroso desde el momento en que el juez puede a priori decidir con qué medios va a formar su convicción (Montero, J.). De su parte, la prueba impertinente es aquella no relativa a hechos que guarden relación con el objeto del proceso y con lo que constituye el *thema decidendi*, por ejemplo, los medios de prueba que se dirijan a probar unos hechos que no fueron afirmados por las partes en los escritos de alegación, o bien que se dirijan a probar hechos no controvertidos o hechos notorios.

En un contexto como el anotado, la decisión del juez sobre la pertinencia o utilidad de la prueba propuesta (su adecuación al *thema probandi*) pierde mucha importancia, en los hechos. No debiese ocurrir así en un proceso predominantemente oral y concentrado, donde la propuesta se concentra en un solo acto y se decide efectivamente por un juez que toma temprano contacto con los distintos extremos de la causa. Con todo, la práctica en los procedimientos civiles ya reformados ha mostrado ciertas dificultades de diversa especie.

Así, en los tribunales de familia se ha operado sobre la base a ciertos "protocolos" en los que se encuentran establecidos para determinadas materias cuáles serán los hechos a probar y, por tanto, respecto de los cuales las partes deberán proponer sus respectivos medios de pruebas.

Así, por ejemplo, de acuerdo a lo que se lee de alguno de esos "protocolos", en las causas relativas al derecho de alimentos, de acuerdo a estos protocolos serán hechos a probar los siguientes:

- a) Ingresos y bienes del alimentante.
- b) Necesidades (salud y educación) del alimentario.
- c) Nivel socio-económico de las partes.
- d) Gastos del alimentante y cargas de familia.

Si los alimentos son solo para los niños:

- a) Ingresos y bienes de la demandante.
- b) Gastos de la demandante y cargas de familia.
- c) Efectividad que el alimentante tiene el dominio del bien solicitado (éste es cuando se pide el usufructo).

Esta práctica genera situaciones en que, pese a que las partes están de acuerdo en la existencia de un determinado hecho (p.e. ingresos y bienes del alimentante), y que, por consiguiente, no es necesario a su respecto rendir prueba, los tribunales nacionales de todos modos establecen la necesidad de acreditarlo, lo que genera el consecuente despilfarro de actividad. De ahí que pueda afirmarse, que la audiencia preliminar no está sirviendo completamente al objeto propuesto por el legislador, dado que su importancia fundamental en un procedimiento oral, particularmente a la hora de determinar correctamente el *thema probandi* (antecedente necesario para un correcto juicio de admisión de los medios de prueba) ha sido disminuida producto de la práctica estandarizada y mecanizada antes anotada. Bien se ha señalado que la inadecuada fijación de los hechos controvertidos produce efectos indeseables respecto a la actividad probatoria (Abel, X.).

Otra clase de problemas se aprecian respecto al nuevo proceso laboral. En efecto, el nuevo proceso laboral se levanta sobre el principio de la intermediación judicial y la idea añadida que el protagonismo por parte de jueces reforzadamente activos aseguraría ya desde una fase temprana, en la audiencia preparatoria, que el material probatorio fuese debidamente revisado, ajustándose al *thema probandi*. Lamentablemente, la reforma procesal laboral ha mostrado, en este punto, dos clases de problemas. Un primer problema ha sido la constatación que en muchos casos la mecanización del pronunciamiento judicial sobre la admisibilidad de las pruebas no se ha extirpado, situación que puede deberse tanto a los escasos tiempos previstos para las audiencias (la tiranía del cumplimiento de la agenda impone la realización de audiencias "a la rápida"), como a la deficitaria preparación con la que tanto jueces como abogados llegan a la audiencia en comento, lo que se convierte en un óbice para poder extraer de ella mejores frutos. Un segundo problema, ya no es por defecto, sino que por exceso en la actuación judicial, y que ha terminado afectando el derecho a la prueba que comprende, entre otros contenidos, el derecho a que las partes puedan proponer válidamente todas las fuentes de prueba de que dispongan y a que la prueba propuesta válidamente sea admitida. Pues bien, ha sido común

también que los jueces laborales inadmitan pruebas ya no por los criterios de pertinencia y licitud previstos por el legislador, sino que para estar en coherencia con los requerimientos de una Justicia eficiente (*rectius*, acelerada), lo que se ha objetado por estar en contravención a lo dispuesto y autorizado en la ley, además de afectar el derecho de defensa de las partes y la calidad de la respuesta jurisdiccional, cuestión que sólo en los casos más groseros ha sido corregida. Junto a esta práctica, debe considerarse la norma que permite a los jueces, ya en la audiencia de juicio, revisar la pertinencia de la prueba confesional y testimonial, reduciendo el número de los que esté previsto deban comparecer, cuando puedan "constituir inútil reiteración sobre los mismos hechos". Bien se ha denunciado la paradoja de autorizar al juez a prejuzgar sobre la inutilidad de una confesional o una testimonial que todavía no ha escuchado (Palavecino, C.).

En un proceso escrito se abre paso con mayor facilidad la prueba inútil y a la prueba impertinente. En punto a esta cuestión conviene una aclaración, para evitar que el discurso en favor del derecho al debido proceso en general y el derecho a la prueba exceda los límites que razonablemente cabe reconocerle. En efecto, a estas alturas de su evolución podemos entender sin mayores problemas que el derecho al debido proceso comprende entre sus contenidos el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes y útiles. Trátase, léase bien la fórmula, del derecho a utilizar los medios de prueba "pertinentes" y "útiles", y no toda clase de medios de prueba. En otras palabras, el derecho a la prueba no tiene un carácter ilimitado, al contrario, tiene límites.

La mayoría de las veces los tribunales usan las expresiones pertinencia y utilidad como si fueren sinónimas, lo que constituye un error. Por prueba inútil se debe entender aquella que, de acuerdo lo muestra la experiencia, cabe presumir que no logrará el resultado buscado, existiendo una inadecuación de medio a fin (De la Oliva, A.). Por ejemplo, proponer la prueba de testigos con el objeto que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento (C. Maturana). Entre nosotros, especialmente en el ámbito de los procesos reformados, se habla también de la categoría de prueba inútil cuando los jueces entienden que el medio de prueba propuesto es superfluo por disponer ya de los elementos de prueba suficientes para sustentar su decisión, lo que no deja de ser peligroso desde el momento en que el juez puede a priori decidir con que medios va a formar su convicción (Montero, J.). De su parte, la prueba impertinente es aquella no relativa a hechos que guarden relación con el objeto del proceso y con lo que constituye el *thema decidendi*, por ejemplo, los medios de prueba que se dirijan a probar unos hechos que no fueron afirmados por las partes en los escritos de alegación, o bien que se dirijan a probar hechos no controvertidos o hechos notorios.

## D) PRÁCTICA PROBATORIA

### a) Procedimiento

La práctica de los medios de prueba se rige por unas reglas procedimentales que se prevén para cada caso. Así, no son las mismas las reglas previstas para la práctica de la prueba confesional que las contempladas respecto de la prueba de inspección personal del tribunal. A ellas nos avocaremos en el marco del tratamiento particular de cada uno de los medios de prueba.

Más allá de los procedimientos previstos por la ley para cada medio de prueba, la regulación procesal vigente carece de normas generales referidas a la práctica de las pruebas, salvo la recogida en el art. 324 que impone que toda diligencia probatoria deba practicarse previo decreto del tribunal que conoce en la causa, notificado a las partes.

Sin perjuicio de la ausencia de normas generales, en la regulación del procedimiento propio de cada medio de prueba se contemplan algunas normas que tienden a asegurar la debida contradicción que debe existir en la práctica de las pruebas, principio elemental del proceso. En síntesis, las partes y sus defensores deben tener la oportunidad de estar presentes e intervenir en la práctica de cada una de las actuaciones de prueba de conformidad a la regulación legal.

Por ejemplo, en la prueba testimonial, para los efectos de rendirse, es menester que el tribunal fije día y hora para tal efecto y esa resolución sea previamente notificada a las partes (art. 369), además del derecho de las partes a formular preguntas a los testigos (arts. 364 y 365: repreguntas y contrainterrogaciones) o a hacer valer, antes que el testigo declare, una tacha en su contra, por afectarlo una causal de inhabilidad, tacha respecto de la cual debe oírse a la parte que ha presentado a ese testigo. También se aprecia en la prueba documental, donde debemos anotar fundamentalmente el derecho a objetar los documentos acompañados por la contraria (arts. 342 y 346); se contempla un plazo de tres o seis días para hacer las observaciones o impugnaciones que se estimen procedentes respecto de los documentos (plazo depende de si el documento es público o privado). En el caso de la prueba confesional, específicamente la absolución de posiciones, el tribunal debe citar al absolvente a través de su mandatario si lo ha constituido para que preste declaración para un día y hora determinado (art. 388); además de anotar el derecho a presenciar la declaración del contendor y formular las observaciones que estime conducentes para aclarar, explicar o ampliar las preguntas (art. 392). Entre otras normas.

Una finalidad que persigue el principio de contradicción es lograr que la información que sirva de base a la sentencia sea fiable. La contradicción permite depurar la información. El criterio de la depuración de la información como un factor que debe gobernar la producción de la prueba ha sido destacado por la doctrina moderna. Se trata de permitir que todas las versiones puedan ser objeto de un cuestionamiento severo por aquella parte a quien perjudican (Duce, M.; Riego, C.). En el escenario escriturado, desconcentrado y mediatizado como el que caracteriza a nuestro procedimiento esta finalidad queda claramente debilitada.

En cuanto a la presencia judicial, defendida por algunos como garantía seriedad en la práctica probatoria, debemos reiterar que no obstante la existencia de algunas normas como la del art. 365 que dispone que los testigos serán interrogados personalmente por el juez, la práctica evidencia una notable distancia entre lo previsto por la norma y la realidad. A las razones del fenómeno de la delegación ya nos hemos referido y a dicha explicación nos remitimos. Se podrá entender que esta extendida delegación ha contribuido en buena medida a la escasa importancia que se asigna a las pruebas personales en general y a la prueba testimonial en particular, apodada en los sistemas como el nuestro como la "cenicienta" de las pruebas.

Ahora bien, para matizar lo anterior, la aplicación práctica de los nuevos modelos orales tampoco ha quedado exenta de críticas en el plano de la práctica de las pruebas y la conducta procesal de unos jueces efectivamente presentes y reforzadamente activos. Es la situación de algunos casos desarrollados y resueltos en los procesos laborales reformados. Por ejemplo, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, del año 2011 (Palomo, D., Matamala, P.), se recogen las siguientes consideraciones a propósito de un caso que nos sirve para ilustrar los problemas del exceso de protagonismo judicial en la práctica de las pruebas, especialmente en este caso, de la prueba testimonial, donde los hechos han puesto en evidencia que la suerte de la práctica de las pruebas personales queda entregada a una cuestión de "estilos" de un juez en el cual se dice hay que confiar, pero que termina afectando las posibilidades de control de la calidad de la información que ingresa al juicio y servirá de base a la sentencia y, desde luego, con manifiesta infracción a la legalidad procesal. Bien se ha advertido algo que es obvio: "La legalidad de la actividad probatoria, en los términos en que venimos diciendo, significa que lo que importa en el proceso es que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley. Esto es, importa el resultado, pero también importa el camino cómo se llega al mismo, y ello porque, por decirlo con frase tópica, el fin no justifica los medios" (Montero, J.).

“Primero: Que el recurrente ha deducido recurso de nulidad sustentado, en primer lugar, en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, por haberse infringido sustancialmente en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia derechos o garantías constitucionales, particularmente aquélla del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Indica al efecto que la causal se configura por haber desarrollado el Juez de la causa un interrogatorio apartado de la norma que asegura a toda persona el derecho a la garantía aludida. Señala que la Constitución asegura a todas las personas un justo y racional procedimiento y que el juez interrogó a un testigo en contravención a lo dispuesto en el artículo 454 N° 6 del Código del Trabajo, que cita. Esta norma impone a las partes y al tribunal la prohibición de efectuar preguntas en forma asertiva, contener elementos que determinen la respuesta ni referirse a hechos o circunstancias ajenas al objeto de la prueba.

Añade que si una de las partes sobrepasa los límites legales, la contraria deberá excepcionarse para enmarcar el interrogatorio dentro del marco legal. Ahora, cuando el tribunal es el que excede el margen legal, resulta lógico que las partes pueden objetar el proceder del tribunal, generando un incidente en el juicio, escuchando a la contraria y resolviendo en el acto, pues de otra forma se abre paso a que el tribunal pueda resolver antojadizamente, sin ningún control, lo que escapa a las normas mencionadas. Cita parcialmente el interrogatorio practicado por el tribunal a uno de sus testigos, en síntesis, preguntándole si considera injusto o no lo sucedido, si tiene buenos o malos recuerdos de la empresa reclamante y si le gustaría que la empresa ganara o perdiera el juicio; al intentar el señor abogado de la reclamada oponerse a la pregunta, el señor Magistrado le indicó que no tenía ninguna posibilidad de referirse a las preguntas que el tribunal hacía, y que las formulaba para determinar la veracidad de las respuestas, luego de lo cual le ordena al testigo que responda la pregunta.

De este modo, por una parte, el tribunal efectúa preguntas asertivas y con elementos de juicio, respecto de hechos y circunstancias ajenos al objeto de la prueba, en contravención a lo dispuesto en el N° 6 del artículo 454 del Código del Trabajo y, al intentar oponerse, ni siquiera dio la posibilidad de argumentar al efecto y menos otorgó traslado, violando el principio de bilateralidad de la audiencia, limitándose en señalar que no existe la posibilidad de oponerse al interrogatorio judicial, lo que resulta abiertamente inconstitucional, desconociendo la garantía del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, también respecto del testigo, pues la parte que lo presenta no pudo evitar la práctica de un interrogatorio ilegal. Añade que el juez trató de formular preguntas para tacha, lo que no es procedente en el proceso laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 454 N° 5, inciso quinto del Código del Trabajo, que transcribe.

Segundo: Que primeramente debe indicarse que los hechos en los que se basa el recurso son efectivos. El señor Juez de la causa le informó al señor Abogado de la reclamada que respecto de las preguntas que formulara el tribunal, alguna de las cuales eran de discutible procedencia legal, no tenía ninguna posibilidad de referirse a ellas, en clara alusión que no podía oponerse, objetarlas o incidentar a su respecto, para seguidamente, continuar su interrogatorio al testigo, vedando así a las partes de toda posibilidad de control respecto de las preguntas que formulara.

Tercero: Que, resulta incontestable que en el procedimiento laboral rige el principio de bilateralidad de la audiencia, pues el mismo está expresamente consagrado en el artículo 425 del Código del Trabajo...

Cuarto: Que así, la vigencia del principio de bilateralidad de la audiencia impone al juez la obligación de permitir, en los distintos actos del procedimiento, que las partes efectúen las alegaciones que estimen pertinentes, dentro, claro está, del respeto del normal desenvolvimiento del proceso y de las facultades de conducción del tribunal y ello también alcanza, como se vio, a la rendición de la prueba, desde que, en todo caso, tienen la posibilidad de intervenir en la producción de la misma, lo que también supone el control de la forma en que se produce pues, sin perjuicio de las facultades oficiosas del tribunal, la vigencia del principio impone la existencia de un modelo de juicio adversarial que supone un conjunto de controles horizontales entre las partes y, también, respecto de la actividad del tribunal.

Quinto: Que el principio del contradictorio o bilateralidad de la audiencia, asume un carácter de garantía en lo que dice relación con el derecho de defensa, incluido en el concepto de debido proceso. Así, como se adelantó, una de las manifestaciones de este derecho, supone que las partes estén en condiciones de controlar y controvertir la prueba, lo que, tratándose de prueba testimonial supone, indefectiblemente, conforme a lo dispuesto en el artículo 454 N° 6, la posibilidad de impedir que se interroge a los testigos utilizando métodos vedados, como la formulación de preguntas asertivas, ni aquellas que contengan elementos de juicio que determinen la respuesta ni relativas a hechos o circunstancias ajenas al juicio.

Esta garantía de control probatorio, evidentemente, se relaciona con la calidad de la prueba que ingresa al juicio y sobre la cual el juez del juicio debe formar su convicción, y supone que no toda prueba es válida para tal fin, sino, exclusivamente, aquellas que se rinden con plenas condiciones de legitimidad, igualdad de oportunidades, y evitando toda injerencia indebida, para que de esta manera

dicha información resulte confiable para la adecuada resolución del asunto. Es por ello, por ejemplo, que se impide formular preguntas que sugieran la respuesta, pues podría suponerse en el declarante una predisposición a contestar positivamente las afirmaciones que realice, particularmente el abogado que lo presenta al juicio y con el cual suele tener una vinculación previa al mismo, lo que se traduce, en síntesis, que los datos que entregue no serían plenamente fiables para la decisión de la controversia. Manifestación de este derecho de controlar la prueba que las partes incorporan al juicio, especialmente la calidad de la información que la misma contiene, resulta pues, el mecanismo de objeciones de preguntas que se deriva del artículo mencionado.

Sexto: Que de acuerdo a lo dicho, resultando el juicio una controversia entre partes, regida, entre otros, por el principio de bilateralidad de la audiencia o contradictorio, con plena vigencia del derecho a controlar la prueba que ingresa al mismo para asegurar la confiabilidad de la misma, surge la necesidad de analizar la posibilidad que el tribunal, en virtud de la vigencia del principio de impulso procesal de oficio, quede al margen del control de los intervinientes respecto de las preguntas que formule, como resulta ser la pretensión del señor juez en el juicio al oponerse de plano a cualquier tipo de objeción respecto de las preguntas que enuncia.

Convengamos que el impulso procesal de oficio busca, por una parte, asegurar el principio de celeridad también consagrado en la legislación laboral, impidiendo la actividad dilatoria de las partes y en todo caso, el retraso o demora injustificada en la resolución de estos conflictos atendida la naturaleza alimenticia y asistencial de muchos de los derechos que están en juego. Por otro lado, sobre la base de la desigualdad de las partes en el proceso, la búsqueda de la verdad real se erige en un objeto de proceso, y por ello se le entregan al juez facultades probatorias oficiosas, tanto en la proposición como en la producción de la prueba, como aparece de lo dispuesto en los artículos 453 N° 9 y 454 N° 6 del Código del Trabajo.

Resulta necesario indicar, no obstante su evidencia que ciertamente el tribunal, en la práctica, puede vulnerar las formas legítimas de interrogación señaladas en la ley, pues podría interrogar sobre hechos que no son materia de la controversia, efectuar preguntas asertivas y, todavía más, contener elementos de juicio que condicionen la respuesta. Conclusión pacífica debiera ser que ello no resulta procedente pues, por una parte, la norma no distingue respecto de quienes rige la prohibición y, por tanto, debe extenderse al interrogatorio del tribunal, como por otro, si se analiza la ratio de la prohibición, como se adelantó, controlar la calidad de la información que ingresa al juicio, deviene que ésta aún más debe

regir para el tribunal, en la medida que puede afirmarse que, especialmente, ciertos testigos de bajo nivel intelectual o escaso nivel cultural, pudieran ser proclives a responder positivamente las afirmaciones que efectúa un juez.

Consecuente con ello, debe también aceptarse que las partes tienen la potestad de oponerse al ejercicio abusivo o ilegal de las facultades oficiosas del tribunal, particularmente al momento de la producción de la prueba. La facultad de las partes, que asume dimensión de garantía, de controlar la prueba que ingresa al juicio, es un pilar del modelo de juicio laboral y, en general, del debido proceso. Luego, la mera posibilidad que cierta prueba que, según el caso, pueda ser decisiva para la demostración de hechos del juicio quede al margen del señalado control, constituye un grave o sustancial quebrantamiento a las bases del modelo y resulta inaceptable.

Por lo demás, si cada una de las resoluciones que dicta el tribunal, salvedad de la sentencia definitiva, para la cual se dispone del recurso de nulidad, o aquellas interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, pueden ser objeto de recurso de reposición —artículo 475 del Código Trabajo: clara manifestación del principio de bilateralidad de la audiencia— con mayor razón la formulación de una pregunta, fuera de los estrictos marcos establecidos en la ley, puede y debe ser materia de impugnación directa por la parte que se sienta afectada, désele a la misma el nombre técnico de objeción, empleado en litigación de juicio oral, incidente, o cualquier otro. La posibilidad de impugnación respecto de actuaciones del tribunal, por lo demás, es base de todo nuestro sistema procesal y regla general cuando se hace por vía de retractación, salvedad de resoluciones que tengan el carácter de sentencias definitivas, lo que no puede predicarse de las preguntas que el tribunal pueda formular en el curso de la declaración de un testigo.

Séptimo: Que, corolario de lo anterior, la circunstancia que el tribunal haya anunciado que, de plano, las preguntas que formulara no podían ser objetadas por los intervinientes, ha impedido a las partes el ejercicio de una facultad inherente a la idea de debido proceso pues, en términos amplios, se vio privado de la posibilidad de controlar la prueba que ingresaba al juicio. Por lo mismo, corresponde acoger el recurso de nulidad intentado por la defensa”.

El fallo versa sobre un caso en el que la Corte decide conocer, en el estrecho margen que autoriza el modelo recursivo del proceso laboral chileno. Es un caso palmariamente arbitrario que hace saltar las alarmas, pero son muchos otros los casos que, en una errónea comprensión de la inmediatez judicial y las exigencias de un debido proceso, quedan firmes, sin que haya operado co-



rectamente el mecanismo de control. Por eso, lamentablemente, no es extraño encontrarse con fallos de las Cortes que terminan respaldando intervenciones judiciales probatorias igualmente impropias, parciales y hostiles que muestran a un juez que se opone oficiosamente a que algún testigo declare libremente sobre lo preguntado, dé razón de sus dichos, efectúe aclaraciones, o establezca limitaciones a sus respuestas, acoge objeciones sin conferir traslado a la contraria, formula preguntas sin considerar las limitaciones legales, entre otras manifestaciones, y el tribunal de alzada concluya que "las preguntas que hizo el juez a la testigo... constituyen una demostración real de la aplicación de los principios formativos del proceso laboral con la finalidad de esclarecer de mejor forma los hechos sobre los cuales declaró en la audiencia y en manera alguna pueden significar un atentado al principio del debido proceso".

#### *b) Registro de los actos de prueba*

Debido al carácter escriturado del procedimiento civil nacional, de los actos de prueba debe quedar registro (cuando corresponda) por medio de actas que se agregan al expediente. En efecto, de las declaraciones testimoniales (art. 370), de la declaración del absolvente en la prueba confesional provocada (art. 395), de la inspección personal del tribunal (art. 407) siempre quedará debido registro en un acta. Por su parte, tratándose de la prueba pericial, el informe debe acompañarse al proceso; lo propio acontece con la prueba instrumental.

#### Ejemplo de acta de prueba testimonial

En Talca a veintinueve de agosto de dos mil diez, se procede con la audiencia de prueba de testigos rendida por la parte demandante, con la comparecencia por la parte demandante de la abogada Srta. Paula Contreras Cerda y por la parte demandada de su abogado Don Camilo Cerpa Núñez, y los testigos de la parte demandante quienes están debidamente juramentados por este tribunal.

Doña ANA MARÍA URZÚA LÓPEZ, cédula nacional de identidad N° 10.323.345-5, quien responde:

AL PUNTO PRIMERO: Soy vecina en calle 9 sur entre 8 y 9 oriente de Cristián y yo lo ubico, porque fue compañero de curso con mi hijo y pertenecían al mismo club de deportes, en donde jugaban a la pelota y el día que ocurrió lo de Cristián, yo me encontraba en la puerta de la casa, ya que tengo un negocio y estaba afuera atendiendo a un cliente y vi la ambulancia llegar a la

casa y como chilena, me quedé mirando, más que nada porque se trataba de un vecino y vi que sacaban a Cristián en camilla porque no podía caminar y ahí pregunté que había ocurrido y el marido de Carmen, la vecina, me contó que lo habían llevado al hospital porque le dolía la pierna y tenía mucho dolor. Después de volver Cristián a casa, yo fui a preguntar cómo estaba y me contó que todavía tenía mucho dolor. Después me enteré que lo volvieron a llevar al Hospital y ahí supe que lo dejaron hospitalizado. Cuando estuvo hospitalizado, mi hijo lo fue a visitar y ahí le contó Cristián a mi hijo lo que le había sucedido, que le habían puesto mal una inyección en el Policlínico, lo cual le provocó mucho dolor, se desmayó al salir de la sala de espera. Que él decía que lo ayudaran y que los "tal por cuál" no se daban cuenta de la magnitud del dolor porque no podía mover la pierna. Le mostró el moretón que tenía, la inflamación, que lo que mas que sentía era que no podía salir a jugar a la pelota, no podía salir a correr, lloraba, mi hijo también, porque se asustó mucho al ver lo que le podía provocar, si no se recuperaba. Vi que su familia estaba toda afectada, incluso su hermana mayor, me refiero a Cristián, en la noche lloraba por lo sucedido. Por mi hijo supe que hubo que llevar a pabellón a Cristián para poderle extraer materia, no se qué tendría en la herida y como él estaba hospitalizado y no se sabía bien si iba a ser para largo, su familia estaba toda afectada, yo veía a la vecina, cuando iba a comprar, que pasaba muy triste y le pregunté un día, como estaba Cristián y ella me dijo que no lo veía muy bien, sobre todo psicológicamente, porque pensaba que esto lo iba afectar cuando tuviera que dar los exámenes para entrar a la Escuela de investigaciones. Por lo que veía, cuando Cristián volvió, él no podía caminar bien, porque tenían que ayudarlo entre dos personas, casi siempre el papá. Yo vi cuando lo tenían que sacar a caminar para hacer ejercicios de rehabilitación, que él lloraba y tenían que devolverse antes de pasar mi casa, porque no era capaz de seguir. Hospitalizando estuvo como once días, no recuerdo bien, ya que esto fue el año pasado, en el mes de agosto y la recuperación fue larga, ya que en el mes de enero todavía estaba complicado, porque salía a caminar y tenía que devolverse, porque todavía le dolía la parte de la pierna. Yo vi las lesiones que sufrió Cristián, cuando volvió a la casa, yo fui a visitarlo y me mostró la herida y vi que no podía caminar bien. En cuanto al monto de estos perjuicios, no se a cuanto ascienden, ya que no se los consulté, pero se que ellos tuvieron que gastar en tratamiento particular, por cuanto tuvieron que además realizar un tratamiento neurológico y psicológico y como esto no lo dan en el hospital, ellos tuvieron que pagarlo en forma particular. También se que le compraron remedios de formar particular, porque no había en la farmacia del Hospital.

REPREGUNTAS: Para que la testigo diga:

1. ¿Si puede precisar cómo era Cristián antes de que se le aplicaran la inyección y cómo es después de ese procedimiento?

RESPUESTA: Antes, tal como lo declaré, era súper deportista, jugaba a la pelota como todos los fines de semana, porque pertenece a un Club de deportes. Jugaban con mi hijo en las tardes en la cancha de la plaza. Un chico muy alegre, respetuoso, tranquilo, y sobre todo activo y después de lo ocurrido, a él lo afectó porque no podía ir a la cancha a jugar, acompañaba al papá, se quedaban en la camioneta mirando, ya que el papá es el tesorero del Club, porque no podía jugar, no podía ir a los entrenamientos, andaba triste, se enojaba cuando podía salir a caminar solo.

2. ¿Si la fotografía de fs. 43, que en este acto se le exhibe, corresponden a Cristián y si efectivamente esas son las lesiones que ella vio?

RESPUESTA: Sí, y las reconozco porque yo fui a verlo y él me mostró sus heridas.

CONTRAIINTERROGACIONES: Para que el testigo diga:

1. ¿Si la madre de Cristián le explicó en qué consistió la mala aplicación o postura de la inyección en el consultorio?

RESPUESTA: No, solamente me dijo que se debió a una inyección mal puesta.

Leída que le fue, la testigo ratifica y firma conjuntamente con los apoderados de las partes, firmando el Tribunal y ministro de fe que autoriza y, con el acuerdo de las partes, se la autoriza para retirarse de la audiencia.

### c) Lugar de la práctica de las pruebas

En cuanto al lugar dónde las pruebas deben ser practicadas, debemos señalar que la regla general es que ellas se realicen en la sede del tribunal que conoce del proceso. Es en dicha sede donde prestarán declaración los testigos y las partes, se aportarán los informes periciales y los documentos, por señalar algunos ejemplos. Con todo, recoge la ley algunas hipótesis en las cuales se admite la práctica de un medio de prueba fuera de esta sede. Así acontece con el interrogatorio de algunos testigos señalados por la ley en el domicilio que fijen dentro del territorio jurisdiccional (art. 361) y el interrogatorio del absolvente de posiciones que está exento de comparecer

a la sede del tribunal y presta la declaración en su domicilio (art. 389). Por razones que resultan obvias, tratándose de la prueba de inspección personal del tribunal, la prueba deberá practicarse fuera de la sede del tribunal, a menos que se trate de la inspección de un objeto que pueda ser trasladado a ella. Pero aún más, la excepción es todavía más intensa, por las particularidades de la prueba aludida, y se autoriza por la ley que ella se verifique incluso fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, haciendo excepción al principio de territorialidad que regula las actuaciones de nuestros tribunales.

Los actos de prueba pueden practicarse también por un tribunal distinto, vía delegación de competencia que se materializa a través de los exhortos. Dispone el art. 71 que todo tribunal es obligado a practicar o a dar orden para que se practiquen en su territorio, las actuaciones que en él deban ejecutarse y que otro tribunal le encomiende. El tribunal exhortante, vale decir, que conozca de la causa, dirigirá al del lugar donde haya de practicarse la diligencia (exhortado) la correspondiente comunicación, insertando todos los escritos, decretos y explicaciones necesarias. El tribunal exhortado ordenará su cumplimiento en la forma que se señale en la comunicación, y no podrá decretar otras gestiones que las necesarias a fin de darle curso y habilitar al juez de la causa para que resuelva lo conveniente.

## III. REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

### A) LOS INSTRUMENTOS

#### a) El documento

##### 1. Importancia

Huelga destacar la importancia que pueden tener los documentos en el contexto del proceso civil. Si respecto de la prueba testimonial algunos hablan de la cenicienta de las pruebas (entre otras razones atendiendo a las dificultades que experimenta en nuestro modelo escriturado y mediatizado, sobre las que más adelante haremos referencia), la prueba documental es conocida por algunos como la *regina probatorum* y acumula, por su importancia, buena parte de la atención de los que se ocupan del estudio respecto de las pruebas. La razón de esta importancia no se oculta a nadie, y liga fundamentalmente con la necesidad de certeza que vienen a satisfacer los

documentos en el tráfico jurídico, donde son confeccionados ya con vistas a la actividad de la prueba, antes de iniciado el proceso, con carácter de preconstituidos.

Camelutti, intentando establecer la diferencia que existe entre la prueba testimonial y la prueba documental, destaca, entre otros elementos, que la prueba documental sería permanente, en tanto que la prueba testimonial sería transitoria. Si un documento no fuera durable no podría tener la eficacia de conservar por sí el hecho representado, con independencia de la memoria humana. Si el testimonio no fuere transitorio no se limitaría a ser una reconstrucción de un hecho representado como elementos puramente subjetivos. Ahora bien, sin perjuicio de reconocer las ventajas de la prueba documental, el exceso de culto hacia este medio de prueba se ha criticado por algunos, partiendo por Calamandrei, señalando que pueden generarse consecuencias dañosas, especialmente cuando la legislación reconoce, en algunos casos, como único medio de prueba admisible, la prueba documental, limitando a la prueba testimonial, significando en ocasiones colocar a la parte en la absoluta imposibilidad de obtener justicia.

## 2. Concepto

El intento de conceptualizar el documento ha tenido desde siempre la particular dificultad proveniente del hecho de tener que decidir si se sigue el concepto clásico o uno más amplio que se ha ofrecido por un sector de la doctrina nacional y extranjera.

El planteamiento clásico, que fuera de dudas es el que sirvió para establecer el sistema probatorio instrumental en nuestro ordenamiento, que data de 1903, descansa en la característica escriturada del documento. En este sentido, bajo la concepción clásica, el documento es el objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento o acto humano. Se trata, por lo tanto, de una expresión por escrito, lo que se refrenda de la lectura de los arts. 342 y ss. CPC, especialmente aquellos artículos que se refieren a la forma de aportación de los documentos. Lo propio se constata en los artículos del CC (arts. 1699 a 1709) y COT (arts. 403 a 414 y 421 a 445).

Al planteamiento clásico anterior se ha opuesto un concepto que es más amplio, puesto que busca desmarcarse de la exigencia de la escritura como soporte único del documento como medio de prueba, lo que se sostiene fundamentalmente atendiendo a la necesidad de incorporar al proceso la

información probatoria proveniente de los avances tecnológicos experimentados durante el siglo pasado (a estas alturas ya absolutamente instalados en la sociedad), los que, por cierto, no estuvieron en los planes del legislador procesal civil chileno. Piénsese, por citar algunos ejemplos, en la fotografía, radiografía, cassette o video, a los que han seguido, gracias a la evolución tecnológica, otros avances, en especial lo que liga a las técnicas de documentación y transmisión de informaciones, y los documentos de informática y telemática. Bien se ha dicho que el uso cada vez más frecuente del computador e internet (y otros recursos tecnológicos semejantes) acarrea necesariamente una imperiosa preocupación del Derecho en lo concerniente a la eficacia que se puede establecer para los nuevos medios de registro de informaciones (Marinoni, L.; Cruz, S.).

Es posible que el fin perseguido (no prescindir de la información probatoria que emana de esos elementos) haya causado algún grado de confusión en parte de la doctrina procesal a la hora de forzar el concepto tradicional de documento. La característica escrita del documento no ha desaparecido. Lo que ha ocurrido es respecto de varios de estos "modernos" elementos se ha entendido que pueden acceder al proceso mediante la actividad procesal que constituye el medio de prueba documental, que es utilizado por tratarse del medio de prueba de mayor semejanza. Especialmente clara es esta aplicación por analogía en el caso de aquellas fuentes que no siendo escritas están contenidas en soporte papel, como es el caso de las fotografías, las radiografías, las ilustraciones, los planos, etc. Para fuentes contenidas en otra clase de soportes se ha requerido de reformas parciales a la normativa del medio de prueba instrumental, como es el caso del art. 348 bis de nuestro CPC (ley N° 20.217, de 2007), al cual más adelante nos referiremos.

En legislaciones procesales más modernas que la nuestra el tema se soluciona por la vía de reconocer el legislador expresamente a los llamados "nuevos" medios de prueba (los medios de reproducción del sonido y de la imagen, así como los instrumentos informáticos). Así ocurre con la LEC española que, además, no clausura el número de los medios aceptables. Señala en su Exposición de Motivos que no habrá de forzarse la noción de prueba documental para incluir en ella lo que se aporte al proceso con unos fines de fijación de la certeza de hechos, que no sea subsumible en las nociones de los restantes medios de prueba. Podrá confeccionarse y aportarse dictámenes e informes escritos, con sólo apariencia de documentos, pero de índole pericial o testifical y no es de excluir, sino que la nueva ley expresamente lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos,

cifras y cuentas, a los que en definitiva deba otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales. Para algunos se trata de un señalamiento que sobra, atendida la distinción entre fuentes y medios de prueba que deja sin sentido el debate que se ha planteado entre *numerus clausus o apertus* de los medios de prueba; para otros, necesario, para facilitar el tránsito desde un sistema cerrado.

una actualización con los avances de la tecnología, por citar un ejemplo: la firma electrónica.

Una anotación final para la fecha del documento. Si bien no se trata de un elemento de la esencia, la eficacia probatoria del documento puede verse afectada (Montero, J.).

### 3. Elementos

### 4. Clases: públicos y privados

En doctrina se distinguen los siguientes elementos en todo documento:

En nuestra doctrina se ha acostumbrado distinguir entre instrumentos otorgados por vía de prueba y aquéllos otorgados por vía de solemnidad, instrumentos fundantes y no fundantes (distinción ya sin vigencia por la reforma de los arts. 255 y 309 CPC, por la ley N° 18.010, de 1988), pero la clasificación más relevante en consecuencias y en su tratamiento procesal es la que los separa de acuerdo a los sujetos que intervienen en su confección y su forma. De acuerdo a ello se debe distinguir entre instrumentos públicos y privados.

a) Objeto material: El documento desde siempre se ha entendido como una cosa mueble, susceptible de ser aportada a un proceso. Según lo dicho antes, esta cosa ha sido durante muchos años el papel, pero después de los avances tecnológicos se ha planteado que también lo puedan ser otros los soportes.

b) Contenido: El hecho o acto jurídico que se contiene en el objeto material. Bien se ha dicho que un contrato no es el papel en que se plasma, sino el acto de declaración de voluntades que lo constituye (Carnelutti, F.).

Por instrumento público debe entenderse el otorgado por competente funcionario autorizado con las solemnidades legales. Así se desprende del art. 1699.2 CC. Ejemplo clásico (no el único) es la escritura pública, que se define como el instrumento público otorgado por un competente notario con las solemnidades que fija la ley (art. 399 COT), e incorporado en su protocolo (art. 429). Téngase presente la regulación que se recoge en el COT al respecto: los arts. 403 a 414 COT se refieren a las escrituras públicas; los arts. 415 a 420 a la protocolización; los arts. 421 a 428 tratan de las copias y la falta de fuerza legal de las escrituras y copias; los arts. 429 a 439 están referidos a los libros que deben llevar los notarios públicos; y, finalmente, los arts. 440 a 445 a las infracciones y sanciones a los notarios. Otros ejemplos: los certificados de dominio vigente que otorga el Conservador de Bienes Raíces, o una partida o certificado de nacimiento que otorga el Oficial de Registro Civil, etc. Evidentemente, en estos casos, el funcionario público que lo otorga y las solemnidades legales varían a lo que acontece en la escritura pública.

El art. 342 CPC recoge una enumeración de documentos que serán considerados como instrumentos públicos en juicio (siempre que, claro está, en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter). Se

c) Forma de la representación (soporte de la prueba): En el planteamiento clásico, que es el que recoge nuestro CPC en su origen, la forma de representación es la escritura; para otros autores, persiguiendo las finalidades ya señaladas, puede ser cualquiera, entre ellas la imagen y el sonido. Nuestra postura en este punto está con la vinculación del requisito de escritura para estar frente a un documento, ello no es óbice para recurrir a la distinción entre fuentes y medios de prueba para permitir la entrada al proceso de fuentes que no pudieron ser previstas por nuestro legislador procesal en su momento. En todo caso, lo que corresponde pensar, de *lege ferenda*, es que la nueva normativa procesal civil se haga cargo de este tema, poniendo a disposición de las partes y del juez una regulación con la que se pueda operar sin problemas de interpretación que puedan perjudicar el derecho a la prueba de las partes.

d) Autor: El documento tiene su origen en una persona, su autor, que lo crea con una finalidad. El tema de la autoría es relevante para la identificación del documento como público o privado, según se explicará en el punto siguiente. Estrechamente ligado al tema de la autoría está la cuestión de la suscripción del documento: no basta que el documento señale quien es su autor, también es preciso que se prueba la autoría, lo que se hace a través de su suscripción o firma por su autor. Cabe tener presente que esta cuestión también experimenta

distingue entre el original y las copias, entre las cuales están las copias auténticas y las copias simples, las que cumpliendo con lo previsto en la ley tendrán la misma eficacia que el original.

1° Los documentos originales (en el caso de las escrituras públicas, la matriz). Será raro la posesión de un instrumento público en original. De allí que las hipótesis que siguen sean más relevantes desde el punto de vista práctico.

2° Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer.

3° Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se dio conocimiento de ellas. La simple fotocopia cae dentro de esta hipótesis legal.

4° Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria. El cotejo de instrumentos (cotejo instrumental), que consiste en la confrontación de un instrumento público con sus matrices o registros (art. 344).

5° Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de las copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior.

6° Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada. A ellos nos referimos al final del tratamiento de la prueba documental.

Instrumento privado, por su parte, es el confeccionado por particulares, sin que concurren los requisitos del instrumento público. De allí que algunos prefieran referirse a los instrumentos privados como aquellos que no tienen la calificación de instrumentos públicos. Por regla general, se coincide en señalar que se requiere que este firmado por el otorgante (arts. 1701.2, 1702 y 1703 CC), sin perjuicio de que de acuerdo al art. 352 N° 3 CPC (en relación con art. 346 N°s. 1 y 2 CPC) bastaría con el texto escrito para estar ante un instrumento privado, sin requerirse, necesariamente, de su firma, sin perjuicio de lo que a continuación se puntualiza.

En general no está sujeto a formalidades estrictas como acontece con los instrumentos públicos. Con todo, ciertos instrumentos privados, como los

cheques y las letras de Cambio, para ser tales, deben contener menciones explícitas.

Respecto a si debe estar firmado el instrumento, como se apuntó, los arts. 1701.2, 1702 y 1703 CC preceptúan sobre la base de que debe estar firmado, mientras que el art. 346 N°s. 1 y 2 CPC, relacionado con el art. 352 N° 3 CPC, dan a entender que la firma del instrumento privado no sería una exigencia esencial, bastando el texto escrito. La correcta doctrina distingue:

– Según se trate de constatar hechos: la firma no es necesaria.

– Si se trata de reconocer que una persona asume cierta obligación en el acto o contrato de que el documento privado viene a dar cuenta: la firma es esencial por representar la expresión voluntaria, personal y gráfica en orden a obligarse.

Existen ciertos documentos que pueden valer como instrumentos privados, aun cuando no estén firmados, como los señalados en los arts. 1704 y 1705 CC.

Bien se ha señalado que la intervención en el documento público de una persona con la función pública de dar fe de ciertos hechos (federatario público) permite que este documento goce de una especialísima garantía de autenticidad (De la Oliva, A.), de la cual carece el privado. Éste, al no gozar de esta presunción de autenticidad, para obtener el valor probatorio previsto en la ley, debe ser “reconocido” por la parte que lo otorgó, en alguna de las formas previstas por el legislador (art. 346). Algunos autores prefieren hablar de verificación del instrumento (Comoglio, L.; Corrado, F.; Taruffo, M.).

La ley distingue tres clases de reconocimiento del instrumento privado:

a) *Reconocimiento expreso*

Se contempla en el art. 346 N°s. 1 y 2. Se refiere a los casos en que el instrumento se tiene por reconocido:

– cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer.

– cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o bien en otro juicio diverso.

### b) Reconocimiento tácito

Se recoge en el art. 346 N° 3:

— cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a esta parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo (sobre esto volveremos al abordar la aportación y la impugnación del instrumento privado). La puesta en duda de un instrumento por la parte a quien perjudica puede aparejar que deba operar el procedimiento denominado “cotejo de letras” (distinto al cotejo de instrumentos) el que encuentra regulación entre los arts. 350 y 354.

### c) Reconocimiento judicial

Contemplado en el art. 346 N° 4:

— cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.

### Las fotocopias

Al hilo de lo que se anotara en torno con el art. 342 CPC y los documentos considerados como instrumentos públicos en juicio, corresponde preguntarse ¿puede tener valor probatorio la fotocopia de un instrumento privado? La doctrina ha respondido esta pregunta afirmativamente, señalando que puede tener valor probatorio si ha operado alguna forma de reconocimiento de las previstas en el art. 346 N°s. 1, 2 y 3. El problema, se señala, se presenta en caso que se impugne el documento privado acompañado en fotocopia puesto que el cotejo de letras, al cual se acaba de aludir, debe hacerse respecto de un documento original y no de una mera fotocopia. Se añade la existencia de un acuerdo internacional entre los peritos en que no es posible hacer un cotejo entre una fotocopia y un documento indubitado, ya que la fotocopia perdería una serie de rasgos característicos que son los que permiten la identificación. Por tanto, en caso de impugnación, la fotocopia carecerá de valor probatorio (Maturana, C.). Ahora, si la fotocopia es de un documento privado que emana de un tercero, carecerá de valor probatorio si no es reconocida en el proceso por aquel que otorgó el instrumento original, del mismo que ocurre tratándose del original.

Mención aparte merecen dos casos en los cuales la sola intervención de un notario no da al documento el carácter de escritura pública.

Nos referimos a los documentos protocolizados y los instrumentos privados autorizados ante notario.

### a) Documentos protocolizados

De acuerdo al art. 415 COT, la protocolización consiste en la agregación material de un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita. En los hechos se efectúa levantando un acta que firma el solicitante y el notario en la cual se indica el contenido del documento y sus indicaciones esenciales. Lo que debe destacarse en cuanto a esta clase de documentos es que el instrumento privado protocolizado en una Notaría con posterioridad a su otorgamiento no adquiere por esta circunstancia el valor de instrumento público.

¿Para qué la protocolización entonces?:

- Permite al instrumento privado adquirir fecha cierta respecto de terceros (arts. 419 COT y 1703 CC).

- El documento quedará guardado y protegido de cualquier adulteración o pérdida, ya que sólo puede ser desglosado del protocolo en virtud de un decreto judicial (art. 418 COT).

- Pueden obtenerse del documento las copias autorizadas que se deseen (art. 421 COT).

- Determinados documentos protocolizados pasan a adquirir la misma fuerza que un documento público (art. 420 COT).

### b) Documentos privados autorizados ante notario

El hecho que un notario haya autorizado la firma estampada en un documento privado no muta su condición transformándolo en documento público, pues su intervención, en este caso, se limita a dar fe que es auténtica la firma del otorgante y a la fecha de la autorización.

### b) Aportación, impugnación y valoración del instrumento público

#### 1. Aportación

La regla general es que la aportación de los instrumentos públicos al proceso sea realizada por las partes, en la oportunidad que establece la ley. Prescribe el art. 348 que podrán acompañarse en cualquier estado del juicio,

hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda.

Sobre este punto se debe precisar que no se contempla en la actualidad la carga de acompañar a la demanda o la contestación los respectivos documentos fundantes. Lo que no quiere decir que no puedan acompañarse junto a estos actos procesales.

Sin embargo, el Proyecto de nuevo CPC prescribe que el actor deberá acompañar junto a su demanda toda la prueba documental que se intente valer. Si no se dispusiera de alguno de esos instrumentos, debe señalar su contenido e indicar con precisión el lugar en que se encuentra, solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Una norma similar se prevé respecto de la prueba documental a acompañar a la contestación.

La explicación de esta propuesta en materia de aportación de la prueba documental está sostenida en la búsqueda de brindar una leal información al adversario procesal acerca de las armas más importantes de que se dispone, con el fin de que el principio de igualdad quede a salvo de intempestivas y desventajosas sorpresas y también con la finalidad de que el adversario disponga de elementos de juicio que le permitan decidir si ha de insistir en su pretensión o en su oposición o si acaso le conviene desistir, allanarse, o bien procurar una transacción (De la Oliva, A.).

En relación al acompañamiento de documentos en segunda instancia, admisible hasta la vista de la causa según recién hemos anotado, debe considerarse la norma del art. 348.2: su agregación no suspenderá en ningún caso la vista; pero la Corte no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella.

Complementando la regla del art. 348, cabe considerar lo que el art. 433.1 CPC dispone. Los plazos de impugnación de los arts. 342 N° 3, 346 N° 3 y 347 que hubieren comenzado a correr al tiempo de la citación a las partes para oír sentencia, continuarán corriendo sin interrupción y la parte podrá, dentro de ellos, plantear la impugnación. De producirse ésta, se tramitará en cuaderno separado y se fallará en la sentencia definitiva. A la impugnación y sus causales nos referimos luego.

Excepcionalmente se autoriza la actuación judicial de oficio en relación con los instrumentos públicos. Y se hace por la vía de las MMR (art.

159 N°s. 1 y 6) en el marco de cuya regulación se permite al juzgador dos actuaciones probatorias: 1) la agregación de cualquier documento que estime necesario para esclarecer el derecho de las partes; 2) la presentación de cualquiera otros autos (expedientes) que tengan relación con el pleito. Recordamos que estas diligencias probatorias son posibles dentro del plazo que se tiene para dictar la sentencia definitiva.

Nuestra normativa recoge una regulación específica para los documentos extendidos en lengua extranjera, disponiendo en el art. 347 que tales instrumentos, una vez acompañados, se mandarían a traducir por el perito que el tribunal designe, a costa del que los ha acompañado, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las costas en la sentencia. Ahora bien, si se acompañan con su traducción, ella valdrá, salvo que la contraria exija, dentro de seis días, que sea revisada por un perito.

Lo propio ocurre con los instrumentos públicos otorgados en el extranjero, lo cual puede ser analizado desde dos puntos de vistas. Por una parte, los Estados como receptores de instrumentos públicos otorgados en el extranjero que pretenden emplearse dentro de su territorio. Por otra, los Estados emiten instrumentos que están o pueden estar destinados a producir efectos fuera de sus fronteras.

En nuestra legislación, los instrumentos públicos otorgados en el extranjero deben cumplir con tres requisitos: legalización, traducción y protocolización. Respecto a lo primero, la norma reguladora es el art. 345 CPC, la cual señala que los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y de acuerdo a ella se entenderán que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas estas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas. La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile por alguno de los medios que detalla el propio art. 345.

De esta forma la legalización de los instrumentos públicos otorgados en el extranjero, de acuerdo a la actual legislación chilena en la materia, éstos tendrán pleno valor ante órganos públicos nacionales si cumplen con las siguientes condiciones: a) Que se acredite su autenticidad mediante el procedimiento ya descrito de autenticación del documento, denominado legalización (artículos 17 CC y 345 CPC); b) Que se traduzcan al castellano, si es que fueron extendidos en otro idioma; y c) En ciertos casos, que se protocolicen en el registro de un Notario (art 420 N° 5 COT).

Lo anterior se traduce en una engorrosa cadena de actuaciones administrativas que, en forma sucesiva, certifican la autenticidad de la firma del funcionario inmediatamente anterior.

Sin embargo con fecha 2 de enero de 2014 fue publicada la ley N° 20.711 que busca implementar la Convención de La Haya que suprime la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros (Convención de la Apostilla). Dicha ley tiene como objetivo principal la simplificación de la autenticación de documentos públicos que deben ser presentados en el extranjero, facilitando su circulación entre los Estados Parte (Mensaje N° 135-360).

En este sentido, la actual legalización se reemplaza por el otorgamiento de un certificado denominado "Apostilla", así señala el nuevo artículo 345 bis del CPC, "Los instrumentos públicos otorgados en un Estado Parte de la Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, no deberán ser sometidos al procedimiento de legalización, si respecto de éstos se ha otorgado apostillas por la autoridad designada por el Estado de que dimana dicho instrumento".

Por otra parte, la citada ley, modifica el artículo 420 N° 5 del COT eximiendo del trámite de protocolización a aquellos instrumentos autenticados mediante el sistema de apostilla, teniendo éstos el valor de instrumentos públicos en Chile.

En cuanto a la autoridad competente para otorgar apostillas respecto de documentos públicos otorgados en Chile se ha optado por designar varias autoridades, según la naturaleza de los documentos públicos cuya autenticidad se certifica y, los territorios en los que tales documentos fueron expedidos (Mensaje N° 135-360). Sin perjuicio de lo anterior, se ha designado al Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad facultada para otorgar apostillas respecto de todo tipo de documentos, independientemente de la autoridad que los haya emitido. Asimismo, esta autoridad estará encargada del Registro Central de Apostillas (artículos 7° y 9° de la ley N° 20.711).

La forma de otorgar y tramitar las apostillas será electrónicamente, lo cual será regulado junto con la forma de solicitarlas por un Reglamento dictado mediante decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores suscrito por el Ministerio de Justicia (art. 8° de la ley N° 20.711).

Sobre la cuestión de la aportación de los instrumentos públicos resta solamente referirse a la forma en que se deben acompañar al proceso estos instrumentos. Si bien no se contempla norma que disponga expresamente la forma en que deben acompañarse, es posible determinarla a partir de varias

disposiciones, entre ellas los arts. 795 N° 5 y 800 N° 2 (ambos relacionados con el art. 768 N° 9), y el art. 342 N° 3, hace muy poco citado. De acuerdo a ellos corresponde acompañarlos "con citación" de la parte contra quien se presente, lo que impone dar traslado a la contraria por tres días, la que tendrá derecho a plantear dentro de ese plazo una impugnación que deberá estar fundada en algunas de las causales que luego revisaremos (art. 69). El tribunal, por su parte, en su resolución, debe tener por acompañados los documentos públicos, con citación, y de no hacerlo así, la sentencia que se pronuncie será susceptible de ser impugnada por la vía del recurso de casación en la forma debido a la omisión de un trámite procesal que la ley califica de esencial. Anótese, sin embargo, que el plazo de tres días tiene una excepción tratándose de los instrumentos públicos que se acompañan junto con la demanda. En tal evento el plazo para la impugnación es el término de emplazamiento (art. 255).

Un ejemplo de escrito:

Acompaña documentos

S. J. L. en lo civil

José López Cortez, abogado, por la parte demandada en autos sobre juicio ordinario de reivindicación caratulados "CORTEZ ANDRADE, JUAN con SOLANA RUIZ, ANDRÉS", causa Rol N° 145-11, a US, con respeto digo:

Que por este acto vengo en acompañar, con citación, los siguientes documentos:

1. Copia de inscripción de dominio de fojas 3.532 N° 2.749 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Talca, correspondiente al año 1994.
2. Copia de inscripción de dominio de fojas 7.539 N° 3.323, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Talca, correspondiente al año 2001.
3. Copia del fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 4.145-2005, citado en lo principal de la contestación de la demanda.

POR TANTO;

En mérito de lo expuesto y lo dispuesto por el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil;

RUEGO A US. tener por acompañados los documentos señalados, con citación.

(Firma el abogado)



## 2. Impugnación

Antes señalamos que la diferencia fundamental que existe entre los instrumentos públicos y privados radica en la presunción de autenticidad que conllevan los primeros, razón por la cual quien quiere destruir su valor probatorio tiene la carga de la prueba. El *onus probandi* corresponde a la parte que plantea algún reparo respecto a la autenticidad del instrumento público acompañado, que se presume.

Dicho lo anterior, no hay que ocultar que la prueba en general, y la instrumental en particular, dependen de la confianza y fiabilidad que puedan entregar. Por ello se ha dicho que la mera sospecha de que un documento ha sido falsificado, adulterado o posee elementos extraños que comprometan su fiabilidad instala una dañosa sospecha sobre la integridad del mismo dejando abierta la posibilidad de una manipulación del soporte o del contenido del mismo (Marinoni, L.; Cruz, S.).

Entre nosotros, las causales que pueden invocarse para impugnar un instrumento público son la nulidad del mismo, la falta de autenticidad, la falsificación ideológica y su falta de integridad. Explicamos a continuación en qué consiste cada una de ellas:

### a) La nulidad

Hemos señalado antes que el instrumento público y la escritura pública deben cumplir, para ser tales, una serie de requisitos (art. 1699 CC; art. 403 COT). Si existe infracción a alguno de dichos requisitos, a los cuales nos remitimos, se presenta un caso de nulidad absoluta del instrumento, la que una vez declarada implicará privarlo de todo valor probatorio, a menos que este se encuentre firmado por las partes y no constituya la solemnidad del acto o contrato, en cuyo caso el instrumento defectuoso valdrá como instrumento privado. En los casos en que el instrumento público sea solemnidad del acto o contrato, la nulidad del mismo acarrea también la nulidad del acto o contrato que contiene. Por ejemplo, la escritura pública que recoge un contrato de compraventa de un inmueble no ha sido otorgada por notario público.

### b) La falta de autenticidad

Se habla también en doctrina de falsedad, y se traduce en que el instrumento público no se ha otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa,

como ocurriría, por ejemplo, si un tercero se hiciera pasar por el otorgante de un instrumento. Estaremos acá frente a casos de apariencia de autenticidad o genuinidad del instrumento. De acuerdo a lo prescrito en el art. 355, a efectos de acreditar la falsificación resultan admisible como medio probatorio tanto el cotejo de letras, como los que la ley autoriza respecto de la prueba del fraude. Pero en general, al igual que ocurre respecto a la prueba de la nulidad, las partes pueden recurrir a todos los medios de prueba establecidos en la ley, salvo que tratándose de la impugnación por falta de autenticidad de una escritura pública se han previsto unos requisitos específicos respecto de la prueba testimonial, tal como se desprende del art. 429 CPC, al cual nos remitimos.

### c) La falsificación ideológica

Se verifica falsificación ideológica cuando el contenido del instrumento no corresponde a la verdad. Debe advertirse que en esta hipótesis el instrumento público cumple con todos los requisitos de validez (no es nulo) y se ha otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa (no es inauténtico). Acá el problema no está en el soporte, en el documento, sino en el contenido. Bien recuerda Maturana que la fe pública que emana del instrumento se refiere a lo material de éste y no a la verdad de las declaraciones prestadas por las partes. En consecuencia, cuando se impugna la verdad de las declaraciones recogidas en el instrumento, no se pretende sostener que no se formularon, sino que no corresponden a la voluntad real de los otorgantes sea por error, dolo o simulación. Respecto de los terceros que no han celebrado el acto o contrato recogido en el instrumento, es claro que pueden impugnarlo invocando que se ha incurrido en falsificación ideológica, esto es, que el contenido del instrumento no corresponde a la verdad, para lo cual pueden recurrir a todos los medios de prueba previstos en la ley. Respecto de las partes somos de la opinión que también pueden impugnar por falsificación ideológica, a pesar de producir sus declaraciones plena prueba en su contra. Deberán producir en el proceso otras pruebas que también produzcan plena prueba, que destruyan las declaraciones contenidas en el instrumento. Una plena prueba puede destruirse con otra plena prueba (Maturana, C.).

### d) La falta de integridad

Se plantea un caso de falta de integridad cuando el instrumento público no se acompaña en forma íntegra. A tal hipótesis se refiere el art. 343 CPC disponiendo que cuando las copias que se acompañen sólo tengan una parte del instrumento original, cualquiera de los interesados en el pleito podrán exigir que se agregue todo o parte de lo omitido, a sus expensas, sin perjuicio de lo que se resuelva a

propósito del pago de las costas. Si quien ha acompañado el instrumento al cual le falta una parte no lo completa, implicará que debe restársele valor probatorio.

Respecto a las vías procedimentales para efectuar la impugnación, cabe anotar que dos son los caminos. Uno está dado por la promoción de un incidente que surgirá cuando la parte que no ha acompañado el instrumento, dentro del plazo de citación (tres días), procede a impugnarlo por alguna de las causales antes reseñadas. Otro camino está dado por la iniciación de un juicio que esté especialmente destinado a este objetivo de impugnación: la declaración de la nulidad, falta de autenticidad, o falsificación ideológica del instrumento.

### 3. Valoración

En una manifestación del sistema de valoración "legal" que gobierna la situación de la prueba en nuestro modelo procesal civil, el legislador ha previsto las reglas que el juez debe seguir a la hora de valorar. Se recogen en los arts. 1700 y 1706 CC, a partir de las cuales procede distinguir entre el valor probatorio del instrumento público respecto de las partes y el que tiene respecto de terceros.

Respecto de las partes, el instrumento público hace plena prueba.

Con todo, cabe realizar algunas precisiones atendiendo fundamentalmente a las materias que mediante el instrumento pretenden ser acreditadas.

- a) El instrumento público hace plena prueba respecto del hecho de haberse otorgado.
- b) El instrumento público hace plena prueba respecto de la fecha de su otorgamiento.
- c) El instrumento público hace plena prueba igualmente, por intervenir un funcionario público, respecto de haberse efectuado las declaraciones que en él se recogen.
- d) El instrumento público hace plena prueba sobre la veracidad de las declaraciones que están contenidas en él, en los siguientes casos:

– La veracidad de las declaraciones del funcionario público sobre hechos propios o que haya podido percibir por sus propios sentidos, excluyéndose de este

valor probatorio las que ha realizado confiando en el dicho de otras personas o que importen meras apreciaciones, como por ejemplo, la declaración del Notario en que señala que el testador compareció ante él estando en su sano juicio (Maturana, C.).

– La veracidad de las declaraciones dispositivas del instrumento público (art. 1700 CC), esto es, de las declaraciones a través de las cuales se deja constancia de los elementos esenciales del acto o contrato que se recoge en él. Ejemplos: la que en una escritura pública de compraventa se refiere a la voluntad de celebrar tal contrato, o la que determine la cosa objeto del mismo. En punto a esta cuestión cabe recordar lo dicho un poco antes a propósito de la posibilidad, para las partes, de impugnar un instrumento público por falsificación ideológica.

– La veracidad de las declaraciones "enunciativas" con una relación directa con el acto o contrato (art. 1706 CC). Las declaraciones enunciativas son aquellas que no están en la situación de las dispositivas (antes definidas), y constituyen elementos accidentales del acto o contrato. En el caso que tales declaraciones enunciativas tengan una relación directa con el acto o contrato se habla de plena prueba en este aspecto. Ejemplo: en una escritura pública de compraventa de un inmueble la declaración que se formula señalando que el precio fue pagado anticipadamente. No producen plena prueba aquellas declaraciones enunciativas que no están en una relación directa con el acto o contrato, sin perjuicio de lo prescrito en el art. 398.2 CPC.

Respecto de terceros, el instrumento público hace plena prueba, pero al igual que acontece con la situación de las partes es menester hacer algunas precisiones:

- a) El instrumento público hace plena prueba respecto del hecho de haberse otorgado, al igual que la situación de las partes.
- b) El instrumento público hace plena prueba respecto de la fecha de su otorgamiento, al igual que la situación de las partes.
- c) El instrumento público hace plena prueba igualmente, por intervenir un funcionario público, respecto de haberse efectuado las declaraciones allí recogidas, al igual que la situación de las partes.
- d) El instrumento público hace plena prueba sobre la veracidad de las declaraciones que están contenidas en él, en los siguientes casos:

– La veracidad de las declaraciones del funcionario público sobre hechos propios o que haya podido percibir por sus propios sentidos, excluyéndose de este valor probatorio las que ha realizado confiando en el dicho de otras personas o que importen meras apreciaciones, como por ejemplo, la declaración del Notario en que señala que el testador compareció ante él estando en su sano juicio. Al igual que acontece con la situación de las partes.

– Las declaraciones dispositivas del instrumento público, si bien no hacen plena prueba, se presumen verdaderas respecto de terceros. Lo normal es que las declaraciones sean sinceras; lo contrario, esto es, la simulación, deberá ser acreditado por el tercero que quiera restarle valor al instrumento. Se ha dicho que el art. 1700 CC al referirse a que el instrumento público no hace plena prueba sino contra los declarantes confundió el efecto obligatorio del acto o contrato con el efecto probatorio del instrumento: no puede interpretarse este precepto en el sentido de privar al instrumento público de todo valor probatorio respecto de los terceros, puesto que ello llevaría al absurdo de no poder las partes probar respecto de los terceros los actos y contratos solemnes de acuerdo a lo establecido en el art. 1701 CC (Maturana, C.).

– La misma fórmula debe aplicarse respecto de las declaraciones “enunciativas” con una relación directa con el acto o contrato: deben presumirse verdaderas respecto de terceros. No pueden tener valor probatorio contra un tercero aquellas declaraciones enunciativas que no están en una relación directa con el acto o contrato, sin perjuicio que por aplicación del art. 398 CPC el tercero pueda invocarla como confesión extrajudicial que sirva de base a una presunción judicial para acreditar los hechos confesados.

Los tribunales superiores se han pronunciado en varias ocasiones en relación con el valor probatorio de los instrumentos:

Así, por ejemplo, nos ha señalado: Duodécimo: Que efectivamente el artículo 1700 del Código Civil regula el valor probatorio de los instrumentos públicos, preceptuando que éstos hacen plena fe del hecho de haberse otorgado y su fecha. En sentido negativo agrega la norma, que dicho documento no hace plena prueba en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, pero sí tiene ese mérito probatorio contra los declarantes. En lo que se refiere a las declaraciones contenidas en los documentos públicos, no cabe duda que el medio de prueba aludido, por su carácter y solemnidad, hace presumir la veracidad de las declaraciones efectuadas por las partes de dicho acto jurídico y se ha declarado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que tratándose de las declaraciones dispositivas, como debiera entenderse la

circunstancia de que los otorgantes en una compraventa hayan acordado segregar una parte del objeto materia del contrato, que se mantiene en dominio de la vendedora, estas disposiciones harían prueba en contra de los declarantes, por lo que dicha cláusula debe reputarse verdadera, salvo que la presunción de veracidad se haya desvanecido por prueba en contrario. En este entendido se vulneraría la norma probatoria en comento, si la sentencia, hubiese afirmado la existencia de la cláusula de reserva que se invoca. Es decir si establecido como un hecho de la causa que en dicha escritura los contratantes pactaron que la vendedora se reservaba una parte de los predios en su dominio, por una determinada cantidad de hectáreas y, en su análisis, el fallo no le asigna plena fe a dicha declaración, pese a su presunción de autenticidad y a la inexistencia de prueba en contrario para desvirtuar la aludida reserva, no cabría duda de que esa valoración se habría efectuado con evidente error de derecho, quebrantando el valor probatorio, que para esas declaraciones consigna el referido artículo 1700 del Código Civil. Pero en verdad, el argumento del recurso es distinto, aduce claramente que la sentencia se equivocó al no considerar esa cláusula, o sea, la omitió y sobre la base de ese defecto no declaró como un hecho de la causa, el que la vendedora mantenía una parte de lo vendido, por lo tanto, el problema es que en el presente caso, el tribunal no declaró como probada la cláusula aludida y por consiguiente las declaraciones que en ella se contenían y, en ese evento, el reproche no mira al valor probatorio que, en esa parte, obligatoriamente los jueces de la instancia debían haber declarado. En realidad, lo que se alega es una falta de consideraciones respecto del documento, en la parte que le interesaba al recurso, pero ese vicio podrá ser fundamento de un recurso de casación en la forma, arbitrio que precisamente contempla una causal específica de nulidad y que no se interpuso en la oportunidad legal correspondiente, en contra del fallo de primer grado, y que por esa sola circunstancia no podía hacerse valer luego contra la sentencia de segunda instancia porque no se habría cumplido con la preparación que exige la ley para su admisibilidad. De este modo, no se ha demostrado el quebrantamiento del artículo 1700 del Código Civil. Los errores de derecho, referidos a los artículos 1698, 1699, 1702 y 1703 del mismo cuerpo de leyes y de los artículos 160, 170, 341, 342 y 346 del de Procedimiento Civil, se plantean como consecuenciales del primer defecto sustancial aducido y al no existir éste, estas normas no han podido tampoco ser vulneradas, como lo sostiene la recurrente. Cabe agregar, que los artículos 160 y 170 del segundo Código, no tienen el carácter de leyes reguladoras de la prueba, en verdad son de ordenación procesal y miran a la materialidad de la sentencia definitiva, con lo cual se demuestra que lo que se reclama es que la juez de primer grado, se habría apartado del mérito del proceso y no habría redactado su sentencia, cumpliendo con los requisitos que la ley exige, de manera que se la critica más en su forma, que el fondo de la cuestión debatida.

Por consiguiente este capítulo de invalidación deberá ser desestimado (CS., 23 de marzo de 2006, Rol N° 1.796-05).

legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan (CS., 3 de enero de 2005, Rol N° 3.790-03).

*c) Aportación, impugnación y valoración del instrumento privado*

Damos por reproducido en este punto las demás consideraciones formuladas a propósito de los instrumentos públicos y su aportación al proceso, salvo lo relativo a la forma en que deben ser acompañados los instrumentos privados.

*1. Aportación*

Lo expresado más arriba en relación con la oportunidad procesal y la iniciativa para acompañar al proceso los instrumentos públicos vale también para los instrumentos privados (art. 348). Esto es, podrán acompañarse en cualquier estado del juicio, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda, donde no huelga recordar que debe tenerse a la vista lo dispuesto en el inciso 2° del art. 348.

Respecto a la forma de acompañar estos instrumentos privados, si bien no existe una norma que lo disponga expresamente, existe coincidencia por parte de la doctrina y jurisprudencia que deben ser acompañados con conocimiento y bajo el apercibimiento de tenerlos por reconocidos si no son objetados, por las causales legales, dentro de sexto día (art. 346 N° 3). En la práctica: acompaña documento bajo el apercibimiento previsto en el art. 346 N° 3 del CPC. El tribunal deberá tener por acompañado el instrumento bajo el apercibimiento legal, requisito que resulta necesario para que pueda operar luego el reconocimiento tácito. Tal cual se señalara al hacer referencia al caso del instrumento público, el legislador exige no sólo que los documentos sean acompañados con citación o bajo apercibimiento (tratándose de los instrumentos privados), sino que efectivamente sean agregados bajo alguna de esas formas al proceso por resolución judicial.

Se ha fallado:

*Segundo:* Que de acuerdo con el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, los instrumentos pueden presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia, añadiendo su inciso 2° que “La agregación de los que se presentan en segunda instancia no suspenderá en ningún caso la vista de la causa; pero el tribunal no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella”.

Lo expresado hasta acá dice relación con los instrumentos privados emanados de las partes. La contraparte dispondrá en estos casos de un plazo de seis días para plantear alguna observación al instrumento privado acompañado al proceso. En el caso que no se realice planteamiento, operará, por el solo ministerio de la ley, el reconocimiento tácito al cual se aludió en su momento. Si dentro del plazo se efectúan observaciones respecto del instrumento acompañado por la contraparte (dentro de las hipótesis de impugnación previstas en la ley), se generará un incidente que tendrá que ser resuelto por el tribunal a través de una resolución judicial, en cuyo caso se está frente al reconocimiento judicial del art. 346 N° 4.

*Tercero:* Que dichos instrumentos privados supuestamente emanan de la parte demandante, de suerte que el tribunal de segundo grado debió, en primer término, tenerlos por acompañados bajo el apercibimiento del N° 3 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, pues esta es una obligación del órgano jurisdiccional, aun cuando la parte que presentó dichos documentos los haya acompañado “con citación”; y, en segundo lugar, no pudo la Corte, sin infringir el citado artículo 348 del mencionado cuerpo de leyes, dictar fallo sin esperar que transcurriera el plazo de seis días a que hace referencia la primera norma citada.

*Cuarto:* Que la causal 9ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil hace procedente el recurso de casación en la forma cuando se ha faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. Por su parte, del artículo 800 N° 2 del citado cuerpo de leyes, se desprende que es trámite esencial en la segunda instancia la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento

El plazo de seis días tiene una excepción tratándose de los instrumentos privados que se acompañan junto con la demanda. En tal evento el plazo para la impugnación es el término de emplazamiento, de acuerdo a lo que prescribe el art. 255 CPC. Es una regla común, en este caso, a los instrumentos públicos y privados.

### *Instrumentos privados emanados de terceros*

Tratándose de instrumentos privados emanados de terceros y no de las partes, se plantea (más bien, se planteó en algún momento) una duda respecto a si correspondía aplicar la misma fórmula que se ha determinado para los instrumentos privados emanados de las partes, es decir, que deban acompañarse bajo el apercibimiento del art. 346 N° 3 CPC. En la actualidad resulta ya pacífico señalar que estos instrumentos privados se deben acompañar al proceso con citación, lo que se desprendería de los arts. 795 N° 4, 800 N° 3 y 348.2 CPC. La jurisprudencia ha resuelto que el reconocimiento tácito del instrumento privado sólo puede afectar a la parte que aparezca o se reputé haberlo suscrito. Por consiguiente, si el instrumento no emana de la parte contra quien se opone, porque no lo ha firmado ni escrito, carece de valor probatorio en cuanto a tal y no procede apercibirlo en los términos del art. 346 N° 3 que exige, como requisito, que emane de la parte contra quien se opone. La manera de reconocer el instrumento emanado de un tercero, es haciendo comparecer al tercero como testigo, para que lo reconozca. Ello, sin perjuicio de lo que se dirá al hacer referencia al valor probatorio de estos instrumentos.

### *2. Impugnación*

Tratándose de los instrumentos privados también vale la referencia a la necesaria confianza y fiabilidad que deben entregar para efectos de una adecuada resolución del conflicto. Por ello contempla nuestra legislación (art. 346) la posibilidad de plantear una impugnación cuando la contraparte ha acompañado al proceso un instrumento privado, asegurando de este modo el respeto al principio de contradicción en la producción de la prueba documental.

Pues bien, los motivos para sostener una impugnación de un instrumento privado son la falta de autenticidad y la falta de integridad. En el primer caso, el instrumento no se ha otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa (art. 17 CC), y en el segundo no se ha acompañado en forma íntegra (art. 343). Nos remitimos a lo ya dicho.

Hemos señalado recién dos cuestiones sobre las cuales volvemos escuetamente. En los casos que no se realice ninguna impugnación, operará el reconocimiento tácito. Si se efectúa (dentro de plazo, se entiende), se generará un incidente que tendrá que ser resuelto por el tribunal a través

de una resolución judicial, operando el reconocimiento judicial. A este respecto cabe advertir que en caso de impugnación el *onus probandi* lo tendrá la parte que ha acompañado el instrumento privado, y no la que lo ha impugnado, dado que, como se dijo, estos instrumentos no gozan de presunción de autenticidad.

Así se ha resuelto expresamente: Que los instrumentos privados, por no gozar de la presunción de autenticidad como los públicos en razón de la intervención que en ellos cabe a un funcionario público, para asignarles valor probatorio deben ser reconocidos por la parte que los otorgó, y cuando ésta los objeta de falsedad o falta de integridad, el *onus probandi* recae en la parte que los acompaña al proceso (C. Talca, 17 de marzo de 2000, Rol N° 1.091-99).

### *3. Valoración*

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 1702 CC, el instrumento privado reconocido o mandado a tener por reconocido, emanado de parte, tiene el mismo valor probatorio que el instrumento público. Para evitar reproducir en este punto lo ya expuesto optamos por remitirnos a la explicación realizada en su momento en relación al valor probatorio de los instrumentos públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta preciso hacer una referencia, siquiera breve, a lo que en doctrina se conoce como "documentos unilaterales". Caben aquí los registros, papeles, cartas y papeles domésticos. Considérese como "domésticos" todos los escritos de uso particular, desprovistos de formalidades, destinados, por su autor, al registro de ciertos hechos relevantes ligados a su situación cotidiana económica, familiar, personal, profesional, etc. (Marinoni, L.; Cruz, S.).

Pues bien, en relación con esta materia, el art. 1704 CC dispone que los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable. Es a partir de esta norma que se ha fallado por nuestros tribunales que para que el instrumento privado produzca efectos jurídicos contra un litigante no basta que haya sido reconocido expresa o tácitamente, sino que es necesario que emane exclusivamente de la parte en contra de la cual se hace valer. Por ello, no es posible darle fe probatoria en

contra del demandado a un documento privado que no procede de él, sino que de la propia parte que pretende beneficiarse con su contenido, dado que sería autorizar que el autor de un documento cree prueba en su propio beneficio. "Esto significa que carece de valor probatorio y, en consecuencia, el tribunal al ponderarlo en la sentencia definitiva, tendrá que restarle todo mérito, lo mismo que no se hubiere presentado. Como es sabido, en materia civil, rige el principio de que nadie puede confeccionarse su propia prueba" (CS, 26 de enero de 2011, Rol N° 5.058-09).

Como se dijo anteriormente, respecto del valor probatorio de los instrumentos emanados de terceros los tribunales de justicia han fallado que la manera en que adquiere valor probatorio un instrumento privado emanado de un tercero es que sea reconocido en juicio por éste. En este caso, tendrá el mérito y valor que la ley atribuye a la prueba testimonial. Sin perjuicio de ello, se ha resuelto también que si el instrumento privado emana de un tercero y no ha sido autenticado, pero tampoco fue impugnado, existe a su respecto una especie de reconocimiento presunto, lo que conforma una situación apta para que el tribunal lo considere como un elemento base de presunción judicial. En efecto, ha resuelto la CS que no se vulnera ninguna ley reguladora de la prueba por el hecho de admitirse documentos emanados de terceros, aunque no hayan testificado en el juicio, si con tales documentos no se pretende extraer ninguna consecuencia obligatoria para la contraparte, sino sólo acreditar que un cierto hecho ha trascendido a terceros. Entonces, la tesis tradicional de que los instrumentos emanados de terceros que no son parte del juicio no tienen ningún valor probatorio y que, aun reconocidos por quienes los emiten, sólo valen como parte de la prueba testimonial, debe matizarse, especialmente teniendo a la vista que las reglas sobre la prueba de los arts. 1698 y ss. CC se pensaron respecto de las obligaciones, por lo que su alcance respecto de otros aspectos merece una mirada más flexible. Bien se ha dicho que lo que tales reglas procuran es impedir que el efecto obligacional de un instrumento privado alcance a quien no lo ha suscrito. Se debe distinguir entre el efecto probatorio y el efecto obligatorio, así lo hace la CS en sus fallos admitiendo el uso de los instrumentos privados emanados de terceros para acreditar la efectividad de la ocurrencia de un hecho y como base de una presunción. "La valoración y consideración de documentos emanados de terceros invocados no como obligatorios para el demandante, sino como antecedentes que determinan que el protesto de una letra ha trascendido a terceros, no infringe las leyes reguladoras de la prueba, sino que versa sobre el análisis y apreciación de los medios de prueba que no es susceptible de casación (CS, 7 de mayo de 1992, Rol N° 15.413).

*d) La obtención de la prueba documental:  
exhibición de documentos*

En algunas ocasiones, la parte que necesita servirse de un documento para lograr acreditar las afirmaciones fácticas que ha realizado no dispone de él. En tal escenario el legislador procesal necesariamente debe saber recoger un mecanismo dirigido a hacer que quien esté en posesión del mismo lo exhiba en el juicio (Comoglio, L.; Corrado, F.; Taruffo, M.). La obligación de exhibición, en nuestro sistema, se contempla respecto de las partes y de terceros, tal y como lo dispone el art. 349 CPC. Naturalmente se exige por el legislador que esta exhibición documental, que procede a instancia de parte, tenga directa relación con la cuestión debatida y que los documentos no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

Algunas consideraciones complementarias son necesarias, al menos útiles.

La primera, es que dado que se impone que la exhibición tenga directa relación con la cuestión debatida, la parte que propone esta diligencia probatoria deberá establecer la existencia material del documento e indicar su contenido, para que de ese modo puede resolver el tribunal sobre la solicitud. El documento respecto del cual se solicita la exhibición debe tener una directa relación con el objeto del proceso y de la prueba. Ahora bien, no se habla de indispensabilidad entre nosotros, como si ocurre por ejemplo en el ordenamiento italiano, donde el juez, para dar lugar a una solicitud de esta especie debe considerar que se trata de un documento sin el cual la prueba de hecho sería imposible, vale decir, que se trata del único medio de prueba disponible respecto de ese hecho. Como se ve, este requisito de indispensabilidad previsto en otros países es mucho más riguroso que lo que establece nuestro legislador.

La segunda dice relación con la otro elemento que debe tenerse a la vista al momento de resolver esta petición: que la exhibición no obligue a la parte (o al tercero, en su caso) a violar una información de carácter confidencial, como por ejemplo, un secreto profesional. En otros ordenamientos, como el caso italiano ya aludido, se agrega como exigencia el que la exhibición no importe un grave daño a la parte (o tercero). Naturalmente no se refiere esa situación al daño que podría derivar de la prueba de un hecho que le es desfavorable, sino a las consecuencias que pueden derivar, por ejemplo, de la divulgación de un invento industrial o de revelar noticias que violen el derecho a la intimidad (Comoglio, L.; Corrado, F.; Taruffo, M.).

La tercera, es que las observaciones anteriores que se refieren a la tensión entre la tutela de los derechos en conflicto con el interés en contar con el documento del cual se está pidiendo la exhibición son todavía más atingentes. De allí que nuestro legislador, en orden a conciliar en el mejor modo posible los intereses de la justicia y el respeto de los derechos del tercero, señala que cuando se trate de una exhibición que deba ser realizada por un tercero, éste podrá exigir que en su propia casa u oficina se saque copia de los instrumentos por un ministro de fe. Nuevamente parece que nuestra normativa es insuficiente en este propósito de conciliación, más si se revisa la situación de otros sistemas en donde se faculta al juez para que antes de disponer la exhibición ordene que el tercero sea citado al juicio para que pueda exponer las razones que considere. Se faculta al tercero en esos sistemas, a plantear oposición a la orden de exhibición.

Pues bien, si la parte o el tercero se rehusara a la exhibición, sin justa causa, la ley prevé consecuencias: podrá apremiársele según el art. 274 (multas y arrestos), sin perjuicio del apercibimiento previsto en el art. 277, cuando es la parte la que no cumple el mandato: perderá, por haberse rehusado a la exhibición, el derecho de hacer valer después el instrumento.

En esta materia, el Proyecto de nuevo CPC, al cual antes nos hemos referido, también propone una nueva regulación. Respecto de documentos en poder de terceros, señala que cuando las partes quieran valerse de documentos que están en poder de terceros, que versen sobre hechos que sean objeto del juicio, deberán solicitar al tribunal que disponga su entrega, sea en original o en copia fiel a su original. El requerido, agrega, podrá oponerse a tal entrega por razones de confidencialidad o de perjuicio debidamente acreditado, lo que apreciará el tribunal. Partiendo de la base que se trata de documentos de propiedad de terceros, consideramos que la nueva norma en la materia debiera prever expresamente que el tribunal deba acceder a la solicitud de alguna de las partes sólo en el caso que entienda que el conocimiento del documento en cuestión resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Sobre los documentos en poder de la contraparte, se señala que la parte podrá pedir al tribunal que ordene a aquél acompañarlo en el plazo que se determine. Pero lo más relevante es la norma que dispone que cuando por otros elementos de juicio, la existencia y contenido del documento como el hecho de tenerlo la persona apercibida resultare manifiestamente verosímil, la negativa a acompañarlo podrá ser estimada como reconocimiento de su contenido. Ahora bien, la parte requerida podrá dar razones de confidencialidad o de perjuicio debidamente acreditado, lo que apreciará el tribunal (al igual que el tercero). A nuestro juicio, esta propuesta ganaña en claridad, garantizando una aplicación razonable y no

abusiva, si se dijera que la parte que solicita la exhibición no pueda disponer del documento de otra manera; que el documento tenga directa relación con la cuestión debatida; y que la parte que propone establezca la existencia material del documento o al menos indique su contenido en los términos más exactos posibles, para que de ese modo puede resolver el tribunal sobre la solicitud.

Agrega el Proyecto, para finalizar, una de las manifestaciones del deber de colaboración que pretende instalarse en el nuevo modelo. En efecto, se dispone que la parte que quiera valerse de un documento que se encuentre en una oficina pública o en un prestador de servicios públicos, podrá solicitarlo por intermedio del tribunal. Para plantear dicha solicitud, la parte requirente del documento deberá acreditar haber requerido previamente una copia del mismo, especificando el proceso al que se destina, y no se le hubiere efectuado su entrega. La idea es que todo lo que las partes puedan aportar, han de ser ellas quienes lo aporten (De la Oliva, A.). El requerido podrá oponerse a la entrega del documento por razones de confidencialidad o perjuicio debidamente acreditado, lo que apreciará el tribunal.

Finalmente, sin perjuicio de lo explicado en punto a la exhibición de documentos dentro del proceso, no debe olvidarse lo dispuesto en el art. 273 CPC (especialmente sus numerales 3, 4 y 5) en cuanto a las medidas prejudiciales, a cuyo análisis nos remitimos.

#### e) La fotografía

Al realizar la explicación general de la prueba y el sistema que nos rige en la actualidad señalamos que la relación cerrada de medios que se contempla, sumado a una regulación estricta de cada medio de prueba, ha hecho complejo en encaje de algunas fuentes de prueba más modernas que no estuvieron en la mente del legislador a la hora de establecer el catálogo.

Esta señalada dificultad no se presenta, desde hace muchos años, tratándose de algunas fuentes de prueba que siendo "modernas" (en relación con la fecha de nuestro CPC), ya forman parte de la cotidianidad. Estamos refiriéndonos a fuentes probatorias como las fotografías, las radiografías o ilustraciones. En el afán de respetar el derecho a la prueba, la normativa vigente se ha interpretado analógicamente y se ha permitido la incorporación de estos materiales al proceso a través del medio de prueba expresamente regulado que sea más análogo. En este caso el medio de prueba instrumental.

En efecto, el soporte procedimental al cual se recurre es el propio de la prueba documental, y el valor probatorio que se le reconoce es el propio de los instrumentos privados. Y no es debido a que se trate de verdadera prueba documental (asumiendo una noción amplia de documento que no es admisible en nuestro sistema, que pensó en la prueba escrita), sino porque se ha considerado que estas elementos de prueba deben ser incorporadas al proceso mediante la actividad procesal contemplada para la prueba documental, que se considera, con razón, es la regulación procedimental que presenta mayor analogía. Tampoco se trata de que los tribunales estén creando un medio de prueba que no está previsto por el legislador, sino que se está permitiendo la entrada al proceso a una fuente de prueba que preexiste al proceso. Por mucha preponderancia que tenga entre nosotros el tratamiento de la prueba escrita, no se deben olvidar las demás fuentes de prueba capaces de representar directamente un hecho, dentro de las que cabe considerar las fotografías y otras fuentes semejantes.

#### f) Grabaciones de sonidos, imágenes o acciones

Consideraciones similares a las expresadas a propósito de la fotografía deben ser empleadas para otros tipos de fuentes de prueba, surgidos por la evolución tecnológica para el registro de informaciones. Hacemos referencia en este punto a los "modernos" medios de reproducción de sonidos, imágenes o acciones.

En sistemas procesales modernos se contempla expresamente por el legislador la regulación de estas fuentes de prueba, justamente en el afán de evitar los problemas que la vigencia de un modelo de *numerus clausus* aparejaba en la práctica forense. Es lo que acontece en la nueva regulación española en relación con los medios audiovisuales.

Estos medios audiovisuales fueron inicialmente rechazados por los tribunales al considerarse que no estaban incluidos en las listas cerradas de medios de prueba que se contemplan en la ley, además de las dificultades (se decía) de comprobar la autenticidad de la grabación. Se planteó, por ejemplo, los problemas que aparejaba para los fines del proceso la facilidad de manipulación de las grabaciones magnetofónicas. Con el tiempo este prejuicio fue superándose, comprendiendo que la fiabilidad total no es

predicable respecto de ningún medio de prueba. Al final, los tribunales han ido entendiendo que los medios de reproducción del sonido y de la imagen deben asimilarse al medio de prueba documental para efectos de su tratamiento procesal y al documento privado para efectos de su valor probatorio.

Del año 1982 es uno de los primeros fallos de nuestros tribunales que atribuye eficacia probatoria a una grabación magnetofónica original contenida en un cassette, no obstante no se encuentra contemplada en la ley en forma específica como medio de prueba. Este fallo tuvo la virtud de determinar que la grabación puede ser asimilada a la instrumental por registrar hechos o a las confesiones extrajudiciales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 del CPC y atribuirle valor en conciencia, acreditado mediante un peritaje que las voces registradas en la grabación corresponden a las partes del juicio, que la transcripción que rola en autos corresponde a lo grabado y que su tenor guarda armonía con las demás probanzas del proceso, lo que hace presumir su veracidad, particularmente como una confesión extrajudicial del demandado (C. de Santiago, 6 de mayo de 1982, Rol N° 15.889). El fallo alude a la sentencia confirmatoria de la sentencia pronunciada por el 22 Juzgado Civil en la causa laboral Rol N° 9.637 caratulada "Larraín A., Jorge con Soc. Ind. y Comercial Maderera Los Dominicos".

Con todo, no obstante la asimilación, siguen existiendo dificultades que debieran ser superadas por una nueva regulación que se haga cargo de los problemas actuales, a la vez de contemplar un procedimiento adecuado que de cuenta de la diferencia esencial entre los documentos en su sentido clásico (escritos) y estos elementos probatorios, cual es la relativa a la práctica probatoria que no se requiere tratándose de los instrumentos privados que no son impugnados, pero sí en los medios audiovisuales. De hecho, se ha señalado por los autores que la manifestación más clara de que los medios audiovisuales no son verdaderos documentos está en el hecho de que en la prueba documental no hay verdadera práctica, mientras que cuando se trate de estos medios lo que las partes piden es la reproducción ante el tribunal de la grabación mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (Montero, J.).

La propuesta que recoge el Proyecto de nuevo CPC se reduce a reconocer expresamente la posibilidad de incorporarlos al proceso, pero no señala ni contempla un procedimiento para este efecto. Tras regular la situación de los medios de prueba tradicionales, prescribe que podrán admitirse como pruebas cualquier otro medio o sistema de reproducción de la imagen, el sonido o la



escritura, apto para producir fe, independiente de su soporte. Agrega que el juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

### *g) El documento electrónico*

En esta revisión de la prueba documental, y en la línea que venimos explicando, nos resta sólo abordar la situación del documento electrónico, al cual se hace referencia expresa en el art. 348 bis, incorporado por la ley N° 20.217, de 2007. En nuestro país la regulación de estos documentos está en la ley N° 19.799, de 2002, modificada por la ley recién citada, y sin perjuicio del D.S. N° 181 del Ministerio de Economía que aprobó el Reglamento de esta normativa legal.

Con bastante razón se ha dicho que la evolución de la tecnología, especialmente la tecnología informática, sumado al rápido aumento de su empleo para las finalidades más diversas, ha hecho surgir en todos los ordenamientos la exigencia de reconocer una nueva especie de documentos, además de establecer las normas requeridas para su admisibilidad en el proceso como medio de prueba (Comoglio, L.; Corrado, F.; Taruffo, M.).

Nuestro legislador define al documento electrónico como toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior (art. 2° ley N° 19.799). Los documentos electrónicos escapan por tanto de la concepción clásica que, como se sabe, impera en nuestra legislación, y en doctrina se les ha definido en términos generales como aquellos en los cuales de cualquier forma ha intervenido la informática en su elaboración, comprendiendo las pruebas generadas directamente a través de la informática (como es el caso de los correos electrónicos), las que proceden de medios de reproducción o archivos electrónicos (como es el caso de la fotografía digital, por ejemplo), y las que se presentan mediante instrumentos informáticos (como disquetes o pendrives) (Picó, J.; Castellet, G.).

De acuerdo a lo dispuesto en la ley se desprende que pueden existir documentos electrónicos sin firma y con firma, electrónica, y entre estos últimos se puede distinguir a los que tienen firma electrónica simple y los que tienen firma electrónica avanzada. Por firma electrónica simple,

siguiendo el art. 2°, se entiende cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor. Por firma electrónica avanzada se debe entender aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que pueda desconocer la integridad del documento y su autoría.

Se establece también en esta ley el principio general (de equivalencia funcional) de que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas o por órganos del Estado, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel. Se reputarán como escritos para los casos en que la ley exija que consten de ese modo. La firma electrónica se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales.

Debe también tenerse presente que los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada (art. 4° de la ley; en relación con art. 342 N° 6 CPC) y los actos, contratos y los documentos de los órganos del Estado para que tengan la calidad de instrumento público, deben suscribirse mediante firma electrónica avanzada (art. 7°). De algún modo se equipara la función que cumple el competente funcionario en la autenticidad de los instrumentos públicos en soporte papel con la función que cumple el prestador acreditado en la autenticidad de los instrumentos públicos electrónicos.

¿Cuál es la forma de acompañar estos documentos al proceso? Es el art. 348 bis el que llenado un vacío importante se encarga de regular este punto, regulación que da cuenta de la particularidad a la cual se aludió: la necesidad de una actividad de práctica de la prueba, que no es necesaria en los documentos escritos. En efecto, presentado que sea un documento electrónico, en la forma que corresponda (esto es, con citación o bajo apercibimiento del art. 346 N° 3 CPC), el tribunal debe citar para el sexto día a todas las partes a una "audiencia de percepción documental". Ahora bien, en el caso de no contar con los medios técnicos electrónicos necesarios para su adecuada percepción, deberá apercibir a la parte que ha presentado el documento con tenerlo por no presentado de no concurrir a la audiencia con

dichos medios. Y si se trata de documentos que no puedan ser transportados a las dependencias del tribunal, la audiencia deberá tener lugar donde se encuentren, a costa de la parte que los esté presentando.

¿Es posible impugnar los documentos electrónicos? Desde luego, también tratándose de los instrumentos públicos electrónicos, de acuerdo con las reglas generales, sin perjuicio de que en el caso de documentos electrónicos privados, y para los efectos del art. 346 N° 3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la contraparte en la audiencia de percepción. Téngase presente que podrá disponerse, en lo que claramente es un caso de “prueba sobre la prueba”, una “prueba complementaria de autenticidad del documento”, a costa de la parte que ha planteado la impugnación, primando el principio de la buena fe procesal y el principio de normalidad de las cosas, sin perjuicio de lo que se resuelva a propósito de las costas. El resultado de esa prueba complementaria de autenticidad será suficiente, de acuerdo a lo que señala la ley, para tener resuelta la impugnación en un sentido u otro. En esta prueba pericial informática complementaria de autenticidad los peritos procederán con sujeción a lo dispuesto por los arts. 417 a 423 CPC, los que se refieren al procedimiento en la prueba pericial.

Finalmente, ¿cuál es su valor probatorio? Ya señalamos que la ley N° 19.799 homologa el documento electrónico, previo cumplimiento de determinados requisitos, a un documento en soporte papel. Ahora bien, a este respecto debemos atender a lo que dispone el art. 5° de la señalada ley. Según dicha norma cabe hacer una distinción:

a) Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, que como se ha señalado recién, deben encontrarse suscritos mediante firma electrónica avanzada, tendrán el carácter y el valor de los instrumentos públicos.

b) Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumentos privados y hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio legal que un instrumento público (sin necesidad de reconocimiento previo, como ocurre con el instrumento privado en soporte papel). La finalidad del legislador ha sido incentivar el uso de instrumentos privados electrónicos con firma electrónica avanzada. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, salvo que conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.

c) Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento privado y hayan sido suscritos mediante firma electrónica simple o no tengan firma electrónica (CD, DVD y otros), tendrán el valor de los instrumentos privados que, como se sabe, deben ser reconocidos al no estar amparados por la presunción de autenticidad de los instrumentos públicos.

## B) PRUEBA TESTIMONIAL

### a) Consideraciones iniciales

Digamos de entrada que la prueba testimonial consiste, fundamentalmente, en la declaración sobre un hecho relevante para el objeto de la prueba, realizada por un sujeto que afirma tener conocimiento de tal hecho. A este sujeto que presta la declaración se le conoce bajo la denominación de testigo.

Un caso especial: reconocimiento de documentos. Como se dijo anteriormente, respecto del valor probatorio de los instrumentos emanados de terceros los tribunales de justicia han fallado que la manera en que adquiere valor probatorio un instrumento privado emanado de un tercero es que sea reconocido en juicio por éste. En este caso, el testigo es llamado al juicio para reconocer un instrumento con el objeto de establecer su autenticidad.

Conviene despejar, también desde un inicio, algunos aspectos esenciales que van configurando la prueba testimonial, distinguiéndola de otras.

1. El primero, que lo distingue de inmediato del medio de prueba documental, es que se trata de una prueba personal, donde el elemento representativo es un testigo, esto es, una persona. Más precisamente, será siempre una persona natural, quedando, por lo tanto, excluidas las personas jurídicas.

2. El segundo elemento está dado por el carácter de tercero extraño que posee el testigo, o sea, un sujeto que no es y no puede ser parte en el juicio. Tampoco pueden ser testigos los terceros interesados.

3. Un tercer elemento de este medio de prueba se vincula con el hecho de que la declaración testimonial siempre recae sobre algo ya acontecido, circunstancias pasadas. El testigo es llamado al proceso justamente por su conocimiento de los hechos sobre los que va a prestar declaración.

4. Otro elemento liga con la circunstancia de que el testimonio debe referirse a hechos que ha percibido y de los cuales tiene conocimiento, sin que tengan relevancia las opiniones o apreciaciones que sobre esos hechos pueda tener el testigo, situación que lo diferencia de la prueba pericial.

Ahora bien, más allá de los elementos reseñados, no puede desatenderse el factor credibilidad en el contexto de este medio de prueba. Su eficacia es dependiente en gran medida de la credibilidad de la persona que presta la declaración sobre el hecho. En este punto no hay que esconder que, de acuerdo a lo que ha puesto de relieve la doctrina, son varios los factores que pueden afectar negativamente esta credibilidad. Y nótese que no estamos sólo pensando que un eventual interés del testigo en el resultado del juicio, o en la influencia de relaciones familiares o laborales con una de las partes, sino que también a otros factores que pueden terminar afectando la posibilidad de la persona del testigo de haber percibido los hechos con precisión: los testigos honestos son sugestionables y, por cierto, cometen errores. Entre ellos, la subjetividad, las limitaciones del lenguaje, las circunstancias aparejadas a la edad, los errores de percepción, los fallos de memoria, de imaginación, de inflación, comprensión o de expresión, que sin necesidad de que exista una intención de mentir u ocultar la verdad, son propios de la falibilidad humana. Se les ha denominado testigos falsos involuntarios (Gorphe, F.; Carofiglio, G.).

#### *b) Admisibilidad*

El legislador chileno desconfía, en materia civil, de la prueba testimonial, y ello queda en evidencia por la existencia de una serie de normas en el CC que la excluyen de una serie de hipótesis. En efecto, entre los arts. 1708 y 1711 CC se recogen una serie de reglas que se traducen en limitaciones para la prueba testimonial, en las cuales se tiene como más atendible la prueba escrita.

1. No se admite para probar un acto o contrato que haya debido consignarse por escrito (art. 1708 CC). Y deben consignarse de esta forma las obligaciones que emanan de actos y contratos solemnes, donde la solemnidad consiste en el otorgamiento de un instrumento público o privado (art. 1701). También los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de 2 UTM (art. 1709).

2. No se admite para acreditar la adición o alteración de lo expresado en un acto o contrato (art. 1709).

Estas limitaciones tienen lugar aun cuando se limite la demanda a la suma de 2 UTM si la cosa es de superior valor; y cuando se demande parte o resto de un crédito de una suma inferior a 2 UTM, si ella proviene de un crédito que debió haberse consignado por escrito (art. 1710 CC). Por excepción, será admisible en los contratos consensuales y reales que hayan debido consignarse por escrito, en los siguientes casos:

- Cuando exista un principio de prueba por escrito (art. 1711).
- Cuando exista imposibilidad de obtener una prueba por escrito (art. 1711).
- Cuando así lo permita expresamente la ley, por ejemplo, los casos previstos en los arts. 2441, 2248 y 2175 CC.

Nuestros tribunales han sabido interpretar restrictivamente estas prohibiciones:

Así, se ha resuelto: Quinto: Que, en efecto, como se indicara más arriba, en el recurso se imputa error de derecho a la sentencia por haber tenido acreditada la existencia de la obligación de la demandante en virtud de la prueba de testigos, en circunstancias que tal medio probatorio se encuentra vedado para un paso como el propuesto, en virtud de lo estatuido en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil.

El inciso 1° del artículo 1708 dispone que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito y el inciso 1° del artículo 1709 prescribe, por su parte, que deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos Unidades Tributarias.

Sexto: Que en el caso de autos la sentencia da lugar a una demanda que no persigue el cumplimiento de una obligación nacida de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que vale más de dos Unidades Tributarias, sino del hecho de la prestación de un servicio profesional, estimado por el demandante en determinada suma y sujeto a regulación por la justicia, lo que está lejos de envolver la entrega o, promesa de cosa alguna.

Dicho de otro modo y desde la perspectiva del derecho probatorio, en la especie se trata de acreditar la existencia de servicios reales, desconocidos por la demandada, que son susceptibles de justificar por cualquier medio de prueba. Los artículos 1708 y 1709 del Código Civil no se aplican, por consiguiente, a casos en que se exige el pago por servicios prestados, que importan hechos de valor indeterminado, sujetos a la estimación que de ellos haga el tribunal en conformidad a los acuerdos de las partes o de los antecedentes que se le suministren.

Estos preceptos no son absolutos o de carácter general, aplicables en toda clase de demandas superiores a dos Unidades Tributarias y permiten la prueba de testigos cuando, como en la especie, se trata de justificar el hecho mismo de la prestación de determinados servicios, en relación a los cuales se cobran los honorarios cuyo pago es de cargo del comitente, según el N° 3 del artículo 2158 del Código Civil (CS, 2 de octubre de 2007, Rol N° 3.544-06).

### c) Testigos

#### 1. Clasificación

Entre nosotros se suele distinguir entre diversas categorías de testigos. Todas, tal cual se explicará, tienen alguna influencia en el valor probatorio que la ley reconoce a este medio de prueba.

La primera se plantea a partir de la diferente aproximación sensorial que pueden tener los testigos respecto de los hechos que se declaran. En esta perspectiva se habla de testigos presenciales y testigos de oídas. En el primer caso los testigos declaran sobre lo que percibieron directamente a través de sus sentidos. En el segundo, éstos declaran en relación a hechos que conocieron a través del dicho de una de las partes o de terceros.

Una segunda clasificación distingue entre testigos contestes y singulares. En este punto cabe señalar que el carácter conteste de los testigos deriva del hecho de que estén de acuerdo en el hecho y sus circunstancias esenciales, lo que no acontece tratándose de los testigos que la doctrina conoce como singulares.

Una tercera distinción entronca derechamente con aquello a lo que nos referimos en el siguiente punto, esto es, la idoneidad del testigo, abriéndose la distinción entre los testigos hábiles y los testigos inhábiles.

#### 2. Idoneidad para ser testigo

Todos los autores coinciden en destacar la importancia que tiene la cuestión de la (in)idoneidad o (in)capacidad del testigo, cuestión que se relaciona directamente en nuestra legislación procesal civil, con una serie de inhabilidades que se contemplan para algunas personas que no podrán prestar declaración testimonial, haciendo excepción a la regla general que indica que pueden ser testigos todas las personas (art. 356 CPC).

En los arts. 357 y 358 CPC se recogen una serie de inhabilidades que la doctrina separa entre inhabilidades absolutas y relativas, dependiendo de si el impedimento para declarar dice relación con cualquier proceso o sólo en determinados juicios. En términos generales, lo que se busca por el legislador es que la declaración testimonial responda a lo que efectivamente ocurrió, evitando que la misma esté afecta a vicios o que la misma no responda a la realidad.

##### a) Inhabilidades absolutas (art. 357)

– Testimonio de menores de edad. La situación de estos testigos menores se encuentra expresamente regulada en nuestro CPC. Se dispone que no son hábiles para declarar los menores de catorce años. Sin embargo, entendiendo el legislador que la deposición de este testigo puede contribuir a una decisión de mayor calidad permitiendo un mejor conocimiento de los hechos, en la misma norma faculta al juez a aceptar las declaraciones de estos menores de catorce años, sin imponerles previo juramento y estimándolas como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente.

– Interdicto por demencia. Dispone la ley que los que se hallen en interdicción por causa de demencia no pueden declarar como testigos. Obviamente estas personas no están habilitadas para transmitir sus percepciones de los hechos.

– Privados de la razón, por ebriedad u otra causa. Al igual que en la hipótesis anterior se trata de personas que están imposibilitadas de transmitir sus percepciones de los hechos. Nótese que la privación de razón puede ser al tiempo de declarar o al tiempo de verificarse los hechos, y en ambos casos se presenta la inhabilidad.

– Ciegos o sordos. Básicamente la ley dispone que el ciego y el mudo no puede declarar cuando el conocimiento del hecho que se quiere probar depende de

los sentidos que le faltan. En los términos de nuestra regulación procesal civil, los que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse éstos. Huelga señalar que la persona ciega puede declarar sobre algo que escuchó; y que la persona sin sentido de la audición puede prestar declaración sobre algo que vio. El art. 382 se ocupa del interrogatorio en tales casos. Quienes son absolutamente inhábiles para prestar declaración como testigos son los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente.

– Cohecho. Son inhábiles para declarar como testigos los que en el mismo juicio hayan sido cohechados, o hayan cohechado o intentado cohechar a otros, incluso cuando no se les haya procesado penalmente.

– Vagos. Son inhábiles los vagos sin ocupación u oficio conocido. Nuestros tribunales, en reiteradas oportunidades han señalado que el solo hecho de encontrarse el testigo cesante al momento de prestar la declaración no lo hace incurrir en esta causal de inhabilidad. Al respecto, se ha fallado desde antiguo que la circunstancia de que el testigo se encontrara cesante al tiempo de prestar la declaración no lo constituye en vago sin ocupación u oficio conocido, razón por la cual no le afecta esta causal. El concepto de “vago” que recoge el CPC implicaría una condición inherente a la persona.

– Condenados por delito. Los que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delitos. Por ejemplo, se ha fallado que los condenados por robo son indignos de fe como testigos. Nótese, con todo, que la causal exige sentencia firme condenatoria.

– Jureros. Los que hagan profesión de testificar en juicio. La misma razón concurre acá: la persona que cae en esta hipótesis es indigna de fe para el tribunal.

Tratándose de las inhabilidades del art. 357 CPC puede el tribunal repeler de oficio, sin necesidad de tomarle declaración, a los testigos que notoriamente estén en alguna de las hipótesis de esta norma (art. 375).

#### b) *Inhabilidades relativas (art. 358)*

– Cónyuge y parientes cercanos. Dada la cercanía existente entre el testigo y la parte el legislador parte de la base de que habrá una natural inclinación a alterar la verdad de los hechos por parte del testigo para no perjudicar a quien que lo presenta. Cabe anotar que la inhabilidad para declarar en comento rige también respecto de los testigos que estén ligados por parentesco con las personas

naturales que representan a la persona jurídica que los ha llamado a declarar, concurriendo la misma razón antes señalada: habrá una natural inclinación a alterar la verdad de los hechos.

– Pupilos y guardadores. También están impedidos de declarar como testigos los pupilos por sus guardadores y los guardadores por sus pupilos.

– Empleados y trabajadores de la parte. La ley procesal se refiere a los dependientes, y ha considerado conveniente definirlos: el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado como testigo, aunque no viva en su casa. Se busca evitar que el empleado preste declaración intimidado o presionado para deponer en determinada dirección, alterando la verdad con tal de no perder su trabajo.

– Interés en el pleito. En el afán de cubrir suficientemente todas las diversas hipótesis de falta de imparcialidad del testigo, la ley señala que serán inhábiles para declarar los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria por tener interés en el pleito. Este interés, dice la ley, puede ser directo o indirecto. Ahora bien, desde antiguo se ha entendido por los tribunales que este interés debe ser pecuniario, estimable en dinero, cierto y material. Se ha fallado en este sentido que debe desestimarse la tacha fundada en esta causal cuando el testigo al contestar una de las preguntas de tacha expresó que “prefería que se quedara en el fundo el actor porque él es el dueño”. No basta un interés moral, debe ser patrimonial, por ejemplo: se ha resuelto que el codeudor solidario de la obligación que se persigue es inhábil para declarar en el juicio.

– Amistad o enemistad. Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren. Señala la ley que la amistad o enemistad, para ser sospechosas de parcialidad, deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal debe calificar según las circunstancias. Así las cosas se ha fallado por nuestros tribunales que el simple disgusto entre dos personas no es suficiente para configurar esta causal: debe constatar una permanente animadversión. En relación con la amistad íntima se ha fallado que constituye la causal el hecho de ser el testigo compadre de la parte que lo presenta.

Cabe anotar que las inhabilidades del art. 358 no podrán hacerse valer cuando la parte a cuyo favor se hallan establecidas presente como testigos a las mismas personas a quienes podrían aplicarse dichas tachas. Es lo que se denomina purga de las inhabilidades, improcedente cuando de inhabilidades absolutas (art. 357) se trata.

La forma que se ha previsto para plantear las diversas inhabilidades (tanto las absolutas como las relativas) que pueda presentar un testigo es a través del mecanismo de la tacha, que se debe oponer antes que el testigo preste su declaración (art. 373 CPC). Al mecanismo en comento se hará referencia al abordar la práctica de este medio de prueba.

### 3. Deberes y derechos de los testigos

Los testigos poseen fundamentalmente tres deberes específicos, a saber: deber de comparecer, de prestar declaración y de decir verdad.

#### – Deber de comparecer

El testigo está obligado a comparecer a la audiencia que el tribunal señale para la declaración testimonial (art. 359 CPC). Ahora bien, cuando se exija la comparecencia de un testigo a sabiendas de que es inútil su declaración, podrá imponer el tribunal a la parte que la haya exigido una multa que la ley se encarga de establecer.

Plantea el propio legislador excepciones al deber de comparecencia. Una de ellas viene constituida por el caso del testigo que reside fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio, hipótesis en la cual la declaración testimonial se realizará ante el tribunal que corresponda, a quien se remitirá, vía exhorto, copia de los puntos de prueba fijados (art. 371). La otra excepción a este deber está dada por los casos de testigos que pueden declarar en el domicilio de acuerdo al art. 361 (declaración domiciliaria).

#### – Deber de prestar declaración

El testigo tiene el deber de prestar declaración en el esquema procedimental que se ha previsto en la ley procesal civil (art. 359). Con todo, existen excepciones en donde algunas personas no están obligadas a declarar, velando nuestro legislador por el respeto a otros bienes que puedan estar en juego, como, por ejemplo, el secreto profesional en profesiones como los abogados o médicos, determinados estados como el de cónyuge o padre, o el principio de no autoincriminación (art. 360).

Una situación también excepcional es la que regula el art. 362 que señala que no están obligados a prestar declaración ni a comparecer a la audiencia

quienes gocen en el país de inmunidad diplomática en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia. En estos casos las personas declararán por informe, si consienten voluntariamente a ello.

#### – Deber de decir verdad

Ya en su momento lo advirtió Carnelutti: la obligación del testigo, como se sabe, no está sólo en responder al interrogatorio judicial, sino que responder de acuerdo a la verdad.

Según dispone el art. 363, antes de la examinación del testigo, se le debe hacer prestar juramento al tenor de la fórmula que en la misma norma se precisa, en una fórmula religiosa que las legislaciones más modernas han dejado de lado para dar la opción del juramento o promesa de decir verdad. No cabe olvidar que el art. 209 CP tipifica el delito de falso testimonio en causa civil. Este deber de prestar juramento está exceptuado, según se apuntó, en el caso de los testigos que son menores (art. 357 N° 1).

En cuanto a los derechos de los testigos, ellos tienen el derecho de reclamar de la parte que lo presenta el pago de los gastos que le imponga la comparecencia (art. 381). El testigo debe ejercer el derecho en el plazo de veinte días, contados desde la fecha en que se presta la declaración. En caso de desacuerdo entre el testigo y la parte, los gastos serán regulados por el tribunal sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

#### d) Iniciativa, práctica y valoración

##### 1. Iniciativa

La iniciativa corresponde a las partes, como es natural en un modelo gobernado por los principios dispositivo y de aportación de parte. En nuestro sistema son las partes las que deben proponer este medio de prueba, en la oportunidad y forma prevista por el legislador. Por excepción existe actuación judicial oficiosa en este medio de prueba, que se materializa por la vía de las MMR que, tratándose de este medio de prueba faculta al tribunal para disponer la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio con la finalidad de que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios (159 N° 5).

De acuerdo a lo que se explicara en su momento, en nuestro procedimiento civil el término de prueba tiene carácter fatal respecto de la prueba testimonial. En efecto, de acuerdo al art. 340 las diligencias de la prueba de testigos sólo podrán practicarse dentro del término probatorio. Esto se debe decir sin perjuicio de lo expresado respecto de las medidas judiciales probatorias, donde se prevé la prueba testimonial (art. 286), y sin perjuicio de la posibilidad de disponer la prueba testimonial en segunda instancia que en todo caso es facultativa para el tribunal por la vía de las MMR (art. 207.2).

La parte que esté interesada en practicar este medio de prueba debe cumplir con los requisitos que al efecto ha impuesto el legislador, esto es, la lista de testigos de que piense valerse, debidamente individualizados (nombre y apellido, domicilio, profesión y oficio), y la minuta de puntos de prueba sobre los que piense rendirla, enumerados y especificados con claridad y precisión (art. 320).

La lista de testigos es la nómina que recoge a las personas que, en calidad de testigos, se valdrá la parte que las está presentando, debidamente individualizadas del modo que fija la ley. Con todo, es un criterio aplicado por nuestros tribunales el que una omisión o bien un error en las menciones de la lista que no impida la individualización del testigo no es un impedimento para que preste declaración: la relación de menciones de los testigos supone proporcionar elementos suficientes para su identificación, aunque se omita o yerre en alguna de ellas. No se limita por parte del legislador el número de testigos que puede ser incluido en esta lista; sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al art. 372.1 serán admitidos a declarar solamente hasta seis testigos por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse. Tiene mucha importancia puesto que de acuerdo a lo prescrito por el art. 372.2 serán examinados solamente los testigos que figuren en la lista, sin perjuicio que se faculta al tribunal para admitir otros testigos en casos muy calificados, y jurando la parte que no tuvo conocimiento de ellos al tiempo de formar la nómina. La minuta, por su parte, herencia de un sistema procesal civil español ya reemplazado, es la relación de todas las preguntas precisas que se quiere dirigir y formular a los testigos en el momento de su declaración, preguntas que por cierto deben ajustarse a los puntos fijados a través del auto de prueba. La previsión de este requisito en la prueba testimonial es consecuencia de la preeminencia de la forma escrita en el actual modelo de enjuiciamiento, donde la espontaneidad de la prueba testimonial y de las pruebas personales en general experimenta dificultades en un esquema que resulta muy encorsetado. Dicho eso, precisemos también que

en la práctica forense es muy frecuente que las partes que desean rendir esta prueba no aporten este cuestionario, cuestión que, como se dirá en seguida, ha sido tolerado por la jurisprudencia.

Un ejemplo:

Lista de testigos

S. J. L. en lo civil

José López Cortez, abogado, por la parte demandada en autos sobre juicio ordinario de reivindicación caratulados "CORTEZ ANDRADE, JUAN con SOLANA RUIZ, ANDRÉS", causa Rol N° 145-11, a US., con respeto digo:

Que por este acto vengo en presentar la lista de testigos que depondrán por esta parte al tenor de los puntos recogidos en resolución de fojas 68:

1. Pamela Andrea Herrera Rojas, Rut. 12.343.456-2, Contador auditor, con domicilio en calle 2 Sur N° 274, de la ciudad de Talca.
2. Juan Francisco González Muñoz, Rut. 6.345.678-3, Ingeniero, con domicilio en calle 8 Oriente N° 865, de la ciudad de Talca.
3. Hugo Andrés Rodríguez López, Rut. 11.432.121-5, Arquitecto, con domicilio en calle 17 Sur N° 522, de la ciudad de Talca.

POR TANTO;

En mérito de lo expuesto y lo dispuesto por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil;

RUEGO A US. se sirva tener por presentada la lista de testigos que depondrán por esta parte al tenor del auto de prueba

(Firma el abogado)

Existe un plazo fatal de cinco días, que se cuenta desde la última notificación de la resolución que recibe la causa a prueba, aunque cuando se ha interpuesto recurso de reposición contra ella (al cual ya se hizo referencia al tratar la resolución que recibe la causa a prueba) el plazo se cuenta desde que se notifica a las partes la resolución recaída sobre el último recurso. Si habiéndose interpuesto reposición ya se hubiere presentado la lista de testigos y minuta por alguna de las partes, no será necesario presentar otra

vez la lista y minuta, salvo que, como consecuencia de haberse acogido el recurso, la parte que las había presentado estime pertinente modificarlas (art. 320.i3, modificado por ley N° 20.192, de 2007).

Con anterioridad surgía el problema de determinar si en aquellos casos en que la parte presentaba la lista de testigos antes del inicio del plazo legal para su presentación se trataba o no de una presentación dentro de plazo. Hubo fallos de nuestros tribunales que declararon que la presentación de la lista que se concretaba antes del inicio del plazo era tan extemporánea como la que se hacía después de vencido el plazo. Para ser justos, también hubo fallos que sostuvieron que era válida la lista de testigos que se presentaba antes de que hubiese comenzado a correr el plazo para su presentación, explicitando lo obvio: lo que el legislador quiso al establecer el plazo fue que la presentación de la lista y minuta no se materializara después de su vencimiento, para que la parte contraria no se viera perjudicada o menoscabada en su derecho a fiscalizarlas. Con todo, la constatación de las diferencias jurisprudenciales invitaban a una fórmula poco estética: reiterar la presentación de la lista y minuta dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que se pronuncia acerca de la última reposición. De allí que haya sido pertinente y adecuada la modificación introducida por la ley N° 20.192, aclarando el panorama.

Ahora bien, lo que siempre ha sido pacífico es que la consecuencia frente a la no presentación de la lista de testigos dentro del plazo consiste en impedir a la parte rendir prueba testimonial. Difere la conclusión tratándose de la minuta de preguntas, donde se ha coincidido (no obstante haber existido diferencias de criterio, hace ya varios años, en los fallos de algunos tribunales) que no existe sanción, y los testigos de la parte serán interrogados al tenor de los hechos fijados en el auto de prueba.

## 2. Práctica

En este punto corresponde hacer referencia fundamentalmente a la audiencia en la cual se practica la prueba testimonial, explicando cuáles son las distintas variables de ésta, excluyendo lo que se relaciona con la propuesta de este medio de prueba que ya ha sido revisada en el apartado anterior.

### – Fijación de día y hora para la realización de la audiencia

Las partes deben saber cuándo se rendirá la prueba testimonial para que puedan ejercer los derechos que se contemplan. Señala el art. 369 que el tribunal,

atendido el número de testigos y el de los puntos de prueba, señalará una o más audiencias para su examen. Las audiencias se fijan, en la práctica y por costumbre, en el auto de prueba. En el caso que se proceda a través de exhorto, será el tribunal exhortado el que fije el día y hora para la práctica de la prueba.

### – Citación de los testigos

¿Deben ser citados los testigos? No es una exigencia para la validez del procedimiento, de hecho, cada parte lleva a sus testigos a la audiencia respectiva. Con todo, si la parte no tiene la seguridad de que sus testigos van a concurrir a prestar declaración debe pedir su citación judicial, en el mismo escrito en el cual cumple con señalar su nómina de testigos y minuta, en su caso. La circunstancia de haberse solicitado la citación es esencial para los efectos de que se acceda a un término especial de prueba fundado en un entorpecimiento consistente en la incomparecencia de un testigo. Todavía otra consecuencia, el testigo que fue citado judicialmente que no comparece puede incurrir en el delito de no colaboración con la justicia (art. 380).

### – Contacto del receptor

Son ellos los que, de acuerdo al art. 390 COT deben actuar como ministros de fe en este medio de prueba. En consecuencia, antes del día de la audiencia, debe la parte cuyos testigos van a prestar declaración contratar los servicios de un receptor.

### – Juramento del testigo

Antes de prestar la declaración, el testigo debe prestar juramento, y lo debe hacer bajo la fórmula prevista en la ley (art. 363). La omisión del juramento invalida la prueba testimonial. Sobre los testigos menores nos remitimos a lo señalado en su oportunidad.

### – Deposición del testigo

a) Orden y medidas del tribunal: Los testigos de cada parte serán examinados separada y sucesivamente, empezando por los del actor, sin que puedan unos presenciar las declaraciones de los otros. Se deberán adoptar por el tribunal las medidas conducentes para evitar que los testigos que declaren puedan comunicarse con los que no lo hayan hecho, en la práctica, manteniendo a los que ya han declarado dentro de la sala (art. 364). La declaración testimonial constituye un solo acto que no puede interrumpirse sino por causas graves y



urgentes (art. 368). También debe procurarse, en cuanto sea posible, que todos los testigos de cada parte sean examinados en la misma audiencia (art. 369.2).

b) ¿Ante quién y cómo deben declarar los testigos?: Si bien señala la ley que los testigos deben ser interrogados personalmente por el juez (art. 365), en la práctica el receptor judicial es quien realiza el interrogatorio, teniendo a la vista los puntos recogidos en el auto de prueba. No se oculta a nadie que la ausencia del juez de la práctica de este medio de prueba, que puede estar justificada en diversas razones más o menos atendibles, ha contribuido decisivamente a que la desconfianza hacia ella se acreciente a partir de un contacto absolutamente mediatizado en donde el juez sólo llega a tomar conocimiento de lo que los testigos han declarado al dar lectura al acta que debe levantarse al efecto. Es éste un punto que solamente se soluciona cambiando el modelo escrito por uno predominantemente oral, que sancione expresamente la delegación con nulidad y con un procedimiento permita a los jueces una intermediación judicial efectiva, especialmente en la práctica probatoria.

Los testigos no pueden llevar escrita su declaración (por razones que parecen bastante obvias) y deben responder de manera clara y precisa a las preguntas que se les hagan, expresando la causa por la que afirman los hechos aseverados (art. 367), lo que también se conoce como “dar razón de sus dichos” y tiene importancia en el esquema de valoración legal de esta prueba (art. 384). Dar razón de los dichos es expresar la fuente de su conocimiento.

Finalmente, respecto a este punto, cabe señalar que la ley regula expresamente los casos en que el testigo no entienda o no hablare el idioma castellano y del testigo que fuere sordo o mudo. En el primer caso, se debe recibir declaración a través de intérprete, debiendo incluso ser consignadas en el idioma del testigo, junto con una traducción de la misma. En el segundo caso, si el testigo es sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si es mudo, dará por escrito sus contestaciones. En caso que no fuere posible lo anterior, se deberá recurrir a una persona que pueda entenderse con él por el lenguaje de señas, por signos, o que comprendan los sordomudos (art. 382).

#### c) Preguntas de tachas

Revisamos antes las distintas causales de inhabilidad que podían afectar a una persona para declarar, ya sea respecto de cualquier juicio, o en un proceso en particular (arts. 357 y 358). Pues bien, la forma que se ha previsto para plantear las inhabilidades (tanto las absolutas como las relativas) que pueda presentar un testigo es a través del mecanismo de la tacha, la que se debe oponer antes que el testigo preste su declaración. De hecho, dispone el art. 373 que solamente

podrán oponerse antes de que los testigos presten su declaración, expresándolas con la claridad y especificación necesarias para que puedan ser fácilmente comprendidas.

En consecuencia, antes de comenzar a declarar sobre los hechos el testigo, la parte que no lo ha presentado tiene derecho a formularle, por conducto del juez (receptor), las preguntas que estime conducentes a fin de establecer las causales de inhabilidad legal que puedan oponerse a los testigos (art. 366). Ejemplos: Que diga el testigo si mantiene relaciones fluidas con la parte que lo presenta; que diga si tiene un vínculo de parentesco con la parte, etc. Las preguntas que se le puedan ocurrir a quien realiza el interrogatorio, siempre que estén en la dirección de descubrir la existencia de una causal de inhabilidad. Realizadas estas preguntas, el receptor preguntará a la parte que no ha presentado al testigo si va a formular tacha contra el testigo. Si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, debe proceder a formularla en los términos y forma señalada (art. 373). La tacha formulada no impide el examen del testigo: se resuelve en la sentencia definitiva (art. 379.2), salvo la posibilidad de repeler de oficio a los que aparezcan notoriamente comprendidos en alguna de las causales de inhabilidad absoluta, por ejemplo, el testigo se presenta a prestar la declaración manifiestamente ebrio.

De la tacha que se formuló debe conferirse “traslado” a la parte que presentó al testigo, la que puede pedir que se omita la declaración de ese testigo, reemplazándolo por la de otro de la lista (art. 374), o bien solicitar el rechazo de la tacha por las razones de hecho y de derecho que tenga por conveniente señalar, en cuyo caso, como se dijo, la tacha será resuelta en la sentencia definitiva. En caso que sea necesario, puede recibirse prueba sobre las tachas formuladas, la que suele rendirse dentro del término probatorio; si está vencido o le queda un tiempo insuficiente se ampliará para este solo efecto, hasta completar diez días, pudiendo solicitarse además el aumento extraordinario del art. 329 (art. 376). La resolución que ordena recibir prueba sobre las tachas opuestas es inapelable (art. 379). Por fin, si en el marco de esta prueba de las tachas formuladas se presentan testigos, éstos también pueden ser objeto de tachas, pero no se admite que en este caso para probar las tachas formuladas respecto de los testigos de tachas también se rinda prueba testimonial, lo que no obsta para que el tribunal acepte otros medios de prueba (art. 378).

#### d) Preguntas sobre los hechos

Superadas las preguntas de tacha, se debe dar inicio a la declaración del testigo sobre los hechos de la causa. Primero están las preguntas que formula el juez (receptor) ajustándose a los puntos de prueba fijados en la resolución que

recibió la causa a prueba. Puede exigirse al testigo que rectifique, esclarezca o precise las aseveraciones (art. 365.2). En la práctica, el receptor pide al testigo que declare lo que sepa sobre el hecho.

Luego de esta primera parte vienen las llamadas repreguntas, a cargo de la parte que ha presentado al testigo, que tiene derecho a pedirle que rectifique, esclarezca o precise los hechos sobre los cuales invoca su testimonio. Téngase presente que en esta fase de la interrogación, el testigo se encontrará respondiendo a diversas preguntas que le serán formuladas por la parte que lo ha presentado. Se habla de un testigo "amigable" en esta fase.

Examinado por la parte que lo presentó, y como una evidente manifestación del derecho de defensa, debe procederse al contra interrogatorio (contra examen) por aquella parte que no ha presentado al testigo. No basta con las repreguntas ya que el testigo puede ser parcial a favor de quien lo ha presentado, o bien, el abogado que ha hecho las repreguntas nunca interrogará sobre hechos o circunstancias que puedan perjudicar a los intereses de su cliente. Si lo que se busca es una prueba confiable, a las repreguntas debe seguir un contra interrogatorio que le permita a la parte que no ha presentado al testigo indagar y hurgar en lo que ha declarado hasta ese momento, sacando a la luz falsedades, parcialidades y otros errores que alejan su versión de la realidad. Entre los objetivos que suelen adjudicarse al contra examen están el desacreditar al testigo o el testimonio, acreditar las pruebas propias o desacreditar las de la contraparte. Debe anotarse que en el nuevo modelo procesal que se recoge en el Proyecto de CPC desaparecen las tachas, con lo cual se refuerza el derecho de las partes a impugnar la credibilidad de los testigos a través del contra examen.

Considerando que una de las cuestiones que más afecta la credibilidad de la información que se introduce es la forma en que se realiza el interrogatorio, frente a las preguntas es posible que se planteen objeciones. Éstas son incidentes que se promueven en la audiencia y tienen como objeto impugnar una determinada pregunta realizada por el abogado de la contraparte.

¿Frente a qué preguntas es posible realizar objeciones? En diversas hipótesis. Cuando se estime que alguna pregunta no es procedente, como por ejemplo, si no encuentra encuadre en los hechos que se han fijado en la resolución que recibió la causa a prueba y respecto de los cuales se ha presentado a declarar al testigo (pregunta impertinente), si es una pregunta que lo induce a error (pregunta engañosa), si la pregunta busca una respuesta sobre algo ya respondido (pregunta reiterativa), si le piden al testigo manifestar su parecer u opinión sobre

una determinada situación (pregunta de opinión), o bien por tratarse de preguntas inductivas (sugestivas) donde el testigo se limita a afirmar o negar lo que se le afirma en la pregunta, ya que en ese caso estará declarando la parte y no el testigo. Cabe precisar que estas preguntas inductivas (sugestivas) son prohibidas sólo en las repreguntas, con el propósito de prevenir la concertación entre el abogado y el testigo, pero deben ser admisibles en los contra interrogatorios, posibilitando un test de veracidad ya que quien está declarando es precisamente testigo de la contraparte, con quien malamente pudo haber concertación (se trata, como bien se ha ilustrado, de un testigo "hostil"). Como sea, cabe tener presente que dándosele la tramitación de incidente es aplicable la sanción del art. 88 CPC para la parte que pierde dos o más incidentes, y que en caso de plantearse una objeción debe resolver el tribunal, siendo su resolución apelable en el solo efecto devolutivo (art. 366.2). En la práctica eso implica una pausa en la audiencia, donde el receptor (que actúa como un actuario a estos efectos, art. 370.2) debe ausentarse para exponer sobre la objeción al juez, regresando con la resolución.

#### e) Documentación del acto

Las declaraciones se materializan verbalmente, pero se registran por escrito de acuerdo a lo prescrito en el art. 370 CPC: las declaraciones se consignarán por escrito, conservándose en cuanto sea posible las expresiones de que se haya valido el testigo, reducidas al menor número de palabras. Después de leídas por el receptor en alta voz y ratificadas por el testigo, serán firmadas por el juez, el declarante, y las partes, si están presentes, autorizándolas un receptor.

### 3. Valoración

Nuestro legislador ha contemplado en los arts. 383 y 384 reglas según las cuales deben valorarse las declaraciones testimoniales. Esto, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 357 a propósito de los testigos menores que pueden estimarse como base para una presunción judicial cuando tengan discernimiento suficiente.

Respecto de los testigos de oídas, el art. 383 distingue según de quién escuchó el testigo. La regla general es que estos testimonios de oídas sólo podrán estimarse como base de una presunción judicial. Con todo, cuando el testigo de oídas ha conocido de los hechos a través del dicho de una de las partes, tales declaraciones serán válidas, siempre que sirvan para establecer el hecho de que se trata.

Respecto de los testigos presenciales, el art. 384 da cuenta de una serie de reglas que deben considerarse por parte del juez:

– La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial que el tribunal apreciará de acuerdo a la gravedad y precisión. Tener presente el art. 426.2 CPC: una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

– Las declaraciones de dos o más testigos contestes, sin tachas, que hayan sido legalmente examinados y que den razón de sus dichos podrán constituir plena prueba cuando no haya sido desvirtuado por otro medio de prueba.

Se ha fallado al respecto:

*Noveno:* Que en cuanto el demandante construyó su denuncia en la transgresión al artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, resulta que la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil consideró las normas del precepto indicado, relativas a la prueba de testigos y su ponderación, como principios generales para los jueces, circunstancia que precisaría luego la Comisión Mixta. Al efecto puede citarse que el senador señor Ballesteros expuso que “debería dejarse amplia libertad al tribunal para apreciar el mérito probatorio de las declaraciones de testigos, como quiera que en realidad constituyen sólo una presunción, en el sentido lato de la palabra”. El señor Vergara recuerda que así lo ha sostenido en otras ocasiones en que se ha tratado de cuestiones relacionadas con la apreciación de la prueba. De tal manera que, a su juicio, “el tribunal debiera estar facultado para desestimar, no sólo el dicho de dos, sino de cualquier número de testigos, cuando en su concepto no fueren dignos de fe sus testimonios”. La Comisión aceptó las ideas de los señores Ballesteros y Vergara y para consignarlas en el proyecto se acordó reemplazar las palabras “hará” que emplea el número 2º por la frase “podrá constituir”. Además de lo expuesto precedentemente, se debe manifestar que la apreciación de la prueba testimonial, entendida como el análisis que efectúan de ella los sentenciadores de la instancia para determinar cada uno de los elementos que consagra el legislador para regular su fuerza probatoria, queda entregada a dichos magistrados y escapa al control del Tribunal de Casación (CS; 20 de abril de 2010, Rol N° 5.032-08).

En la misma dirección se ha fallado:

Conforme a lo expuesto precedentemente, la apreciación de la prueba testimonial, entendida como el análisis que efectúan de ellas los sentenciadores para establecer cada uno de los elementos que consagra el legislador para regular su fuerza probatoria, queda entregada a los magistrados de la instancia y escapa al control del Tribunal de Casación, tanto por ser una atribución que la ley les entrega de modo facultativo, cuanto por referirse al establecimiento de parámetros de hecho que esta Corte está impedida de revisar, quedando excluida de la impugnación en casación de fondo la norma del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, la que no constituye en consecuencia una ley reguladora de la prueba (CS. 13 de marzo de 2008, Rol N° 5.528-06).

En otra sentencia la CS ha señalado:

*Decimonoveno:* En lo que respecta a la prueba de testigos, los artículos 384 y 428 del Código de Procedimiento Civil sobre apreciación de la fuerza probatoria de sus declaraciones y apreciación comparativa de dos o más medios de prueba contradictorios, se insertan en un marco de pautas o principios generales para los jueces en orden a apreciar racionalmente el mérito probatorio y comparativo de las declaraciones de testigos, lo que excluye el control del recurso de casación en el fondo (CS, 14 de abril de 2011, Rol N° 4.667-09).

– Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquéllos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso. La doctrina clásica resume esta regla bajo el aforismo: los testigos se pesan y no se suman.

– Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declaren el mayor número.

– Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y número de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho.

– Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos presentados por una misma parte, las que favorezcan a la contra parte se considerarán como presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas según las reglas anteriores.

### e) Poderes del juez en la prueba testimonial

Hasta aquí ha quedado meridianamente establecido en nuestra explicación sobre la prueba testimonial que el papel que juega el juez en la producción de la misma resulta prácticamente nulo producto de la extendida delegación de funciones que se efectúa en los receptores judiciales, quienes, de acuerdo al texto legal, debieran ser sólo actuarios y ministros de fe en este medio probatorio, pero en los hechos son los dirigen su práctica. Estamos frente a una prueba damnificada, inmersa en una dinámica de desprestigio.

En el contexto actual no resulta exagerado hablar de un juez invisible, quien sólo interviene en la producción de esta prueba en la medida que sea necesario resolver, por ejemplo, las incidencias en que consisten las objeciones opuestas frente a las preguntas formuladas a los testigos. Fuera de eso poco y nada en la realidad, lo que conduce a la producción de prueba deficiente y de mala calidad justificando a quienes se refieren a la prueba testimonial como la cenicienta de las pruebas.

Pues bien, hemos dicho antes que contamos con un Proyecto de nuevo CPC que, entre sus finalidades busca rescatar la figura del juez, especialmente para la lograr una actividad probatoria renovada. Se alude en el Mensaje a un rol activo, dado que no sería concebible un procedimiento oral eficiente en la resolución de un conflicto privado sin la acción potente del juzgador que asuma directamente el rol de dirección del proceso y represente al órgano público frente a la acción de las partes.

Este Proyecto reconoce este papel más activo en distintas manifestaciones, entre ellas la imposición de una verdadera y efectiva intermediación judicial, sin que sea posible la delegación de funciones, bajo sanción de nulidad. En lo que liga estrictamente con la prueba testimonial se prevé la dirección del juez de la audiencia de juicio, en la cual se producirá concentradamente la prueba admitida previamente, también la testimonial. Se consagra que el interrogatorio de los testigos es de cargo de las partes, comenzando por la que lo ha presentado, reservándose al juez básicamente dos poderes: resolver sobre la admisibilidad de las preguntas que se formulen a los testigos, de oficio o a petición de parte, y una vez que el testigo haya sido

interrogado por las partes, efectuarle preguntas con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas.

Se debe tener cuidado con querer pasar desde un modelo de juez invisible a uno en el que el juez sustituya incluso a los abogados en labores que le son propias, más aún cuando la experiencia en las reformas a los procesos de familia y del trabajo muestran un preocupante heterogéneo protagonismo y desempeño de nuestros jueces. No se trata de que, como ha dicho De la Oliva, por un viejo prejuicio negativo hacia los jueces o que, al contrario, éstos deban estar atados para hacer más cómoda y menos esforzada su tarea. De lo que se trata es que en un modelo como éste, por una parte, los hechos son de las partes y no del tribunal y, por otra, el tribunal no debe ayudarlas de modo tal que favorezca a una en detrimento de la otra, como si le correspondiese desempeñar también el oficio de abogado. En un modelo procesal levantado sobre los principios dispositivo y de aportación de partes no resulta razonable que los jueces se ocupen de comprobar la certeza positiva o negativa de los hechos.

### f) Testigo-perito

Antes de finalizar con la explicación referente a la prueba testimonial conviene que hagamos una breve referencia a la situación que en algunas oportunidades se da en el marco de la prueba testimonial, y que la vincula con la prueba pericial. Nos referimos a los casos en que el testigo que declara posee una determinada calificación técnica, esto es, la misma persona que está prestando declaración sobre un hecho que presenció como testigo tiene un conocimiento técnico. En otras palabras, la persona, además de conocer los hechos o circunstancias fácticas, tiene conocimientos especiales o técnicos sobre lo que constituye el objeto de su declaración.

¿Podría el referido testigo manifestar su opinión o parecer técnico en el contexto de la declaración testimonial? En el marco de la regulación vigente la respuesta ha sido siempre negativa: el testigo no está para dar opiniones, sino que está para declarar sobre lo que presenció, está para narrar el hecho sin estar llamado a calificarlo técnicamente ni dar opiniones sobre el hecho. En esta misma dirección se han pronunciado los tribunales que han fallado que no puede ser considerada la declaración de un testigo determinado, que ha reconocido haber inspeccionado las casas del juicio porque el examen

es propio del dictamen de perito, que no puede ser suplido por medio de la prueba testimonial (C. de Santiago, 7 de junio de 2010, Rol N° 7.399-08). La jurisprudencia criolla ha destacado en diversos fallos que no cabe convertir en informes periciales las declaraciones prestadas por facultativos en carácter de testigos, ni los dictámenes que ellos emitieron sin forma de peritajes; agregando que la apreciación que puedan hacer los testigos del valor de la indemnización por daño, sólo puede considerarse como un simple dato ilustrativo, pues los testigos deben declarar sobre los hechos que han presenciado y no están llamados a hacer la apreciación del daño.

En la doctrina más moderna si bien se coincide en señalar que el testigo no debe realizar valoraciones, opiniones o interpretaciones personales sobre los hechos que son objeto de la prueba, debiendo sólo narrar aquello que conoce sobre los hechos, se señala que cuando el testigo está en posesión de una particular calificación profesional y se le interroga sobre hechos que se relacionan con su calificación profesional, debe tenderse a admitir que estos testigos puedan dar valoraciones técnicas, particularmente cuando no sea posible separar dichas valoraciones técnicas de una pura y simple narración de los hechos (Comoglio, L.; Corrado, F.; Taruffo, M.). En la nueva normativa procesal civil española se contempla la figura del testigo-perito disponiéndose que el testigo, además de ofrecer noticia sobre unos determinados hechos, también esté en posesión de unos conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos justamente sobre la materia a que se refieren los hechos, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de esos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. Lamentablemente el Proyecto de nuevo CPC nada dispone al efecto.

### C) PRUEBA CONFESIONAL

#### a) La confesión

##### 1. La parte como fuente probatoria y la tradicional desconfianza derivada de su personal implicación

Cappelletti ya enseñaba que no existe nadie mejor informado de los hechos de la causa que las partes. En efecto, son seguramente ellas, las partes, quienes casi siempre estarán mejor informadas sobre lo realmente

occurrido, dado que son las protagonistas (Nieva, J.). Estas circunstancias bastan para justificar y entender la necesidad de utilizar a la parte como fuente de prueba, constatación que no debe hacernos olvidar que por el interés en el proceso que tienen haya sido mirada por el legislador procesal con bastante desconfianza y considerada como una fuente poco fiable. De esta patente contradicción surgen las variadas dificultades que se han presentado en la regulación histórica de esta fuente probatoria (Marinoni, L.; Cruz, S.) que, tratándose del tratamiento legal nacional, lo explicaremos cuando corresponda, está necesitado de cambios y modernización en la línea de transitar desde el tradicional modelo de absolucón de posiciones al modelo de declaración de parte como medio de prueba. Como sea, y sin perjuicio de la necesidad de reforma señalada, es claro que tal como ha pasado en otros ordenamientos, nuestro legislador también ha tenido dificultades para administrar las peculiaridades de la parte en cuanto a la información que puede aportar al proceso y su calidad (Nieva, J.).

Al respecto se ha señalado que sería negativo que frente al evidente interés de la parte el juez simplemente prescindiera de escuchar realmente al litigante, dando por supuesto que, como va a repetir lo que ha dicho su abogado en los escritos, ya sabe lo que va a decir, omitiendo todo esfuerzo por extraer información objetiva. Obrar así olvidaría que quien habla en los escritos no es la parte sino su abogado que, evidentemente, utilizará toda su técnica de argumentación para conseguir presentar la versión de los hechos más favorable a su cliente. Por ello es que se dice que la declaración de la parte es esencial para comprobar dicha versión y contrastarla con lo que el abogado ha expuesto, que como normalmente no ha participado de los hechos, es posible que haya incurrido en errores u omisiones derivados seguramente de un relato fáctico muy sesgado y parcial por parte del cliente. La declaración de la parte debiera ser valorada en su potencialidad de acercarse a los hechos de manera más adecuada (Nieva, J.).

##### 2. Concepto, objeto y sujeto de la confesión como bases de la explicación

Comenzar la explicación definiendo la confesión resulta conveniente y necesario para evitar confusiones con otra clase de situaciones que pueden darse en el marco de un proceso. Con este propósito partamos por señalar que por confesión entenderemos, sin perjuicio de las precisiones o puntualizaciones que más adelante irán surgiendo, el reconocimiento que una

parte realiza de hechos determinados que le son desfavorables, benefician a la contraria y que resultan ser trascendentes para la resolución del conflicto. Debemos descartar que la "admisión de hechos" en las alegaciones iniciales escritas sea confesión: el o los hechos admitidos no requerirán de prueba, por lo que no estamos en la hipótesis de un medio de prueba. También debe descartarse el "allanamiento", al cual ya nos hemos referido, que pone término al proceso.

Respecto a su "objeto" cabe señalar que debe tratarse de hechos, excluyéndose, en consecuencia, que tenga por objeto las normas jurídicas, respecto de las cuales rige, como se sabe, el principio *iura novit curia* al cual ya hemos hecho referencia. Pero no sólo eso: deben ser hechos que perjudiquen a la parte confesante. Ya hemos señalado que en materia civil rige el principio de que nadie puede confeccionarse su propia prueba. Además, se ha reiterado desde la doctrina que al exigir la "perjudicialidad" de los hechos respecto de la parte confesante lo que hace el legislador no es otra cosa que recoger la máxima de la experiencia según la cual cuando una de las partes reconoce libre y espontáneamente un hecho que es perjudicial será debido a que normalmente ese hecho será cierto (Ramos, F.). En otras palabras, se ha estimado que aquel que reconoce un hecho que le perjudica está diciendo la verdad, dado que se supone que nadie es tan estúpido como para perjudicarse a sí mismo, aunque existan autores que atendiendo a la posibilidad de errores involuntarios ponen en duda la infalibilidad de tal regla (Nieva, J.). Los tribunales también han exigido que se trate de hechos verosímiles (que estén dentro de las posibilidades físicas) y lícitos (no sean contrarios a las leyes, las buenas costumbres o el orden público) (Rodríguez, I.). Por último, y de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1713 CC y 399.2 CPC, la confesión puede referirse a hechos que pueden ser personales o no personales del confesante, vale decir, hechos en los que el confesante no ha tenido intervención (pero sobre los que tenga conocimiento). Esta posibilidad debe ligarse con lo que se dice enseguida respecto del sujeto.

En cuanto al "sujeto" corresponde dejar establecido de entrada que, como resulta evidente, sólo puede ser prestada por una parte del proceso, para lo cual nos remitimos a las explicaciones que sobre la noción de "parte" corresponden al curso que aborda la teoría general del proceso. Pues bien, la parte en cuestión podrá ser una persona natural o una persona jurídica; tratándose de las primeras sólo pueden prestarla quienes

tengan capacidad para actuar personalmente en juicio, ya que si no la tienen deberán prestarla sus representantes legales dentro del límite de sus facultades; respecto de las últimas, la debe prestar el representante legal de la persona jurídica. Por último, en nuestro sistema, también podrá confesar el mandatario judicial, si se le ha conferido la facultad según el art. 7.2 y no se hubiere solicitado que sea la parte la que comparezca personalmente. Incluso, el mandatario judicial, tenga o no esa facultad, se encuentra obligado a absolver posiciones sobre hechos personales de él mismo (art. 396).

La regulación vigente ha permitido una suerte de ejercicio abusivo del derecho a citar al representante legal de las personas jurídicas. Se apuesta así, por un lado, a causar incomodidad y presión, y por el otro, a la inasistencia y eventual desconocimiento de los hechos por parte del representante, con las consecuencias procesales que ello aparea y a las cuales más adelante nos referiremos.

### 3. Naturaleza jurídica: papel de la voluntad

Respecto a la naturaleza jurídica de la confesión debe anotarse que han existido dos posiciones en la doctrina. Para algunos se trata de una declaración de voluntad, para otros debe entenderse como una mera declaración de conocimiento. De acuerdo a lo que se ha desprendido de la propia regulación de la confesión entre nosotros, y de acuerdo a lo que ha sostenido la jurisprudencia de nuestros tribunales, digamos que la posición que prima es la que, bajo una concepción negocial, arraigada en los antecedentes históricos de la prueba, considera a la confesión como una declaración de voluntad que emana de una parte con conciencia de que está reconociendo un hecho que le perjudica y favorece a la contraria. Este factor subjetivo o intencional, que algunos llaman *animus confitendi*, debe estar siempre presente en la confesión. Por eso, carece de valor si ha sido prestada con fuerza o hubo error en cuanto al objeto de ella (Rodríguez, I.).

### 4. Clases

La doctrina ha clasificado a la confesión de acuerdo a diversos criterios, a saber:

– La primera categorización distingue entre confesión judicial y extrajudicial. La judicial es, casi sobra explicitarlo, la que se realiza dentro del juicio. En cambio, la extrajudicial es la que se realiza fuera del proceso en cuestión, cubriendo también la hipótesis de confesión prestada en un proceso diverso. Por la misma descripción apuntada a su respecto, la confesión extrajudicial es un hecho que debe ser objeto de prueba para ser incorporada al proceso, para lo cual habrá de recurrir al medio de prueba más pertinente (prueba testimonial o instrumental) según sea oral o escrita la forma en que se expresó la señalada confesión.

– La confesión judicial, por su parte, puede ser espontánea o no. Espontánea será cuando se materialice voluntariamente por la parte. En cambio, no lo será, y estaremos frente a lo que se conoce como confesión provocada, cuando la confesión judicial sea “provocada” a través del requerimiento de la otra parte por la vía del procedimiento formal en que consiste la absolución de posiciones. El requerimiento, según veremos, también puede emanar del propio tribunal, por la vía de la institución de las MMR.

– Puede distinguirse también entre confesión expresa y confesión tácita. La primera es la que se realiza explícitamente, mientras que la segunda, también conocida en doctrina como *ficta confessio*, es la que se produce como consecuencia que se cumplan las hipótesis previstas por el legislador en el marco del procedimiento de absolución de posiciones.

## b) Iniciativa, deberes, práctica y valoración

### 1. Iniciativa

La iniciativa, entiéndase que estamos haciendo referencia a la confesión judicial provocada (o absolución de posiciones), corresponde a las partes, como es natural en un modelo gobernado por los principios dispositivo y de aportación de parte. Son las partes las que tienen la iniciativa, en la oportunidad y forma prevista por el legislador. En este sentido dispone el art. 385 que la diligencia de absolución de posiciones se podrá pedir en cualquier estado del proceso, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Este derecho se podrá ejercer hasta por dos veces en primera instancia y una vez en segunda; pero si se alegan hechos nuevos durante el proceso, podrá ejercerse una vez más. Esto se debe decir sin perjuicio de lo expresado

respecto de las medidas prejudiciales probatorias, donde también se prevé la prueba de absoluciones de posiciones (art. 284).

Por excepción existe actuación judicial oficiosa en este medio de prueba, que se materializa por la vía de las MMR que, tratándose de este medio de prueba, faculta al tribunal para disponer la confesión judicial cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados (159 N° 2).

La parte interesada en practicar este medio de prueba, demandante o demandada, deberá cumplir con los requisitos que ha contemplado al efecto el legislador, esto es, la presentación de una solicitud escrita, a la que debe acompañarse el sobre en el que se contiene el pliego de posiciones que deberá absolver la parte contraria requerida. En el escrito la parte solicitante solicitará la citación a absolver posiciones de la contraria para un día y hora determinados, y al efecto deberá pedir que comparezca personalmente. Si no lo pide así, según la ley, y de conformidad a lo que ya señalamos, se entiende que las posiciones pueden ser absueltas por la propia parte personalmente o bien a través de su mandatario judicial, en el caso que éste tenga la facultad especial del art. 7.2. El escrito debe incluir asimismo la petición de que el tribunal reciba por sí mismo la declaración de la parte, si se quiere evitar que el tribunal pueda delegar la diligencia (art. 388). Este escrito se acompaña de un sobre que contiene el pliego de posiciones, respecto del cual se debe pedir que se mantenga en reserva y custodia en la Secretaría del Tribunal hasta el día de la práctica de la diligencia probatoria (art. 387). El tribunal proveerá el escrito dándole curso a la citación y ordenando la reserva y custodia solicitadas, ordenando que sea notificada (por cédula) al mandatario judicial de la parte, quien está obligado a hacer comparecer a su mandante, bajo el apercibimiento legal (art. 397). Si esta notificación no existe, se ha resuelto que la diligencia probatoria realizada en estas circunstancias no podrá ser considerada para ningún efecto.

Algunas precisiones respecto del sobre y el pliego de posiciones. Respecto al primero, debe individualizarse en su exterior el proceso al cual se refieren ya que, como ya se apuntó, el sobre queda en custodia de la Secretaría del tribunal, separado del expediente. Así, por ejemplo, en su exterior dirá: Pliego de posiciones que deberá absolver personalmente Doña Andrea de la Cruz Pérez Inostroza, en los autos sobre cobro de pesos caratulados “Munizaga con Pérez”, Rol N° 710-2011, seguidos ante el Tercer Juzgado de Letras de Talca.

Respecto al segundo, el pliego, cabe referirse a la forma en que según la ley pueden ser redactadas las posiciones o preguntas. Buena parte del formalismo y rigidez que caracteriza este medio de prueba se ve reflejado en esta parte de su regulación. En efecto, de acuerdo al art. 386 las posiciones podrán ser expresadas en forma asertiva o interrogativa, pero siempre en términos claros y precisos, de modo que puedan ser entendidas sin dificultad, y, obviamente, refiriéndose a hechos objeto del debate (art. 385.1). En la práctica forense, las preguntas asertivas, se redactan acudiendo a una fórmula que se repite: Diga el absolvente como es cierto y efectivo que el día 24 de julio concurrió a la ciudad de Talca.

Las posiciones interrogativas, en cambio, no recogen una afirmación, sino que indagan acerca de la verificación de un hecho: Diga el absolvente qué hizo el día 24 de julio recién pasado. También es posible que se puedan combinar las dos fórmulas de redacción, por señalar un ejemplo: Diga el absolvente como es cierto y efectivo que el día 24 de julio concurrió a la ciudad de Talca; ante la negativa, diga el absolvente dónde se encontraba ese día. Finalmente cabe precisar respecto del pliego que también en éste debe estar individualizado el proceso, que las diversas posiciones se recogen numeradas de acuerdo al orden que se desea sean formuladas, y que debe ser firmado por la parte solicitante (mandatario judicial).

## 2. Deberes del absolvente

El absolvente posee tres deberes: deber de comparecer, de prestar declaración y de decir verdad.

### – Deber de comparecer

De conformidad al art. 385.1 CPC, fuera de los casos legalmente exceptuados, el absolvente citado está obligado a comparecer a la audiencia que el tribunal señale para la diligencia.

Plantea el propio legislador excepciones al deber de comparecencia. Una de ellas viene constituida por el caso del absolvente que reside fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio, caso en el cual la absolución de posiciones se realizará ante el tribunal competente que corresponda (art. 388.3). La otra excepción liga con los casos de las personas que pueden declarar en el domicilio de acuerdo al art. 389 (hipótesis de declaración domiciliaria).

### – Deber de absolver las posiciones

El absolvente también tiene el deber de absolver las posiciones que se le hayan formulado y que estén contenidas en el pliego en el esquema

procedimental que se ha previsto en la ley procesal civil (art. 385). Lo propio el mandatario judicial sobre hechos personales de él mismo (art. 396). Ahora bien, a diferencia de lo previsto para la prueba testimonial, no se contemplan excepciones donde algunas personas no están obligadas a absolver posiciones.

### – Deber de decir verdad

Según dispone el art. 390, antes de procederse a la interrogación del absolvente, debe tomársele juramento al tenor de la fórmula prevista para la prueba testimonial (art. 363). Nuevamente debemos hacer presente que se trata de una fórmula religiosa que las legislaciones modernas han dejado de lado para dar la opción del juramento o promesa de decir verdad. Con todo, anótese que a diferencia de lo que ocurre con la situación de los testigos, acá no se contempla sanción penal en caso de infracción a este deber.

## 3. Práctica

En este punto corresponde hacer referencia fundamentalmente a la audiencia en la cual se practica la absolución de posiciones, dando cuenta de cuáles son los distintos elementos presentes en ésta. Pero antes, anotemos una situación que puede darse en este medio de prueba, la que dice relación con la posibilidad de que el citado no comparezca a la audiencia. ¿Qué consecuencias apareja esta inasistencia? No existe sanción alguna en esta hipótesis de inasistencia. Lo que se debe hacer es pedir al receptor, que es quien se encuentra a cargo de la diligencia de absolución de posiciones como ministro de fe, que certifique ese hecho. Con ella, la parte solicitante debe presentar un nuevo escrito en el cual solicite citar por segunda vez a absolver posiciones, señalando expresamente que dicha segunda citación se realice bajo el apercibimiento del art. 394. La resolución debe ser notificada (por cédula) al mandatario judicial de la parte, quien está obligado a hacer comparecer a su mandante, bajo el apercibimiento legal.

Ocupémonos en este punto de lo que ocurre en el caso en que el citado concurre a la audiencia, a la primera citación judicial, o bien no compareciendo sí se presenta a la segunda citación.



### – Contacto del receptor

Son ellos los que, al igual que ocurre con la prueba testimonial, de acuerdo al art. 390 COT, deben actuar como ministros de fe en este medio de prueba. En consecuencia, antes del día de la audiencia, debe la parte interesada en la diligencia contratar los servicios de un receptor. Es tan así que se ha fallado que carece de eficacia probatoria la absolución de posiciones si el acta respectiva lleva la firma del secretario del tribunal y no la del receptor que actuó en la diligencia.

### – Juramento

Antes de prestar la declaración, el testigo debe prestar juramento, y lo debe hacer bajo la fórmula prevista en la ley para el caso de la prueba testimonial (art. 390).

### – Declaración

a) ¿Ante quién y cómo debe prestarse la declaración? De acuerdo al art. 388, el juez puede delegar en el secretario del tribunal la diligencia, salvo que alguna de las partes pida que sea el juez quien reciba por sí mismo la declaración del absolvente. En la práctica es el receptor quien dirige la diligencia.

b) ¿Quiénes pueden estar presentes en la diligencia? Además del absolvente, puede estar presente en la diligencia su abogado y mandatario judicial. También puede estar presente la parte que solicitó la prueba, su abogado y mandatario judicial (art. 392).

c) Dinámica: Una vez prestado el juramento legal, se debe proceder a abrir el sobre que contiene las posiciones que deberá absolver el citado. Cabe volver a tener presente que según el art. 386 las posiciones podrán ser expresadas en forma asertiva o interrogativa, pero siempre en términos claros y precisos, para que puedan ser entendidas sin dificultad, debiendo estar referidas a hechos objeto del debate (art. 385.1). He aquí la relevancia que cabe reconocer a la asistencia del abogado del absolvente, asesorando a la parte en defensa de sus derechos, pudiendo objetar las preguntas formuladas que estime no cumplan con tales exigencias. Las objeciones planteadas serán incidentes que deben resolverse de inmediato una vez evacuado el traslado respectivo; una vez dictada resolución en el sentido de que deben contestarse las preguntas, si se niega procede el apercibimiento legal.

De acuerdo al art. 391 CPC la declaración debe prestarse inmediatamente, de palabra y en términos claros y precisos, sin subterfugios ni respuestas no

concluyentes, esto es, que carezcan de la debida y posible claridad y precisión, aunque no se aprecie un ánimo evasivo (De la Oliva, A.). Si se tratara de hechos personales, deberá prestarse afirmándolos o negándolos. El tribunal podrá admitir la excusa de olvido de los hechos, en casos calificados, cuando ella se funde en circunstancias verosímiles y notoriamente aceptables. Podrá el confesante añadir las circunstancias necesarias para la recta y cabal inteligencia de lo que se declara. Por último, si el confesante es sordo o sordomudo podrá escribir su declaración, o podrá aplicarse el art. 382, esto es, la declaración será recibida por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con él por medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos.

Según el art. 394.3 CPC el interrogado podrá solicitar un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder: el tribunal se lo dará siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y el tribunal lo estime indispensable, o consienta en ello la parte que ha solicitado la diligencia. La parte que ha solicitado la diligencia puede, antes que ésta termine y después de prestada la declaración, pedir que se repita si hay en las respuestas dadas algún punto obscuro o dudoso que aclarar (392.2).

### – Documentación del acto

Se aplica la norma prevista en la prueba testimonial (art. 395 en relación con art. 370): las declaraciones se materializan verbalmente, pero se consignan por escrito, conservándose en cuanto sea posible las expresiones de que se haya valido el confesante, reducidas al menor número de palabras. Después de leídas por el receptor en alta voz y ratificadas por éste, serán firmadas por el juez, el declarante, y las partes, si están presentes, autorizándolas el receptor.

### Ejemplo de acta:

En Talca, a trece de julio de dos mil diez, a la hora señalada en autos, se procede a efectuar la diligencia de absolución de posiciones decretada en autos con asistencia del abogado y apoderado don Juan Esteban Vargas López, por la parte demandante, y de la absolvente doña Ana Lucía Madariaga Rojas la que fue previamente juramentada por SS. y se procedió a abrir por el Tribunal el sobre que contiene el pliego de posiciones y se procedió:

Comparece doña Ana Lucía Madariaga Rojas, Rut. 8.263.890-3;

Al punto N° 1 responde: No es efectivo, no firmé contrato;

Al punto N° 2 responde: Soy representante de Camasa Ltda., pero no firmé el contrato;

Al punto N° 3 responde: Tampoco, no firmé el contrato;

Al punto N° 4 responde: Tampoco, no conozco a la señora María Contreras;

Al punto N° 5 responde: Tampoco, no firmé el contrato;

Al punto N° 6 responde: No es efectivo, no le adeudo ninguna cantidad.

Se pone término a la diligencia, firmando los comparecientes, previa lectura, con el tribunal y ministro de fe que autoriza

(Firman el juez, el receptor, el absolvente y demás comparecientes)

#### 4. Valoración

En cuanto a la valoración, debe distinguirse entre la confesión extrajudicial y la confesión judicial. Respecto de la primera, nuestro legislador (art. 398) dispone varias posibilidades según sea el caso: puede ser base de una presunción judicial, constituir una presunción judicial grave (caso en que deberá tenerse a la vista lo prescrito en el art. 426.2), incluso llegar a hacer plena prueba si las circunstancias legalmente previstas se cumplen.

En síntesis:

- Confesión extrajudicial verbal: sólo será admisible en los casos en que sea admisible la prueba de testigos y en tal caso puede ser base de una presunción judicial.
- Confesión extrajudicial escrita: tiene el valor de la prueba instrumental.
- Confesión extrajudicial prestada en presencia de la parte que la invoca: será estimada siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados.
- Confesión extrajudicial prestada ante juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción: será estimada siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados.
- Confesión extrajudicial prestada en otro juicio diverso: será estimada siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. Se ha fallado por nuestra CS que si se trata de una confesión prestada en juicio diverso, ésta puede ser valorada como presunción y ya se ha dicho reiteradamente por este

tribunal, que los jueces del fondo son soberanos para apreciar el valor de las presunciones y por ello no es posible fundar el recurso de casación en el fondo por infracción al artículo 1713 CC (CS 24 de abril de 2007, Rol N° 1.173-05).

- Confesión extrajudicial prestada en otro juicio diverso, pero seguido entre las mismas partes que litigan: podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así.

Respecto a la valoración de la confesión judicial, reciben aplicación los arts. 399 y 400. De acuerdo a estas normas, la confesión tácita produce los mismos efectos que la expresa. Además, sea que la confesión judicial haya versado sobre hechos personales o no personales tiene el valor de plena prueba contra la parte confesante. Tratándose de la confesión sobre hechos personales, por remisión hecha al art. 1713 CC; tratándose de la confesión sobre hechos no personales, por disponerlo así el art. 399.2, que vino a llenar un vacío de la norma del CC. Existe, con todo, una diferencia entre ambos casos: en el primer caso (confesión referida a hechos personales), la ley dispone que no se recibirá prueba contra hechos personales claramente confesados por las partes (art. 402.1), por lo que a juicio de una mayoría de la doctrina y jurisprudencia esta prueba primaria por sobre cualquiera otra en el evento de existir pruebas contradictorias, circunstancia que justificaría que se le conozca bajo la denominación de *probatio probatissima* o *maxima omnium probationum*. Esta conclusión ha sido negada en algunos fallos y por algunos autores que han afirmado que en el caso que existan otras pruebas de igual valor que se encuentren más conformes con la verdad deberá el juez preferirlos a ellos, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 428 CPC que se refiere al examen comparativo de las pruebas.

Respecto al caso de la confesión judicial referida a hechos no personales la aplicación del citado art. 428 no es dudosa; de hecho se ha fallado que si a la confesión judicial tácita se contraponen la prueba instrumental y la prueba testifical, el tribunal debe preferir la que crea más conforme con la verdad. Primará la confesión si ella concuerda con los demás antecedentes del proceso.

#### c) Confesión tácita

Al anotar las distintas clasificaciones que la doctrina hace de la confesión hemos señalado que una de ellas distingue entre la confesión expresa y tácita. La primera es la que se realiza explícitamente, mientras que la

segunda, conocida como *facta confessio*, es la que se produce como consecuencia que se cumplan las hipótesis previstas por el legislador en el marco del procedimiento de absolución de posiciones. Es una ficción ya que se presenta justamente en ausencia de una confesión expresa.

Pues bien, tales hipótesis son dos, a saber:

*1. El absolvente compareció, ya sea en la primera o segunda citación, pero se niega a declarar o da respuestas evasivas*

La negativa a declarar, podrá ser expresa o tácita. Será expresa si compareciendo señala que no dará respuesta a las preguntas; será tácita de sus actos se desprende: por ejemplo, se retira de la audiencia tras prestar el juramento. Se ha fallado que no cae en esta hipótesis el absolvente que no contesta alguna de las preguntas que se le formulan por estimar que no cumplen con exigencias legales y la parte solicitante de la diligencia, presente en el acto, no ha formulado objeción alguna, ni ha pedido al juez que resuelva al respecto.

Las respuestas evasivas son aquellas que buscan eludir la pregunta que se le está formulando: evitan responder efectivamente la pregunta. En estos casos, el absolvente no tendrá la intención de responder, entregando sólo respuestas ambiguas o vagas con el claro propósito de no responder realmente. En este caso se ha fallado que es necesario que la parte solicite al tribunal que declare evasivas las respuestas y que el tribunal dicte una resolución teniendo a la parte por confesa: la calificación de si una respuesta es evasiva o no corresponde exclusivamente al tribunal. También se ha fallado que cuando la respuesta del absolvente es "incongruente" con la pregunta formulada, tanto el juez como la parte que ha solicitado la diligencia probatoria pueden hacer las observaciones que estimen conducentes para aclararla o explicarla, de suerte tal que si así no ocurre podría solicitarse en la misma audiencia la repetición de lo declarado, pero no procede hacer efectivo el apercibimiento del art. 394 aplicable al caso de las respuestas evasivas.

*2. El absolvente no comparece en la segunda citación*

Recordemos que no existe sanción alguna frente a la inasistencia en la primera citación. Lo que se debe hacer es pedir al receptor que certifique ese hecho. Con ella, la parte solicitante debe presentar un nuevo escrito en

el cual solicite citar por segunda vez a absolver posiciones, señalando expresamente que esta segunda citación se realice bajo el apercibimiento del art. 394. Si el absolvente no comparece tampoco en esta segunda citación realizada en la forma recién señalada, tendrá que presentar la parte interesada un escrito en el cual pida que se tenga por confeso al absolvente respecto a las preguntas formuladas en forma asertiva. El art. 394.1 no lo deja a la discrecionalidad del juez, sino que hace obligatoria la declaración de la confesión tácita, cumpliéndose los requisitos y mediando petición de parte.

Para el legislador es importante la forma en que están redactadas las preguntas. En efecto, si están redactadas en forma asertiva, frente a las hipótesis antes apuntadas, operará la confesión tácita: se tendrá al absolvente por confeso respecto de las preguntas formuladas en forma asertiva. Si las preguntas no se encuentran redactadas en forma asertiva sino que en forma interrogativa, recibe aplicación el art. 394.2, que recoge para este caso sanciones: multas o arrestos y suspensión del pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión de preste, todo a solicitud de parte también. En consecuencia, en este último caso no se está frente a la confesión tácita.

Respecto a las hipótesis de la confesión tácita algunos autores han criticado que parece muy poco aceptable que la consecuencia de guardar silencio sea más negativa que la de mentir con algo de habilidad. Es decir, si el litigante declara sobre unos hechos, pero miente, el juez no tendrá en cuenta su declaración; en cambio, si guarda silencio (o no comparece) el juez le tendrá por confeso (Nieva, J.).

*d) Vicios del consentimiento y confesión: retractación*

Al iniciar la explicación señalamos que la confesión es una declaración de voluntad que emana de una parte del proceso con conciencia de que está reconociendo un hecho que le perjudica y le favorece a la contraria. Este elemento subjetivo o intencional, que se conoce como *animus confitendi*, debe estar siempre presente en la confesión. Por eso es que se señale que carecería de valor una confesión si ella ha sido prestada con fuerza o hubo error en cuanto al objeto de ella.

Estrechamente vinculado a este elemento subjetivo de la confesión se encuentra la posibilidad —excepcional— de revocación de la misma. En tér-

minos generales, se puede señalar que una confesión que ha sido prestada con un vicio del consentimiento puede ser excepcionalmente revocada, aplicando las reglas de la nulidad procesal. Sin perjuicio de ello, nuestra ley procesal civil se hace cargo específicamente solamente del error de hecho como un vicio que puede afectar la confesión, permitiendo su revocación en los términos del art. 402 CPC.

En efecto, señala nuestra ley que se admitirá prueba (incluso podrá abrirse un TP especial si el tribunal lo estima necesario y ya ha expirado el TP) cuando el absolvente alegue para revocar su confesión que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia. Esta regla resulta aplicable tanto respecto de la confesión judicial acerca de hechos personales y no personales, pero en este último caso la confesión puede ser dejada sin efecto haya o no incurrido el confesante en error de hecho pues no existe a su respecto la limitación del inciso 1° del art. 402.

En doctrina extranjera la expresión “revocación” (o retractación) que se utiliza a estos efectos resulta errónea. De hecho se postula el principio de irrevocabilidad de la confesión que también es predicable respecto de nuestra regulación. Lo que corresponde en los casos a los que se ha hecho referencia es hablar de invalidación, sea que se trate de un caso de error, o bien de fuerza o dolo como vicios. El único caso de revocación verdadera, entre nosotros, estaría dado por la retractación en el caso de la confesión judicial sobre hechos no personales, donde según lo señalado procederá la revocación haya o no incurrido el absolvente en un error de hecho. En los casos en que no haya incurrido en error de hecho estaremos frente a una verdadera revocación.

#### *e) (in) Divisibilidad de la confesión*

La confesión prestada, por regla general, es “indivisible”, lo que significa que la parte no puede aceptarla sólo en lo que le beneficie para rechazarla en lo que ella le sea desfavorable. Esta regla de la indivisibilidad se recoge en el art. 401 CPC, que dispone que, en general, el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante. En otras palabras, lo que la indivisibilidad de la confesión impone es que no se la puede aceptar como verdadera en aquella parte que beneficia a la parte interesada y, al mismo tiempo, impugnar su sinceridad en su otra parte que es perjudicial al litigante que invoca la confesión. La confesión debe aceptarse íntegramente, en su conjunto.

Ahora bien, la regla de la indivisibilidad de la confesión debe ser necesariamente atenuada en algunos casos justificados en donde la confesión puede dividirse. A estos efectos resulta útil y necesario traer a colación una distinción que viene a sumarse a las clasificaciones de confesión que hemos anotado en el marco de la explicación de este medio de prueba. Nos referimos a la distinción entre confesión simple (pura y simple), calificada y compleja.

a) La confesión simple: el confesante afirma un hecho que es contrario a su interés, sin efectuar agregaciones o modificaciones de ninguna especie. Por ejemplo: El absolvente reconoce que recibió la suma de dinero a título de mutuo. Por su propia naturaleza, esta clase de confesión será siempre indivisible.

b) La confesión calificada: el confesante afirma un hecho que es contrario a su interés, pero lo califica jurídicamente. En el ejemplo antes anotado, el absolvente reconoce que recibió la suma de dinero que se le señala, pero agrega que la recibió a título de donación y no de mutuo. En este caso también se trata de una confesión indivisible, ya que no es posible separar lo que el confesante ha agregado. La confesión calificada supone un hecho único que, por lo mismo, no puede dividirse: lo que sería mutuo o comodato o depósito, según una, sería donación, según la otra; en todo caso, el hecho es uno solo (Rioseco, E.).

Se ha fallado por nuestros tribunales que la confesión simple y calificada no se dividen en ningún caso según la ley procesal.

c) La confesión compleja: el confesante afirma un hecho que es contrario a su interés, pero le agrega otros hechos que le son favorables. Es esta la principal diferencia con la confesión calificada: la agregación de un hecho, que sólo acontece en la confesión compleja. Tales hechos que son agregados pueden estar o no estar vinculados al primer hecho que se reconoce. Si los hechos que son agregados pueden existir con independencia del hecho controvertido que ha sido confesado, se debe hablar de confesión compleja de primera categoría: el absolvente reconoce que recibió la suma de dinero, pero agrega que nada debe puesto que la contraparte recibió igual suma, también a título de mutuo, habiendo operado la compensación. Si los hechos agregados por el confesante se encuentran unidos al hecho controvertido confesado, se habla de confesión compleja de segunda categoría: el absolvente reconoce que recibió la suma de dinero que se le señala, pero agrega el hecho de que ya la pagó. Se ha fallado que la confesión debe admitirse tal cual ha sido prestada, ya que las circunstancias adicionales constituyen un solo todo, inseparable con el hecho controvertido confesado.

En el plano legal, el art. 401, tras reconocer la regla de la indivisibilidad, señala que podrá dividirse la confesión:

– Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí (es el caso de la confesión calificada de primer grado).

– Cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros (es el caso de la confesión calificada de segundo grado), la contraparte prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado. Vale decir, en esta segunda hipótesis, la regla general sigue siendo la indivisibilidad de la confesión, a menos que se pruebe la falsedad de los hechos ligados agregados por el confesante. La carga de la prueba recae en la parte que desea invocar la confesión, y no en el confesante.

Bien se ha dicho por la doctrina y reconocido por nuestros tribunales que la razón por la cual la ley ha establecido la indivisibilidad de la confesión es la de no invertir el rol jurídico de la prueba, puesto que si fuese divisible la parte requirente se eximiría del *onus probandi* respecto del hecho confesado y el confesante quedaría gravado con el peso de la prueba respecto a los hechos que agregaré y que no aceptara el contendor. En otras palabras, el requirente ha tenido el peso de la prueba del hecho que la otra parte confiesa, y una vez confesado se exime de probarlo. A su vez el confesante, que agrega otros hechos destinados a destruir o modificar los efectos del hecho controvertido que se ha confesado, ha tenido también el *onus probandi* de su existencia o modalidades, y si al declararlos en la confesión éstos no se consideran por el tribunal, quedaría gravado con el peso de su demostración, mientras que la parte requirente de la prueba aparecería relevado de la suya. De allí que se diga que la indivisibilidad resguarda, también, el que no se produzca alteración en la equitativa distribución de la carga de la prueba (Rioseco, E.).

#### *f) Perspectivas de reforma en la materia: tránsito hacia la declaración de parte como medio de prueba*

##### *1. Problemas actuales y fórmulas a considerar*

Al inicio de la explicación aludimos a la importancia de la parte como fuente de prueba recordando que son seguramente ellas quienes estarán

mejor informados sobre lo acaecido. Aludimos también a la desconfianza que existía a su respecto, por el evidente interés que tiene la parte, pero junto a ello anotamos, junto a la mejor doctrina, que la declaración de la parte debiera ser debidamente valorada atendida su potencialidad de acercarse a los hechos de manera más adecuada. Con todo, tratándose del tratamiento legal criollo debemos reiterar la necesidad de darle un cambio que lo lleve a abandonar el tradicional modelo de absolución de posiciones por el modelo de declaración de parte como medio de prueba.

En efecto, nuestro modelo tradicional de absolución de posiciones se encuentra agotado y superado en el Derecho comparado, resultando claramente insuficiente tanto en el fondo como en la forma. Simplificando la explicación, identificamos dos tipos de problemas respecto del modelo actual:

##### *a) La autoinculpación: objeto de la prueba de confesión judicial provocada*

El restringido objeto asignado a esta prueba es fuente de limitaciones para la obtención de un mejor resultado. Lo que se persigue al solicitar la declaración del otro litigante es que éste reconozca (“confiese”) como ciertos y efectivos determinados hechos que, guardando relación con el objeto del juicio, le sean perjudiciales, y que producto de tal reconocimiento se produzca su fijación a los efectos del proceso. Esta es la base sobre la cual se diseña esta prueba en nuestro modelo, sobre ella gira toda la regulación legal, y aquí radica parte relevante del problema. Fuera de esta finalidad “autoinculpatoria” no hay más, por lo que fracasando este único propósito, que es bastante normal en la práctica forense, esta prueba termina perdiendo utilidad a los efectos del proceso, especialmente a efectos de la valoración de la prueba. De hecho, la prueba confesional no sirve prácticamente para nada, salvo que no comparezca el absolvente a la segunda citación. Cuando se produce un litigio, en la inmensa mayoría de los casos las partes van con una postura que no modifican en esta prueba, la que pareciera preparan con mucha antelación para no “errar” en las respuestas.

Detrás de esta concepción de la prueba está la filosofía que inspira la regulación de la confesión judicial, heredada de la legislación española del siglo XIX, en la cual esta prueba se encontraba muy arraigada. Esta filosofía no es otra que la consideración de la confesión judicial más que como un medio de prueba como una especie de acto de disposición de la parte sobre el hecho confesado, sostenido en la misma *ratio* por la que los litigantes disponen de sus derechos. Vale decir, la confesión judicial no tiene tanto por finalidad una declaración de conocimiento como una declaración de voluntad bastante

cercana a la figura de un “negocio jurídico procesal”. Es una concepción negocial de la confesión. Las normas de valoración de la prueba (arts. 399 CPC y 1713 CC) lo refrendan. Este esquema despreja la utilidad que puede prestar el interrogatorio de una de las partes, ya no como la búsqueda de la confesión judicial, sino como una fuente de información privilegiada para el Tribunal.

El perjuicio para la parte que ha instado la prueba es innegable, pues debe conformarse con ver cómo el éxito y utilidad de la misma queda a disposición de la parte contraria que presta la declaración. Todas las esperanzas se concentran así en la incierta aplicación de la confesión tácita. Creemos que reservar la utilidad de la prueba a este solo caso es un antecedente bastante demostrativo de la necesidad de introducir cambios, ampliando su objeto y el ámbito de sujetos que pueden declarar y aportar al tribunal información relevante. Una futura regulación debiera saber compatibilizar la típica finalidad autoinculpatoria con la finalidad de información que se espera de todo medio de prueba. En otros términos, a la finalidad de determinación de hechos como ciertos mediante el reconocimiento de ellos por la parte a la que son perjudiciales, se debiera sumar una finalidad informadora mediante la cual se la concibe abiertamente como un verdadero instrumento probatorio para dar a conocer unos hechos de relevancia para el proceso que son desconocidos para el tribunal.

#### b) *Un procedimiento encorsetado por la regla de la escritura*

El muy arcaico procedimiento de la prueba es otro factor problemático. Estimamos que la valoración que se realice en este punto debe hacerse a partir de una constatación fundamental: esta prueba es la única posibilidad de que las partes se integren a la actividad probatoria, siendo, a la vez, sujetos de prueba, lo que es muy importante si se considera la imagen que posee la ciudadanía respecto de la Justicia civil. Es de particular importancia poner atención a la forma a través de la cual la parte entra en contacto con el tribunal.

Dicho eso, cabe preguntarse si el procedimiento responde a los básicos requerimientos que desde la razonabilidad que debe caracterizar a toda la regulación procesal pueden plantearse. Sin necesidad de reproducir aquí todo el *iter* procedimental que debe recorrerse creemos que la respuesta negativa se impone con facilidad. Debemos decir que la regla escrita tiene mucho que ver en ello, pues impone una serie de trámites que resultarían derechamente prescindibles bajo un modelo de prueba oral como el que venimos postulando. En el esquema actual los pliegos de posiciones constituyen el alma de esta prueba.

En lo que respecta al interrogatorio propiamente tal, el protagonismo corresponde a los receptores (arts. 390 COT y 388 CPC), siendo de extraña ocurrencia

que el propio juez reciba personalmente las declaraciones del absolvente. En efecto, el trámite del juramento legal, en los hechos, se convierte en el único momento en el cual la parte que va a declarar visualiza al juez de la causa.

Juramentada la parte, los intervinientes en el acto toman su lugar en alguna sala que esté disponible del tribunal y el ministro de fe encargado de la actuación luego de abrir el sobre que contiene las posiciones, que se ha mantenido en reserva hasta este momento, comienza su lectura en busca de las respuestas del declarante. A cada una de las posiciones debe responder la parte de palabra, pero ello no debe llevar a error, pues el carácter oral de la contestación no altera la naturaleza del sistema encuadrado en una serie de actos escritos que son los que dan el carácter al acto. La respuesta del declarante está limitada por el tenor de la pregunta, si se trata de hechos personales debe responder sólo afirmándolos o negándolos (si es efectivo o no es efectivo), sin perjuicio de añadir las circunstancias que estime necesarias para la comprensión de lo declarado. La representación de la otra parte puede comparecer al acto y presenciar la declaración, aunque sólo puede hacer las observaciones que considere convenientes para aclarar, explicar o ampliar las preguntas formuladas. Sólo luego de prestada la declaración y antes de finalizar la diligencia, puede pedirse repetición del interrogatorio si hay en las respuestas algún punto oscuro o dudoso que aclarar.

Es nuestro parecer que esta regulación, además de estar subutilizada en la práctica, es demasiado rígida y muy poco favorecedora de la espontaneidad que requiere un acto que aspire a aportar al juez información fiable. En los términos que se concibe por la ley y se materializa en la práctica forense, esta prueba no pasa de ser un mero ritualismo formalista concebido más para molestar a la contraria, tratando de hacerla caer en la trampa en que se intenta transformar el pliego de posiciones. La regulación hoy vigente es limitativa de las mejores posibilidades de la prueba. Además, que el interrogatorio esté previamente escrito y afinado es un obstáculo para la prueba, la rigidiza impidiendo la naturalidad de lo que debiera ser un interrogatorio espontáneo, adaptable o moldeable a las distintas respuestas que fuera dando el declarante, garantizándose así la integridad de una declaración de parte no preparada. Se trata así de una prueba encorsetada por la forma escrita.

#### 2. *Propuesta en el Proyecto*

La propuesta hace referencia a la prueba de “declaración de las partes” y señala que cada litigante podrá solicitar al juez la declaración oral de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guar-

den relación con el objeto del juicio. No se hace referencia, sin embargo, a la posibilidad de que el interrogatorio se refiera a hechos no personales del interrogado (como sí ocurre actualmente) o a la posibilidad del interrogatorio de terceros tal como acontece en legislaciones más modernas que buscan combinar la finalidad autoinculpatoria con la finalidad de información que se espera de todo medio de prueba. Tratándose de la declaración sobre hechos no personales llama la atención, dado que en un modelo que cambia la perspectiva de la concepción tradicional de la "confesión judicial"

se resuelve más fácilmente y con mayor coherencia el tema de la prueba sobre hechos no personales, con tal que estén ligados al objeto del juicio y de explicación o razón del origen de su conocimiento sobre ellos. Ello, sin perjuicio de que la parte proponga que conteste la pregunta —por vía de sustitución— un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos interrogados, aceptando todas las consecuencias de tal declaración, como acontece en la nueva normativa procesal civil española.

Se echa de menos también en la propuesta una regulación específica para el caso de la declaración de personas jurídicas, que evite que la información que se aporte por la declaración de un representante que no haya intervenido en los hechos controvertidos en el proceso finalmente resulte inútil para la adecuada y completa ilustración del tribunal. Una declaración así no aparece útil, al estar modelada y, fundamentalmente, por carecer de los detalles y explicaciones que sólo posee la persona que intervino personalmente en los hechos. Debiera contemplarse, en remedio de este problema, la citación al juicio de la persona o personas que efectivamente intervinieron en nombre de la persona jurídica.

Destacable es que se prevea que el interrogatorio deba realizarse sin admisión de pliegos, introduciendo mayores grados de libertad y flexibilidad, marcando distancia de la anticuada, encorsetada y rígida prueba de absolución de posiciones. Se vislumbra una concepción antiformalista que guarda estrecha vinculación con el modelo procesal oral que se está proponiendo. A la rigidez generada por un exceso de ritualismo la propuesta pretende responder, a partir de la opción por la oralidad y la inmediación efectiva, con mayor libertad, flexibilidad y espontaneidad. En efecto, sin la admisión de pliegos debe desaparecer la imposibilidad de "modular" el interrogatorio inicialmente concebido de conformidad con las respuestas que en el acto vaya dando la parte que declara.

Respecto a la sanción prevista por la falta de colaboración de la parte citada (no comparece o compareciendo no declara o da respuestas evasivas), se señala que el juez podrá establecer, conforme a las reglas de la sana crítica (que se postula como la nueva regla general en materia de valoración probatoria), como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. La norma propuesta no obliga al tribunal a tener como ciertos esos hechos, sino que le confiere una facultad. Debe ser destacado el esfuerzo por compatibilizar el instituto de la *ficta confessio* con un modelo que se inclina por la oralidad, donde en los casos de incomparecencia de la parte citada, por lógica no se van a formular preguntas, precisamente por no existir el sujeto llamado a responderlas. A nuestro juicio, al momento de proponer la prueba debiera establecerse con suficiente claridad y precisión los hechos sobre los que versará la declaración de la parte, lo que guarda coherencia con la exigencia de que en la citación se aperciba a la parte acerca de los efectos de su falta de colaboración, determinándose los hechos sobre los cuales se requiere su declaración. Tratándose del caso en que la citada no contesta o lo hace no en los términos exigidos, el juez podrá (insistimos en que se plantea como una facultad) llegar a considerar como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración.

Para algunos la propuesta significa avances, pero no logra escapar completamente de la lógica de la prueba legal o tasada propia del actual sistema, puesto que sólo regula la declaración forzada de la parte, sin disponer nada sobre la declaración voluntaria, no obstante apuesta por la valoración según las reglas de la sana crítica. Se repite, en consecuencia, similar omisión que se aprecia ya en materia de procesos de familia y del trabajo, lo que ha sido entendido en los hechos como una prohibición para que las partes puedan declarar voluntariamente como un medio de prueba más (Marín, F.). Bien se han planteado una serie de interrogantes: ¿Qué sentido tiene impedir a las partes declarar voluntariamente? ¿Cómo se le explica a una persona —que ha sufrido daños graves por la negligencia del demandado— que no puede exponer directamente al tribunal, con valor probatorio, lo que vio, escuchó o sufrió, a menos que el demandado se lo permita al pedir su declaración forzada? ¿Es valioso que el tribunal se prive de la posibilidad de conocer información pertinente de boca de los propios protagonistas del conflicto? Si lo que se busca es ganar en la calidad y riqueza de la información con que cuenta el juez sobre los hechos, debiera contemplarse la declaración voluntaria, se concluye.

## D) PRUEBA PERICIAL

### a) *El perito y la pericia*

#### 1. *Necesidad y objeto*

La necesidad de recurrir al perito y la pericia está en relación a aquellos casos en los cuales para ilustrarse en torno a los hechos de la causa es necesario el empleo de conocimientos técnicos o científicos especiales que van más allá de la cultura media y de los cuales el juez generalmente no dispone. Obviamente, no sobra dejarlo establecido desde un inicio, el recurso a la pericia implica sólo integrar el conocimiento que el juez requiere para decidir, pero no implicará delegar la decisión en el perito (Comoglio, L.; Corrado, F.; Taruffo, M.).

También cabe precisar tempranamente que no tiene importancia la circunstancia que el juez de la causa cuente, por las razones que sean, con la formación y calificación técnica o científica especializada para analizar la situación fáctica concreta. En efecto, esta formación y calificación especializada le podrán servir sólo a la hora de valorar la prueba pericial, pero no puede ser fundamento para una negativa frente a la solicitud de una de las partes interesadas en que se practique esta diligencia probatoria. Bien se ha señalado que la legitimidad del resultado de la prueba pericial requiere que las partes tengan la posibilidad de participar en su formación (Marinoni, L.; Cruz, S.). Además, el informe pericial, en tales casos, permitirá al juez reforzar o contrastar sus conocimientos particulares con los de los peritos. En todo caso, no es una situación habitual, ya que lo normal será que el juez no posea esa formación y calificación especializada.

En cuanto al objeto de la pericia, se coincide en la doctrina en señalar que ella se limita a los hechos controvertidos para cuya apreciación se requieran de conocimientos especiales y el derecho extranjero, además de que puede ser múltiple: a) una actividad de contribución a la correcta comprensión de los hechos, para aquellos supuestos en los que la correcta comprensión de los hechos exige conocimientos especializados; b) una actividad de deducción, que permite extraer conclusiones que únicamente pueden ser determinados en virtud de conocimientos especializados, o c) una individualización de

máximas de la experiencia especializadas, ya que se pide al perito sólo la indicación de las señaladas reglas especializadas, para que el juez las pueda tomar en consideración en el momento de valoración de las pruebas.

Nuestra ley (art. 411), respecto al objeto de la pericia, dispone que puede oírse informe de peritos:

a) Sobre algún punto de hecho cuya apreciación requiera los conocimientos especiales de alguna ciencia o arte;

b) Sobre algún punto de derecho referenté a alguna legislación extranjera.

Los hechos objeto de la pericia son siempre complejos para una persona con cultura común. La complejidad de los hechos objeto de la prueba pericial radica en que deben utilizarse máximas de la experiencia especializadas para conocer o apreciar su exacta significación. La valoración o la certeza del hecho sólo la pueden dar a conocer personas especialistas que posean aquellas máximas de la experiencia (Font, E.).

Respecto al derecho extranjero, junto con ser una excepción a la regla de que el derecho no es objeto de prueba, se ha fallado que un peritaje a su respecto prueba la existencia y texto de esas leyes, pero no su alcance; su interpretación y aplicación al testamento materia del juicio incumbe privativamente a los tribunales chilenos.

Lo anterior, sin perjuicio de los casos donde obligatoriamente, por disponerlo así la ley, debe "oírse" informe de peritos (arts. 409 y 410). Ejemplos pueden encontrarse en los arts. 314, 460, 848, 855, 1335, 1998, 2002 y 2397 del CC; y 347, 350, 438 N° 2, 571, 602, 657, 761 y 865 del CPC. Cabe anotar que la omisión del informe pericial en los casos que la ley lo exige genera que la sentencia dictada sea susceptible de ser anulada por la vía del recurso de casación en la forma, por la omisión de una diligencia probatoria que acarrea indefensión (arts. 768 N° 9 y 795 N° 3). Se ha fallado que es obligación para el tribunal decretar el nombramiento de perito cuando así lo ordena la ley o se ordene resolver en juicio práctico o previo informe de peritos, y resulta facultativo en los demás casos.

#### 2. *Fungibilidad: diferencia principal con los testigos*

Al igual que acontece con la prueba testimonial, la pericia es también una prueba personal. Mientras la primera gira en torno a los testigos, la segunda lo hace en torno a los peritos. Con todo, existen diferencias entre éstos.



Además de la posesión de conocimientos técnicos o científicos especiales por el perito, que el testigo no tiene (salvo el testigo-perito, al cual ya hicimos referencia), éste se diferencia de la situación del testigo fundamentalmente por su fungibilidad que viene a oponerse a la infungibilidad que caracteriza a los testigos. En efecto, la declaración sobre percepciones propias relativas a los hechos objeto de la prueba hace a los testigos insustituibles (infungibles), al contrario de lo que ocurre con los peritos que no tienen un conocimiento directo de los hechos antes de intervenir en el caso. Los peritos y sus conocimientos resultan ser fuente de prueba en razón de un vínculo que surge no con anterioridad al proceso, sino que con ocasión del proceso. De ahí que perito pueda ser cualquier persona, supuesta su capacidad y supuestos sus conocimientos especializados (Font, E.).

La capacidad de los peritos para intervenir en el proceso deriva no del hecho de haber percibido a través de sus sentidos hechos relativos al proceso al que es llamado, sino de su especial cualificación técnica, esto es, por poseer conocimientos especiales que permiten valorar técnicamente hechos relevantes en el proceso. El perito realiza una valoración técnica de los hechos objeto del informe, mientras que el testigo lo que hace es efectuar una descripción de los hechos percibidos a través de sus sentidos. Por eso es que se impone la condición de experto profesional o técnico del perito en la materia que debe dictaminar, siendo el elemento más relevante de la "capacidad" del perito (art. 413 N° 2) y no del testigo.

Se ha dicho acertadamente que debe controlarse que el perito posea los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia de que se trate. No es suficiente que se halle en posesión de un título profesional, sino que, es necesario que acredite solvencia en la práctica de su profesión. También es muy útil que informe de su experiencia ante los tribunales, a fin de que se pueda valorar si es un perito habitual, o bien es un experto que se dedica a su trabajo cotidiano y que, excepcionalmente, colabora con los órganos jurisdiccionales (Nieva, J.).

### 3. Naturaleza jurídica: diferencias y coincidencias desde las máximas de la experiencia especializadas

Parece un lugar común referirse a la pericia como una actividad probatoria. De hecho, el art. 341 CPC considera al "informe de peritos" entre

los medios de prueba que pueden utilizarse en el proceso. Sin embargo, la doctrina extranjera ha discutido desde hace años la naturaleza jurídica del perito y la pericia, fundamentalmente a partir de la entrada en vigencia del *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 y de la opinión de Carnelutti, planteándose la discusión en torno a si estamos frente a un verdadero medio de prueba o bien se trata de un mero auxiliar del juez.

Para sostener que el perito es un mecanismo auxiliar del juez y no un sujeto de un medio de prueba, se dice que no suministra los hechos sobre los que ha de fundarse la resolución, sino que sobre unos hechos ya dados, complementa la capacidad de juicio del juez por la vía de proporcionarle unas máximas de la experiencia especializadas que desconoce o no sabe aplicar. Una manifestación de la posición que entiende a los peritos como auxiliares del juez serían las normas que facultan al tribunal a disponer, *ex officio*, un informe pericial (Picó, J.).

De otro lado se afirma que estamos frente a un verdadero medio de prueba. Una persona, con conocimientos especializados, los aporta al proceso para que el juez pueda valorar mejor los hechos relevantes del asunto. Lo específico de este medio de prueba es, de nuevo, la aportación al juicio de máximas de la experiencia especializadas que el juez, como individuo que forma parte de la sociedad, no tiene porque conocer, por muy amplios y nutridos que sean sus conocimientos profesionales. Si bien no se trata tanto de introducir una fuente de prueba, sino de apreciar o conocer una fuente ya introducida por las partes al proceso, no por ello deja de ser una actividad probatoria la que realiza el perito. Los informes periciales y las "máximas de la experiencia especializadas" que contienen, se relacionan por el juez con datos fácticos concretos para poder arrojar luz y claridad sobre esos datos, facilitando su comprensión, lo que supone un enriquecimiento de su conocimiento, permitiéndole arribar a las conclusiones que correspondan.

Nuestro legislador no resuelve la discusión. Es más, la normativa puede entregar argumentos a ambos sectores doctrinales. Por un lado, el art. 341 contempla al informe de peritos entre los medios de prueba; por el otro, el art. 412 permite que el informe de peritos pueda disponerse de oficio con mayor amplitud que la posibilidad que se brinda a las partes para solicitarlo al juez. De algún modo queda patente que se está frente a un medio de prueba bastante *sui generis*, que si bien presenta puntos de contacto con los

demás medios de prueba, también presenta peculiaridades que lo distinguen. Como sea, se ha fallado por nuestros tribunales que la pericia tiene por objeto fundamental auxiliar al juzgador, permitiéndole la adecuada apreciación de concretas cuestiones de hecho que requieren de conocimientos especiales. También han fallado, en este mismo sentido, que la pericia o informe pericial no está destinado a establecer el acaecimiento de tales o cuales hechos, sino que, atendida su naturaleza, se dirige a ilustrar al juez sobre hechos ya probados por otros medios y cuya apreciación requiere de conocimientos especiales sobre alguna ciencia o arte.

#### 4. Derechos y deberes de los peritos

Bien se señala en la doctrina que el deber fundamental del perito es desempeñar fielmente el cargo, con arreglo a sus conocimientos especiales. Así lo recoge también el legislador procesal patrio al disponer que el perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad (art. 417).

Del otro lado, el derecho de los peritos está dado por el cobro de honorarios (art. 411) que, en no pocas ocasiones, bien se ha apuntado, condiciona la utilización de este medio de prueba al encarecer el costo del proceso (Ramos, F.). De conformidad con lo dispuesto en el art. 411.2 CPC si la pericia ha sido solicitada por una parte, ésta deberá pagarla, a menos que el tribunal la estime necesaria para el esclarecimiento del asunto, caso en el cual deberá pagarse por ambas partes, en mitades. También deberán pagarla ambas partes si ella ha sido dispuesta por el tribunal, de oficio, o en aquellos casos en que ella procede obligatoriamente (arts. 409 y 410). Sin perjuicio, obviamente, de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas.

#### b) Iniciativa, procedimiento y valoración

##### 1. Iniciativa

El informe pericial puede ser dispuesto de oficio por el juez, en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán pedirlo dentro del término probatorio (art. 412).

Lo anterior debe entenderse, en lo que se vincula con la iniciativa de partes, sin perjuicio de la posibilidad que se solicite un informe de peritos por la vía de las medidas prejudiciales (art. 281). En lo que respecta a la iniciativa judicial de oficio, debe tenerse a la vista también lo dispuesto en el art. 159 N° 4 CPC en relación con las MMR, ya que el legislador ha contemplado entre ellas al informe pericial. En este caso, además, se ha previsto la posibilidad que las partes puedan apelar cuando el juez decreta como MMR un informe pericial, lo que constituye una excepción a la regla general que gobierna en la materia (art. 159 inc. final). Dicha apelación se concede en el solo efecto devolutivo.

En segunda instancia no procede, de conformidad con el art. 207, que las partes soliciten el informe de peritos.

#### 2. Procedimiento

##### – Procedimiento de nombramiento del perito

De acuerdo a los arts. 414 y siguientes del CPC, presentada que sea la solicitud de la parte, o bien decretado de oficio por el juez el informe pericial, el tribunal debe proceder a citar a las partes a una audiencia (fijando día y hora al efecto), que tendrá lugar con las partes que asistan y en la cual se perseguirá designar al perito, determinar su número, su calidad, aptitudes o títulos que deban reunir, y el punto o puntos sobre los que deberá recaer el informe de peritos. Corresponde tener presente que la apelación que se deduzca contra la resolución que cita a las partes a esta audiencia no impide que se proceda a la designación, y sólo después de efectuada, se llevará adelante el señalado recurso. Además, de acuerdo a nuestra legislación procesal civil los incidentes a que dé lugar el nombramiento de los peritos (y en general el desempeño de sus funciones) se tramitarán en ramo separado (art. 424), vale decir, en cuaderno de incidente.

Pues bien, si asistiendo las partes llegan a acuerdo en los puntos señalados, será eso lo que primará. Si concurriendo las partes, no se produce acuerdo entre ellas (o bien, no asisten todas las partes, caso en el que se presume no existe acuerdo: art. 415), será el propio tribunal quien designe al perito y resuelva sobre los demás aspectos. En cuanto a la designación del perito en esta hipótesis, el legislador dispone (art. 414.2) que dicho

nombramiento no puede recaer en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte. Además, en tal caso, el juez deberá realizar la designación de entre los peritos de la especialidad requerida que figuren en las listas que contempla el art. 417 (art. 416). La designación, en este caso, se pondrá en conocimiento de las partes para que dentro de tercero día deduzcan oposición, si tienen alguna incapacidad legal que reclamar contra el nombrado. Vencido el plazo señalado sin que se haya formulado una oposición, se entenderá aceptado el nombramiento.

El art. 413 CPC recoge las condiciones que, salvo acuerdo expreso de las partes, deben reunir los peritos. Una de estas condiciones es la posesión de un título profesional expedido por autoridad competente. La otra, es que la persona debe ser hábil para declarar como testigo (arts. 356, 357 y 358). Sin perjuicio de lo señalado, cabe tener presente que los testigos pueden ser inhabilitados por cualquiera de las causales de implicancia o recusación que afectan a los jueces, en cuanto sean aplicables a ellos (arts. 195 y 196 COT), por aplicación del art. 113.3.

En otras palabras, en este plazo, los peritos pueden ser tachados igual que los testigos, pueden ser objetados por no tener título profesional expedido por autoridad competente y pueden ser inhabilitados por alguna de las causales de implicancia o recusación de los jueces. Es una demostración que el legislador busca que los peritos sean lo más imparciales posibles para que sus informes sean lo más objetivos posibles.

Luego de vencido el plazo legal de oposición al perito designado, o habiéndose nombrado el perito por acuerdo de las partes, corresponde notificar al perito designado para que manifieste si acepta o no el cargo. Deberá señalarse al perito lo que deba ser objeto de su informe y el plazo en que deberá emitirlo (art. 420). Si acepta el cargo, que es lo habitual, deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad (art. 417), vale decir, actuando con la mayor objetividad que sea posible, tomando en cuenta tanto lo que pueda favorecer como lo que pueda perjudicar a cualquiera de las partes del juicio. Esta mencionada declaración deberá hacerse verbalmente o por escrito en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes.

*– Procedimiento del peritaje propiamente tal: reconocimiento e informe*

Una vez nombrado y prestado que sea el juramento, debe el perito indicar dónde va a realizar el reconocimiento, fijando día y hora, para que las

partes concurren, si así lo quieren. Dentro de lo deficitario de la regulación vigente, nos parece que ésta es una manifestación importante de la garantía procesal del contradictorio, donde el perito debe informar la fecha y el lugar en la cual desarrollará el reconocimiento y así hacer posible la participación de las partes. En la práctica, el perito designado presenta un escrito en el cual precisa esta información, y la resolución que recae en él se notifica personalmente o por cédula a las partes.

El reconocimiento pericial, aunque nada señala nuestra ley, puede ser de lugares, objetos o personas. Las partes que decidan asistir al reconocimiento del perito, pueden hacer las observaciones que estimen oportunas. Pueden las partes también pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero señala la ley que no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán presentes en ellas (cuando, obviamente, se trate de más de un perito). De lo obrado en el reconocimiento se debe levantar un acta (art. 419).

Realizado el reconocimiento, el perito debe evacuar el informe, por escrito, en emplazo que se le haya fijado por el tribunal. En efecto, los tribunales señalarán en cada caso el plazo en el cual deben los peritos designados evacuar el encargo en cuestión; y podrán en el caso de desobediencia apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos. Se ha fallado que el plazo que señala el tribunal para que el perito evacue su informe no es fatal, puesto que el vencimiento del término no extingue ningún derecho, sino que el tribunal puede adoptar algunas de las medidas antes señaladas.

Aunque la ley nada nos dice respecto del contenido del informe, se entiende que éste debe comprender la descripción de lo que haya sido objeto del informe, la relación de las operaciones realizadas, el resultado de las mismas y, por último, las conclusiones que se formulen, las cuales, bien se ha apuntado por la doctrina procesal, no deberán ser necesariamente categóricas, ya que la realidad objeto del informe pericial no siempre es susceptible de ser reducida a esquemas rígidos (Font, E.). Se ha fallado que carecen de valor legal y práctico los informes periciales en los que no se expresan los fundamentos de sus conclusiones.

Pues bien, en la práctica (frente al silencio legal) el informe pericial que se hace llegar es acompañado al proceso por el tribunal, con citación, y las

partes, dentro del plazo de citación, podrán formular objeciones. Se precisa por los autores y se ha fallado por los tribunales que las objeciones sólo pueden decir relación con aspectos formales o procesales (por ejemplo, se evacuó el informe sin haberse realizado el reconocimiento) y no con el mérito probatorio, pues es el juez quien valora el informe con arreglo al art. 425. Las consideraciones que se relacionen con aspectos de fondo (mérito probatorio) podrán efectuarse por las partes en el escrito de observaciones a la prueba.

El procedimiento civil vigente muestra un evidente déficit en lo que dice relación con el respeto a la contradicción procesal del informe pericial. La fórmula a seguir debiera contemplar que el perito deba exponer en una audiencia el informe, explicarlo, y responder a las preguntas y eventuales objeciones sobre el método, premisas y conclusiones.

### 3. Valoración

Apartándose el legislador de la regla que establece respecto de los demás medios de prueba, respecto al informe de peritos dispone que los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen pericial en conformidad a las reglas de la sana crítica (art. 425).

Cabe preguntarse cuál es la razón por la cual el legislador se aparta del sistema de prueba tasada en este caso, en donde pareciera que, *a priori*, correspondería que la ley vinculara al tribunal al informe pericial. En efecto, tratándose de informes periciales que recogen conclusiones fundadas en conocimientos especializados que escapan de los que poseen los jueces. Si el informe se ha dispuesto ante la necesidad de conocimientos especiales para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, pareciera bastante contradictorio que el juez pudiera valorarlo apartándose de sus conclusiones.

El caso es que el legislador entiende y considera que sin perjuicio de que el juez carezca de los conocimientos especializados aludidos, está desde luego habilitado para valorar sus fundamentos y conclusiones. Por lo tanto, en nuestra legislación procesal, como ocurre en la inmensa mayoría de las legislaciones de nuestro contexto cultural, el informe pericial no tiene carácter vinculante para el juez. Así se ha dicho que el recurso al auxilio

de un perito implica sólo una integración del conocimiento que requiere el juez para decidir, pero no implica en modo alguno que el juez delegue la decisión en el perito: el juez es el *peritus peritorum*, por lo tanto, le corresponde valorar el éxito de la pericia desarrollada y decidir sobre su utilización (Comoglio, L.; Ferri, C.; Taruffo, M.). En otros términos, la doctrina procesal resuelve la aparente contradicción señalando que el informe pericial no viene a acreditar irrefutablemente un hecho, sino simplemente un juicio personal o la convicción formada por el perito con arreglo a los antecedentes suministrados, por lo que no vincula en absoluto a los jueces, los que no están obligados a sujetarse al informe pericial (Picó, J.).

Ahora bien, que se deba valorar según las reglas de la sana crítica, importa que el juez de la causa deba motivar el razonamiento seguido para no aceptar o discrepar de las conclusiones del informe pericial, atendiendo, por ejemplo, a la coherencia interna y razonabilidad del dictamen (que sea inteligible y no contradictorio ni confuso), o si está de acuerdo o es muy contradictorio con otros antecedentes probatorios que obran en el proceso, sometiéndolo a un juicio crítico de credibilidad. Respetando esto, el juzgador es libre para valorar el contenido del informe pericial según las reglas de la sana crítica. Trátase de una libertad "razonada", que se distingue de la pura "arbitrariedad irracional" que está proscrita bajo esta fórmula.

Así lo ha resuelto la E. Corte Suprema en diversas ocasiones, la que además ha excluido el control de esta valoración de la pericia por la vía casacional. La apreciación del mérito probatorio del informe de peritos constituye una "cuestión de hecho" cuya estimación corresponde en forma soberana a los jueces de la instancia y no queda sujeta al control del tribunal de casación. Se trata, según el máximo tribunal, de una cuestión privativa de los jueces que deben valorar la prueba y no del tribunal que está llamado a controlar la legalidad de la valoración. De allí que los recursos de casación en el fondo no puedan prosperar (CS, 20 de enero de 2010, Rol N° 7.013-08).

Se ha resuelto sobre la "libertad razonada" a la hora de valorar los informes periciales: Que, en cuanto al error relativo a la vulneración de las normas concernientes a la prueba pericial, debe descartarse el quebrantamiento del artículo 411 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, pues en el presente caso los jueces sí han oído un dictamen de peritos, aun cuando discreparan de sus conclusiones, ponderando dicha prueba, conforme a las reglas de la sana

crítica, que no son otras que aquellas constituidas por la lógica y las máximas de la experiencia. Sobre el particular, los sentenciadores del grado desecharon las conclusiones alcanzadas por el perito, cuestionando la metodología utilizada por éste y dando razones suficientes para desatenderlas, como la falta de mediciones del terreno, en consideración a que el estero Lampa ha variado sus bordes a causa de las crecidas, situación de la que el perito no se hace cargo; por ello, también consideraron insuficiente la sola referencia que hace el perito en el numeral quinto de su informe en orden a aseverar que midió los terrenos sin aludir al tema de los desbordes del estero. Cabe, entonces, desestimar cualquiera alegación acerca de que los sentenciadores se hayan apartado de la lógica o de las máximas de la experiencia en la apreciación de este medio probatorio (CS 31 de agosto de 2009, Rol N° 352-08).

Críticamente se ha señalado que no es poco normal encontrarse con jueces que no tienen la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente un dictamen pericial. Al contrario, es bastante habitual. El problema que deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente. De allí que se postule por la mejor doctrina la conveniencia que el juez reciba al menos una mínima formación sobre los dictámenes periciales más habituales (Nieva, J.).

## E) PRUEBA DE INSPECCIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL

### a) La percepción judicial: necesidad, objeto y sentidos involucrados

#### 1. Necesidad

En algunos procesos puede pasar que, para conocer los hechos relevantes de la causa, resulte necesaria la percepción directa por parte del juez del lugar o cosa, o de las condiciones personales de determinado sujeto. Así lo dispone nuestra normativa: fuera de los casos expresamente señalados por la ley, la inspección personal del tribunal sólo se decretará cuando éste la estime necesaria (art. 403).

El juez estará obligado a practicar la inspección personal en la querrela de denuncia de obra ruinosa (arts. 571 y ss. CPC), y en los interdictos especiales (arts. 577 y ss. CPC). En los procedimientos señalados si el juez no practica la inspección personal a la que por mandato legal se encuentra obligado se incurrirá en un vicio de nulidad susceptible de ser corregido por la vía del recurso

de casación en la forma, de conformidad con lo prescrito por los arts. 768 N° 9 puesto en relación con el art. 795 N° 4.

Algunos autores han postulado críticamente, con acierto a nuestro juicio, que el hecho que sólo se tome en consideración por nuestro legislador el carácter necesario de esta diligencia de prueba ha acarreado que en la práctica ella se disponga sólo en casos en que este medio de prueba resulte “indispensable” para conocer los hechos de la causa, esto es, que se trate del único medio del que se dispone para conocerlos, haciendo excesivamente restrictiva y limitada su procedencia. En este sentido, se dice que habría sido mejor que nuestro legislador, conjuntamente con la expresión “necesaria”, hubiera contemplado la expresión “o conveniente” (como acontece, por ejemplo, en el caso de la nueva regulación española), flexibilizando así la aplicación de este medio de prueba.

## 2. Objeto

En este punto conviene que se distinga entre el objeto de la prueba de inspección personal del tribunal y el objeto de la percepción judicial en la inspección personal del tribunal.

### – Objeto de la prueba de inspección personal del tribunal

En este aspecto, el objeto de este medio de prueba no difiere demasiado del que resulta ser propio de los demás, esto es, hechos o afirmaciones de hechos que resulten controvertidos (como se puede desprender del art. 408). En otras palabras, la inspección personal del tribunal se dispone para el esclarecimiento y apreciación de los hechos. Se ha fallado en este sentido que carece de valor probatorio una inspección personal del tribunal que se refiere a consideraciones jurídicas y no a hechos materiales resultado de la personal observación del juez.

### – Objeto de la percepción judicial en la inspección personal del tribunal

En esta perspectiva, cabe anotar que a propósito de este medio de prueba el juez puede tomar contacto directo con lugares, cosas e incluso (aunque no resulte ser común) con personas. No existe ninguna norma que prohíba

que esta actividad probatoria tenga por objeto a las personas, en el caso que deban probarse hechos relacionados con las exterioridades de su cuerpo o con sus aptitudes mentales o psicológicas.

Ejemplo:

Inspección personal del tribunal

S. J. L. en lo civil

José López Cortez, abogado, por la demandante, en los autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados "CONTRERAS PÉREZ, DIONISIO con SERVICIO DE SALUD" Rol N° 3.245-2.010, a US. respetuosamente digo:

Que estando dentro de plazo, vengo en solicitar que se practique una diligencia especial de prueba, relativa a la inspección personal del Tribunal, en este caso referida a que sea el propio Tribunal el que en una audiencia previa y especial cite a D. Dionisio Contreras Pérez, a fin de que éste pueda mostrar sus lesiones, especialmente la relativa a la pérdida de su abdomen, a fin de que US., por sus propios sentidos compruebe el inmenso daño a que se ha hecho mención en la demanda de autos.

Esto resulta indispensable, toda vez que sólo viendo a D. Dionisio US. podrá entender, por percibirlo directamente, todo lo que se ha expuesto.

Como la inspección personal del tribunal de conformidad al CPC., no está circunscrita a un objeto específico, siendo un derecho de las partes el poder acreditar los hechos con todos los medios de prueba posibles, y toda vez que puede decretarse cuando el juez lo estime necesaria, es que pido a US. que se fije un día y hora para realizar esta gestión en la sede del tribunal.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto y lo dispuesto por los artículos 403 y siguientes del Código de Procedimiento Civil;

RUEGO A US. Acceder a la solicitud en los términos expuestos.

(Firma el abogado)

### 3. Sentidos involucrados

Se trata de una prueba directa, puesto que entre el juez que practica el medio de prueba y la fuente de prueba no hay ningún elemento interpuesto. Lo que lo identifica es la percepción inmediata por parte del juez: el juez se pone en personal contacto con lugares, objetos materiales o personas. Pues bien, ha sido tradicional entre nosotros que la explicación del medio en comento haya estado con bastante frecuencia marcada por una denominación común que ha llevado a un error: inspección ocular. Esta costumbre, sumada a una regulación que pareciera referirse sólo al sentido de la vista del juez, ha extendido la idea que este medio de prueba no es compatible con otros sentidos, lo que no es efectivo. En efecto, la percepción del juez puede realizarse a través de cualquiera de los sentidos, sin que *a priori* corresponda excluir ninguno: vista, olfato, gusto, oído y tacto.

El juez puede también tener percepciones de la fuente de prueba mediante el oído (al percibir sonidos), el gusto (al percibir el sabor de las cosas), el olfato (al percibir los olores), o el tacto (al apreciar las sensaciones de contacto, de presión, o de calor y frío). Por ejemplo, puede el juez percibir los malos olores que emanan de la cocina de un restaurante, o percibir los ruidos que producen los empleados de la cocina al limpiar los platos, o puede apreciar el calor que desprende la chimenea de esa cocina al pasar por la habitación del piso superior, o bien probar la marca del vino que sirven en el restaurante (Font. E.).

#### b) Iniciativa, procedimiento y valoración

##### 1. Iniciativa

De acuerdo a lo que se ha dicho, las partes pueden solicitar este medio de prueba al tribunal. La ley no señala la oportunidad en la cual debe plantearse la solicitud, razón por la cual, a nuestro juicio, corresponde aplicar la regla general recogida en el art. 327 a partir de la cual cabe señalar que la oportunidad para plantear esta solicitud de prueba no será otra que el término de prueba. De acuerdo al art. 207 CPC, al cual hemos hecho referencia antes al explicar las limitaciones probatorias en la segunda instancia, no es procedente la solicitud de este medio de prueba en dicha instancia.

Desde luego que lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de plantear la inspección personal del tribunal antes de iniciado el proceso, como medida prejudicial probatoria (art. 281).

Por su parte, se entiende que el tribunal puede disponerla de oficio, tanto durante el curso del juicio (art. 403), como también por la vía de las MMR (art. 159 N°3).

Cualquiera sea la vía por la cual se ha planteado la necesidad de la inspección, es necesario, a nuestro juicio, que la decisión que determina que ésta se realizará debe estar fundada, señalando su objeto y finalidades, permitiendo a las partes seguir los pasos del juez, haciéndose acompañar por peritos especialistas o aportando documentos, en caso que sea necesario (Marinoni, L.; Cruz, S.).

## 2. Procedimiento

### – Solicitud

Si la prueba de inspección personal del tribunal se plantea a petición de parte, la interesada deberá presentar un escrito solicitándola, para lo cual deberá exponer con la mayor claridad posible los argumentos por los cuales considera que es necesario que se acceda a la inspección personal del tribunal. Debe señalarse, además, como es obvio, el objeto de la diligencia probatoria. De acuerdo al art. 404 pueden las partes pedir que en el acto del reconocimiento se oigan informes de peritos, y lo decretará el tribunal si, a su juicio, esta medida es necesaria para el éxito de la inspección y ha sido solicitada con la anticipación conveniente. En este caso, la designación del o los peritos se hará según las reglas ya revisadas al tratar la prueba pericial.

### – Fijación de lugar y tiempo

Si el tribunal accede a la solicitud de la parte, o bien dispone de oficio la prueba, debe designar día y hora para practicarla, con la debida anticipación, con el fin de que puedan concurrir las partes con sus abogados, en una manifestación de la contradicción procesal. La resolución, en la práctica, se notifica por el estado diario.

### – Reconocimiento: asistencia e intervención de las partes, sus abogados y peritos

Se llevará a efecto la inspección con la concurrencia de las partes y peritos que asistan, o sólo por el tribunal (juez y secretario) en ausencia de aquéllas. Las partes, o bien sus abogados, podrán hacer al juez todas las observaciones que estimen oportunas, en especial aquéllas que se relacionen sobre los aspectos que crean que puedan pasar inadvertidos al tribunal. Si se ha concurrido con peritos, éstos también podrán hacer sus observaciones.

### – Acta

De la diligencia probatoria se levanta un acta, por el secretario del tribunal, en la que según el art. 407 CPC debe dejarse constancia de todas las circunstancias o hechos materiales que el tribunal haya podido observar, estando expresamente contemplado que dichas observaciones no pueden reputarse como una opinión anticipada sobre los puntos que se debaten en el marco del juicio. Pueden las partes pedir, durante la diligencia, que se consignen en ella las circunstancias o hechos materiales que consideren pertinentes.

### – Gastos

Señala el art. 406 que la parte que haya solicitado la inspección depositará antes de proceder a la diligencia, en manos del secretario del tribunal, la suma que éste estime necesaria para costear los gastos. Cuando la prueba sea decretada de oficio o se esté ante alguno de los procedimientos en que este medio de prueba es obligatorio de acuerdo a la ley, el depósito se hará por mitad entre las partes. Con todo, en la práctica, la parte que ha solicitado la prueba proporciona los medios necesarios para el transporte.

### – Realización vía delegación

Hemos dicho ya que el juez es el protagonista principal de este medio de prueba, por entrar en contacto directo con la fuente de prueba. Es por ello que el legislador ha considerado conveniente preveer una norma (art. 403.2) que haga excepción al principio de territorialidad autorizando que la

inspección pueda verificarse aun fuera del territorio señalado a la jurisdicción del tribunal. Se busca que sea el mismo juez que va a fallar el asunto controvertido quien tenga la percepción mediante sus sentidos de los lugares, objetos o personas. En efecto, no parece tener sentido que esta diligencia se practique por un juez distinto del que finalmente deba valorarla, por la vía del exhorto judicial, cuando el reconocimiento deba realizarse fuera del territorio jurisdiccional del tribunal. De allí que la norma vaya en la dirección correcta, aunque al ser sólo facultativa no cierra absolutamente la puerta a que se pueda realizar por delegación.

### 3. Valoración

A diferencia de lo que ocurre en otras regulaciones, en la ley procesal civil existe una norma que le señala al tribunal cómo debe valorar la prueba de inspección personal. Nos referimos al art. 408 (que debe relacionarse con el art. 1714 CC) que señala que la inspección personal constituye “prueba plena” en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación.

Se ha fallado al respecto:

*Sexto:* Que la inspección personal del juez, normada en los artículos 403 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, “es el reconocimiento o examen de la cosa litigiosa o del lugar del suceso, realizados por el mismo tribunal, con el fin de aclarar la verdad de los hechos controvertidos” (A. Alessandri, M. Somarriva, A. Vodanovic). La importancia de este medio probatorio queda en evidencia con el valor que le asigna el ordenamiento civil, puesto que, conforme el artículo 408 del citado Código, constituye plena prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su observación.

*Séptimo:* Que, de esta manera, la referencia tangencial que los jueces del tribunal de alzada han hecho de la diligencia de inspección personal del tribunal, junto con no dar cuenta de la cumplida apreciación de este medio de prueba —como sí venía considerado por el a quo— no satisface la necesidad en que se encontraban de fundar, de manera debida la determinación de neutralizar sus efectos, descartando el valor probatorio de los hechos de los cuales da cuenta la diligencia. Esta omisión constituye el quinto vicio de casación en la forma previsto en el artículo 768 del Código Procesal del ramo que ha sido invocado

por la recurrente, por faltar las consideraciones de hecho que sirven de fundamento a la revocatoria acordada por los jueces de segunda instancia plasmada en el fallo impugnado, al encontrarse ausente la adecuada ponderación de la inspección personal del tribunal cuyo mérito, en los aspectos que la ley valora como plena prueba, no pueden ser desatendidos. En otras palabras, las razones vertidas en el fallo de segundo grado no se orientan a señalar cómo se tienen por probados los hechos que se dan por asentados, sino a los motivos para tener por no justificados los hechos que basan la demanda, cuya materialidad fue percibida en forma directa y testimoniada por el juez en los antecedentes. De allí que, el desatender esa constatación, tenía por básico requerimiento el que con una prueba de igual valuación se demostrara lo contrario. En efecto, la valoración individual y comparativa del medio probatorio “inspección personal del tribunal”, debió llevar a los magistrados a reconocer los hechos percibidos directamente por la señora juez que realizó la diligencia en presencia de los representantes de ambas partes, y luego han debido los jueces de la instancia, sobre la base de una ponderación conjunta de los medios de prueba, otorgar mayor preeminencia al que su análisis determine, precisando, en su caso, aquel del cual deducen los hechos y al que han otorgado mayor mérito para arribar a su convicción. Así se conjuga el valor individual y la ponderación comparativa de la prueba, debiendo sujetarse a las normas que dispone el legislador, la que entrega fundamentalmente para la primera y en menor medida para la segunda labor. Resulta indispensable que se desarrolle tal ponderación, desde el momento que, probado un presupuesto fáctico de la responsabilidad, deben indicarse las motivaciones que permitan alterarlo, descartarlo o eximirse de él, aspecto que no puede quedar radicado en afirmaciones de los sentenciadores (CS 28 de enero de 2011, Rol N° 5.849-09).

Ahora bien, también se ha fallado que si bien la inspección personal constituye plena prueba en cuanto a los hechos materiales o circunstancias que el juez establece como resultado de su propia observación, admite una valoración crítica en orden a su claridad y contradicción por otra plena prueba, especialmente si la conclusión del juez no aparece justificada por los antecedentes expuestos en el acta. En la misma dirección se ha fallado que si bien la inspección personal constituye plena prueba en cuanto a los hechos materiales o circunstancias materiales que el tribunal establece en el acta como resultado de su propia observación, no tiene valor probatorio respecto de conclusiones que supongan la posesión de conocimientos especiales y que no toquen a lo material o físico de tales hechos o circunstancias.



## F) PRESUNCIONES

### a) Naturaleza: ¿es un medio de prueba?

Los artículos 1698 CC y 341 CPC contemplan como otro más de los medios de prueba a las presunciones. La doctrina nacional así lo reconoce sin mayores variaciones (Rodríguez, I.; Maturana, C.). Pues bien, no obstante lo dispuesto por el legislador y lo que la doctrina local ha venido señalando al tratar las presunciones, somos de la opinión que respecto de éstas no puede hablarse de medio de prueba, al menos desde la idea que de éstos hemos seguido en estas líneas. Bien se ha señalado que si se considerarán un medio de prueba de verdad, habría que advertir que serían un medio de prueba bastante particular: que no se propone, no se admite ni se practica (De la Oliva, A.). Además, a diferencia de lo que ocurre con todos los verdaderos medios de prueba, las presunciones carecen de normas específicas de procedimiento, pues no las necesita (Ramos, F.). Lo que sí hay es construcción y utilización de razonamiento presuncional en la sentencia en caso que concurren las condiciones legales para ello (Ortells, M.).

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que formando las presunciones parte muy relevante del gran tema de la prueba, corresponde tratarlas aquí. Las presunciones, que no son medios de prueba en el sentido que hemos asumido en esta obra, sirven a los mismos fines que aquéllos. De hecho, consisten en una operación intelectual que supone una labor deductiva que afirmada o sostenida en un hecho que ya ha sido introducido al proceso permiten la fijación formal como cierto de otro hecho. Esta cuestión no debe ser desatendida: la presunción se apoya siempre en un hecho base que ha sido introducido al proceso con anterioridad, y que ha resultado fijado, a los efectos del juicio, por algún medio de prueba. Sin esta afirmación (hecho) base, no existe actividad presuncional ni puede hablarse de presunciones (Ramos, F.).

### b) Utilidad

La noción de presunción, siguiendo el hilo de lo recién señalado, parte de la idea de que el conocimiento de un hecho puede ser deducido por la determinación de otro, al cual el primero está ligado. Vale decir, partiendo de la fijación de un determinado hecho se puede, por deducción lógica, inferir la existencia de otro hecho hasta ese momento no acreditado, dado

que habiéndose probado ese hecho es altamente probable (principios de normalidad y causalidad), basados en máximas de la experiencia comunes, que se de el otro hecho. Pueden existir casos en que no haya sido así, pero en ellos la parte a quien perjudique la presunción deberá probar que el hecho presunto no existió.

Nuestra CS ha fallado, en reiteradas ocasiones, que las presunciones judiciales son los razonamientos por los cuales los jueces del fondo establecen la verdad de un hecho desconocido por la relación entre éste y otros hechos conocidos.

La utilidad de las presunciones para nosotros evidente. Verificando el legislador o el mismo juez que la acreditación de un determinado hecho no es posible o muy difícil a través de una prueba directa, puede servirse de la presunción para realizar la labor de deducción que lo lleve a determinar, a los fines del proceso, su existencia. Se apunta que este tipo de actividad presuncional es también muy importante para lograr establecer la verdadera significación de hechos que en apariencia inducen a consecuencias jurídicas propias de una determinada figura, pero que en realidad encubren otra diversa (Ramos, F.)

### c) Estructura

Toda presunción requiere de tres elementos, a saber: a) el hecho conocido, fijado a través de los medios de prueba (hecho base o "indicio"); b) el hecho desconocido, que se logra establecer a efectos del proceso (hecho presunto); c) la operación que enlaza el hecho base y el hecho presunto (que algunos autores llaman enlace).

El indicio, bien se ha explicado (Maturana, C.), viene de *inde dico*, que significa "de allí digo", y se traduce en el dato fáctico a partir del cual se infiere la presunción. Es el punto de apoyo de toda presunción, ya que permite la inferencia.

El hecho presunto debe entenderse como la consecuencia que se deduce a partir del hecho base o indicio. Es un elemento nuevo que se forma a partir del indicio y tiene relevancia en la concreta decisión del asunto, pues aporta un elemento que no ha sido posible conseguir a través de los medios de prueba.

Por último, debe tenerse presente el elemento lógico o la operación racional, que enlaza el hecho base con el hecho presunto a través de la aplicación de "máximas de la experiencia". Dichas máximas de la experiencia pueden ser establecidas por el propio juez o venir establecidas por el legislador. Surge acá la distinción entre distintas clases de presunciones (art. 1712 CC).

#### d) Clases de presunciones

Se ha distinguido desde antiguo en la doctrina entre las presunciones formuladas por el legislador (llamadas presunciones legales) y presunciones construidas por el juez (llamadas presunciones judiciales).

Serán presunciones legales aquellas en donde el enlace entre el hecho base y el hecho presumido esté predeterminado y fijado en la ley (art. 47 CC). Estas presunciones dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. De allí que se afirme que estas presunciones suponen un cambio del objeto de la prueba: en vez de tener que recaer la prueba en el hecho presunto tendrá que recaer ésta en el hecho base o indicio.

Éstas se clasifican en presunciones simplemente legales (*iuris tantum* o relativas) y presunciones de derecho (*iuris et de iure* o absolutas).

Las presunciones simplemente legales pueden ser contrarrestadas, sea probando que el hecho presumido no es cierto, como que el enlace establecido entre el hecho base y el hecho presunto, en el caso concreto, no existe (art. 47.2 CC). Los principios de normalidad y causalidad pueden tener excepciones. Algunos autores destacan que se trata de un caso de inversión de la carga de la prueba, ya que el hecho presunto queda fijado como cierto a menos que la parte a quien perjudique pruebe que no existió: a esta parte se le atribuye una carga de la prueba de la negación, carga que en circunstancias normales no existe. Un ejemplo clásico de esta categoría de las presunciones lo encontramos en el art. 700.2 CC que dispone que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no acredite serlo.

Las presunciones de derecho son las que no admiten prueba en contrario que ponga en cuestión la fijación del hecho presumido una vez establecido el hecho base o indicio (art. 47 CC). Ejemplos clásicos de esta clase de presunciones son la presunción de la concepción a partir del nacimiento (art. 76 CC) y la de mala fe a partir del error en materia de derecho (art. 706.4 CC).

Serán presunciones judiciales (también llamadas presunciones simples) aquellas en las cuales el enlace entre el hecho base y el hecho presunto lo efectúa directamente el juez, sin que exista una predeterminación y fijación *a priori* por el legislador. En efecto, es el juez el que a partir de un determinado hecho conocido y utilizando las máximas de la experiencia logra extraer como consecuencia un determinado hecho desconocido. Así se ha fallado desde antiguo por nuestros tribunales que para establecer una presunción judicial se requiere la existencia de un hecho real y debidamente probado que sirve de base para deducirla, un hecho desconocido cuya existencia se pretenda averiguar y una relación que es la que determina el juez mediante estos razonamientos.

¿Qué son las bases de las presunciones judiciales? Muchas veces el propio juez las crea, pero en otras es la propia ley la que señala la base sobre la cual se puede construir la presunción judicial (art. 427). Ejemplos de ellas hemos ido anotando a lo largo de la exposición realizada respecto de los distintos medios de prueba (arts. 357, 383 y 398 CPC). Los ha fijado el legislador para facilitar al juez su proceso de raciocinio y el logro de la pretendida presunción judicial. La base de presunción judicial es sólo un indicio para arrancar de él la deducción correspondiente. Se ha resuelto que el tribunal puede estimar como base de presunción judicial cualquiera actuación del juicio a que falten algunas de las formalidades de validez. Piénsese, por ejemplo, el caso del instrumento privado que, emanando de un tercero, no ha sido autenticado, pero tampoco impugnado: existe a su respecto una especie de reconocimiento presunto, lo que conforma una situación apta para que el tribunal lo considere como un elemento base de presunción judicial.

Las presunciones judiciales pueden llegar a constituir plena prueba si reúnen los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar el convencimiento del juez, a pesar de que se trate de una sola (art. 426.2 CPC). Esta conclusión se impone a pesar de lo prescrito en el art. 1712 CC que impone que las presunciones judiciales sean dos o más al plantear que deban ser graves, precisas y concordantes. La norma recogida por el CPC, posterior, modifica lo dispuesto por el CC.

Se ha fallado que las presunciones son graves cuando los hechos que se deducen son convincentes y concluyentes; son precisas cuando todas ellas encaminan a la conclusión que se trata de probar y no adolecen de ambigüedad o vaguedad; son concordantes, cuando guardan relación y conexión entre sí, sin que se adviertan contradicciones que pudieran destruirlas. Asimismo, se ha resuelto

que en materia civil la multiplicidad de presunciones no es un requisito vital, pues basta con una sola, bastando que tenga caracteres de gravedad y precisión bastantes para lograr la convicción del tribunal.

También se ha fallado de manera uniforme que presumir, para el juez, es una labor enteramente personal y subjetiva. De las probanzas producidas deduce el juez hechos en uso de facultades que la ley le otorga. Si de los hechos pretendidos demostrar en el proceso no resulta posible para el juez deducir presunciones que le permitan llegar al convencimiento de la existencia de otro hecho, no puede legalmente sostenerse que se hayan infringido las llamadas reglas reguladoras de la prueba de presunciones. En consecuencia, la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones es apreciada soberanamente por los jueces del fondo y no es revisable en casación.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, X. *Derecho Probatorio*. Editorial: J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 2012.
- ALVARADO, A. *La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Santiago, Ed. Librotecnia, 2009.
- ALVARADO, A. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2011.
- BONET, J. *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*. Madrid, Difusión Jurídica, 2009.
- CARNELUTTI, F. *Cómo se hace un proceso*. Bogota, Ed. Temis, 4ª reimpression de la 2ª edición, 2004.
- CARNELUTTI, F. *La prova civile*. Milano, Ed. Giuffré, 1992.
- CAROCA, A. *Manual de Derecho Procesal: los procesos declarativos*. Ed. LexisNexis, Santiago, 2003.
- CAROCA, A. "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile". *Revista Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2, 1998. Universidad de Talca.
- CASARINO, M. *Manual de Derecho Procesal*, Vol. 5. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 6ª edición, 2007.
- COMOGLIO, L.; FERRI, C.; TARUFFO, M. *Lezioni sul processo civile: I. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna, Ed. Il Mulino, Terza edizione, 2005.

- COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ed. B de F, 4ª edición, 2ª reimpression, 2007.
- DE LA OLIVA, A.; DÍEZ-PICAZO, I. *Derecho Procesal Civil: El proceso de declaración*. Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, 2004.
- DÍAZ, C. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Vol. 2. Ed. LexisNexis, Santiago, 2ª edición, 2006.
- FONT, E. *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid, Ed. La Ley, 2000.
- GOZAÍNI, O. *Problemas actuales del Derecho procesal (garantismo vs. activismo)*. Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.
- HUNTER, I. *Prueba en el Código de Procedimiento Civil chileno: Apuntes*. Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2010.
- JARA, E. "La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles", en VV.AA. *Reforma procesal civil (I)*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, 1995.
- MATURANA, C. *Aspectos generales de la prueba: Apuntes*. Santiago, Fac. de Derecho U. de Chile, 2009.
- MATURANA, C. *Las medidas cautelares: Apuntes*. Santiago, Universidad de Chile, 2010.
- MARINONI, L.; CRUZ, S. *Prova*. Sao Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2ª edición, 2010.
- MONTERO, J. *La Prueba en el Proceso Civil*. Thomson Civitas, 5ª edición, Navarra, 2007.
- MUÑOZ, L. *Fundamentos de la prueba judicial*. LEC 1/2000. Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- NIEVA, J. *La valoración de la prueba*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.
- NIEVA, J. "Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras", *Civil Procedure Review*, Vol. 1, N° 2, julio-septiembre, 2010.
- ORELLANA, F. *Manual de Derecho Procesal: procedimientos civiles ordinarios y especiales*, Vol. 2. Ed. Librotecnia, Santiago, 3ª edición, 2009.
- ORIELLS, M. (y otros). *Derecho Procesal Civil*. Thomson Aranzadi, 10ª edición, Navarra, 2010.

- PALAVECINO, C. "La reforma procesal laboral chilena: una visión crítica desde el garantismo procesal", *Revista Laboral Chilena*, julio, 2012.
- PALOMO, D. "Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite", *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 8, Nº 2, 2010.
- PALOMO, D. "Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?", *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, Nº 2, 2013. Universidad de Talca.
- PALOMO, D., MATAMALA, P. "Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el nuevo juicio laboral oral y sus necesarios límites", *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, Nº 2, 2011. Universidad de Talca.
- PICÓ, J. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 1997.
- PICÓ, J. *La prueba pericial en el proceso civil español*. Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 2001.
- PICÓ, J. "La Prueba anticipada en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1/2001, 2001.
- PICÓ, J.; CASTELLET, G. *La prueba electrónica*. Barcelona, Ed. Bosch, 2011.
- PINOCHET, F. "Cargas dinámicas de la prueba. El agravamiento en Chile". *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- QUEZADA, J. *Las Medidas Prejudiciales y Precautorias*. Ediciones Digesto, 2ª edición, Santiago, 1997.
- RAMOS, F. *Proceso y Derecho*. Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 1978.
- RIOSECO, E. *La prueba ante la jurisprudencia: Derecho civil y procesal civil, testigos*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988.
- RIOSECO, E. *La prueba ante la jurisprudencia: Derecho civil y procesal civil, confesión de parte*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988.
- RIOSECO, E. *La prueba ante la jurisprudencia: Derecho civil y procesal civil, inspección personal del tribunal, informes de peritos, presunciones*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989.
- RIVERA, R. *La prueba: un análisis racional y práctico*, Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2011.
- RIVERA, R. "La valoración racional de la prueba en el proceso oral", en *VV.AA., XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2010.
- RODRÍGUEZ, I. *Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 7ª edición, 2010.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid, Ed. Trotta, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2002.

CUARTA PARTE  
TERMINACIÓN DEL PROCESO

PROF. ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA  
PROF. GONZALO CORTEZ MATCOVICH

## TRÁMITES POSTERIORES A LA PRUEBA

PROF. GONZALO CORTEZ MATCOVICH

### A) EL PERÍODO DE OBSERVACIONES A LA PRUEBA

Una vez vencido el término probatorio, y dentro de los 10 días siguientes, las partes pueden hacer por escrito las observaciones que el examen de la prueba les sugiera (art. 430 CPC). Si hubo lugar a un término probatorio extraordinario o se concedió término especial de prueba, debe entenderse que el plazo para las observaciones a la prueba comienza al vencimiento de alguno de estos plazos. (Corte Suprema, sentencia de 13 de mayo de 2013, Rol N° 6.991-2012).

Este trámite reemplaza a lo que antiguamente se llamaban *alegatos de bien probado*. Durante este período de observaciones a la prueba la causa permanece en la secretaría del tribunal y no puede retirarse de allí bajo el pretexto de tener que realizar este análisis de la prueba. A través de estos escritos se concede a las partes la oportunidad de formular las alegaciones conducentes sobre la prueba rendida en el proceso y tratar de este modo de convencer al tribunal de la bondad de su causa, en lo que a la actividad probatoria se refiere. Es habitual que esta clase de escritos se comience a partir de los hechos que fueron objeto de debate contenidos en la resolución que recibe la causa a prueba, desglosando cada uno de los hechos controvertidos a fin de examinarlos a la luz de la prueba rendida en el proceso, haciendo un resumen metódico de cada uno de los medios de acreditamiento empleados, concluyendo que tales hechos han resultado o no demostrados, de acuerdo a la posición que se detente en el proceso. También es frecuente que en este escrito se invoque doctrina o jurisprudencia que respalde la tesis sustentada por el litigante.

Es posible que se haya rendido prueba fuera del territorio jurisdiccional del tribunal que conoce de la causa. En esa situación el art. 431 CPC señala que no se suspende el curso del juicio ni es obstáculo o inconveniente para que el juez dicte sentencia en la causa, el hecho de no haberse devuelto la

prueba rendida del tribunal; tampoco lo es el hecho de no haberse practicado alguna diligencia de prueba pendiente a menos que el tribunal en una resolución fundada la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución del asunto y si así lo considera, debe disponer esa diligencia probatoria como una medida para mejor resolver estándose a lo prescrito, a lo que señala el art. 159 CPC.

Se tiene decidido que ha de entenderse que una diligencia de absolución de posiciones que no cumplió sus etapas a cabalidad no podrá constituir un obstáculo a la dictación de la sentencia de primer grado, sin perjuicio de las posibilidades probatorias con que cuentan las partes en segunda instancia. (Corte Suprema, 27 de septiembre de 2010, Rol N° 2.922-2010).

Se ha resuelto que contraviene abiertamente la disposición del artículo 431 CPC la resolución que deja sin efecto la citación para sentencia y designa peritos documentales, puesto que se ampara en la circunstancia de existir una prueba pendiente, que no es óbice para dictar el fallo, máxime si estaba así decretado, y ordena una diligencia que no tiene por fin una mejor y más acertada resolución del litigio. (C. de Santiago, 14 de noviembre de 1994, en *Gaceta Jurídica* N° 173).

El art. 431 inc. 2° CPC, se coloca en la hipótesis de que la prueba haya sido recibida por el tribunal una vez dictada la sentencia, en cuyo caso se agrega al expediente con el fin de que sea considerada en segunda instancia si es que hay lugar a ella.

#### B) LA CITACIÓN PARA OÍR SENTENCIA

Una vez vencido el plazo de observaciones a la prueba que como se ha dicho se extiende por 10 días fatales y se hayan presentado o no escritos, existan o no diligencias pendientes el tribunal cita a las partes para oír sentencia.

Esta resolución participa de la naturaleza jurídica de una sentencia interlocutoria de aquéllas que sirven de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva y se notifica por el estado diario.

Aunque la redacción del precepto pudiera dar a entender que incumbe al tribunal el imperativo de dictar esta resolución ("citará"), lo cierto es que ello no

significa que en dicho estadio procesal las partes queden liberadas de realizar las gestiones pertinentes para instar por la prosecución del juicio porque que la falta de actividad del órgano jurisdiccional no puede servir de justificación a la inactividad de las partes. (Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 2011, Rol N° 5.496-2009). Sin embargo, el asunto ha sido discutido y se ha sostenido que el juez, por imperativo del artículo 432 CPC, sin más trámite y aunque existan diligencias pendientes, ha de citar para oír sentencia, cesando, entonces, la actividad de las partes destinada a impulsar el avance del proceso, radicándose ella exclusivamente en el juez, quien debe avocarse a la dictación del fallo (Corte Suprema, sentencia de 21 de diciembre de 2010, Rol N° 8.026-2008).

En cualquier caso, la ley N° 18.882 de 1989, dispuso que el trámite de citación para oír sentencia en el juicio ordinario queda entregado en su iniciativa, en forma preeminente, al juez, eliminándose de esta forma la antigua referencia a que tal diligencia se dispondría a petición de parte de manera escrita o verbal. (C. Suprema, 22 de diciembre de 2010, Rol N° 5.032-2009).

La Corte Suprema tiene resuelto que esta norma constituye una excepción al principio de la pasividad de los tribunales dado que el impulso procesal se encuentra radicado en el tribunal y es un deber del juez citar a las partes para oír sentencia y, como reiteradamente se ha decidido no procede el abandono del procedimiento en aquellas instancias judiciales en que el impulso procesal es del tribunal (Corte Suprema, sentencia de 10 de mayo de 2010, Rol N° 8.149-2008).

Pese a tratarse de una resolución de trámite, es de la mayor trascendencia, no sólo por sus efectos, sino porque, además, constituye un trámite esencial tanto en primera como en segunda instancia así se trate de un juicio de mayor o menor cuantía. Su omisión, por consiguiente, hace que la sentencia que se dicte prescindiendo de este trámite, pueda ser invalidada vía casación formal (arts. 795 N° 6 y 768 N° 9 CPC).

#### a) Efectos

Una vez notificada en forma legal la resolución que cita a las partes para oír sentencia, queda clausurado el debate y la causa en estado de fallo. Tanto así que, notificada esta resolución, no se admiten escritos ni pruebas de ningún género, salvo calificadas excepciones (art. 433 inc. 2° CPC). Así, por ejemplo, una diligencia de absolución de posiciones que no cumplió sus etapas a cabalidad no podrá constituir un obstáculo a la dictación de la

sentencia de primer grado (Corte Suprema, sentencia de 27 de septiembre de 2010, Rol N° 2.922-2009). Sin embargo, razonablemente se podría sostener que si se trata de una diligencia probatoria cuya práctica se encuentra pendiente por causa que no sea imputable a quien la solicitó, su preterición en razón de la citación para oír sentencia, podría constituir la omisión de una diligencia probatoria que conlleve la indefensión de la parte, lo que configura una causa de casación formal en contra de la sentencia (art. 768 N° 9 en relación con art. 795 N° 3 CPC).

La Corte Suprema ha resuelto que *“desde que se cita a las partes para oír sentencia, la labor de éstas, como sujetos activos de la relación procesal ha terminado y nada les queda por hacer sino esperar la labor del tribunal, esto es, la sentencia que decida la litis”* (Corte Suprema, sentencia de 8 de junio de 1961, en *Rev. Der. y Jur.*, T. 58, sec. 1ª, p. 153).

Las excepciones apuntan a que ciertas actuaciones procesales pueden verificarse y, por lo mismo, admitirse presentaciones escritas. Tales son 1° El incidente de Nulidad Procesal y la posibilidad del juez también de corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso y tomar las medidas necesarias que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento (arts. 83 y 84 CPC); 2° Las medidas para mejor resolver (art. 159 CPC) y 3° Las medidas precautorias, que de acuerdo con el art. 290 CPC, pueden ser solicitadas en cualquier estado del juicio.

Fuera de esta disposición, existen otros casos de excepción, como la acumulación de autos (art. 98 CPC); la solicitud de privilegio de Pobreza (art. 130 CPC) y el desistimiento de la demanda (art. 148 CPC).

Por otra parte, los plazos de objeción o revisión documental previstos en los arts. 342 N° 3, 346 N° 3 y 347 CPC, que hayan comenzado a correr al tiempo de citar a oír sentencia, continuarán corriendo sin interrupción, pudiendo las partes dentro del plazo correspondiente ejercer el derecho de impugnación, que se tramitará en cuaderno separado para ser resuelta en la sentencia definitiva (art. 433 inc. 2° CPC).

Se trata de una posibilidad de muy difícil ocurrencia práctica dado que el plazo máximo para la agregación de la prueba documental en primera instancia es hasta el vencimiento del término probatorio (art. 348 CPC), lo que hace bastante improbable que, a la época de citar a las partes para oír sentencia, se encuentre pendiente algún plazo de impugnación documental.

#### b) Régimen de impugnación

La resolución que cita a las partes para oír sentencia sólo es susceptible del recurso de reposición, el que debe fundarse en un error de hecho e interponerse dentro de tercero día. La resolución que falla esa reposición es inapelable. En todo caso, se ha estimado que debe entenderse rechazada la reposición a la resolución que cita a oír sentencia, aun cuando no haya decisión formal, si ya se dictó el fallo (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de enero de 2010, Rol N° 1.894-2009).

La resolución que niega lugar a la citación para oír sentencia es apelable subsidiariamente de la reposición pedida, por tratarse de un decreto que altera la sustanciación regular del juicio (Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 23 de abril de 2008, Rol N° 78-2007).

Sin embargo, se debe recordar que, fuera del supuesto habitual en que la citación para oír sentencia tiene lugar vencido el período de observaciones a la prueba, es posible también que ella tenga lugar en las hipótesis previstas en el art. 313CPC. En tal caso, dado que queda omitida la resolución que recibe la causa a prueba, podría entenderse que la resolución que cita a las partes para oír sentencia, evacuado el trámite de dúplica, es susceptible de recurso de apelación por cuanto explícita o implícitamente niega el trámite de la recepción de la causa a prueba (art. 326 CPC).

Notificada en forma legal esta resolución, comienza el plazo para la dictación de sentencia definitiva, que en el juicio ordinario debe pronunciarse dentro del término de 60 días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia (art. 162 inc. 3° CPC).



## LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

PROF. ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Las medidas para mejor resolver (MMR) son la manifestación más amplia de la iniciativa probatoria judicial de oficio en nuestro proceso civil y son expresión de los poderes oficiales del juez en materia probatoria, al final del proceso, en donde los jueces lo que hacen es llevar a cabo una prueba que pudo haber sido solicitada por alguna de las partes.

Las MMR deben ser criticadas, pues pueden suponer una irrupción oficiosa del juez en el proceso que puede traer como resultado sorprender a las partes de la contienda afectando así su derecho de defensa y sus estrategias defensivas.

Frente a este evidente riesgo, una interpretación compatible con la igualdad de las partes y el principio de contradicción debe partir señalando que estas MMR no deben suponer una alteración o perturbación ni de los elementos básicos de la noción misma de (debido) proceso ni de los principios dispositivo y de aportación de parte que gobiernan al proceso civil, en virtud de los cuales sólo a las partes corresponde alegar los hechos relevantes, proponer prueba e intervenir en forma diligente en su práctica. En esta lógica las MMR únicamente debieran utilizarse para adquirir certeza acerca de los hechos alegados que, pese a haberse comportado diligentemente la parte gravada con la carga de probarlos, permanecieron dudosos. El problema está en que ni la norma del art. 159 CPC ni su aplicación judicial han asegurado el éxito de una interpretación como la que se postula.

La legislación procesal civil española vigente (LEC 1/2000) reemplaza a las medidas para mejor resolver por unas diligencias finales que se sustentan en unos presupuestos bien distintos a sus antecesoras. Se busca reforzar la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario, razón por la cual como diligencias finales sólo resultan admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiere interesado. Se considera improcedente llevar a cabo nada

de cuanto se hubiere podido proponer y no se hubiere propuesto, para de ese modo resguardar la igualdad de armas y la imparcialidad del juez. Se trata de medidas probatorias que sólo proceden a instancia de parte, y están configuradas como diligencias complementarias de la prueba que ha sido practicada en el momento probatorio regular.

El Proyecto de nuevo CPC chileno, actualmente en tramitación, elimina las MMR, pero confiere reforzadas y amplias potestades probatorias oficiosas durante el proceso, de la mano de la definición de un modelo de juez participe y presente desde una fase temprana del proceso.

#### ARTICULACIÓN DE LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

En cuanto al momento en que pueden dictarse las MMR, la norma del art. 159 CPC es clara en disponer que sólo puede ser dentro del plazo para dictar sentencia, que según lo prescrito por el art. 162.3 CPC se extiende por 60 días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas.

Pueden dictarse alguna o algunas de las siguientes medidas:

- 1) La agregación de cualquier documento que estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
- 2) La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
- 3) La inspección personal del objeto de la cuestión;
- 4) El informe de peritos;
- 5) La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios, y
- 6) La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. En este caso se dispone que en caso que se hubiese remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

Sin perjuicio de este listado de MMR, cabe tener presente lo dispuesto en el art. 431 CPC, según el cual el juez puede decretar también la remisión de alguna

prueba rendida fuera del tribunal y que no hubiese sido agregada al proceso, o la realización de una prueba pendiente, siempre que la estime necesaria para la acertada resolución de la causa.

La iniciativa de las MMR corresponde exclusivamente al juez de la causa. Cabe recordar a este respecto que citadas las partes a oír sentencia (art. 433 CPC), salvo algunas excepciones, no se admitirán escritos.

La resolución judicial por la cual se decreta una MMR debe ser notificada por el estado diario a las partes.

Las MMR decretadas deben cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decreta. Vencido este plazo, las MMR no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal deberá proceder a dictar sentencia sin más trámite.

La regla general es que las resoluciones que decretan una MMR son inapelables, salvo las que dicta el tribunal disponiendo informe de peritos, caso en el cual procederá la apelación en el solo efecto devolutivo.

Finalmente, dispone el art. 159 CPC que si en la práctica de alguna medida aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para poder dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. Vencido el término de prueba deberá dictar sentencia el juez, sin más trámite. Del propio tenor literal de la norma se extrae fácilmente el carácter claramente restringido y excepcional que debe tener la aplicación de esta posibilidad que brinda el legislador, consciente de los evidentes riesgos de reabrir con amplitud, en esta fase del proceso, el debate y la actividad probatoria. Por eso también es que en este caso las resoluciones que se dicten por el juez son apelables, apartándose de la regla general.

Como se ha señalado, en el nuevo Código Procesal Civil que se discute actualmente en el Congreso Nacional, las MMR desaparecen. Esto se debe a que se prospecta un sistema probatorio donde el juez estará facultado para pedir de oficio diligencias probatorias, todo ello antes de terminar la audiencia preliminar. Por otra parte, el juez estará facultado para participar

activamente en el interrogatorio de partes, testigos y peritos, pudiendo pedir a ellos que aclaren, precisen o adicionen sus respuestas.

Esta participación más activa del juez en la solicitud de pruebas y en su rendición hacen innecesarias las MMR.

## LA SENTENCIA

PROF. ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

### A) CONCEPTO

La sentencia es uno de los tipos de resolución judicial a cuyo procedimiento de formación y a cuyos requisitos debe ajustarse el juez para resolver ciertas cuestiones. Cuando se trata de resolver sobre la cuestión o asunto debatido en el proceso al término de éste, dicha sentencia toma el nombre de sentencia definitiva.

La sentencia definitiva puede definirse como el acto del juzgador en el que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el Derecho y, en consecuencia, decide estimarla o desestimarla poniendo fin al proceso. Nuestro Código de Procedimiento Civil la define como "la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio" (art. 158 inciso 2°).

### B) FORMACIÓN DE LA SENTENCIA

En primer lugar, debemos examinar cuándo debe dictarse la sentencia definitiva. Al respecto, el artículo 432 CPC dispone que "vencido el plazo a que se refiere el artículo 430 [10 días siguientes al vencimiento del término probatorio], se hayan o no presentado escritos y existan o no diligencias pendientes, el tribunal citará para oír sentencia". Y desde que se notifica la resolución que cita para oír sentencia, el juez tiene un plazo de 60 días para pronunciar la sentencia definitiva (art. 162 inc. 3° CPC). Son disposiciones referidas a la sentencia definitiva en el juicio ordinario.

Dicho lo anterior, hay que señalar que la formación de la sentencia puede considerarse en su aspecto externo como interno. Externamente se atiende a la serie de actos que debe realizar el juzgador para elaborar la sentencia. En los tribunales unipersonales la formación externa no aparece como una serie de actos. Se limita a la redacción y firma de la sentencia por el juez

dentro del plazo legal. Otra cosa ocurre en los tribunales colegiados: para la formación de la sentencia la ley precisa regular el estudio de los autos por los ministros que conforman el tribunal colegiado, el desarrollo de la deliberación y votación, la redacción por el ministro designado por el tribunal y la firma por los ministros.

Por formación interna de la sentencia se entiende, en cambio, el fenómeno psicológico que se desarrolla en la mente de los jueces para realizar esa expresión de pensamiento y de voluntad en que la sentencia consiste. Ahora bien, la formación interna de la sentencia por los jueces es algo bastante complejo, pues asume ciertos presupuestos epistemológicos que son discutidos en distintos momentos históricos. De este modo, para algunos el juez debe limitarse a utilizar las herramientas del silogismo judicial. Otros señalarán que la decisión judicial no es más que política, por lo que el juez decidirá según su creencia o ideología y luego tendrá que construir sus argumentos fácticos y jurídicos para dar por fundamentada su decisión política. Otros dirán que habrá que distinguir entre los "casos fáciles" y los "difíciles". En los primeros, donde no hay lagunas o contradicciones normativas, el trabajo mental del juez está guiado fuertemente por la estructura del silogismo judicial. Por el contrario, en aquellos casos donde hay lagunas o donde no existen preceptos jurídicos que regulen a cabalidad la situación fáctica enjuiciada, el espacio para la creación jurídica del juez es mucho más amplia, dando lugar a una actividad en cierto modo más política que de mera aplicación de la ley.

Profundizando un poco más estos aspectos, señalaremos que desde el período de la codificación, la más destacada explicación de la formación interna de la sentencia es la del silogismo judicial, cuya estructura está formada por una premisa mayor integrada por las normas jurídicas, una premisa menor en la que entran los hechos concretos (alegados y probados) y una conclusión, que es la consecuencia jurídica concreta resultante de encajar el hecho en la norma (o de aplicar ésta a aquél). Tanto esta tesis como sus perfeccionamientos han sido criticados. Se dice a veces que la génesis de la sentencia no puede ser reducida a fórmulas esquemáticas con pretensiones de validez general y que la sentencia no es fruto de un juicio lógico objetivo, sino de una convicción psicológica no sometida a reglas fijadas "a priori" y en la que entran no sólo razonamientos puros, sino también impresiones, creencias e incluso actos de voluntad.

De estas críticas hay que asumir, en primer término, que la formación interna de la sentencia no sólo está integrada por juicios lógicos, sino también por juicios históricos (para determinar la existencia de los hechos y de la norma) y por juicios de valor (elección de posibilidades interpretativas, integración de conceptos jurídicos indeterminados, etc.) y, en segundo lugar, que no se puede pretender explicar el juicio jurisdiccional en toda su complejidad. Pero esto no debe conducir a la conclusión de que la única actitud posible ante el juicio jurisdiccional sea la de contemplación de un fenómeno misterioso. Por un lado, el ejercicio de la potestad de juzgar con sujeción a la Constitución, a la ley, al ordenamiento jurídico, postula una disciplina racional del juicio, para que en la sentencia se exprese esa sujeción a la norma. Además el juez debe dar testimonio de haberse sometido a esa disciplina a través de la motivación de la sentencia (art. 170 CPC, 83 COT y Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias de 1920).

En definitiva, sin perjuicio de reconocer que la actividad de formación interna de la sentencia aparece revestida de aspectos psicológicos y juicios históricos y de valor, lo que da cuenta de la complejidad de tal actividad, no debe ello llevarnos a concluir que esta actividad sólo queda en el fuero interno de los jueces y que sólo él es conocedor de por qué en un caso determinado había que juzgar de esa manera. Lo que exige un Estado de Derecho a sus jueces es que éstos den razones a los justiciables y al conjunto de la sociedad de por qué han juzgado de una determinada manera.

La actividad de juzgar debe ser vista como una actividad racional y como tal, debe ser construida de esta manera, respetando los principios de la lógica, de no contradicción, entre otros. Ello significa que el acto de juzgar debe estar precedido de palabras y conceptos utilizados y contruidos de una manera tal que expliquen el *iter* discursivo utilizado por el juez o los jueces para concluir con una decisión determinada. Tanto las partes como la sociedad deben poder comprender por qué el juzgador falló de una determinada manera y esa actividad, además, debe poder ser revisada por otro tribunal de justicia, para así controlar posibles errores, los que son inherentes a toda actividad humana, como es el caso de la actividad jurisdiccional.

## C) CLASES DE SENTENCIAS

a) *Sentencias definitivas de única, primera y segunda instancia*

Las sentencias de única instancia son aquellas en que no son susceptibles del recurso de apelación. Las de primera instancia son aquellas que son susceptibles de apelación y las de segunda instancia son las que fallan el recurso de apelación confirmando, modificando o revocando la sentencia de primera instancia.

## D) REQUISITOS DE LA SENTENCIA

El artículo 170 CPC dispone que "las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán además de la expresión del lugar en que expidan, el día, mes y año:

1º La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio;

2º La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos;

3º La igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado;

4º Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

5º La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo, y

6º La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

En igual forma deberán dictarse las sentencias definitivas de segunda instancia que confirmen sin modificación las de primera cuando éstas no

reúnen todos o algunos de los requisitos indicados en la enunciación precedente.

Si la sentencia de primera instancia reúne estos requisitos, la de segunda que modifique o revoque no necesita consignar la exposición de las circunstancias mencionadas en los números 1º, 2º, 3º del presente artículo y bastará referirse a ella".

El Proyecto de Código Procesal Civil regula de una manera más compleja la sentencia definitiva, señalando los extremos, siempre por escrito, que deberán contener éstas cuando ponen término al primer grado jurisdiccional o las de segundo grado que confirmen sin modificación las de primer grado cuando éstas no reúnen todos o algunos de los requisitos que se enunciarán a continuación:

1. El lugar y fecha en que se dicten y el número de orden del proceso;
2. La individualización de las partes y la forma y calidad en que hayan comparecido;
3. La enunciación breve de las pretensiones, excepciones y defensas que hubieren hecho valer las partes y de sus fundamentos de hecho y de derecho, salvo la de aquellas que hubieren sido resueltas con anterioridad;
4. La exposición clara, lógica y suficiente de cada uno de los hechos y circunstancias que se estimen establecidos por haber sido admitidos por las partes, haber resultado probados, por ser el resultado de convenciones probatorias o bien por estimarse liberados de prueba;
5. El análisis y valoración individual y conjunta de toda la prueba rendida, incluso de aquella que fuere desestimada, con arreglo a lo previsto en el artículo 295 o en leyes especiales, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo, señalando con precisión los hechos y circunstancias establecidos y el razonamiento que conduce lógicamente a esa estimación.
6. Los preceptos constitucionales, legales y los contenidos en tratados internacionales vigentes y, en su defecto, los principios generales de derecho y de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia la sentencia, y el razonamiento jurídico que justifica su aplicación.

7. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las acogidas, y

8. El pronunciamiento sobre costas.

Esta nueva regulación que propone el Proyecto de Código Procesal Civil obedece a que el Código vigente es insuficiente en esta materia. La exigencia de motivación de la sentencia obliga al juez a dar una respuesta detallada de su razonamiento, tanto jurídico como probatorio que da por establecidos los hechos discutidos en la causa. Esta exigencia obliga al juez a valorar en primer lugar individualmente toda prueba rendida en el juicio, sea que se le haya dado mérito probatorio o se lo haya desestimado. Luego de ese análisis individualizado de las pruebas corresponde hacer un análisis global de la prueba rendida.

El Código vigente no se hace cargo adecuadamente de esas obligaciones de los jueces que se corresponden con derechos fundamentales de los justiciables. El Auto Acordado de 1920 que regula cómo debe fundamentarse una sentencia mejora en algo la parca exigencia del artículo 170 CPC, pero no con la debida intensidad que exige el deber de motivación de los jueces y el derecho al debido proceso de las partes, con especial referencia al derecho de defensa y a presentar los medios de prueba. Por otra parte, esta materia debe ser objeto de regulación legal y no vía Auto Acordado como sucede actualmente. En este sentido, la propuesta del Proyecto mejora considerablemente esta situación, al regularse por ley el deber de motivación de las sentencias de los jueces y haciéndolo de una manera tal que lo hace compatible con el principio y derecho fundamental al debido proceso de las partes litigantes.

La sentencia definitiva se compone de tres partes:

- a) Parte expositiva
- b) Parte considerativa, y
- c) Parte resolutive o dispositiva

En la parte expositiva la sentencia debe contener un breve resumen de la cuestión que se trató de resolver. A ello se refieren los numerales 1, 2 y 3

del artículo 170 CPC y 1, 2, 3 y 4 del Auto Acordado de 1920 sobre forma de las sentencias.

En la parte considerativa se contienen los fundamentos de hecho y de derecho que el tribunal ha tenido en consideración para resolver el asunto. A ellos se refieren los numerales 4 y 5 del artículo 170 CPC y 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Auto Acordado de 1920 sobre forma de las sentencias.

En la parte resolutive o dispositiva se contiene la decisión del asunto sometido a consideración del tribunal. Esta parte debe comprender todas las peticiones o pretensiones hechas valer por el demandante y las excepciones o defensas que haya hecho valer en el proceso el demandado. Deberá decidir el tribunal de un modo preciso cuáles de esas pretensiones o peticiones acoge y cuáles rechace. El tribunal está facultado para omitir pronunciarse sobre aquellas peticiones o pretensiones y excepciones o defensas que fueren incompatibles con las que el tribunal aceptó. En todo caso, el tribunal deberá exponer los motivos para considerarlas incompatibles. A la parte resolutive se refiere el numeral 6 del artículo 170 CPC y el 11 del Auto Acordado de 1920 sobre forma de las sentencias.

#### E) EFECTOS DE LA SENTENCIA

Los efectos de la sentencia definitiva son dos:

- a) Desasimienta
- b) Cosa juzgada

a) *Desasimienta*: Una vez notificada la sentencia definitiva a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna (art. 182 CPC). No es necesario que la resolución esté notificada a todas las partes, bastando que lo sea respecto de una sola de ellas.

Lo anterior no obsta a que una de las partes presente un recurso de rectificación, aclaración, agregación o enmienda para que el tribunal aclare los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia (art. 182 CPC).

Tampoco el desasimiento impide que el litigante rebelde solicite la nulidad de todo lo obrado en el caso que no se le hayan hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio (arts. 182 y 80 CPC).

b) *Cosa juzgada*: Autores como Couture la definen como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Es autoridad en cuanto la sentencia emana de un acto atribuible a uno de los poderes del Estado, en este caso la jurisdicción. La eficacia significa que la sentencia, una vez que adquiere el carácter de cosa juzgada, es inimpugnable, inmutable y coercible, es decir, puede dar lugar al uso legítimo de la fuerza pública para exigir su cumplimiento. La inmutabilidad, inimpugnabilidad y coercibilidad se conocen con el nombre de atributos de la cosa juzgada.

El fundamento o razón de ser de la cosa juzgada estriba en razones de seguridad jurídica o certeza jurídica. Acompaña entonces a la cosa juzgada una presunción de verdad de lo fallado, que se establece por razones de orden público y de conveniencia social. También busca la cosa juzgada evitar fallos contradictorios.

La cosa Juzgada puede extraerse del artículo 76 de la Constitución Política de la República que impide al Presidente de la República y al Congreso Nacional hacer revivir procesos fenecidos.

### 1. Clasificación

#### i) *Cosa juzgada material*

Se produce cosa juzgada material cuando los efectos de coercibilidad e inmutabilidad se producen tanto respecto del proceso en que se dicta la resolución como en cualquier otro posterior. Constituye la regla general en los efectos de las sentencias definitivas.

#### ii) *Cosa juzgada formal*

Se produce cosa juzgada formal si la inmutabilidad se produce únicamente respecto del proceso en que se dicta la sentencia, pero no se impide

que pueda revisarse lo fallado en un procedimiento posterior. Constituye una excepción a la cosa juzgada material y como tal requiere de un reconocimiento expreso en la ley.

#### iii) *Cosa juzgada material provisional*

Se produce cosa juzgada material provisional cuando los efectos de coercibilidad e inmutabilidad existen en la medida que no cambien las circunstancias fácticas que contextualizan el contenido de la sentencia dictada por el tribunal. Constituye una aplicación al proceso civil del aforismo *rebus sic stantibus*, propio de los contratos civiles de tracto sucesivo y del derecho de los tratados internacionales, que viene a expresar que lo pactado se cumple en la medida en que permanezcan o subsistan las condiciones o hechos existentes a la época de la celebración del pacto, de modo tal que un cambio fundamental de esas circunstancias autoriza su invocación como causa de terminación del acuerdo. El ejemplo típico de esta cosa juzgada es la sentencia que fija la cuantía de los alimentos.

Es del caso señalar que la sentencia definitiva dictada en un proceso civil ordinario produce siempre el efecto de cosa juzgada material o substancial.

### 2. Los efectos de cosa juzgada y los diferentes tipos de sentencias civiles declarativas

Como se ha señalado previamente, un proceso civil declarativo puede buscar la condena de una persona a un dar, hacer o no hacer, la mera declaración de un derecho sin imponer prestación alguna o bien la constitución de relaciones o estados jurídicos.

Sólo las sentencias declarativas de condena dan lugar, en caso de que no exista un cumplimiento voluntario y total de lo ordenado por el tribunal, a una etapa de cumplimiento coactivo ante ese u otro tribunal. Ello es sin perjuicio de que las sentencias meramente declarativas o constitutivas requieran ciertos actos posteriores no jurisdiccionales que significan su cumplimiento. Ejemplos: 1) La sentencia que declara el divorcio entre los cónyuges deberá inscribirse en el Registro Civil. 2) La sentencia que declara la comunidad sobre un bien raíz deberá inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

La situación de que el cumplimiento coactivo solamente sea necesario en ciertos casos, ha permitido sostener que el elemento esencial de la cosa juzgada sea la inmutabilidad, ya que la coerción existirá dependiendo de la naturaleza de la sentencia.

### 3. Límites subjetivos de la cosa juzgada

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil, hay que señalar que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Se habla entonces del efecto relativo de las sentencias.

Sin embargo, existen algunos casos en que las sentencias tienen efectos absolutos o *erga omnes*, según sea el caso. Así se da por ejemplo en la situación del artículo 1246 del Código Civil, que dispone: "El que a instancia de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio. La misma regla se aplica a la declaración judicial de haber aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario".

Pero hay excepciones de signo contrario, es decir, donde no se produce el efecto de cosa juzgada. Es el caso del artículo 320 del Código Civil que dispone que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se hayan pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

### 4. La acción y la excepción de cosa juzgada

#### i) La acción de cosa juzgada

Corresponde la acción de cosa juzgada a aquél a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida en el título XIX de este libro (art. 176 CPC).

La acción de cosa juzgada es entonces aquella que permite cumplir coactivamente un derecho declarado en un proceso.

#### Presupuestos

a) La sentencia debe estar ejecutoriada o causar ejecutoria de conformidad a la ley. La sentencia definitiva estará ejecutoriada desde que se notifica de conformidad a lo que prescribe la ley, si es que no procede ningún recurso procesal respecto de ella, o bien, en el caso que procedan recursos respecto de ella, éstos no se dedujeron y así lo certifica el Secretario del tribunal o desde que se falla el recurso y se notifica la resolución del tribunal *a quo* o de primera instancia que ordena el cúmplase. Causan ejecutoria aquellas sentencias que no obstante proceder recursos respecto de ellas el tribunal autoriza su cumplimiento.

b) Debe existir una petición del sujeto interesado en el cumplimiento de la sentencia. Se hace aplicable íntegramente en este tema el principio de oportunidad y de pasividad de los tribunales de justicia. Ningún tribunal puede ordenar el cumplimiento de una sentencia que declara un derecho a favor de una persona sin el consentimiento o voluntad manifestada activa y expresamente por ella.

c) La obligación impuesta por la sentencia debe ser actualmente exigible (artículos 233 y 437 CPC).

En esta materia el Proyecto de Código Procesal Civil prevé importantes modificaciones derivadas de la institución de la ejecución provisional de las sentencias declarativas de condena. En efecto, éstas podrán ejecutarse desde que se notifique a todas las partes, sin que se exija por tanto que estén ejecutoriadas. Pero claro, para proteger los derechos e intereses de los demandados, el Proyecto prevé una serie de casos donde no es posible solicitar la ejecución provisional de la sentencia. Así no procede la ejecución provisional respecto de sentencias declarativas que no sean de condena, como las constitutivas y la declarativas (entiéndase meramente declarativas, pues las de condena también son declarativas y sí pueden ejecutarse provisionalmente).

Tampoco se podrá ejecutar provisionalmente una sentencia declarativa de condena que obligue a suscribir un acto o contrato. Tampoco será posible



respecto de una sentencia que condena a pagar una indemnización dictada contra una persona declarada en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulado en el Título IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente. Tampoco serán ejecutables provisionalmente aquellas sentencias en que se hubiera concedido un recurso con efecto suspensivo o en aquellos casos en que hubiese concedido una orden de no innovar. El Proyecto agrega que no procede la ejecución provisional respecto de sentencias o laudos arbitrales. Y finalmente, como norma de clausura, no se podrá ejecutar provisionalmente aquellas sentencias que la ley expresamente así lo indique.

Para el caso que la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, el Proyecto prevé dejar sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudentialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.

La parte que hubiese solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, de conformidad con las reglas que el Proyecto establece.

#### *Legitimación activa*

Está habilitado por la ley para pedir el inicio y tramitación del respectivo procedimiento ejecutivo aquél en cuyo favor se ha declarado un derecho en el proceso y sus herederos o sucesores (art. 176 CPC).

#### *Forma de cumplimiento*

a) Si la sentencia emana de tribunales chilenos, existen dos alternativas a elección del legitimado activo: si lo solicita antes de un año desde que la ejecución se hizo exigible, la ejecución se puede realizar conforme al denominado procedimiento ejecutivo incidental (arts. 231 y ss. CPC), ante el tribunal que dictó la resolución en única o en primera instancia.

Si la ejecución se solicita después del año debe recurrirse al procedimiento ejecutivo de los artículos 434 y siguientes CPC. En el primer caso estamos

frente a un incidente dentro del proceso donde se declaró un derecho mientras que en el segundo caso estamos frente a un proceso y procedimiento completamente autónomo y desvinculado respecto del primero.

Esta situación tiene diferente regulación en el Proyecto de Código Procesal Civil, puesto que la ejecución de la sentencia definitiva, ejecutoriada o no, estará a cargo de un funcionario denominado Oficial de Ejecución, quien no es un juez ni funcionario judicial. Respecto de las actuaciones de este funcionario (habrá que verse si en definitiva queda configurado como un funcionario público o bien como un sujeto privado) se podrá reclamar ante el juez competente. Desaparece de esta manera en el Proyecto el procedimiento ejecutivo incidental, habiendo solamente un solo procedimiento de ejecución ante el Oficial de Ejecución.

b) Si la sentencia emana de tribunales extranjeros, se requiere del exequátur o autorización de la Corte Suprema y se procede a solicitar su cumplimiento ante el tribunal que le hubiere correspondido conocer del negocio si éste se hubiere promovido en Chile.

En el proyecto de Código Procesal Civil se elimina el exequátur ante la Corte Suprema. La ejecución de estas sentencias se realiza por el Oficial de Ejecución, previo control del tribunal competente de que se cumplen los requisitos para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Chile.

#### *ii) La excepción de cosa juzgada*

Hemos señalado que la cosa juzgada confiere los atributos de inmutabilidad e inimpugnabilidad a una sentencia judicial que adquiere la calidad de ejecutoriada. Ahora bien, desde esta perspectiva podemos decir que la excepción de cosa juzgada consiste en el derecho a hacer valer esos dos atributos de la sentencia e impedir así que se pueda volver a discutir sobre algo que ya fue fallado dentro de un proceso con todas las garantías por un tribunal de justicia.

La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos que según la ley aprovecha el fallo (artículo 177 CPC). Es decir, la excepción de cosa juzgada puede ser

invocada, en primer término, por quien haya salido victorioso en el pleito. También puede ser alegada por todos aquellos que según la ley aprovecha el fallo. En principio, en este último caso encontramos a la parte vencida en el juicio.

Formas de hacer valer la excepción de cosa juzgada:

- a) Como excepción dilatoria.
- b) Como excepción perentoria.
- c) Como fundamento del recurso de apelación (causal genérica: "agravio").
- d) Como fundamento del recurso de casación en la forma.
- e) Como fundamento del recurso de casación en el fondo.
- f) Como fundamento del recurso o procedimiento de revisión.

En el Proyecto de Código Procesal Civil la cosa juzgada se puede oponer:

- a) Como excepción previa al momento de contestar la demanda.
- b) Como causal específica del recurso de apelación.
- c) Como fundamento del recurso de revisión

## QUINTA PARTE PROCEDIMIENTO SUMARIO

PROF. DIEGO PALOMO VÉLEZ

El autor deja expresa constancia que esta parte de la obra contó con el apoyo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, que permitió contar con el trabajo de los ayudantes D. Diego Valdés y D. Giovanni Ocaranza, a quienes agradece la colaboración prestada.

## PROCEDIMIENTO SUMARIO

### A) ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO SUMARIO. ENTRE EL DESEO Y LA REALIDAD

A partir del mensaje y la regulación que ofrece el Código de Procedimiento Civil, cabe iniciar su revisión dejando establecidos algunos aspectos que han pretendido caracterizar este procedimiento. En este sentido cabe consignar de entrada, en términos generales, que estamos en presencia de un procedimiento contencioso, que goza de una aplicación tanto general como especial, que tiene por objeto un pronunciamiento declarativo, constitutivo o de condena de parte del sentenciador frente a la pretensión de una parte respecto a otra, en aquellos casos en que la ley o que por la naturaleza del derecho en disputa requieren de una tramitación sencilla, breve y rápida para que sea eficaz.

Dicho esto, cabe señalar que el papel que estaría llamado a cumplir el procedimiento en nuestro sistema, considerando solamente su regulación, consistiría en otorgar una solución expedita y rápida al conflicto, lo que aparece en principio refrendado por el propio diseño procedimental que se contempla y levanta sobre la base de la celebración de una audiencia de contestación y conciliación que debe llevarse a efecto al quinto día hábil después de la última notificación (art. 683). Este propósito de aseguramiento a los justiciables del acceso a una justicia rápida y eficaz también podemos relacionarlo con lo dispuesto por el art. 682 CPC que dispone que el procedimiento será verbal, aunque debemos advertir de inmediato que en la práctica forense esta pretendida marca del procedimiento en comento se ve claramente desvirtuada a través de la presentación generalizada de contestaciones escritas (autorizada por la propia ley), a lo que se suma la protocolización del resultado del llamado conciliatorio, por lo que dicha aspiración no ha quedado más que en eso, una aspiración que no ha logrado efectiva concreción por tratarse de una fórmula recogida en un procedimiento que se encuentra diseñado e inspirado en coordinadas propias de

un procedimiento escrito, con sus reconocidas y tradicionales marcas de delegación de funciones judiciales y ausencia de concentración procesal. Dicho derechamente, el procedimiento sumario está muy lejos de ser un procedimiento concentrado, especialmente en lo que dice relación con la actividad probatoria (Carocca, A.).

Pese a lo anterior, en la actualidad, y desde hace años, los problemas de funcionamiento y eficiencia que plantea el juicio ordinario han facilitado que en varias materias se haya dispuesto la tramitación según las reglas del juicio sumario, ya que pese a levantarse sobre coordenadas similares, contempla un diseño formal más sencillo y plazos que son más breves para las diversas fases y trámites del procedimiento. Así, en una visión panorámica, tras la demanda escrita, debe continuar la realización de una audiencia de contestación y conciliación, un término probatorio de duración más breve y la dictación de la sentencia.

Un aspecto destacable, aunque nuevamente sólo desde una perspectiva legal, lo consagra el art. 688 referente al plazo para que se dicten las resoluciones en el procedimiento, debiendo pronunciarse tan pronto se encuentren en estado de ser falladas o a más tardar dentro de segundo día. A su vez, el carácter de concentrado tiene su mayor expresión en materia incidental (art. 690), por cuanto los incidentes deberán ser promovidos y tramitados en la audiencia de contestación y conciliación, para posteriormente ser resueltos en la sentencia definitiva. Sobre este punto volvemos al final.

## B) CARACTERÍSTICAS

### a) Declarativo

El juicio sumario es un procedimiento declarativo, por lo tanto, su naturaleza difiere de aquellos que son ejecutivos y cautelares, permitiendo el reconocimiento o declaración de un derecho controvertido.

### b) Extraordinario

Según el art. 2° CPC ha de considerarse un procedimiento extraordinario, puesto que contempla una tramitación regida por disposiciones especiales para ciertas situaciones.

### c) De aplicación general y especial

De la apreciación literal del art. 680 podemos distinguir dos ámbitos de aplicación, los cuales se desarrollarán en los párrafos siguientes. De momento sólo precisaremos que se establece la posibilidad de someter un asunto a este procedimiento cuando la pretensión requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para que sea eficaz y, también, cuando el legislador así lo disponga.

### d) Verbal, breve y concentrado

Como ya adelantamos, normativamente se configura como verbal (art. 682), pero inmediatamente faculta a las partes para presentar minutas escritas en que establezcan los hechos y pretensiones. Hemos advertido sobre el divorcio existente entre la *voluntas legis* y lo que el foro ha terminado aplicando generalizadamente. En consecuencia, más allá de esta declaración sobre el carácter verbal del procedimiento, la realidad práctica muestra que su desarrollo se verifica bajo las marcas de la regla de la escrituración, coordenadas formales bajo las cuales se desenvuelven la generalidad de los actos del procedimiento. Sobre las pretendidas características de brevedad y concentración señalar que en sentido amplio o vulgar, se dice que un proceso es sumario cuando está configurado por la ley para que sea un proceso rápido, pero recordar también que en la práctica la ausencia de concentración en la actividad probatoria, entre otras causas, atenta contra este ideal.

## C) FUENTES NORMATIVAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El procedimiento sumario se encuentra regulado en el Libro III "De los juicios especiales", título XI "Del Procedimiento Sumario", en los artículos 680 al 692.

En lo que concierne a su aplicación, como recién se apuntó, del tenor literal del art. 680 CPC distinguimos dos ámbitos. Por una parte, la aplicación general del procedimiento y, por otra, una aplicación especialmente prevista por el legislador para determinadas materias.

En cuanto al Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, éste ha adoptado una nueva fórmula en lo que concierne a su ámbito de aplicación en concordancia

con la fórmula española recogida en la LEC 1/2000, por cuanto se incorpora la cuantía como elemento para determinar la tramitación sumaria de los juicios cuya cuantía no supere las quinientas Unidades Tributarias Mensuales. Esta no resulta ser la única innovación en este aspecto, pues el mencionado proyecto contempla la posibilidad de que las partes convengan someter a juicio sumario la tramitación de su asunto, esto es, se propone establecer la posibilidad de que la aplicación de este procedimiento tenga lugar por el acuerdo de las partes. En este sentido se dispone que “se entenderá que el demandado conviene en sujetarse al procedimiento sumario si no se opone a ello en su primera presentación en la causa”.

#### *a) Aplicación general del procedimiento*

Tiene lugar la tramitación de una pretensión conforme a este procedimiento, en aquellos asuntos en que la acción deducida requiera por su naturaleza una tramitación rápida, la cual en armonía con el principio dispositivo impone al actor el deber de solicitar en su demanda la aplicación de este procedimiento, debido a que la acción presenta el carácter requerido y una vez efectuado el estudio de admisibilidad por parte del tribunal, éste deberá dictar la resolución respectiva permitiendo la tramitación mediante las reglas y trámites del juicio sumario.

Cabe tener presente lo dispuesto en el art. 681 respecto a la posibilidad de sustitución del procedimiento. Iniciado un procedimiento, puede suceder en determinadas situaciones, que durante su tramitación, por razones de manifiesta conveniencia, puede ordenarse su continuación conforme al juicio ordinario, en el supuesto de haberse iniciado como juicio sumario, o viceversa.

La sustitución del procedimiento constituye una petición que promueven las partes en orden a solicitar que se sustituya el procedimiento sumario u ordinario en actual tramitación por otro, el que a su turno podrá ser el procedimiento sumario cuando se requiera tramitación rápida para que sea eficaz, o en su caso, el procedimiento ordinario cuando haya la necesidad de un conocimiento lato (Díaz, C.).

La referida situación puede darse en dos supuestos:

– Cuando, iniciado el juicio de conformidad a las reglas del procedimiento sumario, en razón de lo preceptuado en el art 680.1, se solicita que se continúe

conforme a las reglas del procedimiento ordinario, y existen motivos fundados para ello.

– Cuando, iniciado el juicio de conformidad a las reglas del juicio ordinario, se pide que continúe conforme a las reglas del procedimiento sumario y aparece la necesidad de aplicarlo.

Esta situación sólo puede darse en los casos en que se inició un juicio sumario en base al artículo 680.1, es decir, conforme al supuesto de aplicación general, y no en base a los supuestos de aplicación especial. Así lo ha confirmado además la jurisprudencia: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 680 N° 6 del CPC, el juez *a quo* estaba obligado a tramitar la demanda de comodato precario mediante el procedimiento regulado en el Título XI del Libro III del mismo Código, y por lo estatuido estaba impedido a sustituir el procedimiento ya que el artículo 681 del mismo estatuto legal no lo permite (C. Antofagasta, 11 de marzo de 2008, Rol N° 400-2007).

En caso de encontrarnos en un juicio sumario que deseamos sustituir por un procedimiento ordinario, deberá promoverse esta solicitud como un incidente. Se ha entendido por la doctrina que la sustitución del procedimiento es un incidente de especial y previo pronunciamiento, y por tanto debe ser tramitado en el cuaderno principal, resuelto previamente y no en la sentencia definitiva como es la regla general tratándose de incidentes en el juicio sumario (art. 690). En este sentido, la sustitución debe pedirse tan pronto exista motivo fundado para ello o aparezca la necesidad de aplicar un nuevo procedimiento y se tramitará conforme a las normas generales de los incidentes contenidos en los arts. 82 y siguientes del CPC (art. 681.3 CPC).

La sustitución del procedimiento, al ser un incidente, otorga a la resolución que se pronuncia sobre ella la naturaleza de una sentencia interlocutoria, por tanto, procede a su respecto el recurso de apelación, pero sus efectos están condicionados a la naturaleza del procedimiento que se pretende sustituir. Así, si se pretende sustituir el procedimiento ordinario por el sumario, y se accede a dicha solicitud de sustitución, la apelación que se deduzca deberá ser concedida en ambos efectos, salvo que, concedida en esta forma, hayan de eludirse sus resultados (art. 691.1, CPC); y, a la inversa, si se deniega dicha sustitución, la apelación deberá ser concedida en ambos efectos de conformidad a las reglas generales (art. 195 CPC). En cambio, si se pretende sustituir el procedimiento sumario por el ordinario, y se accede a dicha sustitución, la apelación que se deduzca deberá concederse en el solo efecto devolutivo (art. 691.2, CPC); y

otro tanto deberá hacerse si se niega lugar a dicha sustitución (arts. 194 N° 1, y 691.2).

#### b) Aplicación especial del procedimiento

Como antes mencionamos, el legislador por mandato expreso y específico ha previsto la aplicación del juicio sumario para ciertos asuntos, los cuales se enumeran en el inciso segundo del art. 680:

1°. A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga.

Este numeral hace extensivo el procedimiento sumario a todos aquellos casos en que el legislador ha contemplado fórmulas tales como “ordenar que debe procederse sumariamente”, “ordenar que debe procederse breve y sumariamente” o cualquier otra expresión que precise la urgencia con que debe ser tramitada la acción.

A modo ejemplar, identificamos el art. 261 “La demanda de jactancia se someterá a los trámites establecidos para el juicio sumario.”. El art. 612 “El arrendador que pretenda hacer uso de los derechos concedidos por el artículo 1979 del Código Civil, se ajustará a lo establecido en el Título XI de este Libro sobre el Procedimiento sumario.”. Y el art. 233 del Código de Minería en el cual se expresa que “Todos los juicios en que se ventilen derechos especialmente regidos por este Código o que recaigan sobre el pedimento, manifestación, concesión de exploración o pertenencia y que no tengan señalado otro procedimiento en este cuerpo legal, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio sumario”.

2°. A las cuestiones que se susciten sobre constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales y sobre las prestaciones a que ellas den lugar.

Cabe anotar a efectos de una mejor explicación que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño (art. 820 Código Civil). El procedimiento sumario tiene lugar respecto de las servidumbres naturales y legales, pero nada obsta a que se tramite mediante este procedimiento las servidumbres de carácter voluntarias en razón del ámbito general.

3°. A los juicios sobre cobro de honorarios, excepto el caso del artículo 697.

En cuanto a los juicios sobre cobro de honorarios, resulta indispensable distinguir su fuente. Si proceden en razón de un juicio, el cobro deberá tramitarse de conformidad al procedimiento previsto en el art. 697, el cual otorga un derecho facultativo al acreedor, permitiendo su estimación y pago de conformidad con el procedimiento sumario o bien puede interponer su reclamación ante el tribunal que haya conocido en primera instancia del juicio en que se generaron los honorarios. Esta última vía se tramitará de conformidad a las reglas previstas para los incidentes.

Fuera del caso anterior, cuando se trata de honorarios no causados en juicio, resulta obligatorio utilizar este procedimiento para satisfacer la pretensión.

4°. A los juicios sobre remoción de guardadores y a los que se susciten entre los representantes legales y sus representados.

Del tenor literal de esta causal distinguimos dos hipótesis en que resulta aplicable el juicio sumario. En primer término cuando se solicita la remoción de guardadores vía acción de remoción en aquellos casos en que el tutor o curador configure alguna de las causales expresadas en el art. 539 Código Civil. La segunda hipótesis alude a aquellos juicios entre representantes legales y sus representados, cualquiera sea la acción esgrimida o la calificación de actor o demandado de las partes. Cabe precisar que este procedimiento no se contempla para los representantes judiciales o convencionales. La aplicación del juicio sumario es sin perjuicio de que la ley consagre otro procedimiento especial.

5°. Derogado.

6°. A los juicios sobre depósito necesario y comodato precario.

En relación a esta causal cabe precisar los institutos jurídicos aludidos encuentran regulación en el art. 2236 del Código Civil (depósito necesario) y por otra, en los arts. 2194 y 2195 del mismo cuerpo normativo. Si bien nada se señala sobre el precario, se le ha reconocido en la aplicación prác-

tica del procedimiento como un caso típico dónde se aplica actualmente el procedimiento sumario, aunque se entiende aplicable por que la naturaleza del asunto requiere una tramitación rápida para que sea eficaz.

Sin perjuicio de lo anterior, hay jurisprudencia que ha hecho aplicable el procedimiento sumario a la acción de precario por medio del numeral 6, en este sentido, se ha señalado que "es de relevancia apuntar que la acción de precario que se ha incoado por los demandantes, contenida en el artículo 2195 inciso 2º del Código Civil, es de aquellas cuya tramitación corresponde sea abordada dentro del procedimiento sumario, ya que debe entenderse comprendida en el número 6 del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, junto al juicio de comodato precario. En efecto, al igual que el comodato precario, el precario está tratado en el artículo 2195 del Código Civil, y el único matiz de diferencia entre ambas acciones, radica en la posición del elemento volitivo de quien se dice dueño de la cosa y cuya restitución impetra. Debiendo concurrir el elemento voluntad, por tratarse de un contrato, en el caso del comodato precario; y faltando ésta, en el precario (ignorancia o mera tolerancia). Lo anterior, no tiene incidencia en el procedimiento que sirve para la sustanciación de una y otra, el sumario, sino para el análisis de fondo" (C. Valdivia, 29 de junio de 2010, Rol N° 293-2010).

7º. A los juicios en que se deduzcan acciones ordinarias a que se hayan convertido las ejecutivas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2515 del Código Civil.

Este numeral viene a dar una solución a la situación que se genera una vez que la acción ejecutiva ha prescrito y pasa a ser de carácter ordinaria, en virtud del art. 2515 Código Civil. En consecuencia, las acciones ejecutivas una vez prescritas, podrán ser ejercidas pero como acciones ordinarias sujetándose al procedimiento sumario.

8º. A los juicios en que se persiga únicamente la declaración impuesta por la ley o el contrato, de rendir una cuenta, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 696.

Es sabido que, por regla general, quienes administran bienes ajenos deben rendir cuenta. Esta obligación tiene su fuente, ya sea en el contrato o en la ley. Sobre este punto resulta necesario distinguir dos hipótesis, donde la primera consiste en exigir la rendición de la cuenta para cumplir con una

obligación, y se somete a un procedimiento especial regulado en los arts. 693 y ss. CPC. Por el contrario, si el juicio tiene por objeto solamente obtener la declaración de la obligación de rendir cuenta, ésta deberá ser tramitada mediante el procedimiento sumario.

9º. A los juicios en que se ejercita el derecho que concede el artículo 945 del Código Civil para hacer cegar un pozo.

En la actualidad el art. 945 Código Civil se encuentra suprimido por el art. 9º, letra I) de la ley N° 9.909, por lo que la referencia debe entenderse realizada al Código de Aguas.

10. A los juicios en que se deduzcan las acciones civiles derivadas de un delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 CPP y siempre que exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

De conformidad al art. 59 CPP cabe realizar una distinción, precaviendo que en virtud de la acción intentada esta deberá ser tramitada en distintas sedes. Aquellas acciones que persigan únicamente la restitución de la cosa siempre deberán ser tramitadas en sede penal conforme al procedimiento penal respectivo. Sin embargo, si las acciones estuvieran destinadas a la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible, estas podrán ser intentadas en sede civil también, sujetas al procedimiento sumario.

#### D) ESTRUCTURA DEL JUICIO SUMARIO. ESQUEMA GENERAL DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento sumario, como hemos señalado desde un comienzo, resulta ser un procedimiento extraordinario, por cuanto su naturaleza requiere una tramitación sencilla y breve, la cual puede graficarse de la siguiente manera:

a) Fase de discusión; comienza mediante una medida prejudicial o derechamente con una demanda (escrita), y posteriormente se realiza una audiencia de contestación y conciliación. De forma eventual, como se dirá, podría acogerse provisionalmente la demanda cuando se cumplan los requisitos contemplados en el art. 684.

b) Fase de prueba; la integran la recepción de la causa a prueba, el término de prueba y la práctica probatoria.

c) Fase de decisión; una vez citadas las partes a oír sentencia, comienza a computarse el plazo para dictarla y a su vez para practicar las medidas para mejor resolver que el tribunal estime pertinentes.

*a) Fase de discusión:*

*1. Demanda*

Como antes mencionamos, este procedimiento se puede iniciar en virtud de una medida prejudicial contempladas en los art. 273 y ss. que resultan aplicables en virtud del art. 3, o por presentación de una demanda escrita. Como se ha explicitado, el juicio sumario es de carácter verbal, sin embargo, el único medio para hacer valer una acción actualmente es recurriendo a las minutas escritas aludidas en el art. 682. A falta de norma reguladora expresa, a la demanda escrita le resultan aplicables los requisitos propios de todo escrito (art. 30 y ss.), los requisitos de toda demanda (art. 254) y las reglas sobre comparecencia en juicio, salvo las excepciones legales (ley N° 18.120).

*2. Examen de la demanda por el tribunal*

Luego de presentada la demanda, corresponde al tribunal efectuar el examen de admisibilidad de la demanda, pudiendo no darle curso si verifica que no contiene las indicaciones de los tres primeros números del art. 254 CPC. Una vez admitida a tramitación la demanda, se debe citar a las partes a una audiencia de contestación y conciliación. Esta providencia varía dependiendo si el demandado se encuentra o no en el lugar del juicio. De encontrarse el demandado en el lugar del juicio se citará para el quinto día hábil y en el caso de no hallarse en el lugar, aquel plazo de cinco días se ampliará de conformidad a la tabla de emplazamiento prevista en el art. 259. En el caso de que sea el proveído la primera resolución efectuada en el juicio, deberá ser notificada personalmente, pero si antecedió la tramitación de una medida prejudicial la notificación, a nuestro juicio, debiese ser practicada por cédula, toda vez que ordena la comparecencia personal de las partes (art. 48).

**EJEMPLO DE UNA RESOLUCIÓN QUE PROVEE UNA DEMANDA EN JUICIO SUMARIO Y CITA A AUDIENCIA**

Talca, diez de diciembre de dos mil once

Por interpuesta demanda en juicio sumario, vengan las partes a la audiencia de contestación y conciliación, el quinto día hábil siguiente a la última notificación a las 8:30 horas, si la audiencia recayera en sábado, se efectuará el primer día hábil siguiente en la hora señalada, bajo apercibimiento legal. Notifíquese.-

(Firman el juez y el secretario).

*3. Audiencia de contestación y conciliación*

Esta audiencia tiene por objeto permitir al demandado contestar la demanda, la cual podrá realizar de forma escrita o verbalmente (recordar lo señalado en punto a esta cuestión), para luego llevarse a efecto el trámite de conciliación obligatoria.

En relación a esta audiencia cabe anotar distintas hipótesis:

*3.1. A la audiencia asisten ambas partes:*

En este caso el actor se remite a ratificar su demanda y solicita sea acogida en todas sus partes. A su vez, el demandado podría contestar verbalmente, de lo cual se dejará constancia protocolizada en acta.

Una vez contestada la demanda, el juez llamará a conciliación y obrará como amigable componedor proponiendo personalmente bases de arreglo con la finalidad de lograr un acuerdo. Si se efectúa el arreglo total, como es evidente, el juicio concluye anticipadamente con valor de sentencia definitiva, y si el acuerdo sólo es parcial, tendrá el valor de sentencia definitiva respecto de lo convenido y se seguirá adelante en la tramitación en lo demás. En el caso de no producirse conciliación se pone término a la audiencia en comento, debiendo el tribunal resolver si existen hechos sustanciales, pertinentes o controvertidos que deben ser probados. De ser el caso se recibe la causa a prueba, de lo contrario se citará a las partes a oír sentencia.

*3.2. A la audiencia sólo concurre el demandante:*

En esta hipótesis el demandado no concurre a la audiencia de contestación y conciliación y se tiene por evacuada la contestación de la demanda y el



trámite de la conciliación, siguiéndose el juicio en su rebeldía. Luego el tribunal examinará los autos para determinar si existen hechos sustanciales, pertinentes o controvertidos para en tal caso recibir la causa a prueba, lo cual se produce normalmente toda vez que, como se sabe, la situación de rebeldía del demandado implica la contestación *facta* de la demanda que se traduce en la negación total de lo pretendido por el actor.

En este punto se presenta una institución excepcionalísima a nuestro modelo procesal, y es que en virtud del art. 684, el actor puede solicitar amparado en fundamentos plausibles que se acceda provisionalmente a su demanda. De acogerse la solicitud, se faculta al demandado para ejercer un derecho de oposición dentro del quinto día desde la notificación de la resolución que accede provisionalmente a la demanda, esto sin suspender el cumplimiento de la resolución. El tribunal deberá citar a una nueva audiencia para el quinto día hábil con el objeto de discutir solamente la procedencia de la resolución que accedió provisionalmente a la demanda, vale decir, la audiencia que se realiza en virtud de la oposición también es de discusión; sin embargo, esta discusión es restringida y el demandado debe fundamentar por qué, a su juicio, no procedía acceder provisionalmente a la demanda, pero ya no puede defenderse respecto del fondo del juicio, porque el derecho para hacerlo ha precluido al no haber comparecido a la primera audiencia (Maturana, C.). La audiencia de oposición no altera la condición jurídica de las partes: el que fue demandante lo sigue siendo y el que fue demandado pertenece en tal calidad. Si el demandado opta por no deducir oposición, el tribunal recibirá la causa a prueba si hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que probar, o citará a las partes para oír sentencia. En efecto, prescribe el art. 685 que “no deduciéndose oposición, el tribunal recibirá la causa a prueba, o citará para oír sentencia, según lo estime de derecho”. Debemos hacer presente, con todo, que esta institución en la práctica resulta muy poco utilizada.

### 3.3. *A la audiencia sólo concurre el demandado:*

Pues bien, frente a esta situación nada expresa la ley, por lo cual debemos entender que el juicio continúa en rebeldía del demandante pudiendo recibirse la causa a prueba si existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben ser probados, o se citará a oír sentencia sin más trámite.

### 3.4. *A la audiencia no comparecen ni demandante ni demandado:*

En tal hipótesis, cualquiera de las partes que desee dar curso progresivo a los autos deberá evacuar un escrito en que solicite se fije una nueva audiencia.

En determinados casos, deberá ser emplazado el defensor público por cuanto la ley ordena que sea oído, situación prevista para el caso del 680 N° 4 relativo a los juicios de entre representantes legales y sus representados, o cuando el tribunal lo juzgue necesario.

Cabe hacer presente, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, que el juicio sumario no contempla los escritos de réplica y dúplica. En esta línea se ha fallado: “En un juicio sumario la cuestión controvertida sobre la que el juez debe resolver queda constituida por la demanda y su contestación, no contemplándose oportunidad para réplicas ni dúplicas. *De este modo el simple téngase presente respecto a la contestación de la demanda que el demandante presenta varios días después de realizada la audiencia de contestación, no forma parte de las peticiones o acciones deducidas por el demandante ni de sus fundamentos*” (C. Puerto Montt, 30 de marzo de 2006, Rol N° 78-2006).

En cuanto a la situación de la reconvencción, el tema no resulta pacífico, ya que el legislador no se pronunció sobre su admisibilidad. La doctrina, por una parte, ha argumentado a favor de su procedencia, señalando que la reconvencción cuando efectivamente concurren sus requisitos, resulta ser un instituto de eficaces efectos de economía procesal. Estando este procedimiento establecido en función de este valor, sería contradictorio no permitir su aplicación (Figueroa, J.; Morgado, E). Otros se han opuesto rechazando la aplicación de la reconvencción en el juicio sumario, toda vez que el mismo procedimiento no la regula, señalando que además no resultaría aplicable el instituto porque el procedimiento carece de los trámites de réplica y dúplica indispensables para que el mecanismo de la reconvencción opere (Maturana, C).

Nuestros tribunales tampoco han dado respuesta uniforme en esta materia, pronunciándose en ambos sentidos. Así se ha fallado señalándose que “menos aún resulta posible acoger la reconvencción deducida, ya que se dirigió en contra de la demandante de estos autos, Inversiones AutoPro Ltda., pidiéndose se declare el incumplimiento de un contrato y reclamándose el pago de indemnizaciones de perjuicios, en circunstancias que esta parte no concurrió a la celebración de los contratos que se invocan, a lo que debe agregarse que esta materia es ajena a lo que debe ser una demanda reconvenccional en un juicio sumario, que excepcionalmente se acepta en un procedimiento como el de estos autos, razones por las cuales lo actuado por la juez a quo en esta parte, también debe

ser ratificado” (C. San Miguel, 27 de junio de 2012, Rol N° 370-12). A su vez, también se ha resuelto: “Que, así las cosas, la sustitución del procedimiento hecha valer por la parte demandada resulta inadmisibles y, en consecuencia, deberá ser desechada por cuanto el presente juicio debe tramitarse cabalmente por las reglas del procedimiento sumario, conforme a las cuales, entre otras, no procede la reconvención (C. Concepción, 13 de julio de 2012, Rol N° 658-12).

El Proyecto de nuevo CPC de momento disipa las dudas, tomando partido en la polémica contemplando la posibilidad de la institución en comento permitiendo que en la audiencia sumaria el demandado pueda contestar la demanda y a su vez reconvenir en el caso que resulte procedente, deberán ser interpuestas conjuntamente con al menos cinco días de anticipación a la audiencia sumaria.

#### EJEMPLO DE UN ACTA DE AUDIENCIA DE COMPARENDO

Talca, abril veintinueve de dos mil trece.

A la hora señalada en autos rol N° 3249-2011, se lleva a efecto la audiencia decretada con la asistencia de la parte demandante representada por su abogado don Juan Pérez Orellana y con la asistencia de la parte demandada, representada por su abogado don Jaime Fernández Ruiz, y se procedió:

En primer lugar, proveyendo la representación de la parte demandada de fecha 26 de abril de 2013, se resuelve:

A lo principal, estése a lo acordado por las partes en esta audiencia.

La parte demandante representada por su abogado, ratifica la oposición a la regularización contenida en el expediente administrativo de Bienes Nacionales, que rola en estos autos.

El abogado don Jaime Fernández Ruiz, presenta minuta escrita la que solicita se tenga como parte integrante de la presente acta de comparendo. Se hace entrega de copia de la minuta a la contraria.

El Tribunal tiene por presentada minuta escrita, y ordena agregarla al proceso y tenerla como parte integrante de la presente acta de comparendo, y proveyendo la misma, resuelve:

Téngase por contestada la demanda.

El Tribunal llama a las partes a conciliación, la que no se produce.

Con lo que se puso término a la presente audiencia, firmando los concurrentes con el Tribunal.

(Firman el juez y el secretario)

#### b) Fase de prueba

##### 1. Resolución que recibe la causa a prueba

Tras la fase de discusión, en los casos en que deba tener lugar, se rendirá la prueba en el plazo y forma establecida para los incidentes (art. 686). Esta resolución que recibe la causa a prueba debe ser notificada por cédula. A esta conclusión se debe llegar si se atiende al art. 323 CPC, que señala que la resolución que recibe un incidente a prueba se notifica por el estado diario, por lo que se asume la voluntad del legislador de limitar esta forma de notificación sólo respecto de los incidentes. Además, cabe aplicar la regla general del artículo 48 CPC.

##### 2. Término probatorio y práctica probatoria

El término probatorio es de 8 días de conformidad al art. 90 CPC, el cual se computa desde la última notificación de la resolución que recibe la causa a prueba. Este plazo puede ampliarse en virtud de un término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera del lugar de juicio por una sola vez, por motivos fundados, sin que en ningún caso pueda exceder los 30 días. Cabe señalar que también procede el término probatorio especial de acuerdo a las reglas generales. Estas resoluciones no son susceptibles de recurso de apelación (art. 90 inciso 4°).

Cabe realizar un alcance en cuanto a la impugnación de la resolución que recibe la causa a prueba, ya que sabemos que esta resolución es recurrible mediante recurso de reposición con apelación en subsidio dentro de tercer día contado desde la última notificación.

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto admitiendo la interposición del recurso de reposición con apelación:

Cuarto: El artículo 319 del Código de Procedimiento Civil, señala que las partes podrán, dentro de tercer día, pedir reposición de la resolución que recibe la causa a prueba. La misma norma legal, en su inciso tercero, estipula que la apelación en contra del auto de prueba, debe interponerse en forma subsidiaria a la reposición y para el caso que esta no sea acogida. (C. de Talca, 22 de marzo de 2011, Rol N° 758-2010).

En lo que concierne a la práctica probatoria, salvo las particularidades que se recogen en el art. 90 CPC recién aludido (a las que sumamos que

dentro de los dos primeros días deberá cada parte acompañar su lista de testigos) resultan aplicables las normas sobre la prueba del juicio ordinario. Con todo, cabe mencionar que a diferencia del procedimiento ordinario, este no contempla ni admite el trámite de observaciones a la prueba, y en razón de esto, una vez vencido el término probatorio el juez citará a las partes a oír sentencia.

### *c) Fase de decisión*

#### *1. Citación a oír sentencia*

Vencido el término probatorio, el tribunal citará, de inmediato, a las partes a oír sentencia en conformidad al art. 687: "*Vencido el término probatorio, de inmediato, citará, a las partes a oír sentencia*".

#### *2. Medidas para mejor resolver*

Una vez citadas las partes a oír sentencia, el tribunal dispone del plazo de 10 días para dictar la correspondiente sentencia definitiva. Dentro de este plazo, podrá dictar las medidas para mejor resolver que estime conveniente en conformidad al art. 159 CPC.

#### *3. Sentencia y recurso de apelación*

La sentencia definitiva deberá ser dictada en el plazo de 10 días (aunque sin olvidar lo prescrito por el art. 64 respecto a que no son fatales los plazos legales establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal), la que será notificada por cédula a las partes. Sin perjuicio de lo anterior, las demás resoluciones deben ser dictadas a más tardar dentro de segundo día (art. 688 CPC).

A falta de norma expresa, la sentencia definitiva que se dicte en el procedimiento sumario deberá cumplir con todos los requisitos formales que se mencionan en el artículo 170. Además, la sentencia se pronunciará sobre la acción deducida y sobre los incidentes, o sólo sobre éstos cuando sean previos (por ejemplo, la nulidad de la notificación de la demanda) o incompatibles con aquélla (por ejemplo, la incompetencia del tribunal).

En cuanto al régimen de recursos, sin extendernos en esta materia, aprovechamos de anotar que el recurso de apelación está sometido a un régimen especial y distinto del juicio ordinario, tanto en cuanto a sus efectos, tramitación y facultades del tribunal de alzada. Así, la regla general, es que todas las resoluciones dictadas en un procedimiento sumario sean apelables en el solo efecto devolutivo, sin suspender por lo tanto el cumplimiento de la misma, contemplándose dos situaciones excepcionales donde la apelación se concederá en ambos efectos, salvo que concedida en esta forma, hayan de eludirse sus resultados: a) La resolución que dispone el cambio de juicio ordinario a sumario y b) la sentencia definitiva, cualquiera sea la parte que intente el recurso (art. 691).

Cabe hacer presente que existe una contradicción entre la norma del 691 y el 194 N° 1 del CPC. Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha estimado que debe primar el artículo 691 dado que se trata de una norma especial. Al efecto se ha señalado que, al tratarse de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia definitiva dictada en un juicio sumario, debe aplicarse con preferencia la norma que se contempla en el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, inciso primero; debiendo dejarse constancia que no se acreditó en la causa que, por haberse otorgado el recurso en ambos efectos, hayan de eludirse los resultados de la sentencia. Preciso es destacar, además, que la norma a que se refiere el recurrente el artículo 194 del mismo Código, está contenida en el Título XVIII, que se refiere al recurso de apelación, dando las normas generales con respecto a las cuales deberá deducirse y concederse el mismo, haciendo referencia en su N° 1 a resoluciones dictadas contra el demandado en los juicios ejecutivos y sumarios. Lo anterior lleva necesariamente a la conclusión de que en el presente caso resulta preferente la norma del artículo 691 del mismo cuerpo legal, que sí alude a la sentencia definitiva dictada en un procedimiento sumario, constituyendo la regla general a aplicarse en este tipo de juicios (C. Antofagasta, 20 de marzo de 2008, Rol N° 73-2007).

La otra marca del régimen especial al que está sujeta la apelación en el procedimiento sumario, está dada por la competencia del tribunal de alzada para pronunciarse sobre ella, la que es más amplia que en otros procedimientos civiles. En efecto, el tribunal de alzada podrá, a solicitud de parte, pronunciarse por vía de apelación sobre *todas las cuestiones* que se hayan debatido en primera para ser falladas en definitiva, aun cuando *no hayan sido resueltas* en el fallo apelado (art. 692 CPC).

De no existir esta norma excepcional en el juicio sumario, al tribunal de alzada, en presencia de una omisión semejante y en conformidad a las reglas generales,

no le habría quedado otro camino a seguir que invalidar de oficio la sentencia apelada, por falta de decisión del asunto controvertido; o bien, limitarse a ordenar al de primera que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido, y suspendiendo entre tanto el fallo del recurso (arts. 170, N° 6°, y 776 CPC). Lo anterior sería totalmente contrario a las características de sencillez y rapidez que caracterizan al juicio sumario.

En este sentido, se ha fallado que, “en conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, la apelación debe contener “las peticiones concretas que se formulan”, de manera que, conforme al tenor de esta disposición, y de acuerdo además al artículo 186 del mismo Código, la competencia de esta Corte se encuentra restringida a la resolución de las “peticiones concretas” que se sometan a su decisión, salvo el caso que el mismo Estatuto confiera al Tribunal de segunda revisión otras facultades y competencia especiales en relación a una sentencia determinada, como es el caso de un procedimiento como el de la especie, en el que es aplicable el artículo 692 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “en segunda instancia, podrá el tribunal de alzada, a solicitud de parte, pronunciarse por vía de apelación sobre todas las cuestiones que se hayan debatido en primera para ser falladas en definitiva, aun cuando no hayan sido resueltas en el fallo apelado” (C. Santiago, 4 de abril de 2002, Rol N° 8.010-1997).

#### E) INCIDENTES

Como se ha señalado en estas líneas, una de las características que se predicen respecto del procedimiento sumario es la concentración procesal, regla cuya aplicación efectiva es débil según lo explicado antes, pero que se manifiesta claramente en la regulación que reciben los incidentes. En este sentido, el art. 690.1 CPC señala que los incidentes deberán promoverse y tramitarse en la misma audiencia de discusión, conjuntamente con la cuestión principal, sin paralizar el curso de ésta.

Conforme a lo anterior, se desprende que los incidentes poseen en el juicio sumario una oportunidad especial para ser promovidos (la audiencia de contestación y conciliación); una tramitación especial (junto con la cuestión principal sin paralizar el curso de ésta), y un momento particular para ser fallados (sentencia definitiva). Con todo, la pregunta surge respecto de los incidentes fundados en hechos acaecidos con posterioridad a la audiencia. Se ha entendido acertadamente, a nuestro juicio, que deben aplicarse las

reglas generales del art. 85.1, sin perjuicio de dejar su resolución para la sentencia definitiva (art. 690 CPC).

Reiteramos que la sentencia definitiva debe pronunciarse sobre la acción deducida y los incidentes, o sólo sobre éstos, cuando sean previos o incompatibles con aquélla.

En base a lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que la naturaleza jurídica de la resolución (que acoge excepción dilatoria) corresponde a una sentencia interlocutoria. “No es una sentencia definitiva, ya que no pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, disposición ubicada en el Libro I de dicho cuerpo legal, denominado De las disposiciones comunes a todo procedimiento. El artículo 690 establece una norma especial en relación a los incidentes en cuanto a la oportunidad de su promoción y tramitación, así como a la oportunidad de su decisión, pero ello en ningún caso cambia la naturaleza jurídica de la resolución que se pronuncia sobre una excepción dilatoria. La mención que el recurrente hace en cuanto a que se aplicarán las normas relativas al juicio ordinario a las actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, lo que implica que en este caso sobre el artículo 158 prima el 690 es errónea, toda vez que acá no se trata de normas sobre el juicio ordinario, sino comunes a todos los procedimientos, lo que incluye el juicio sumario. De la lectura del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil se desprende que, en el caso que nos ocupa, no concurre la excepción de cosa juzgada, desde que éste señala que la sentencia se pronunciará sólo sobre los incidentes cuando éstos sean previos o incompatibles con la cuestión deducida. Es decir, si el incidente es previo a la cuestión deducida, por cierto implica necesariamente que una vez resuelto aquél se podrá decidir ésta. De seguirse la tesis del recurrente tenemos que luego de acogida una excepción dilatoria no podrá obtenerse pronunciamiento sobre la cuestión principal, pues siempre concurriría la excepción de cosa juzgada, situación que contrasta con los principios que orientan nuestra legislación. Es de toda lógica que una vez resuelto el incidente, subsanado el defecto, se pueda continuar con la tramitación del asunto, hasta el pronunciamiento acerca del asunto debatido. Lo contrario implicaría una vulneración al principio de inexcusabilidad” (CS., Tercera Sala, 28 de agosto de 2006, Rol N° 1.213-2005).

#### BIBLIOGRAFÍA

CARocca, Alex. *Manual de Derecho Procesal: los procesos declarativos*. Ed. LexisNexis, Santiago, 2003.

CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*, Vol. 5. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 6ª edición, 2007.

DE LA OLIVA, A; Díez-PICAZO, I. *Derecho Procesal Civil: El proceso de declaración*. Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, 2004.

DÍAZ URIBE, Claudio. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Vol. 2. Ed. Lexis-Nexis, Santiago, 2ª edición, 2006.

FIGUEROA YÁVAR, Juan; MORGADO SAN MARTÍN, Erika. *Procedimientos civiles e incidentes*. Santiago, Ed. LegalPublishing, 2013.

MATURANA MIQUEL, Cristian. *Incidentes y Juicios Especiales: Apuntes*. Santiago, Fac. de Derecho U. de Chile, 2010.

ORELLANA TORRES, Fernando. *Manual de Derecho Procesal: procedimientos civiles ordinarios y especiales*, Vol. 2. Ed. Librotecnia, Santiago, 3ª edición, 2009.

ORTELLS RAMOS, M. (y otros). *Derecho Procesal Civil*. Thomson Aranzadi, 10ª edición, Navarra, 2010.

## SEXTA PARTE TUTELA CAUTELAR

PROF. GONZALO CORTEZ MATCOVICH

## I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La noción misma de proceso supone una sucesión de actos en el tiempo. En efecto, la realización de la actividad jurisdiccional a través del proceso, requiere tiempo. Lo requiere, aun cuando se respetaran minuciosamente todas las previsiones legales sobre la extensión temporal del mismo, lo que —por cierto— en contadas ocasiones ocurre. Esta demora, imprescindible para que la potestad jurisdiccional pueda ejercitarse con razonables probabilidades de acierto y para garantizar el derecho de defensa, además de significar por sí sola un inconveniente, supone la posibilidad de que el demandado realice actos que impidan o dificulten notablemente la efectividad de la sentencia, pudiendo incluso variar su solvencia durante el curso del proceso.

La tutela cautelar es precisamente el instrumento jurídico-procesal que tiene por función evitar que esto último suceda, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para cumplir ese objeto (ORTELLS). En suma, esta clase de medidas están destinadas a conjurar el riesgo que sobre la efectividad práctica de la sentencia puede provocar la extensión temporal del proceso.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA CAUTELAR

Respecto a la configuración de conjunto de la actividad cautelar coexisten concepciones doctrinales diversas. Según una orientación, que podríamos denominar *amplia*, la actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso en sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución, que se halla al servicio de una función de la jurisdicción diferente a la de declarar el Derecho en el caso concreto y a la de realizar forzosamente ese Derecho. De acuerdo a esta concepción, un correcto encuadre sistemático exige señalarles un libro específico propio dentro del Código, en consonancia con la autonomía del proceso cautelar.

Para otra tesis, el proceso cautelar carece de autonomía respecto del proceso de declaración o ejecución en el que se inserta. Por otro lado,

desde esta perspectiva, la finalidad de las medidas cautelares se reduce a una función de aseguramiento de una eventual ejecución forzosa futura y, por lo mismo, deben excluirse aquellas que involucren una anticipación provisional de la pretensión del actor.

En mi opinión, la tutela cautelar se desenvuelve a través de un proceso que posee sustantividad propia y permiten considerarlo como un proceso en sí mismo. La razón fundamental, pero no única, es que la pretensión procesal, es decir, el objeto del proceso cautelar, es diferente de la que constituye el objeto del proceso principal y, por ende, nos encontramos frente a una subfunción de la jurisdicción que puede considerarse diferente a la declarativa y de ejecución.

En la actualidad se viene hablando de un verdadero proceso cautelar, como un tercer género, distinto del proceso declarativo y de ejecución, diferencia que justifica una serie de particularidades de la regulación de la tutela cautelar. Aunque esta pretendida autonomía de la tutela cautelar ha sido discutida, lo verdaderamente importante es que, con prescindencia del problema de sistemática doctrinal, la cuestión ha tenido una incidencia a nivel de sistemática legislativa, es decir, sobre el lugar que debe ocupar en una ley procesal correctamente ordenada, porque se observa una tendencia hacia la colocación de las normas reguladoras de la tutela cautelar dentro de las normas o disposiciones generales y no anexadas al proceso de declaración o ejecución.

En nuestro país la discusión acerca de la naturaleza jurídica del proceso cautelar, es decir, el correcto encuadramiento que le corresponde en un código procesal metódico y su ubicación en el conjunto de las instituciones procesales, prácticamente no se ha dado, pero la tendencia se orienta hacia la tesis restrictiva (ROMERO). Parece que ser que la razón determinante para negar autonomía al proceso cautelar obedece a su configuración normativa que reposa sobre la base de *medidas* y no procesos cautelares. Sin embargo, la regulación legislativa no parece ser una razón determinante para negar autonomía al proceso cautelar desde que la ordenación positiva responde a una noción de la tutela cautelar incompatible con los requerimientos de la sociedad moderna en la que la idea de eficacia corresponde a una aspiración hoy incorporada como verdadero principio en la escala de valores que deben informar al proceso en general y con la importancia creciente de una adecuada configuración de la actuación jurisdiccional del derecho.

### III. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL PROCESO CAUTELAR

Como se señaló en la primera parte de esta obra, las medidas cautelares tienen las siguientes características: a) Legalidad; b) Jurisdiccionalidad; c) Dispositividad; d) Instrumentalidad, y e) Provisionalidad.

En el presente párrafo se desarrollarán dos de esas características: instrumentalidad y provisionalidad.

#### *A) La instrumentalidad como nota característica del proceso cautelar*

Referirse a la *instrumentalidad* como aquella cualidad que identifica tanto la actividad conducente al pronunciamiento de las medidas cautelares como a estas mismas, y que a la vez sirve para distinguirlas de otros institutos afines, impone la necesidad de conectar con la obra de CALAMANDREI. A este autor se debe la idea de reunir las notas de instrumentalidad y provisoriedad, como rasgos característicos inherentes a la tutela cautelar.

Desde entonces se viene concibiendo la tutela cautelar como una forma de tutela instrumental porque las medidas cautelares nunca se justifican por sí mismas, sino que están preordenadas en función de un proceso distinto, cuyos resultados tienden a asegurar. Como afirmó CALAMANDREI: "*Hay pues en las resoluciones cautelares, más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar al derecho*".

Esta concepción de la tutela cautelar, que ha sido ampliamente recibida por la doctrina, presenta un aspecto funcional y otro estructural. En efecto, supone, por una parte, una adecuación del *contenido* de la medida en función de la situación jurídica cuya cautela se pretende y, por otro, desde el punto de vista *estructural* implica, primero, que no es concebible una medida cautelar sin la pendencia de un proceso principal y segundo, que hay una variedad de consecuencias derivadas precisamente de esa relación de dependencia entre el proceso principal y la concreta medida adoptada, de modo que determinadas distintas situaciones que pueden acontecer en el primero, tienen su necesaria resonancia en la segunda.

### B) Manifestaciones de la instrumentalidad

Son manifestaciones de esta característica esencial de las medidas cautelares las siguientes:

1ª) Sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal y en el caso de que puedan obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada.

Como se verá, tratándose de medidas prejudiciales precautorias, la instrumentalidad tiene una concreta manifestación en la exigencia de presentar la demanda principal ante el mismo tribunal que concedió la medida dentro del plazo de diez días contados desde la aceptación de la solicitud (art. 280 CPC). El legislador no dice expresamente que la demanda se ha de entablar ante el mismo tribunal que concedió la medida cautelar previa, pero esta exigencia se desprende del art. 178 COT.

2ª) Deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es acogida, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada, la medida también está llamada a extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.

La ley no ha establecido de modo expreso que la medida cautelar debe cesar en sus efectos una vez que haya concluido el proceso principal, de modo que las conclusiones a que se pueda arribar derivan más que de disposiciones legales específicas, de la elaboración teórica de las medidas cautelares.

En todo caso, la Corte Suprema ha entendido que, cualquiera sea el resultado del pleito, las medidas cautelares no pueden subsistir una vez terminado el mismo: *"Que las medidas precautorias pueden solicitarse en cualquier estado del juicio y, por tanto, son accesorias a éste y no pueden mantenerse más allá del término de la causa en que se decretaron, por lo que cesan con la sentencia de término, sea que ésta acoja o no dé lugar a la demanda. Lo contrario sería sustraer del comercio humano determinados bienes sin motivo justificado, lo que se opone a la garantía del derecho de propiedad..."* (Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 1999, en *Fallos del Mes*, N° 482, p. 2895).

3ª) La instrumentalidad también se manifiesta en el contenido que puede inyectar a la medida cautelar y se manifiesta en una suerte adecuación del contenido de la medida en función de la situación jurídica cuya cautela se pretende.

Desde esta perspectiva, las medidas cautelares consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas, que, por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con éstos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter provisional.

### C) Provisionalidad

El precepto clave en la materia es el art. 301 CPC que, prácticamente, cierra el título relativo a las medidas cautelares, establece que: *"Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes"*.

Con base en este concepto de *provisionalidad* que consagra el CPC, doctrina y jurisprudencia han justificado una serie de supuestos que tienen un único factor en común: la posibilidad de modificación o extinción de una medida cautelar, cualquiera sea el motivo invocado para ello.

Así las cosas, el CPC ha acogido un concepto amplio de *provisionalidad*, que incluye, por descontado, el significado genérico de la expresión que designa aquellas situaciones que están destinadas a durar limitadamente en el tiempo; pero también cubre aquellas situaciones que si bien tienen una perdurabilidad relativa, en relación al marco temporal en que las medidas despliegan sus efectos, están sin embargo permanentemente sujetas a ser revisadas. Incluiría, en fin, todas aquellas situaciones que pueden repercutir en la modificación o cese de las medidas cautelares, derivadas de la relación de instrumentalidad con el proceso principal.

Por consiguiente, la nota de provisionalidad cubre tanto la limitación de la duración de sus efectos por aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de la resolución sobre el mérito, que no es sino una consecuencia de la instrumentalidad, como recién se ha visto.



Pero también, comprende las hipótesis que con frecuencia se denominan manifestaciones de variabilidad de las medidas cautelares.

La resolución que se pronuncia sobre una medida cautelar responde al análisis de los presupuestos para la procedencia de la medida de acuerdo a una determinada situación de hecho existente a la época en que la solicitud de medida cautelar fue resuelta. Una vez acordada o denegada mediante resolución firme una medida cautelar puede plantearse si es posible un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos de la medida.

Existe prácticamente unanimidad en la doctrina en orden a que la resolución que se pronuncia sobre una medida cautelar no surge con propensión a asumir un carácter definitivo en el tiempo. Antes bien, se considera como un indicador de excelencia del sistema de tutela cautelar la posibilidad reconocida por el ordenamiento de admitir nuevos pronunciamientos respecto de una resolución cautelar que, por haberse agotado las posibilidades de recurso y de formular oposición, ha devenido en firme.

De inmediato entonces surge la necesidad de encontrar una justificación a esta mutabilidad que parece ser propia de las resoluciones que acuerdan medidas cautelares y es aquí donde comienzan las discrepancias. Una primera alternativa es entender que la tutela cautelar no se aviene con el instituto de la cosa juzgada y, por consiguiente, las resoluciones sobre esta materia lisa y llanamente no producen este efecto de inmutabilidad. Frente a las negativas consecuencias que se siguen de la asunción de un criterio tan radical, que precisamente van en contra de los valores que justifican la existencia misma de la institución, la mayor parte de la doctrina ha discurrido con base en la idea de que no es necesario negar la producción de cosa juzgada para explicar, con un adecuado fundamento, el rasgo de la adaptabilidad de las medidas cautelares. En esta línea, debe destacarse la aportación de SERRA para quien el tema de la variabilidad de las medidas cautelares es un problema vinculado a los *límites objetivos de la cosa juzgada*, que sólo puede extenderse a los puntos efectivamente juzgados. La modificación de los presupuestos por hechos posteriores a su declaración, configura una situación que se coloca fuera de esos límites. Parte de la doctrina ha observado, sin pronunciarse sobre el efecto de cosa juzgada, que las medidas cautelares estaban sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus* en cuanto están sujetas a cambiar o desaparecer por causa de la “modifica-

*ción del estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó*”. En similar sentido, MONTERO señala que “*las medidas cautelares son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas según el principio rebus sic stantibus, cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron*”.

Catagórico, en este sentido, se pronuncia NIEVA, para quien las resoluciones pronunciadas en materia cautelar no son reformables mientras persista el estado de las circunstancias. Agrega que, si este estado cambia, no es que el juez deba sustituir la medida por otra, sino que adoptará una nueva medida que se adapte a la nueva situación.

Según ORTELLS, “*la coexistencia de cosa juzgada con posibilidades determinadas de proceder a un nuevo enjuiciamiento..., no es una característica exclusiva de las resoluciones cautelares sino que es algo común a todas las sentencias, supuestos los requisitos necesarios*”. Concluye afirmando que: “*aun a falta de expresa previsión legislativa, no cabe negar a las resoluciones sobre medidas cautelares... un tratamiento similar para la actuación de unos límites —también similares— de la cosa juzgada que producen*”.

La doctrina nacional no ha negado a los pronunciamientos cautelares el atributo de la cosa juzgada, sino que, partiendo de la discutible tesis de que las resoluciones sobre medidas cautelares tienen el carácter de sentencias interlocutorias, ha señalado que esta clase de resoluciones producirían *cosa juzgada sustancial provisional*, para designar la situación de aquellas resoluciones que se dictan durante el curso del procedimiento, una vez que hubieran adquirido el carácter de inimpugnable, producen todos sus efectos dentro del juicio, no obstante poder ser modificadas cuando varíen las circunstancias tenidas en vista para su dictación. Esto significa, a juicio de PEREIRA, que sin dejar de ser permanente el derecho, está condicionado a la mantención de la situación fáctica existente a la época del pronunciamiento de la resolución. Sostiene ROMERO que los efectos de las medidas cautelares duran mientras permanecen los supuestos que la autorizaron.

#### D) Diferentes supuestos de variabilidad de una resolución cautelar

Sobre el tema de la estabilidad de los pronunciamientos recaídos en solicitudes de medidas cautelares ha de realizarse una labor previa para deslindar

la situación específica que se analiza de otros supuestos que, importando una alteración de la resolución cautelar, no son consecuencia de un nuevo enjuiciamiento sobre los presupuestos de la medida cautelar decretada.

En efecto, un primer intento por delinear los contornos de la indagación exige precisar que no se alude aquí a la firmeza (también conocida como cosa juzgada formal), esto es, a aquel efecto implícito en la inexistencia o preclusión de recursos contra una resolución, la que la convierte en inmutable dentro del respectivo proceso en la que fue pronunciada, efecto al que nadie ha sostenido que las medidas cautelares constituyan una excepción, ni siquiera quienes les han negado el atributo o cualidad de cosa juzgada material.

Seguidamente, deben descartarse todas aquellas situaciones que determinan la extinción de la medida cautelar en función de su carácter instrumental. Son las hipótesis de terminación del proceso principal o la no iniciación del mismo en los casos en que se ha concedido una cautela *ante causam*. Aunque pueden tener incidencia en los presupuestos de la medida, no conllevan un nuevo enjuiciamiento de ellos, sino una labor de constatación de su acaecimiento. Finalmente deben también quedar excluidos del tema que nos ocupa, los supuestos de reemplazo de la medida cautelar por una caución sustitutiva.

Aunque respecto de todos los supuestos recién mencionados parece haber un elemento claro de diferenciación, tienen en común el tratarse de hipótesis que afectan la estabilidad de pronunciamientos sobre la tutela cautelar y merecen un examen separado y previo en el capítulo relativo a las manifestaciones de la instrumentalidad.

#### *E) Variabilidad de las resoluciones cautelares por variación de sus presupuestos*

A pesar de que las normas generales sobre esta materia son más bien escasas, el ordenamiento chileno tiene el mérito de recoger una norma expresa sobre la variabilidad de las medidas cautelares. A partir de este dato legislativo, la doctrina y buena parte de la jurisprudencia han contribuido a la construcción de una especie de andamiaje donde se aloja el tema de la variabilidad de las medidas cautelares.

El precepto clave en la materia es el art. 301 CPC que, prácticamente cierra el título relativo a las medidas cautelares, establece que: *"Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes"*.

Así, tomando pie en el art. 301 CPC, la Corte de Apelaciones de Talca ha resuelto que *"las medidas precautorias no pueden subsistir una vez fallada la causa, sino en cuanto sean necesarias para asegurar el cumplimiento de lo resuelto"*. En un sentido inverso, la Corte Suprema ha resuelto que *"el hecho de dictarse sentencia favorable al demandado, en primera y segunda instancia, no autoriza para el alzamiento inmediato de la medida. Mientras no esté ejecutoriada (firme) la sentencia, existen posibilidades de reforma de ella, por lo que el peligro subsiste"*, siendo improcedente mientras tanto aplicar la norma del art. 301 CPC.

Como se puede apreciar, en ambos casos se trata, más que de un problema de variabilidad de las medidas cautelares, de los efectos derivados de la relación de instrumentalidad de las mismas con el proceso principal que, aunque pueda tener incidencia en sus presupuestos, no precisa un nuevo enjuiciamiento de los mismos.

La Corte Suprema haciendo uso de facultades oficiosas resolvió dejar sin efecto las medidas prejudiciales precautorias concedidas y mantenidas sin antecedentes que las justifiquen y por tratarse de *"medidas que por disposición de ley son esencialmente provisionales y en este caso... se han mantenido por más de diez años sin adelantarse en el juicio ordinario en que inciden"*. (Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 1978, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 75, s. 1ª, p. 91.)

El CPC ha acogido un concepto amplio de *provisionalidad*, que incluye, por descontado, el significado genérico de la expresión que designa aquellas situaciones que están destinadas a durar limitadamente en el tiempo; pero también cubre aquellas situaciones que si bien tienen una perdurabilidad relativa, en relación al marco temporal en que las medidas despliegan sus efectos, están sin embargo permanentemente sujetas a ser revisadas. Incluiría, en fin, todas aquellas situaciones que pueden repercutir en la

modificación o cese de las medidas cautelares, derivadas de la relación de instrumentalidad con el proceso principal.

Según ha resuelto la Corte Suprema, el concepto de provisionalidad recogido por la ley, autorizaría para decretar una medida precautoria, aun cuando antes hubiera sido alzada por el tribunal que conoce del mismo proceso: *"Que de los antecedentes traídos a la vista aparece que existe mérito suficiente para decretar la medida precautoria que se solicita... Que no obsta a lo anterior, el hecho de haberse alzado la medida precautoria antes decretada, porque ella es esencialmente provisional, como lo establece expresamente la ley procesal, y puede solicitarse en cualquier estado del juicio"*. (Corte Suprema, sentencia de 10 de agosto de 1962, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 59, s. 1ª, p. 293).

El art. 301 CPC introduce un elemento que podría resultar perturbador. Señala como una de las posibles consecuencias de la *provisionalidad*, que las medidas están llamadas a extinguirse en virtud de haberse otorgado *cauciones suficientes*. Desde luego, aunque el Código no lo enuncia en esos términos, parece claro que está haciendo expresa referencia a la posibilidad que tiene el sujeto pasivo de la medida para obtener la sustitución de ésta por una caución suficiente. El fundamento de esta prerrogativa no descansa ni es una consecuencia del carácter provisional de la medida, sino de la aspiración del legislador de evitarle perjuicios mayores e innecesarios al sujeto pasivo de la medida, mediante una forma de aseguramiento que puede resultarle menos gravosa, sin que por ello se alteren las perspectivas de aseguramiento de la pretensión del actor.

Aunque la doctrina nacional no se ha pronunciado sobre si las resoluciones que se dictan acordando medidas cautelares producen el efecto de cosa juzgada, la conclusión negativa se impone por derivación. Sólo las sentencias definitivas y las interlocutorias producen este efecto, que le está vedado a los autos y decretos. Y ya se ha visto que la doctrina nacional se inclina por considerar que la resolución que resuelve sobre las medidas cautelares es un auto. Como la aceptación de esta tesis podría llevar a situaciones extremas, es decir, a una admisión indiscriminada de solicitudes, ya sea pidiendo la adopción de medidas antes desestimadas o bien solicitando repetidamente el alzamiento de medidas antes acordadas, tanto doctrina como jurisprudencia se han encargado de poner cortapisas a esta facultad. Y curiosamente lo hacen a partir del propio precepto del art. 301 CPC, que

se ha destacado como el paradigma del fundamento de la variabilidad de las resoluciones cautelares.

Resulta particularmente rotunda a este respecto una sentencia de la Corte Suprema que ha resuelto que: *"El legislador no se pone en el caso de que se vuelva a discutir, dentro de un mismo juicio, si se reunieron o no los requisitos para decretar las medidas precautorias. El que pretende su alzamiento debe invocar las circunstancias que expresa y determinadamente establece el precepto que precisamente trata de dicho alzamiento (artículo 301 CPC), lo que no ha ocurrido en este caso"*. (Corte Suprema, sentencia de 6 de abril de 1962, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 59, s. 1ª, p. 103).

Sin que haya sido preciso llegar a una solución tan radicalmente restrictiva de la posibilidad de obtener la modificación de las medidas cautelares, la jurisprudencia ha venido exigiendo siempre la variación de las circunstancias que se tuvieron a la vista a la hora de decretar las medidas.

Es significativa, en este sentido, la doctrina jurisprudencial que se deduce de algunas sentencias de la Corte Suprema, en las que introduce un concepto que podría denominarse el desinterés del actor en la prosecución del juicio, elemento que ha sido preponderante para decretar el alzamiento de una medida cautelar, sin que haya sido preciso la influencia de este desinterés en la variación de los presupuestos de la medida.

Así, se resolvió que *"Por lo demás se trata de medidas que por disposición de la ley son esencialmente provisionales y en este caso... se han mantenido por más de diez años sin adelantarse en el juicio ordinario en que inciden"*. (Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 1978, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 75, s. 1ª, p. 91.). Más explícita ha sido la sentencia de la Corte Suprema al resolver que *"del examen de los autos tenido a la vista, y como ya antes se expresó, la referida demanda de nulidad se interpuso hace ya más de seis años, sin que el demandante haya insistido regularmente por la práctica oportuna de los diversos trámites del juicio ni por la realización normal de las diligencias procesales adecuadas según su naturaleza, observándose del mencionado expediente que éste se ha paralizado en diversas ocasiones y por prolongados períodos, sin la práctica de los trámites indispensables necesarios para darle término, todo lo cual demuestra un desinterés jurídico en el resultado de su acción"*. (Corte Suprema, sentencia de 22 de agosto de 1988, en *Fallos del Mes*, N° 357, p. 492.)

## IV. PRESUPUESTOS

## A) Introducción

La profunda variedad que puede existir entre las diversas formas de tutela provisional en un ordenamiento dado no ha conseguido impedir que se haya venido elaborando una teoría general que abarque las cuestiones fundamentales sobre el proceso cautelar, con los condicionamientos impuestos por cada regulación positiva, pero no por ello con menor pretensión generalizadora.

Esta construcción doctrinal hacia el logro de una disciplina común sobre la tutela cautelar, ha tenido que superar, en muchos casos, la deficiente y, no pocas veces, caótica regulación legal de las medidas cautelares. Aunque respecto de ciertos temas la doctrina todavía no haya alcanzado una verdadera *communis opinio* y aparezca aún dividida frente a algunos, como el relativo a la propia naturaleza jurídica de la actividad cautelar o sobre el alcance que puede concedérsele en concreto a las medidas, desde hace tiempo se tiene asumido que la procedencia una medida cautelar está supeditada al cumplimiento de unos presupuestos o condiciones y que corresponden a la *apariencia de derecho* y al *peligro en la demora*. Ambos presupuestos, a los que suele agregarse el requisito de la *caución*, han sido tradicional y universalmente conocidos como *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, y, a pesar de no tener siempre una formulación explícita en los textos legales, la doctrina ha sido unánime en exigirlos.

B) La adecuación de la medida a la situación jurídica cautelar y la *apariencia de derecho*

Cuando se hace alusión al comúnmente denominado *fumus boni iuris*, en realidad se está haciendo referencia a dos aspectos diferentes: a la *situación jurídica cautelar* y a la *apariencia de derecho*.

El primero se utiliza para aludir a "la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida"; el segundo, en cambio, se relaciona con la "cognición necesariamente sumaria que debe hacerse de la situación jurídica antes mencionada".

La delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la tutela cautelar, a través de la descripción de la *situación cautelable* presenta una connotación principalmente restrictiva en cuanto define las circunstancias jurídicas o materiales que son aptas para ser defendidas cautelarmente, distinguiéndolas de otras que, por contra, se han estimado como no apropiadas para dicha tutela.

Respecto a este presupuesto no preocupa tanto la delimitación de la situación jurídica cautelar, cuanto el problema del grado de demostración de esa situación jurídica necesario y suficiente para que el juez pueda adoptar una medida cautelar.

En cuanto a este segundo aspecto, parece no existir discrepancias en entender que la fórmula del *fumus boni iuris* sirve para designar la indagación necesaria para comprobar la certidumbre de la situación jurídica cautelar. En cuanto a la medida de dicha certidumbre ya pueden plantearse pareceres.

En suma, una cosa es la afirmación de la situación jurídica cautelar, esto es, del ámbito objetivo de aplicación de la cautela y otra es la actividad de acreditamiento conducente a establecer la razonable probabilidad de que el derecho alegado sea reconocido como tal en la sentencia de término.

A partir de CALAMANDREI se ha venido insistiendo en que, en lo que atañe a la investigación acerca del derecho del solicitante de una medida cautelar, la cognición ha de limitarse a "un juicio de probabilidades y de verosimilitud". CALAMANDREI se refería a los términos probabilidad, verosimilitud y certeza, afirmando que en el caso de las providencias cautelares la misma ley, para los efectos de simplificar y acelerar su emanación, autoriza al juez para prescindir de la certeza siendo suficiente un juicio de verosimilitud.

La práctica generalidad de las medidas cautelares exigen para su adopción la previa petición de parte, pero esta sola solicitud no es en ningún caso bastante para que pueda adoptarse, sin más, una medida cautelar. Como se ha dicho antes, se trata de remedios excepcionales que deben ser aplicados sólo en cuanto sean precisos para asegurar el resultado del proceso y "aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante" (SERRA).

Naturalmente, menos razonable aún sería exigir que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la

medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal, y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. Con base en estos razonamientos, se ha llegado a afirmar que *el fundamento de las medidas cautelares aparece así como un término medio entre la certeza, que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre, base de la iniciación de ese proceso; ese término medio es la verosimilitud*<sup>7</sup>. (MONTERO).

Consiguientemente, al no ser exigible la certeza propia de la sentencia definitiva para conceder la cautela, tampoco es imprescindible que se le suministren al juez todos los datos necesarios para resolver la cuestión principal, sino los que sean precisos para pronunciarse sobre la cautela, y aun éstos no reciben en su aportación y valoración el tratamiento procesal de los primeros.

C) *Tratamiento legal del presupuesto de la situación jurídica cautelable y el fumus boni iuris en el ordenamiento nacional*

a) *La adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable*

En lo que se refiere a la *situación jurídica cautelable*, ocurre que en el régimen chileno, a pesar de haberse estructurado sobre la base de medidas cautelares precisas y concretas, una visión preliminar parece conducirnos a concluir que éstas no aparecen adscritas a un determinado ámbito objetivo de aplicación.

Medidas como el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados o la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, no hacen referencia en su regulación específica de este elemento. Salvo con respecto a la medida del secuestro (art. 290.1<sup>a</sup> CPC) que por definición sólo puede recaer sobre *“la cosa que es objeto de la demanda”*, el resto de las medidas pareciera estar configurado para que tengan una aplicación general, cualquiera sea la relación jurídica a que se refiera la pretensión del proceso principal.

A partir de la siguiente medida el panorama es distinto. Tratándose de la medida consistente en *“El nombramiento de uno o más interventores”*

(art. 290.2<sup>a</sup> CPC), la lectura del art. 293 CPC, que hace una enumeración de los casos en que esta cautela es procedente, podría inducir a creer que se ha seguido el mismo camino que en el secuestro judicial, pero estas sospechas de diluyen rápidamente cuando se constata que el numeral 4<sup>o</sup> del art. 293 CPC, hace procedente la medida *“siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados”*.

Con respecto a la *“retención de bienes determinados”* (art. 290.3<sup>a</sup> CPC) así como la *“prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados”* (art. 290.4<sup>a</sup> CPC), ya no hay duda alguna acerca de que se ha prescindido de una descripción específica de la situación jurídica. En ambas se marca un diferente tratamiento entre los bienes que son materia del juicio de los que no lo son. En este segundo caso, se precisa la concurrencia de un *periculum in mora* cualificado, definido en la propia norma, como se verá cuando se analice la configuración de dicho presupuesto.

Sin embargo, de la situación descrita anteriormente, a mi entender, la falta de descripción de la situación jurídica cautelable no es venia para que cualquier medida pueda ser considerada como apta para tutelar cualquiera situación jurídica. Un régimen de tutela cautelar basado en la definición de medidas cautelares específicas, como es el caso del ordenamiento chileno, supone necesariamente que cada una de las medidas reguladas debe estar adscrita a un determinado ámbito objetivo de aplicación. En segundo lugar, la relación instrumental que debe existir entre el proceso principal y el cautelar, se resuelve, en lo que ahora interesa, en una forzosa adecuación del *contenido* de la medida en función de la situación jurídica cuya cautela se pretende, de donde se desprende que no toda medida resulta idónea para tutelar determinadas situaciones. Finalmente, una completa desvinculación entre los efectos cautelares y la situación jurídica, indudablemente conduciría a verdaderos excesos en la concesión de medidas, dado que el solicitante siempre optará, no por la medida que garantice adecuadamente la efectividad de la sentencia que se espera obtener, sino por aquella que represente una mayor injerencia en la esfera patrimonial del deudor, como forma de conminarlo al cumplimiento extrajudicial de la obligación, lo que comporta una situación abusiva e importaría transformar las medidas cautelares en mecanismos de presión.

En suma, según lo expresado hasta ahora, queda claro que no todas las medidas cautelares que reconoce el ordenamiento chileno resultan aplicables a cualquier proceso pendiente, antes bien, por el contrario, la medida cautelar debe adaptarse a la naturaleza del derecho que se hace valer en juicio. Por esta razón, subrayando la necesaria adscripción de la medida cautelar a la correspondiente situación jurídica, se ha afirmado que la medida cautelar debe ser funcional y que esta funcionalidad depende de la clase de pretensión que se ejercite.

#### b) *El fumus boni iuris*

Sobre la regulación del presupuesto de la *apariencia de buen derecho*, existe en el Derecho chileno una norma fundamental. Así como se ha podido comprobar que con respecto a la *situación jurídica cautelable* la ley chilena prácticamente no hace una mención expresa, en lo que atañe al presupuesto del *fumus boni iuris*, sí que hay una referencia meridiana. El CPC chileno ha recogido el *fumus* a través de una fórmula general contenida en el art. 298 CPC cuando dispone que para decretar estas medidas “*deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama*”.

La mención legal contenida en el art. 298 CPC se traduce en una doble referencia, dado que, por una parte, está aludiendo a los medios de acreditamiento y, por otra, al grado de convicción que la aportación de dichos elementos debe estimular en la persona del juez, predisponiéndolo para que éste acuerde la adopción de una medida cautelar.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “el otorgamiento de medidas cautelares supone un juicio provisorio respecto a existir posibilidades de que la pretensión será acogida, apreciación que conduce, no obstante de carecerse de certeza jurídica por no haberse dictado la sentencia definitiva, a la afectación de derechos de la demandada, lo que se acepta entretanto concurren las exigencias legales a objeto de asegurar el resultado de la acción”. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de mayo 1999, en *Fallos del Mes*, N° 488, p. 1196.)

En lo que respecta al primer elemento, la exigencia “comprobantes”, debe quedar claramente establecido que, pese al significado corriente de la expresión, no puede ni debe ser restringido a la prueba documental.

La Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que “el legislador al exigir que se acompañen ‘comprobantes’ que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, no ha exigido pluralidad de ellos, sino que se ha tomado esa acepción, como sinónimo de ‘prueba’, ‘medios probatorios’, porque: a) comprobar significa verificar, confirmar una cosa, cotejándola con otra o repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como ciertas; b) porque en los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, se consulta un régimen amplio de comprobación que va de los instrumentos a cualquier otro medio de prueba, debiendo el juez únicamente remontarse a dispuesto por el artículo 47 del Código Civil, en orden a si los acompañados, o medios de prueba producidos “constituyen presunción grave del derecho que se reclama”; c) así se colige de la historia fidedigna de la ley...”. (Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 15 de octubre de 1969, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 66, s. 2ª, p. 84).

Así también lo ha interpretado la doctrina, que ha entendido que dicho vocablo está referido a cualquier medio de prueba y no exclusivamente a los documentos, aunque se debe destacar la opinión de RÍOSEC, para quien, aunque el asunto es claro en orden a que no se exige pluralidad de comprobantes, no es exacto en cuanto a “que sea requisito estricto la aportación de un medio probatorio, ya que al discutirse el precepto en la Comisión Revisora del Proyecto de C. de P. Civil, se dejó constancia que la expresión “comprobantes” reemplazaba a la prueba semi-plena que antes se había propuesto. De modo que bastarían antecedentes suficientes que sean base de presunción grave del derecho que se reclama”.

Aclarada entonces la naturaleza jurídica de los “comprobantes”, queda otro punto pendiente de resolver: ¿la formulación legal del presupuesto encierra la exigencia de acompañar una pluralidad de medios de acreditamiento? Aunque este punto no ha preocupado especialmente a la doctrina, alguna jurisprudencia ha resuelto que el término “comprobantes” no quiere significar que sean varios, pues está tomado en el sentido de “prueba” o de “medios probatorios” y no como carga de agregar una multiplicidad de ellos.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, revocó la resolución de primera instancia que había considerado que “el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil faculta al tribunal para conceder las medidas precautorias cuando el demandante acompaña ‘comprobantes’ que constituyan presunción grave del derecho que se reclama; Que, como puede observarse de la redacción del precepto citado, aparece que a lo menos debe haberse allegado al proceso dos comprobantes que puedan llevar al tribunal a la conclusión de que existe presunción grave en el derecho reclamado”. (Corte

de Apelaciones de Temuco, sentencia de 15 de octubre de 1969, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 66, s. 2ª, p. 84).

La exigencia general de acompañar los “comprobantes” tiene la importante excepción establecida en el art. 299 CPC. De acuerdo a esta disposición se permite “en casos graves y urgentes” la concesión de medidas cautelares, aun faltando los aludidos comprobantes. Las medidas así decretadas sólo se conceden por un término que no excede de diez días, “mientras se presentan dichos comprobantes”. Comentando esta disposición, ANABALÓN ha señalado que la comentada excepción “...es sobremanera justa y conveniente, ya que habrán de presentarse muchas situaciones de urgencia en las que el demandante no alcance a reunir y suministrar al tribunal los comprobantes requeridos, y mientras tanto se corre el riesgo de que se enajenen los bienes o se realicen los actos que se procuran evitar”. Para ROJAS, estas razones “graves y urgentes” podrían estar constituidas, “por la posibilidad más o menos inminente de que el demandado procure ocultar o enajenar sus bienes”.

La idea original del precepto fue autorizar la concesión de estas cautelas aun a falta de acreditamiento del *fumus*, siempre que concurrieran razones graves y urgentes y en la medida que se decretaran por breve término mientras se presentaba dicha prueba. Más tarde, se propuso la posibilidad de conceder dichas medidas sin acreditamiento del *fumus* y aun sin datos que calificaran la gravedad y urgencia del caso, “con tal que el interesado rinda fianza satisfactoria de responder a las resultas y perjuicios de la providencia”, propuesta que no fue aceptada, quedando en definitiva la redacción como se propuso originalmente, añadiéndosele luego la exigencia de la caución.

Para cumplir la exigencia legal consistente en que el solicitante de la medida se halle en un “caso grave y urgente”, no basta demostrar la inminencia del peligro, sino que es imprescindible que se suministre al tribunal elementos que justifiquen la imposibilidad actual de allegar al proceso los citados comprobantes. Asimismo, deberá hacerse mención individualizada de dichos comprobantes, restando sólo su agregación material, debiendo hacerse notar que la disposición del art. 299 CPC se refiere a “aun cuando *falten* los comprobantes” y no aun cuando no existan los mismos.

En cuanto al grado de convicción que la aportación de dichos comprobantes debe provocar en el juez, para que éste disponga la adopción de una

medida cautelar, la fórmula recogida por el CPC es reveladora de que es suficiente para resolver sobre estas medidas la mera apariencia o los visos de verosimilitud. Cuando la ley exige que los comprobantes sean constitutivos de una “presunción grave del derecho que se reclama en juicio”, está imponiendo al juez un razonamiento presuncional que, naturalmente, ha de partir de un hecho ya acreditado que es el indicio; este indicio se lo proporcionan los antes mencionados “comprobantes”. Por otro lado, que la presunción sea grave quiere decir que debe tener fuertes probabilidades de ser verdad.

#### D) *El periculum in mora como presupuesto de las medidas cautelares y su configuración*

Este presupuesto se integra por aquellos riesgos amenazan potencialmente la efectividad de la sentencia del proceso principal, derivados de la necesaria demora en emitirla. Más que ante un verdadero presupuesto de las medidas cautelares, nos encontramos ante el fundamento de éstas (SERRA).

El peligro que sirve de fundamento para la adopción de las medidas cautelares recae sobre la efectiva satisfacción de la pretensión y se deriva de la extensión temporal del proceso principal, la que puede ser aprovechada por el demandado para colocarse en una situación que haga inútil la sentencia que se dicte o los actos de ejecución (MONTERO).

Los dos elementos que conforman este presupuesto, *demora* y *peligro*, si bien son susceptibles concebirse, en abstracto, por separado entendiendo que el primero es sólo la coyuntura, el escenario para que pueda actualizarse lo segundo, funcionalmente deben observarse formando un todo único en el que existen necesarias conexiones entre ambos. El retraso puede ser de mayor o menor duración, pero es indispensable para la concesión de la medida cautelar.

Un primer intento de aclaración, exige distinguir entre el peligro genérico de daño jurídico, al que se hace frente con la tutela ordinaria, que no entra en el concepto del *periculum* que examinamos, y aquel peligro de ulterior daño “*marginal*” “*que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario*” y que constituye el fundamento funcional del instituto cautelar.

En seguida, debe distinguirse —y aquí el asunto deja de ser tan claro— entre el peligro de daño irreparable derivado del retraso mismo en recibir la prestación y el riesgo de una difícil o imposible ejecución, es decir, entre el peligro de retardo o tardanza y el de infructuosidad, a los que ALONSO denomina peligro objetivo y peligro subjetivo, respectivamente. El primero es independiente de cualquier conducta del demandado (objetivo) y tiene su origen en la sola tardanza del proceso principal, en la no recepción inmediata de la prestación. En el segundo, es necesario, además, el despliegue de una conducta por el demandado (subjetivo) que ponga en peligro la efectividad de la sentencia.

En todo caso, parece claro que el daño no siempre es causado por la duración del proceso. El lapso que media entre la demanda y la sentencia de término, es sólo la ocasión para que el peligro se actualice, para que el daño se produzca, pero no es *per se* el origen inmediato del daño.

Las clases de peligro a que puede hacerse frente mediante las medidas cautelares ofrecen una gran variedad:

- a) Aquellos riesgos que afectan la posibilidad práctica de la ejecución considerada en absoluto, como el de insolvencia.
- b) Los que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica.
- c) Aquellos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia y
- d) Los que derivan de mero retraso, atendida la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse.

Así como son variables las clases de peligro que se pueden contener a través de las medidas cautelares, también son distintas las formas para ordenar este presupuesto. Como sostiene FAIRÉN, “*el peligro puede deberse a una diversidad de intereses y ser determinado por cualquier hecho jurídico que tenga relevancia directa o indirecta sobre la persona o bienes de demandado o bien sobre hechos o actos verificados por él o por tercera*

*persona*”. Sistematizando los diversos modos de configuración normativa de este presupuesto, pueden ser agrupados en los siguientes cuatro niveles:

- a) Aquél en que el presupuesto no se expresa en el precepto, pero que forma parte de la *ratio iuris* de la norma que establece la medida.
- b) El presupuesto se expresa y se añaden circunstancias determinantes del peligro específico.
- c) La formulación del peligro es expresa pero genérica, entregándosele al juzgador facultades para resolver si en el caso concreto las circunstancias invocadas son efectivamente evidenciadoras de aquel peligro.
- d) Finalmente, aquél en que siendo exigible la concurrencia del presupuesto, no se expresa la clase de peligro ni se precisan las circunstancias reveladoras del mismo.

Como se ha sostenido con anterioridad, para la descripción de los presupuestos generales de procedencia de las medidas precautorias (peligro en la demora y apariencia de buen derecho) el CPC ha empleado técnicas legislativas completamente diversas. Mientras que el *fumus* aparece recogido en el art. 298 CPC, a través de una fórmula de aplicación general, válida para cualquier clase de efecto cautelar que se pretenda, el *periculum in mora* en cambio carece de una formulación general en la legislación nacional chilena, sino que aparece concretado para cada medida en particular, salvo en algunas situaciones que serán objeto de análisis. En todo caso, se debe tener se claro que esté o no regulado de manera específica para cada medida, el *periculum in mora* sigue siendo presupuesto ineludible para la concesión de las medidas cautelares. Así queda claramente establecido en el art. 301 CPC, en cuanto señala que las medidas cautelares deberán hacerse cesar “...*siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar...*”. La ubicación del precepto, al final del título relativo a las medidas precautorias, es indicativo de que se trata de una norma de aplicación general para toda clase de medidas cautelares.

Partiendo entonces de la base de la ausencia de regulación general, el objeto de estudio en el presente párrafo será la manera en que se reglamenta este presupuesto con relación a cada medida específica.



*E) La exigencia de caución como presupuesto de las medidas cautelares*

Si la concesión de una medida cautelar responde, como se ha visto, a la existencia verosímil del derecho alegado y a una apreciación sumaria del peligro que se invoca, naturalmente que esto no es garantía de una sentencia estimatoria. Si a esta falta de certidumbre se le agregan los avatares propios de la tramitación de todo pleito, es perfectamente posible que, finalizado el proceso, aparezca que el demandante no era en realidad titular del derecho o interés y que esa apariencia de derecho que en su momento sirvió de fundamento para la adopción de la medida haya resultado ser sólo eso, una "apariencia" que nunca llegó a convertirse en certeza.

El fundamento de la caución, como presupuesto de las medidas cautelares, obedece a la circunstancia de que se ha invadido la esfera jurídica del demandado, causándole perjuicios, sin que esta actuación haya venido precedida de una sentencia firme que otorgue certidumbre acerca del derecho del actor, sino que fue adoptada mientras éste se encontraba sólo en grado de probabilidad. Según FERNÁNDEZ, dado que la obtención de una medida cautelar supone una ventaja psicológica y económica en favor del actor, los riesgos de asumir un criterio amplio o restrictivo en la concesión de tales medidas, se equilibran en función de la adecuada ponderación del importe a la fianza.

La caución juega como la máxima garantía que un sistema de medidas cautelares debe conceder al demandado. Esta función de garantía se cumple primero, dando seguridad al demandado de que será resarcido de los perjuicios que pueda sufrir por la concesión de una medida que a la postre resulte infundada, de otra parte, sirve para contener solicitudes injustificadas de tutela cautelar. El juez, por su parte, se previene de una eventual responsabilidad derivada de la concesión de una medida infundada. Es, desde otro punto de vista, el costo de la apuesta a futuro que hace el actor.

La naturaleza jurídica de este presupuesto de la caución ha sido discutida, pero ha sido descartada la naturaleza cautelar de la caución. En cualquier caso su finalidad en el ámbito del proceso cautelar no es otra que ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la correspondiente indemnización de

los daños y perjuicios derivados de la concesión de una cautela, que a la postre resulte ser injustificada.

Un tema respecto del que es muy difícil dar soluciones de carácter general se refiere a las pautas, al método que ha de tenerse en cuenta para la fijación de la caución. Atendido el objeto de la caución, su cuantía debe venir determinada por los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado con ocasión de la medida cautelar, pero es precisamente el hecho de que este cálculo es anticipado, lo que torna muy compleja la labor de fijación del monto de la caución.

Naturalmente que para esta tarea el juez deberá tener en cuenta principalmente los particulares efectos de la medida que adopta, en cuanto éstos, como tendremos oportunidad de examinar, pueden afectar en distintos grados la esfera jurídica sustancial del demandado. Así vistas las cosas, el problema fundamental relacionado con la fianza se reduce a la determinación de los factores idóneos que deben ser considerados para su cuantificación.

*F) La configuración del presupuesto de la caución en el Derecho chileno*

En el ordenamiento chileno la caución no es, por regla general, presupuesto ni de la concesión ni para la ejecución de las medidas cautelares. Más aún, en los escasos supuestos excepcionales que la contemplan, en alguno de ellos es meramente potestativo para el tribunal exigirla o no. Sin duda, esta defectuosa ordenación no merece sino una consideración negativa desde la perspectiva de la efectividad de la responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar. Durante las sesiones de la Comisión encargada del estudio del Proyecto de Código de Procedimiento, se propuso por el comisionado Elizalde la posibilidad de conceder medidas cautelares sin acreditamiento del *fumus* y aún sin datos que calificaran la gravedad y urgencia del caso, "con tal que el interesado rinda fianza satisfactoria de responder a las resultas y perjuicios de la providencia". La sugerencia no fue aceptada fundamentalmente porque "la fianza establece una notable desigualdad entre los litigantes, por ser un medio que sólo está al alcance de los ricos". Aunque más tarde esta propuesta fue incorporada formalmente al texto del Código, esto no impide que deje entrever la concepción negativa que sobre la caución había en el seno de la Comisión redactora.

a) *Supuestos en los que la legislación chilena recoge el requisito de la caución*

1. *Caso de las denominadas medidas prejudiciales precautorias*

El CPC ha destinado un título completo (el V del Libro II) para regular las llamadas "*medidas prejudiciales*". Se trata de un conjunto heterogéneo de diligencias previas a la presentación de la demanda —en rigor, previas a la iniciación del juicio— que tienen por objeto "*preparar la entrada al juicio*" (art. 273 CPC), ya sea mediante gestiones que tienden a aclarar la titularidad activa o pasiva en el proceso a iniciar; o relativas al estado del objeto mediato de la pretensión; o, en fin, destinadas preconstituir un medio de prueba.

Lo que resulta de interés para la presente explicación es que, de acuerdo con lo previsto en el art. 279 CPC, es posible solicitar como medidas prejudiciales, aquellas que el Código regula como cautelares. De ahí la denominación de "*prejudiciales precautorias*".

Para la concesión de esas medidas exige el art. 279 CPC los siguientes requisitos:

1. Que existan motivos graves y calificados.
2. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias y
3. Que se rinda fianza y otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.

Los requisitos enunciados deben complementarse, primero, con los previstos para toda medida prejudicial, o sea, la carga de expresar "*la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos*" (art. 287 CPC) y, en seguida, con los propios de cualquier medida cautelar, es decir, la exigencia de los comprobantes acreditativos del *fumus* y la demostración, según los casos, del *periculum in mora*.

Además, se ha reforzado la nota de la instrumentalidad exigiendo la presentación de la demanda en un breve plazo, añadiendo el requisito formal

de la petición de subsistencia de dichas medidas, cuya inobservancia genera severas consecuencias, como lo verificaremos en su momento.

En lo que concierne a la suficiencia cualitativa y cuantitativa de la caución, el juez está dotado de facultades discrecionales para determinar su especie y monto. Puede tratarse de una "*fianza u otra garantía suficiente*".

Se ha resuelto que, para otorgar una medida prejudicial precautoria, "no es necesario exigir una hipoteca o una fianza con garantía hipotecaria, ya que el artículo 279 CPC sólo exige una fianza nominal u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, la que debe guardar relación con la obligación garantizada, consistente únicamente en los perjuicios que originen la precautoria solicitada y el valor de las multas que pudieren imponerse al peticionario". (Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, de 13 de mayo de 1987, en *RDJ*, t. 84, s. 2ª, p. 67).

Respecto de la fianza, la ley ha impuesto importantes restricciones al juez, pues deberá observarse lo previsto en el art. 2350 CC, que exige que el fiador propuesto sea una persona capaz de obligarse como tal y tener bienes *más* que suficientes para hacer efectiva la fianza. La discrecionalidad judicial aparece limitada por esta norma en cuanto impone que para apreciar la solvencia del fiador sólo pueden considerarse los inmuebles ubicados en el territorio nacional, libres de gravámenes y no afectos a juicio, excepto en materia comercial o cuando la deuda afianzada fuera módica. Más aún, "*si el fiador estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados*", tampoco pueden considerarse dichos bienes raíces.

Tratándose de otra forma de caución, son generalmente aceptados los depósitos de dinero, valores inmobiliarios al portador, depósitos a plazo, hipotecas, etcétera. Su monto lo ha de determinar el tribunal en función de las circunstancias concretas del caso, pero siempre teniendo principalmente en vista los perjuicios que puedan derivarse de la adopción de la medida y las multas que se impongan.

2. *Caso de las medidas precautorias que no están "expresamente autorizadas por la ley"*

La disposición del art. 299 CPC en su parte final ha servido de base para que la opinión generalizada de la doctrina nacional se incline por sostener

que en el Derecho chileno se atribuye el juez una potestad cautelar general. Se trata de uno de los supuestos en que la ley menciona el requisito de la caución.

La exigencia de caución en este caso se ha justificado porque *“al no estar expresamente contempladas en la ley, estas innominadas pueden producir más perjuicios que las nominadas”*. (QUEZADA).

De entrada, la ley ha regulado la prestación de la caución como un presupuesto cuya exigencia es discrecional para el juez. El factor a que debe atenderse para imponer o no esta carga es simplemente su apreciación subjetiva de que sea necesaria. Se ha sostenido que los casos en que el juez exigirá caución deben ser aquellos en que solicitante de la medida no tuviere solvencia notoria y suficiente. Sin embargo, lo cierto es que si bien el CPC no proporciona otras reglas que permitan precisar su naturaleza o monto deja, una vez más, claramente establecido que su objeto es responder de los perjuicios que se originen. La solvencia no es un factor que se haya tenido en cuenta en esta materia y seguir este criterio añadiría una dificultad adicional, pues supone la necesidad de que el juez esté impuesto del activo patrimonial del solicitante de la medida.

### 3. Supuesto del artículo 299 CPC

El art. 299 CPC autoriza al tribunal para acordar una medida cautelar, aun sin que se agreguen simultáneamente a la solicitud los comprobantes que acreditan el *fumus*. Para hacer uso de esta facultad es preciso que se trate de *“casos graves y urgentes”*.

A propósito del presupuesto del *fumus boni iuris* se comentó esta disposición, que cuenta con la opinión favorable de la doctrina nacional. Se ha dicho que estas razones *“graves y urgentes”* podrían estar constituidas, *“por la posibilidad más o menos inminente de que el demandado procure ocultar o enajenar sus bienes”*. La verdad es que esta manera de entender el requisito establecido para la adopción de la cautela sin previos *“comprobantes”* puede plantear una cierta ambigüedad, en cuanto no se sabe a ciencia cierta si se está frente al *periculum* que normalmente opera como presupuesto de toda medida o se está ante un caso de verdadera urgencia, que justifica una aceleración procedimental y la prescindencia, aunque sea

temporal, del acreditamiento. Entiendo que se trata de un requisito adicional al *periculum* ordinario, pero que, además, exige justificar la falta de dichos *comprobantes* y la razonable posibilidad de agregarlos en el breve plazo que indica la disposición.

De lo anterior se sigue que, si se niega lugar a una medida solicitada de la manera que se comenta, en razón de no encontrarse en la hipótesis de *gravedad y urgencia* prevista por la ley, nada obsta para que más tarde se presente y se admita una nueva solicitud, ahora acompañada de los respectivos comprobantes. La distinción, con todo, no siempre será sencilla, pero habrá que estarse, en mi opinión, a los fundamentos de la primera resolución denegatoria de la medida.

Aunque la ley impone la exigencia de la caución de manera preceptiva, el CPC no proporciona otras reglas que permitan precisar su naturaleza o monto, pero deja nuevamente establecido que su objeto es responder de los perjuicios que se originen.

Las medidas acordadas de esta manera quedan *“de hecho”* canceladas si no se acompañan los respectivos comprobantes y se formula expresa petición de que se mantengan dichas medidas (ahora en el carácter de precautorias) dentro de décimo día (art. 299 CPC, en relación con el art. 280 CPC).

En general, en ninguno de los tres supuestos legales que consideran la caución, hay suficientes antecedentes para precisar si este requisito está considerado como presupuesto de la concesión de la medida cautelar o sólo como una condición previa para su ejecución. La práctica generalizada ha venido atribuyéndole a la caución el carácter de presupuesto para la concesión de la medida.

Por otra parte, también es denominador común en los tres supuestos examinados, la ausencia de criterios para determinar la cantidad garantizada por la caución, que no puede ser otro que la previsión de los perjuicios previsibles en el patrimonio del sujeto pasivo con la medida, lo que está en directa relación con el contenido y efectos de la medida cautelar.

La costumbre –dado que la ley no lo exige– ha impuesto que en la solicitud de las medidas cuya concesión está sujeta a la previa prestación de

caución, se formule expresa propuesta u ofrecimiento de caución. A continuación, el tribunal provee la solicitud ordenando la efectiva constitución de la caución, si la estima suficiente u ordenando la prestación de nuevas garantías en reemplazo o complemento de la ofrecida, en caso contrario, postergándose el pronunciamiento sobre el fondo de la medida cautelar solicitada hasta mientras no se materialice la prestación de la caución. Parece evidente que, aunque el pronunciamiento se limite a ordenar la debida formalización de la caución, hay tras él un análisis de los fundamentos de la solicitud, dado que no tiene sentido ordenar este trámite, si no existe un ánimo previo favorable a la concesión.

Por esta razón, una vez prestada la caución, el tribunal se pronuncia en breve sobre la petición, acordando la medida en la generalidad de los supuestos. Este proceder puede considerarse conveniente y razonable, en el sentido de que evita que se den situaciones en que se deniega una medida por la mera insuficiencia de la caución, pero, al no tener un sólido respaldo legal, la efectiva constitución de la garantía en ningún caso impone al juez su concesión y éste conserva autonomía para resolver sobre ella, de acuerdo a las previsiones legales y las circunstancias del caso concreto. Esto último puede plantear situaciones de incertidumbre para el solicitante quien se verá en la necesidad de constituir una garantía, con el consiguiente costo económico y de tiempo, sin la seguridad de que su petición será aceptada.

Sería una mejor solución, imponer preceptivamente el ofrecimiento de caución en la solicitud cautelar y que el tribunal se pronuncie sobre ambas conjuntamente, sin perjuicio de facultarlo para que en caso necesario y en la misma resolución, disponga el reemplazo o el aditamiento de la garantía, como condición previa para la ejecución de la medida cautelar.

Este fue el criterio contenido en la sentencia de la Corte Suprema, que resolvió “Si bien los peticionarios de la caución pidieron que se les eximiera del trámite de extender el acta de fianza exigida por la ley, a lo cual el tribunal accedió, es lo cierto que dicha caución debe constituirse con arreglo a la ley para que la medida precautoria pueda llevarse a efecto... se confirma la resolución de primera instancia, con declaración de que para llevarse a cabo la medida es previo que se constituya la fianza a que se aludirá”. (Corte Suprema, sentencia de 4 de diciembre de 1963, en *Fallos del Mes*, N° 61, p. 276).

## V. ACTIVIDAD PROCESAL Y RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN

### A) Procedimiento para decretar una medida cautelar y régimen de contradicción

La norma fundamental en la materia es la disposición del artículo 302 CPC, que dice así:

“El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

“Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

“La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena”.

Los escuetos términos de que se ha valido el legislador para regular una materia de tanta trascendencia, lejos de simplificar la cuestión, han inducido –e inducen– a lamentables confusiones por parte de jueces y abogados. En la doctrina y la jurisprudencia se han propuestos una variedad de teorías interpretativas sobre el sentido y alcance del precepto recién transcrito, sin que hasta ahora pueda considerarse definitivamente resuelta la cuestión acerca de la forma en la cual debe ser tramitada la solicitud de una medida precautoria.

Una primera tesis, hoy prácticamente abandonada, pregona que frente a la solicitud de medida cautelar, el tribunal debe darle una tramitación incidental y por cuerda separada, es decir, la providencia que debe pronunciar el tribunal es ordenar la formación de un cuaderno separado y conferir traslado al demandado respecto de la solicitud de medida precautoria.

El inciso segundo del artículo 302 CPC se explicaría como una excepción a la regla general que las resoluciones producen efecto desde que se notifican (art. 38 CPC), puesto que facultaría al tribunal para disponer que

la resolución que resuelve el incidente originado por la petición de medida cautelar concediéndola, se cumpla antes que se notifique al demandado.

Una segunda tesis, sólo varía respecto de la anterior respecto al alcance que debe dársele al inciso 2° del art. 302 CPC, en cuanto propone que ante petición expresa del solicitante de la medida, el tribunal puede conceder de inmediato la medida mientras se tramita el incidente respectivo, siempre y cuando concurran las razones graves referidas en la disposición.

Una tercera posición, que parece ser la sustentada mayormente en la práctica, comienza por negar que la solicitud de medida cautelar genere por sí sola un incidente que deba ser tramitado conforme a las reglas generales y por cuerda separada, sino que debe ser resuelta de plano, concediéndola o denegándola, ordenando formar, a la vez, cuaderno separado.

El alcance que se le brinda al inciso 1° del art. 302 CPC, es el siguiente: concedida que haya sido la medida precautoria y para el evento que el sujeto pasivo de la misma opte por cuestionar la procedencia de la cautela, está habilitado para formular su oposición, la que dará origen a un incidente, el que se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que *“las peticiones de las partes deben resolverse, por regla general; de plano. Las medidas precautorias no escapan a tal regla. La oposición a la medida concedida puede dar origen a un incidente; pero si no se ejercita derecho alguno en contra de la resolución que concede medidas precautorias no hay lugar a incidente alguno. Del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil no se desprende en modo alguno que la solicitud de medidas precautorias deba dar necesariamente origen a un incidente, puesto que no es indispensable dar traslado de ella. Solicitada una medida precautoria, al juez sólo le cabe concederla o desecharla, mas no dar traslado a la parte contraria”*. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias de 2 de junio de 1948 y de 14 de enero de 1949, en *Rev. Der. y Jur.* t. 46, s. 2ª, p. 13 y t. 46, s. 2ª, p. 14, respectivamente).

De consiguiente, una vez solicitada la medida, el tribunal, previo examen acerca de la concurrencia de sus requisitos, deberá dictar la correspondiente resolución acordando o denegando la cautela; se trata, pues, de una petición que no escapa de la regla general de que las solicitudes de las partes deben

resolverse de plano. El carácter de la función cautelar exige postergar las posibilidades de resistencia procesal del demandado para un momento posterior. Es la eventual oposición a la medida la que da origen a un incidente, pero si no se hace valer derecho alguno en contra de la resolución que concede la medida, no existe incidente que tramitar.

La oposición, como se ve, es meramente eventual y no parece estar sujeta a un plazo preclusivo.

La Corte Suprema ha resuelto que *“las medidas precautorias... deben ser resueltas de plano por el tribunal, si concurren las exigencias legales, produciéndose el correspondiente incidente sólo cuando el afectado por ellas pide la modificación de lo resuelto”*. (Corte Suprema, sentencia de 26 de julio de 1965, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 62, s. 1ª, p. 239).

En suma, la regulación parte de la base de que la solicitud de medidas cautelares se resuelve de plano, sin previa audiencia del demandado. Una vez recibida la solicitud de medida cautelar, el tribunal junto con disponer la formación de una pieza separada de autos, acordará la medida siempre que concurran los presupuestos establecidos para su adopción. Las medidas así acordadas deben ponerse en conocimiento de la parte a quien afectan, dado que ninguna resolución judicial produce efectos sin previa notificación practicada conforme a la ley (art. 38 CPC).

Nótese que una cosa es que la medida se decrete de plano y otra muy distinta es que pueda llevarse a efecto sin previa notificación del afectado por ella. La primera dice relación con el proceso de formación de la resolución, la segunda con su eficacia. Evidentemente, el hecho que la solicitud de medida precautoria se resuelva de plano, no significa que dicha resolución esté redimida de seguir la regla general sentada por el art. 38 CPC, que exige previa notificación con arreglo a la ley para que una resolución judicial produzca efectos, salvo las excepciones legales. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de abril de 1984, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 81, s. 5ª, p. 78).

Por esta misma razón el inciso 2° del art. 302 CPC autoriza llevar a efecto las medidas precautorias aun *“...antes de notificarse a la persona contra quien se dictan...”*, cuando existan razones graves para ello, constituyendo

una clara excepción al principio establecido en el art. 38 CPC. La notificación, en este caso, debe practicarse dentro del breve plazo de cinco días, pudiendo el juez ampliarlo por motivos fundados. Se trata de un término fatal y prorrogable, pese a que se trata de un término legal.

Conforme lo prevenido en el inciso final del artículo 302 CPC, la antedicha notificación podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena. Se ha suscitado discusión acerca de la forma en que debe practicarse la notificación, cuando el tribunal no dispone especialmente que se notifique por cédula. Una alternativa que se plantea es que, aplicando las reglas generales, se notifique al sujeto pasivo de la medida por el Estado Diario, dado que no existe regla especial diversa que disponga una forma distinta de notificarlo.

Sin embargo, como quiera que esta notificación está destinada a dar validez a la resolución que dispuso la medida, deberá practicarse en forma personal, al tenor de lo previsto en el art. 47 CPC, sin perjuicio de que el tribunal pueda disponer que se practique por cédula (art. 302 inc. 3° CPC).

#### *B) Naturaleza jurídica de la resolución que concede una medida*

En general, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan en estimar que la resolución que se pronuncia otorgando una medida precautoria tiene la naturaleza jurídica de un auto, puesto que recaería sobre un incidente, sin establecer derechos permanentes a favor de las partes, toda vez que conforme lo dispone el art. 301 CPC "*todas estas medidas son esencialmente provisionales*", lo que en concepto de la doctrina se opondría a la noción de permanencia, que caracteriza a las resoluciones interlocutorias. (Corte Suprema, sentencia de 3 de enero de 1983, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 80, s. 1ª, p. 1).

Se ha resuelto que "*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 CPC la resolución que concede y/o mantiene una medida precautoria tiene el carácter de un auto, ya que no establece derechos permanentes para las partes. Como consecuencia de lo anterior, para impugnarla por la vía ordinaria de la apelación debe hacerse en forma subsidiaria de la solicitud de reposición, para el caso de que ésta no fuere exitosa, todo ello por mandato del artículo 188 del mismo Código*" (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 17 de marzo de 1995, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 92, s. 2ª, p. 13).

La solución parece discutible. Es efectivo que la doctrina, más bien por descarte, le ha venido atribuyendo a la resolución que se pronuncia la medida precautoria e incluso la que falla la oposición, la naturaleza jurídica de un auto, basada en que las medidas cautelares son "*esencialmente provisionales*", característica que aparentemente no se aviene con una resolución que establece "*derechos permanentes a favor de las partes*", cuyo es el caso de las sentencias interlocutorias. Aunque esta última locución se ha prestado para numerosos pareceres, que no es del caso exponer aquí, puede perfectamente entenderse que la resolución que acuerda una medida cautelar establece un "*derecho permanente*" a favor del solicitante, o bien, del sujeto pasivo, que consiste en que se mantenga la medida que ha sido concedida o no pueda otorgarse una medida denegada anteriormente, mientras subsistan las mismas circunstancias invocadas primitivamente y que se tuvieron en vista a la hora de conceder o desestimar la solicitud de medida cautelar.

La Corte de Apelaciones de Santiago, resolviendo un recurso de hecho, sostuvo que la resolución que acoge la medida precautoria reviste la naturaleza de una sentencia interlocutoria. "Este tribunal analizando los antecedentes, estima que atendida la naturaleza de la resolución que motivó el recurso de apelación —esto es sentencia interlocutoria—, el tribunal procedió conforme a derecho, al conceder la apelación, máxime si la resolución impugnada es aquella que resolvió un incidente de nulidad, estableciendo justamente derechos permanentes en favor de las partes, como lo es, por ejemplo, la mantención de las medidas precautorias". (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de julio de 2001, Rol N° 3.958-2001).

En similar sentido se ha resuelto que "La resolución que pone término a la tramitación de una medida precautoria es un fallo interlocutorio, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto concurren en aquella los dos requisitos que la citada disposición exige en el primer tipo de pronunciamientos judiciales a que atribuye ese carácter; Que, en efecto, dicha resolución falla una cuestión accesoria del juicio que requiere de un pronunciamiento especial del tribunal, es decir, resuelve un incidente; Que, por otra parte, la referida resolución declara un derecho permanente, el cual puede ceder en favor del solicitante o del contendor, y consiste, en que se mantenga la medida que ha sido concedida, o en que, supuestas las mismas circunstancias ya invocadas, no pueda otorgarse una medida denegada anteriormente". (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de agosto de 1946, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 44, s. 2ª, p. 73).

El carácter provisional de las medidas cautelares no constituye un obstáculo que impida atribuirles esta naturaleza porque esta nota sólo significa que pueden hacerse cesar si desaparece el peligro que se trató de evitar con ellas y, correlativamente, permite concederlas después de denegadas si con posterioridad surge ese peligro. Esto no conduce a que el derecho declarado en el proceso cautelar carezca de permanencia, sino que está sujeto, como ocurre con otras tantas resoluciones judiciales, a la variación de circunstancias que legitimaron su pronunciamiento.

Parte de la doctrina considera que la resolución que resuelve sobre la petición de medidas precautorias es una sentencia interlocutoria, agregando que lo que sucede en estos casos es que *“sin dejar de ser permanente el derecho, está condicionado a la mantención de la situación fáctica existente a la época del pronunciamiento de la resolución, exactamente como ocurre con la sentencia, aun definitiva, que falla la solicitud de alimentos o la tuición de un menor de edad”*. (PEREIRA).

### C) Régimen de impugnación

Probablemente la principal consecuencia del debate recién referido dice relación con el régimen de impugnación de la resolución que se pronuncia sobre la medida cautelar. De atribuírsele el carácter de un auto, procede en su contra el recurso de reposición de acuerdo a la regla general contemplada en el artículo 181 CPC y apelación, pero sólo en el carácter de subsidiaria al recurso de reposición (188 CPC).

Por el contrario, si se le atribuye a esa resolución el carácter de sentencia interlocutoria, no procede en su contra el recurso de reposición, sino el recurso de apelación, en forma directa en contra de la resolución, conforme a la regla (art. 187 CPC).

En este sentido, se ha declarado por la Jurisprudencia que *“la resolución que pone término a la tramitación de una medida precautoria es un fallo interlocutorio. En consecuencia, no puede aplicarse al fallo de un incidente de medidas precautorias la exigencia contemplada en el artículo 188 del CPC, la cual condiciona la interposición del recurso de apelación en contra de un auto o de un decreto al ejercicio, por vía principal, del recurso de*

*reposición”*. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de agosto de 1946, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 44, s. 2ª, p. 73.)

Cualquiera sea su naturaleza, de auto o de sentencia interlocutoria, no proceden en su contra ni el recurso de casación ni el recurso de queja, toda vez que, aun cuando se les estimare una interlocutoria, puesto que es de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación.

## V. MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS AL PROCESO PRINCIPAL

### A) Explicación preliminar

Como se apuntó, la primera manifestación concreta de la instrumentalidad como característica distintiva de las medidas cautelares dice relación con la existencia de un proceso principal como verdadero presupuesto de existencia de la medida cautelar.

Una concepción estricta de la instrumentalidad conduciría a establecer la obligatoriedad de que la adopción de las medidas cautelares pueda operar única y exclusivamente en el ámbito temporal que va desde la iniciación del proceso principal hasta su terminación, es decir, mientras el proceso principal esté en curso. Sin embargo, por distintos motivos relacionados con la efectividad de la tutela cautelar, se ha venido atenuando el rigor de esta regla aceptando la posibilidad de impetrar medidas cautelares con anterioridad al inicio del proceso principal. Con todo, en estos casos, la observancia de la nota de instrumentalidad exige que se suministre por el solicitante suficiente seguridad de la pronta iniciación del proceso principal. Por otra parte, también se viene admitiendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares o que se mantengan las ya decretadas, una vez terminado el proceso principal, sujetas por cierto, a determinadas condicionantes.

Por consiguiente, como excepción, es permitida la solicitud de una medida precautoria con carácter previo a la iniciación del proceso, debiendo tenerse en consideración que los redactores del CPC fueron particularmente rigurosos al regular las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas con antelación al proceso; por esta razón, aun cuando se terminó aceptando esta idea, la regulación de estas medidas previas ha sido sumamente exigente, estableciendo al mismo tiempo, como se dejó constancia en el Mensaje,

*restricciones que impidan todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse.*

### B) En general, sobre las medidas prejudiciales

El CPC ha destinado un título completo (el V del Libro II) para regular las llamadas “*medidas prejudiciales*”. Se trata de un conjunto heterogéneo de diligencias previas a la presentación de la demanda —en rigor, previas a la iniciación del juicio— que tienen por objeto “*preparar la entrada al juicio*” (art. 273 CPC), ya sea mediante gestiones que tienden a aclarar la titularidad activa o pasiva en el proceso a iniciar; o relativas al estado del objeto mediato de la pretensión; destinadas preconstituir un medio de prueba o bien, a asegurar la efectividad de un futuro proceso, estas últimas son las denominadas *medidas prejudiciales precautorias*.

Por una cuestión metodológica, en este apartado corresponde el estudio de las *medidas prejudiciales precautorias*, dado que su naturaleza es exactamente la misma que las precautorias, con la única particularidad de que su solicitud es previa al inicio del proceso.

Las disposiciones particulares referidas a las *medidas prejudiciales precautorias* son las contenidas en los artículos 279 y 280 CPC.

### C) Concepto

Las medidas prejudiciales precautorias son aquellas que se decretan antes de la existencia del juicio, a petición de quien será el sujeto activo en el proceso y cuya finalidad es asegurar el resultado de la pretensión que se hará valer posteriormente en el proceso.

### D) Requisitos

Los requisitos para la adopción de una medida cautelar con carácter previo derivan de su doble carácter de medida precautoria y previas al proceso principal. Pueden ordenarse del siguiente modo:

a) Los requisitos comunes a toda medida prejudicial;

b) Los requisitos comunes a toda medida precautoria;

c) Los requisitos particulares previstos para la concesión de una medida precautoria específica contemplada en la ley;

d) Los requisitos específicos previstos para otorgar una medida prejudicial precautoria.

#### a) Los requisitos comunes a toda medida prejudicial

Como toda medida solicitada con carácter previo al proceso, de acuerdo con lo previsto en el art. 287 CPC, es preciso que el solicitante exprese la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. Esto supone que el solicitante debe señalar cuál es la pretensión que oportunamente deducirá (por ejemplo, una acción reivindicatoria) y los principales hechos que fundamentan su pretensión, requisitos del todo decisivos e ineludibles porque sólo de este modo queda el tribunal en situación de poder apreciar convenientemente la procedencia y necesidad de la medida solicitada (ANABALÓN).

#### b) Los requisitos comunes a toda medida precautoria

Como toda medida prejudicial precautoria responde a la misma naturaleza jurídica de una medida precautoria, quien la solicite debe cumplir con el requisito general o común que se contempla para el otorgamiento de una medida precautoria, es decir, acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho reclamado (art. 298 CPC).

#### c) Los requisitos particulares previstos para la concesión de una medida precautoria específica contemplada en la ley

El cumplimiento de este requisito se traduce en la necesidad de acreditar la situación jurídica cuya cautela se pretende, por ejemplo, en el caso del secuestro, acreditar que se entabla una acción en relación a una cosa mueble y, además, demostrar la situación de peligro específica definida por el legislador, como cuando exige en esta misma medida, motivo de temer que la cosa se pierda o deteriore.



*d) Los requisitos específicos previstos para otorgar una medida prejudicial precautoria*

Son los previstos en el art. 279 CPC. La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que, para la concesión de una medida prejudicial precautoria, se precisa la concurrencia simultánea de las circunstancias indicadas en el art. 279 CPC y que se trata de medidas señaladamente excepcionales.

*I. Existencia de motivos graves y calificados*

La Corte Suprema tiene resuelto que tratándose de medidas precautorias solicitadas en el carácter de prejudiciales, la ley exige que los antecedentes para concederlas sean más graves que los exigidos para una precautoria simple (Corte Suprema, sentencia de 3 de julio de 1931, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 28, s. 1ª, p. 630).

Con la exigencia de motivos graves y calificados se trata de que debe evidenciarse que la demora en el otorgamiento de la medida se traducirá en serios perjuicios para el futuro demandante, lo que justifica la urgencia de que estas medidas sean otorgadas de inmediato por el tribunal (MARÍN).

*II. Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias*

Responde a la exigencia general de toda medida cautelar, en orden a que deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio (art. 298 CPC) y es la forma que tiene el tribunal de controlar que la medida no sea abusiva y determinar su proporcionalidad.

*III. Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan*

Como se apuntó, en el ordenamiento chileno la caución no es, por regla general, presupuesto ni de la concesión ni para la ejecución de las medidas cautelares y que incluso, en los supuestos excepcionales que la contemplan,

en alguno de ellos es meramente potestativo para el tribunal exigirlos o no. No es éste el caso, pues aquí la caución es obligatoria.

A través de la caución se pretende asegurar la seriedad de la petición del futuro demandante y, además, garantizar que presentará oportunamente la demanda. De lo contrario, se estaría frente a una situación en que habiendo una medida cautelar, no existe proceso principal cuyos resultados asegure, con lo que se quebraría la relación de instrumentalidad.

Por esta razón, se ha considerado que obra con falta o abuso el juez que no exige la fianza respectiva al conceder una medida prejudicial precautoria, dada la importancia y gravedad de la imposición de una medida cautelar en el carácter de prejudicial. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de abril de 1989, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 86, s. 2ª, p. 17).

Se ha resuelto que, para otorgar una medida prejudicial precautoria, "no es necesario exigir una hipoteca o una fianza con garantía hipotecaria, ya que el artículo 279 CPC sólo exige una fianza nominal u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, la que debe guardar relación con la obligación garantizada, consistente únicamente en los perjuicios que originen la precautoria solicitada y el valor de las multas que pudieren imponerse al peticionario". (Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, sentencia de 13 de mayo de 1987, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 84, s. 2ª, p. 67).

*E) Actividad procesal conducente a la obtención de una medida prejudicial precautoria*

En lo que concierne a la competencia, debe tenerse en consideración que las medidas prejudiciales precautorias siempre son de competencia de la justicia ordinaria, aun cuando se haya pactado un arbitraje.

Así, la Corte Suprema ha resuelto que "...las medidas cautelares... cuando se piden en forma prejudicial siempre son de conocimiento, resolución y ejecución por la justicia ordinaria, cualquiera sea la convención de las partes respecto del tribunal que debe fallar el litigio de fondo. Por lo mismo, las medidas prejudiciales precautorias no pueden ser dispuestas por los jueces árbitros, pues necesariamente presuponen la falta de constitución del juicio arbitral". (Corte Suprema, sentencia de 6 de enero de 1997, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 94, s. 1ª, p. 2).

En cuanto a la tramitación que debe dársele a la solicitud de medida prejudicial precautoria, se ha estimado que medidas prejudiciales precautorias se deben conceder de plano, sin intervención del sujeto pasivo de la misma, rechazándose incluso la posibilidad de que el sujeto en contra de quien se solicitó la medida pueda intervenir en este estadio procesal, postergándose, por consiguiente, las posibilidades defensivas del futuro demandado, a aquel momento en que se le dé noticia de la medida ya concedida (MARÍN).

En este sentido, se tiene resuelto que *“Las diligencias expresadas en este Título —dice el art. 289— pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención. La realidad es que la intervención del afectado por las medidas prejudiciales se requiere legalmente en todos los casos en que no constituyen medidas precautorias, según aparece del propio texto de las disposiciones respectivas. En el caso preciso de las medidas prejudiciales precautorias, tratadas específicamente en los artículos 279 y 280, la mención del artículo 289, en cuanto dispone que las diligencias respectivas ‘pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden’, pasa a ser la forma lógica de su cumplimiento, toda vez que el mencionado art. 280 es lo suficientemente explícito en cuanto señala, como única gestión que debe cumplir el solicitante, la de presentar la demanda y pedir que se mantengan las medidas decretadas, sin agregar exigencia alguna en orden al conocimiento de la persona en contra de quien se pide la medida”* (Corte Suprema, sentencia de 6 de mayo de 1985, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 82, s. 1ª, p. 19).

#### F) Cargas del solicitante y caducidad de la medida

La excepcionalidad que caracteriza a las medidas cautelares cuando se solicitan en forma previa a la pendencia del proceso se manifiesta, además, en las cargas procesales que pesan sobre el solicitante y las sanciones con que se le conmina, una vez concedida la medida *ante causam*.

De conformidad a lo previsto en el art. 280, inciso 1º CPC, decretada que sea la medida precautoria en el carácter de prejudicial, pesan sobre el actor las siguientes cargas procesales:

##### a) Presentación oportuna de la demanda

La instrumentalidad tiene una concreta manifestación en la exigencia de presentar la demanda principal ante el mismo tribunal que concedió la medi-

da dentro del plazo de diez días contados desde la aceptación de la solicitud (art. 280 CPC). El legislador no dice expresamente que la demanda se ha de entablar ante el mismo tribunal que concedió la medida cautelar previa, pero esta exigencia se desprende del art. 178 COT que establece que *“serán de la competencia del juez que hubiere sido designado anteriormente, las demandas en juicios que se hayan iniciado por medidas prejudiciales...”*. Esta norma podría significar cuestionamiento del carácter prorrogable que tienen, en el ordenamiento chileno, las normas sobre competencia territorial, porque, en los hechos, supone que dicha competencia deviene en improrrogable en función de si ha precedido o no a la demanda una medida solicitada *ante causam*.

Esta necesaria vinculación al proceso principal, exige, en primer lugar, la efectiva presentación de *la demanda*, de lo que se sigue que han de quedar excluidas actuaciones preliminares distintas de la demanda como actos procesales conducentes al mantenimiento de la medida.

En este sentido, se ha resuelto que una diligencia preparatoria de la vía ejecutiva, por no ser una demanda, no es idónea para la mantención de una medida cautelar previa. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 7 de septiembre de 1933, en *Gaceta de los Tribunales*, 2º sem., Nº 101, p. 352).

En segundo término, no basta tampoco cualquier demanda, sino que ésta debe estar funcionalmente relacionada con la medida acordada. Se trata, pues, del complemento de la exigencia del art. 287 CPC en orden a que en la solicitud de medida prejudicial el peticionario ha de *“expresar la acción que se propone deducir”*. Es decir, la pretensión ha de referirse al mismo derecho o situación jurídica que se alegó para obtener la medida previa.

Además, la demanda ha de presentarse dentro de los diez días siguientes a la aceptación de la solicitud.

La Corte de Apelaciones de Talca resolvió que *“el juez de la causa no debió hacer lugar al planteamiento del solicitante de la medida de retención en cuanto a que ésta tuviera vigencia de treinta días contados desde su notificación, para la presentación de la demanda, toda vez que la ley prescribe que esos plazos de diez o treinta días se cuentan desde que es aceptada la solicitud y no desde la notificación de la misma”*. (Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 29 de enero de 1982, en *Gaceta Jurídica* Nº 34, pp. 92-4.)

Sin embargo, en un fallo posterior, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha sentado la que parece ser la correcta doctrina, al sostener que "...esta Corte considera que el plazo a que se refiere el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, obviamente, debe computarse desde que los peticionarios tomaron conocimiento de la aceptación de lo que solicitaron, pues antes no estaban en condiciones de saber lo que había decretado el Tribunal y esto sólo lo determina su notificación, acorde además con el principio fundamental consignado en el artículo 38 de ese texto legal, de que las resoluciones judiciales sólo surten efecto en virtud de una notificación efectuada con arreglo a la ley". (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de mayo de 1986, en *Gaceta Jurídica*, N° 71, pp. 23-4).

Este plazo es de días hábiles y se puede ampliar hasta por treinta días existiendo motivos fundados.

Sobre la posibilidad de ampliar el señalado plazo, se ha resuelto que "La ampliación del plazo debe impetrarse, obviamente, antes de su vencimiento, debiendo enterarse, eso sí, el plazo así ampliado, a contar de la fecha en que es dictada la resolución que concede la medida". (Corte Suprema, sentencia de 6 de mayo de 1985, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 82, s. 1ª, p. 19).

Naturalmente que sólo una demanda que sea admitida sirve para tener por satisfecho el requisito, aunque para los efectos de entender cumplido el mencionado plazo se considera el momento de la presentación de la demanda.

#### b) *Solicitud de mantención como precautoria de la medida prejudicial concedida*

El legislador ha impuesto un requisito adicional a la presentación oportuna de la demanda, ya que el art. 280 CPC establece que: "Aceptada la solicitud (de medida cautelar previa), deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas". Que estamos frente a requisitos diferentes, parece que es indudable, afirmación que se ve corroborada con lo previsto en el inciso 2° del art. 280 CPC que señala que: "Si no se deduce demanda oportunamente o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decre-

*tadas o al resolver sobre esta petición...*". Aunque pudiera pensarse que la petición formal de mantención de las medidas cautelares constituye un mero formalismo, la exigencia fluye con claridad del precepto.

Cuestión distinta es lo que se ha llegado a sostener en algunos fallos, que exigen que la petición de mantención de la medida prejudicial precautoria se formule en misma demanda. La Corte de Apelaciones de Valdivia, procediendo de oficio, declaró que las medidas judiciales precautorias de retención y de prohibición de celebrar actos y contratos, quedaron sin efecto por el solo ministerio de la ley, al no ser solicitada su mantención, junto con deducirse la demanda anunciada.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja y sobre la base, primero, de que efectivamente se había solicitado la mantención de la medida —aunque en un cuaderno separado— y, segundo, porque la cuestión de si la solicitud de mantención debe formularse junto con la demanda o si puede hacerse en el cuaderno de medidas judiciales, es una simple diferencia de interpretación, que no autoriza para hacer uso de las facultades oficiosas de corrección del procedimiento, resolvió dejar sin efecto la referida resolución: "2° *Que, no obstante, los Jueces recurridos al efectuar esa declaración omiten toda referencia a la resolución de 16 de septiembre último, escrita a fojas 34 vuelta del cuaderno de medidas judiciales, por la cual el juez de la causa accedió a la petición del solicitante de esas medidas en el sentido que se mantuvieran como precautorias. Esta resolución no fue impugnada por la parte demandada, y como además no ha existido decisión alguna a su respecto ha de entenderse que se halla vigente pese a esa declaración de oficio;* 3° *Que por otra parte debe tenerse presente, además, que la Corte de Apelaciones de Valdivia no estaba facultada para actuar de oficio, pues en las condiciones anotadas no ha podido haber error de procedimiento susceptible de ser corregido, ya que no lo constituye la distinta manera de interpretar el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, acerca de si la mantención de las judiciales como precautorias debe únicamente solicitarse en la demanda anunciada, o si es también posible hacerlo en el respectivo cuaderno relativo a esas medidas, como en este caso ocurrió*". (Corte Suprema, sentencia de 25 de enero de 1989, en *Fallos del Mes*, N° 362, p. 898).

Sin embargo, la propia Corte Suprema confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que declaró la caducidad de la medida prejudicial precautoria en razón de no haberse pedido, en el escrito de demanda, su mantención. "3° *Que el artículo 280 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil*

disponer que aceptada la solicitud de disponer como prejudicial una medida precautoria de aquellas de que trata el Título V del Libro II, que tal ocurre en la especie, deberá el peticionario presentar su demanda dentro del término de diez días... y 'pedir que se mantengan las medidas decretadas'. 4º) Que el inciso 2º de la disposición anteriormente señalada, precisa que tal solicitud no sólo debe hacerse dentro de tal término, sino que, además, debe estar contenido en el escrito mismo de la demanda. En efecto, la norma dice textualmente 'si no se deduce demanda oportunamente o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas', se producen las consecuencias que allá se consignan. 5º) Que, según se ha advertido, en el libelo de la demanda, no se formuló petición alguna, tendiente a la conservación de la prohibición de gravar y enajenar dispuesta por el tribunal, de manera que se ha producido *ipso facto*, la caducidad de la medida, por la sola circunstancia de no haberse recabado su renovación". (Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 21 de julio de 1989, confirmada por la Corte Suprema, en *Fallos del Mes*, N° 372, p. 713).

No parece que exista contradicción entre lo dispuesto en el inciso 1º y el 2º del art. 280 CPC, lo que sucede es que una interpretación estrictamente literal no debe llevarse a situaciones extremas, en las que el cumplimiento de este requisito —que al tribunal le consta por el propio acto de presentación de la demanda— llegue a equipararse en importancia a la de la propia presentación de la demanda.

En todo caso, lo que sí parece claro es que la petición de mantención de la medida no puede entenderse implícita en la demanda, sino que exige una formulación expresa, aunque debiera concluirse en que esta petición deviene en ineficaz si no se presenta la demanda.

En fin, resulta dudoso establecer si la petición debe formularse al mismo tiempo que se entable la demanda. Como quiera que se trata de requisitos independientes, nada impediría que se presentara primero la demanda y luego —siempre dentro de plazo— la petición de mantención. Lo que no parece admisible es la petición de mantención anterior a la demanda, dado que adolecería de la falta de un requisito primordial para ser aceptada.

No lo ha entendido así la Corte de Apelaciones de Valdivia que ha resuelto que: "de conformidad a los artículos 280 y 299 del Código de Procedimiento Civil, esta falta de petición o renovación en dicha demanda importa el que

la medida prejudicial precautoria quede de hecho cancelada, *ipso jure*, no siendo operante para prolongar su existencia la circunstancia de que no hubiere aún vencido el plazo que se dio por el juez para presentar la demanda y notificar la medida... porque uno de los casos de caducidad de la precautoria es no pedir que se mantenga en la demanda, lo que ocurrió en la especie" (Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 16 de noviembre de 1957, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 57, s. 1ª, p. 99).

### c) Efectos derivados de la falta de presentación de la demanda

El incumplimiento de la carga procesal de presentar oportunamente la demanda, con los requisitos mencionados, o la falta de petición expresa de mantenimiento de la medida, lleva necesariamente al alzamiento de las medidas cautelares adoptadas. Se ha entendido que la medida cesa *ipso facto* por el sólo hecho de la no presentación oportuna de la demanda, sin que sea preciso ni una resolución que así lo declare ni una solicitud previa de parte interesada; el mismo efecto produce la circunstancia de no recabar oportunamente su mantención.

El hecho de que la medida cese en sus efectos desde el momento en que se incumplen los requisitos, es fundamental para aclarar la suerte de los actos y contratos que en el tiempo intermedio, que va desde el incumplimiento hasta la resolución que dispone el alzamiento, pudieron haberse celebrado respecto del bien afecto a la garantía.

La ley ha establecido, además, que por el solo hecho de no deducir la demanda oportunamente o no pedir la mantención de las medidas precautorias o "al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas", queda el solicitante responsable de los perjuicios causados "considerándose doloso su procedimiento" (art. 280 inciso 2º *in fine* CPC). Aunque se ha resuelto que lo que establece aquí la ley es una presunción, lo cierto es que se trata de un caso de responsabilidad objetiva, consecuencia que opera únicamente en los tres supuestos establecidos por el legislador. Otras situaciones, como el alzamiento de la medida previa solicitud de la parte contraria basada en motivos diferentes a los mencionados en el art. 280 CPC, deben seguir las reglas generales de responsabilidad civil.

## VII. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL TÍTULO V DEL LIBRO II CPC

### A) LAS FORMAS DE REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA TUTELA CAUTELAR

Este apartado está dedicado al estudio de las consecuencias o efectos jurídicos que constituyen el contenido de una medida cautelar, es decir, aquello en lo que ésta consiste. En forma previa, debe determinarse el contenido de la tutela cautelar y más precisamente la manera cómo pueden aparecer ordenados estos mismos efectos.

Las técnicas legislativas disponibles para la configuración de las medidas (efectos) cautelares son diversas.

#### a) La potestad cautelar general

Una primera alternativa consiste en el establecimiento de una cláusula general y única en virtud de la cual se entrega a la decisión del tribunal la definición del contenido de la medida cautelar que la norma autoriza. La estructura de una norma de esta clase no difiere básicamente de otro precepto jurídico, sino que lo que caracteriza la norma que consagra una potestad cautelar general es la indeterminación de las consecuencias jurídicas del precepto cautelar. Cumplidos los presupuestos de la medida el juez tiene autonomía para acordar aquella que más se adecue a la situación jurídica cuya cautela se pretende y al *periculum*.

Frente a esta imprecisión como singularidad de la potestad cautelar general hay que plantearse, por lo menos, dos interrogantes fundamentales: a) Cuáles son los referentes que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar las medidas y b) Si tiene límites esta potestad cautelar general y si la respuesta a esta segunda cuestión es afirmativa, cabe preguntarse cuáles son estos límites.

Aunque la ley deje a la decisión del juez la determinación de las medidas que estime necesarias y conducentes para el cumplimiento de los fines previstos por la norma que establece la tutela cautelar general, naturalmente que aquél debe desenvolverse “dentro de un ámbito que la propia ley concede y que tiene sus límites”. De lo anterior se deriva que no sea posible efectuar

una enumeración que, con validez general, resuelva el tema de los límites de la potestad cautelar general, pues ellos siempre dependerán de la evolución configurativa que haya tenido dicha tutela y de otros condicionamientos de cada sistema cautelar en particular.

Sin embargo, si pueden proponerse algunos criterios que proporciona la teoría general, teniendo en cuenta que el juez ha de moverse dentro de los límites establecidos por la propia pretensión deducida en el proceso principal a cuyo aseguramiento tiende la medida cautelar y, segundo, el cumplimiento de la finalidad institucional asignada a la tutela cautelar.

El primer criterio que puede servir de orientador a la hora de configurar una medida cautelar es el denominado de la *necesidad* y el otro, puede ser enunciado como el *principio de mínima injerencia* en la esfera jurídica del demandado. Lo fundamental es que la concepción de potestad cautelar general debe regirse por ciertos principios rectores, que van más allá de la regulación legal y que actúan a la vez como verdaderas limitaciones a la discrecionalidad.

#### b) La regulación mediante medidas concretas y específicas

Otra alternativa de que dispone el legislador es la regulación de la tutela cautelar con la configuración de medidas específicas. Aquí se le ofrece al juez un catálogo de medidas disponibles en el que carece de libertad para seleccionar la que estime adecuada porque el sistema se preordena respondiendo a la concepción de que, a cada situación jurídica cautelada, y a cada tipo de riesgo por la demora, le corresponde una medida determinada.

A diferencia de la opción planteada precedentemente, la especificación alcanza necesariamente al supuesto fáctico de la medida o mejor dicho la situación jurídica cautelada, aunque cabe sí algún grado de generalidad en la descripción del *periculum* y del *fumus boni iuris*.

La actividad del juez, en este caso, aparece limitada a constatar la concurrencia del supuesto fáctico de la norma y, si el resultado de esta labor es positivo, decretar la medida específica que la propia norma engarza con el peligro concreto que el precepto describe.

### c) Combinación de ambos sistemas

Los dos sistemas descritos pueden integrarse básicamente de dos maneras distintas, configurando las que podrían denominarse normas mixtas.

Una alternativa es la regulación de medidas concretas y, a modo de cierre, el establecimiento de una cláusula más o menos general. Rige entonces el principio de que a cada forma de peligro corresponde una o varias medidas específicas, pero es el reconocimiento de que la previsión legislativa no puede agotar todas las situaciones imaginables dignas de tutela cautelar, lo que justifica una norma de cierre del sistema que de manera residual abarque todos aquellos supuestos.

Lo relevante es que, tratándose de los supuestos en los que el legislador expresamente ha previsto una medida específica, el juez no tiene autonomía para decretar una medida diferente de aquella que el legislador ha estimado *a priori* como la más adecuada para tutelar cautelarmente la concreta situación.

En cambio, para aquellas situaciones no subsumibles en ninguno de los supuestos previstos legalmente y partiendo el legislador de la premisa de que, por un lado, por más exhaustivas que sean las previsiones legales éstas nunca podrían comprender todas las situaciones de peligro relevantes y, de otra parte, del anhelo de que ninguna situación de peligro puede quedar desprovista de tutela cautelar, se provee en la norma un precepto flexible, cuyo contenido es un concepto jurídico indeterminado.

La segunda alternativa que ofrece la conjugación de los sistemas antes descritos consiste en instituir una norma cautelar de carácter general y, a modo meramente enunciativo, una enumeración de medidas específicas y determinadas. El rasgo fundamental que distingue esta regulación de la anterior y sobre el que debe insistirse, radica en el carácter estrictamente indicativo de la enumeración de las concretas medidas posibles. De esta manera se puede dar una nómina orientadora para el tribunal, lo que puede resultar particularmente útil para aquellos sistemas que transitan de un sistema de determinación específica de las medidas cautelares procedentes hacia uno en que se deja a la discrecionalidad del juez y a las necesidades de los litigantes la concreción de los efectos cautelares adecuados.

### d) La opción del CPC

El CPC regula la materia relativa a la determinación de las medidas cautelares —a las que designa con el rótulo de “precautorias”— a través de la reglamentación particular de una serie de medidas específicas que se encarga de enumerar el art. 290 CPC y son, a saber:

- 1) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
- 2) El nombramiento de uno o más interventores;
- 3) La retención de bienes determinados, y
- 4) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

La disposición deja claramente establecido que es perfectamente plausible que puedan solicitarse una o más de estas medidas y el art. 300 CPC, por su parte, se encarga de precisar que: “*Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes*”. A continuación, entre los arts. 291 a 297, el legislador se encarga de establecer las reglas sobre procedencia de cada una de estas medidas. A partir del art. 298 CPC hasta el 302, que cierra el Título V, se establecen ciertas reglas generales aplicables a las medidas antes señaladas y una norma que, como se verá, trata en forma parcial e insuficiente un aspecto importante del procedimiento como lo es el régimen de contradicción.

El art. 298 CPC, en su parte final expresa que: “*Podrá también el tribunal cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen*”.

A partir de esta disposición la doctrina mayoritaria ha entendido que el juez goza de una potestad cautelar general, que le habilita para decretar medidas cautelares innominadas o indeterminadas (ROMERO). Hay quienes han sostenido que, a través de este precepto, se le está reconociendo y confiando al juez explícitamente un poder cautelar general (ROJAS) y otros han visto en la citada disposición la consagración de un “*amplio poder cautelar*”. (POMES). En esta misma línea de razonamiento se ha afirmado

que el CPC sería un “adelantado” en Latinoamérica en el tema del llamado “*poder cautelar del juez*”. (PEREIRA).

Lo cierto es que resulta discutible la tesis de que el régimen de tutela cautelar chileno, frente a los modelos teóricos disponibles, haya optado por implantar una potestad cautelar general en la parte final del art. 298 CPC. Por el contrario, una visión sistemática y más rigurosa conduce a sostener ~~y no sin reparos~~ que la citada disposición podría presentar más bien un carácter residual, cumpliendo imperfectamente la función de completar el sistema de medidas del Código, pero en ningún caso absorbiendo las restantes medidas típicas. La norma sólo se limita a autorizar la adopción de cautelas no especificadas legalmente, sólo y en la medida que se esté fuera de los supuestos de las medidas típicas, cumpliendo así la función de completar el sistema de medidas del Código, pero en ningún caso absorbiendo las restantes medidas típicas.

En fin, parece poco probable que el legislador haya destinado el art. 298 CPC—más bien una parte de él, la final— para desempeñar tan trascendental propósito, como lo es la atribución de una potestad cautelar general al juez, máxime cuando el precepto, lejos de ser categórico, alude a la consabida potestad en forma casi accidental, para referirse a otro tema diverso como lo es la exigencia de caución; por otro lado, como se ha dicho, la historia del establecimiento del precepto no arroja ningún dato relevante sobre tan fundamental decisión legislativa.

La Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que “*Estas pretensiones, además, vulneran el régimen de las medidas precautorias, tal como está concebido en nuestro derecho. Es sabido que estas medidas no están taxativamente señaladas por la ley, pero es discutible que el juez tenga un poder cautelar general...*”. (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de septiembre de 1958, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 55, s. 2ª, p. 21).

#### B) LAS CLASES DE EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Si la función de las medidas cautelares es, esencialmente, impedir la ejecución de actos o la ocurrencia de hechos que en definitiva puedan significar riesgo de insatisfacción de la tutela judicial que la sentencia de-

finitiva conceda al actor, lo cierto es que este cometido se puede alcanzar de diferentes modos.

Se trata de precisar hasta dónde se extienden los efectos de una medida en relación con la esfera patrimonial del afectado por ella.

La primera forma de actuación de la tutela cautelar es por vía de *efectos meramente aseguratorios*, esto es, aquellos que apuntan a “*mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud*”. (ORTELLS). Se trata, pues, de inmovilizar una situación de hecho, impidiendo que su alteración pueda frustrar luego el resultado práctico del proceso principal. Estas medidas no satisfacen por sí mismas interés jurídico alguno, a menos que por vía de ellas se pretenda obtener efectos similares a las garantías jurídico-materiales.

El objetivo de las medidas cautelares también puede lograrse a través de una segunda forma de actuación de la tutela cautelar, que aparece desde el momento en que se constata que los efectos meramente aseguratorios, en muchas ocasiones, no resultan apropiados para contrarrestar los peligros derivados de la pendencia del proceso y se hace preciso superar, en cierto modo, la frontera de la *mínima injerencia* con unos efectos más incisivos en la esfera patrimonial del deudor: se trata de las *medidas conservativas*.

Estas medidas tienen efectos *conservativos* en cuanto apuntan a la mantención del *statu quo* previo al conflicto, pero van más allá del mero aseguramiento, en cuanto brindan protección a derechos e intereses que, de esta manera, podrían estar siendo satisfechos. Se trata de medidas que pueden asumir el carácter de innovativas en lo que atañe a la situación de hecho, pero no necesariamente de anticipatorias, en tanto en cuanto si bien tienen aptitud para transformar (innovar) la situación de hecho vigente, su propósito primordial no es anticipar el resultado eventual de la sentencia principal.

El avance puede estimarse considerable cuando se arriba a las denominadas *medidas provisionalmente satisfactivas*. Aunque las denominaciones están lejos de ser uniformes, en general, rondan estas tres: innovativas, satisfactivas o anticipativas.

Lo cierto que la elección del apelativo específico a la hora de designar la naturaleza de la medida depende, en primer lugar, del atributo que se pretenda usar como factor de referencia. Así se podrá hablar de innovativa para designar aquella medida cuyos efectos alteran (innovan) la situación de hecho existente a la iniciación del litigio; será satisfactiva en la medida que realice el derecho o interés cuya tutela se pretende; y será anticipativa, en tanto adelante los efectos de la tutela que la sentencia principal eventualmente reconocerá.

Una medida tiene las características anotadas, cuando sus efectos son coincidentes con el contenido de la pretensión interpuesta y la sentencia a que conduzca su estimación. Estos efectos no se limitan a conservar una determinada situación, sino que introducen una innovación al dar satisfacción a unos derechos o intereses jurídicos que extraprocesalmente nunca fueron pacíficamente reconocidos.

Pese a que no faltan en los diversos ordenamientos manifestaciones de esta clase de medidas, la sola enunciación de esta categoría de efectos cautelares sigue siendo motivo de controversia.

### C) MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALMENTE REGULADAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

#### a) Enumeración

El CPC tiene la virtud sistemática de reunir en un único título (el V del Libro II) las normas fundamentales sobre tutela cautelar. No obstante la ubicación de estas normas, dada su naturaleza, resultan aplicables a toda clase de procedimientos, incluso al ejecutivo. Desde luego, la colocación de las normas en el Libro II nunca ha sido determinante para restringir su aplicación y, aunque en principio lo deseable hubiera sido su inclusión en el Libro I (relativo a las *normas comunes a todo procedimiento*), un correcto encuadre sistemático exige dar un paso más en su regulación y señalarles un libro específico propio dentro del Código, en consonancia con la autonomía del proceso cautelar.

El CPC regula la materia relativa a la determinación de las medidas cautelares —a las que designa con el rótulo de “*precautorias*”— a través de

la reglamentación particular de una serie de medidas específicas que se encarga de enumerar el art. 290 CPC y son, a saber:

- 1) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
- 2) El nombramiento de uno o más interventores;
- 3) La retención de bienes determinados, y
- 4) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

#### b) *El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda* (arts. 290 N° 1, 291 y 292 CPC)

##### 1. Concepto de secuestro

El artículo 2249, inciso 1° del Código Civil, lo define del siguiente modo: “*el secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor*” y de acuerdo a lo establecido en el artículo 2252 del mismo texto se puede clasificar: “*El secuestro es convencional o judicial. El secuestro convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas que disputan el objeto litigioso. El (secuestro) judicial se constituye por decreto del juez, y no ha menester otra prueba*”. Esta última es la que constituye una medida cautelar específica.

De acuerdo con lo anterior, es posible definir el secuestro como “*la medida precautoria decretada por el tribunal, que consiste en el depósito de una corporal en manos de un tercero, quien se obliga a guardarla para evitar su pérdida o deterioro y a restituirla a la terminación del litigio a la persona que se determine por el juez*”.

##### 2. Características

- a) Se trata de una especie de depósito y, por ende, sujeto a sus reglas;
- b) Sólo está referida a bienes muebles;



- c) La cosa mueble debe ser el objeto del litigio;
- d) Se efectúa en manos de un tercero.

### 3. Casos en que procede (art. 291 CPC)

a) En el caso del art. 901 del Código Civil, esto es, cuando se reivindicar una cosa corporal mueble y hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor;

b) Cuando se entablan otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.

Como es posible advertir, en ambos casos, aparece expresado el *periculum in mora*, a través de la existencia temor de pérdida o deterioro de la cosa. El riesgo de pérdida o deterioro de la cosa, que es el peligro que se trata de conjurar con la medida, no es un hecho directamente demostrable, por lo que el juez debe acudir a un razonamiento de tipo presuncional, que enlace la afirmación base o indicio con el hecho presumido (que a la vez es el supuesto fáctico de la norma cautelar cuya aplicación se pretende).

### 4. Efectos

La finalidad fundamental de esta medida, como se colige de su regulación positiva, es garantizar la integridad material del bien *que es objeto mediato de la pretensión*, evitando su destrucción o su pérdida por el maltrato o descuido de quien lo posee o detenta. En general, el riesgo que se pretende suprimir mediante esta cautela es el que afecta a la posibilidad práctica de una ejecución sobre el bien específico y en condiciones de plena utilidad.

Su propósito es conservar y mantener en la mejor forma posible la integridad material o física de la cosa litigiosa, descartándose la posibilidad de a través de dicha medida precautoria puedan llegarse limitar las facultades de disposición del bien afecto a ella (ROJAS).

## D) NOMBRAMIENTO DE UNO O MÁS INTERVENTORES (ARTS. 290 N° 2, 293 Y 294 CPC)

### a) Concepto

En general, por interventor debe entenderse *aquel empleado que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones a fin de que se hagan con legalidad*. Es la persona designada por el tribunal con el objeto de llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención y dar noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de esos bienes.

### b) Número y designación de interventores

Puede pedirse por el demandante al tribunal la designación como medida precautoria de uno o más interventores. El número de interventores que deba designar el tribunal dependerá de la cantidad, ubicación e importancia de los bienes sobre los cuales debe ejercer sus funciones el interventor.

La designación la hace el tribunal, sin perjuicio de las proposiciones que sobre el particular pueden formular las partes.

### c) Casos en que procede (art. 293 CPC)

La disposición del art. 293 CPC hace una enumeración de los casos en que es procedente la medida de secuestro, aunque lo cierto es que el análisis de cada caso particular no reviste especial trascendencia para el tema de que se trata, si se tiene presente el numeral 4° que constituye la regla general y que comprende todos los otros casos que enuncia la disposición.

Dice el art. 293 CPC: "*hay lugar al nombramiento de interventor:*

1° En el caso del inciso 2° del artículo 902 del Código Civil, esto es, cuando *se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias para evitar todo deterioro de la cosa, y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación,*

*si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.*

2° En el del que reclama una herencia ocupada por otro, si hay el justo motivo de temor que el citado inciso expresa, es decir, que se ejerza una acción de petición de herencia y que exista justo temor de un deterioro de los bienes comprendidos en la herencia o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.

3° En el del comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero o socio que administra.

No hay aquí una exigencia concreta de acreditar una situación de peligro concreta. De partida, puede concluirse que la omisión legislativa significa ni más ni menos que el legislador no exige para esta medida, en este caso concreto, más requisitos que la demostración específica del *fumus*. Al no aparecer expresado en la norma cautelar, debe entenderse que éste figura implícito en la misma y debe presumirse su concurrencia y, por consiguiente, escapa del control judicial.

La razón estribaría en que, en el primer caso —el del comunero o socio que demanda la cosa común—, el socio acciona en el pleito en defensa del derecho que le corresponde de servirse o usar las cosas pertenecientes al haber social, que le concede el Código Civil. Lógicamente, desde ese instante la idoneidad de quien administra aparece cuestionada y, dada la naturaleza de las funciones que le competen al interventor (art. 294 CPC), se comprende por qué a partir del momento en que se acredite la presunción grave del derecho que se reclama, pueda decretarse sin más la medida a las que nos referimos. Lo mismo cabe afirmar respecto de la situación del socio que pide cuentas al otro que administra.

4° Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados;

Se trata de la regla general y es así como se ha entendido que esta medida es apropiada en todos aquellos casos en que exista peligro de que “los derechos del demandante puedan quedar burlados”. Aunque podría dudarse de tan amplia generalidad en la aplicación de esta medida y enten-

derla restringida a los bienes que sean materia del juicio, la jurisprudencia y la doctrina han respaldado la idea de que la disposición en comento no limita la medida a dichos bienes, sino que también hay lugar a ella cuando existe el justo motivo de temor antes mencionado, independientemente de la situación litigiosa o no de dichos bienes. (QUEZADA).

5° En los demás casos expresamente señalados por las leyes.

Entre estos casos puede mencionarse el art. 444 CPC, referido al embargo de empresas o establecimientos de comercio.

#### *d) Facultades del interventor (art. 294 CPC)*

Se reducen principalmente a dos:

1ª Llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado;

2ª Debe dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes. En tal caso podrá decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar.

Como se observa, la administración de los bienes sobre los cuales recae la medida sigue a cargo del sujeto pasivo de la medida, el que estará únicamente sometido a una vigilancia o inspección por parte del interventor, sin perjuicio que, si el interventor informa de alguna de malversación o abuso en dicha administración, pueda el tribunal decretar el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar.

#### *e) Efectos*

Conforme lo dicho, a través de esta medida precautoria no se está privando al demandado de la tenencia ni la administración de los bienes, ni

tampoco se le impide al demandado la enajenación voluntaria de ellos como ocurre en la retención y prohibición de celebrar actos y contratos.

En este caso, el demandado conserva la administración de los bienes, pero sometido a la vigilancia del interventor para los efectos de impedir que se burlen los derechos del demandante como consecuencia de una administración abusiva, de manejos fraudulentos o de hechos físicos que conduzcan a su deterioro o destrucción.

Sin perjuicio de ello, es posible que estas facultades de administración que conserva el demandado en la medida precautoria de designación de interventor se puedan ver alteradas en caso que se acumule a la designación de interventor otra medida precautoria que importe afectar esas facultades de administración, como ocurriría, por ejemplo, si a ella se adiciona la prohibición de celebrar actos o contratos respecto de la totalidad o parte de los bienes intervenidos; o con posterioridad durante la vigencia de la medida precautoria de designación de interventor, por orden del tribunal impartida como consecuencia de la noticia dada por el interventor al tribunal acerca de la malversación o abusos en la administración de los bienes intervenidos por parte del demandado.

#### E) LA RETENCIÓN DE BIENES DETERMINADOS (ARTS. 290 N° 3 Y 295 CPC)

##### a) Concepto

La retención consiste en el depósito de dineros o de alguna cosa mueble en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero. La retención como medida precautoria tiene una mayor eficacia que la de secuestro judicial, puesto que asegura de una manera mucho más eficaz los eventuales derechos del demandante al configurar el objeto ilícito del artículo 1464 del Código Civil.

La retención puede ser definida como la medida cautelar que tiene por objeto asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia mediante el incautamiento de bienes muebles determinados del demandado, impidiéndose su enajenación (MATURANA).

El detentador de los bienes, quien quiera que sea, tiene la obligación de guardar o conservar en su poder el bien sobre el cual ha recaído la retención, asumiendo la responsabilidad de un depositario.

Esta medida sólo procede respecto de bienes muebles y no sobre bienes raíces o inmuebles. Cuando la retención recae en valores existe una excepción en cuanto a que ella se materialice en manos del detentador de esos valores, puesto que puede ordenarse por el tribunal que la retención de los valores se materialice en un establecimiento de crédito o en otra persona que el tribunal designe (art. 295 inc. 2° CPC).

##### b) Casos en que procede (art. 295 CPC)

En la retención de bienes determinados debe hacerse un distingo. Por una parte, la medida puede recaer sobre "*bienes que son materia del juicio*" (art. 295 CPC), en cuyo caso es indudable que se requiere el ejercicio de una pretensión, en la que se haga valer un derecho real o personal, que tenga por objeto una cosa mueble determinada. Por otra parte, cuando se ejercita una pretensión consistente en un derecho de crédito a una prestación dineraria o de una cierta cantidad de especies pertenecientes a un género determinado (por ejemplo, cinco vacas, un quintal de trigo), también procede esta medida de *retención*.

En realidad la disposición del art. 295 CPC hace una diferente formulación del *periculum in mora*, debiendo distinguirse para tal efecto qué clase de bienes están efectos a la medida. De una parte, se encuentran los bienes que son materia del juicio y, de otra, otros bienes del demandado.

La norma dice que: "*la retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley*".

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 11.183 de 10 de junio de 1953, la distinción anotada era irrelevante a los efectos de determinar la configuración del presupuesto. En efecto, el proyecto redactado

por José Bernardo Lira no establecía la medida de retención como tal, sino la del embargo de bienes determinados (art. 225 CPC); más tarde, en la Comisión Revisora, el precepto fue aprobado con la indicación propuesta por el Comisionado Zegers en orden a agregar, a continuación de la palabra “embargo”, las de “o retención de bienes determinados”. A su vez, el art. 230 del Proyecto señalaba las situaciones de peligro que hacían procedente la medida, exigiendo en su numeral 2° que “las garantías del demandado no ofrecieren suficiente garantía y hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes”. La Comisión sustituyó la conjunción copulativa por la disyuntiva “o”, de manera que cualquiera de ambas circunstancias hacía procedente la medida. En todo caso, ninguna mención hubo acerca de la clase de bienes sobre los que había de recaer la medida.

La promulgación de la Ley N° 11.183 obliga ahora a trazar una distinción elemental para averiguar la concreción del *periculum*. Cuando la medida afecta a bienes que son materia del juicio, entendiéndose como el *objeto mediato de la pretensión*, la ley no parece condicionar su concesión a otro presupuesto aparte de la acreditación del *fumus* a través de los pertinentes *comprobantes*.

En este caso, los antecedentes legislativos de la reforma parecen dar pie para sostener que el silencio de la norma viene a significar que el legislador no exige para la procedencia de esta medida ninguna actividad demostrativa del *periculum*, debiendo entenderse que éste figura implícito en la misma y presumirse su concurrencia, siendo innecesaria su comprobación judicial. Dichos antecedentes demuestran que la modificación introducida perseguía salvar una “*omisión del Código*” consagrando un diferente tratamiento para los bienes que son materia de juicio de los demás bienes, tal como se hace a propósito de la medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos. El alcance de la reforma no era otro que liberar al solicitante de la medida de la pesada carga de probar la insuficiente garantía de las facultades del demandado. En efecto, cuando el objeto mediato de la pretensión no es la condena a una prestación pecuniaria, sino un específico bien del demandado, no parecía razonable imponer al solicitante el acreditamiento de la falta de solvencia del sujeto pasivo de la medida, pero no tanto por la dificultad probatoria que ello entraña, sino porque el peligro de ocultamiento o disposición del bien, se puede presentar con independencia de la situación patrimonial del deudor.

En cambio, cuando la medida pretende hacerse efectiva sobre bienes diferentes a los que son materia del juicio pesa sobre el demandado la carga de acreditar que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía o que hay motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes. En esta hipótesis, al contrario de lo que sucede con la anteriormente examinada, la situación patrimonial del sujeto pasivo es fundamental para la apreciación del peligro.

La Corte de Apelaciones de Temuco resolvió que “al acoger el señor juez recurrido la medida precautoria de retención de dineros de la demandada que se encuentran en poder de la empresa Comercializadora de Trigo S.A., sin haber verificado previamente que las facultades de la demandada no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurara ocultar sus bienes, se ha apartado de la norma contenida en el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual el juez ha incurrido en faltas que esta Corte está en la obligación de enmendar ...”. (Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 4 de abril de 1990, en *Fallos del Mes*, N° 382, p. 514).

Hay aquí una caracterización del *periculum* expresa pero, a la vez, manifestada en términos lo suficientemente amplios, como para dar un considerable margen de discrecionalidad al juez a la hora de resolver sobre la concurrencia del presupuesto, valorando racionalmente las circunstancias reveladoras del peligro, a través de un razonamiento de tipo presuncional.

### c) Efectos

El principal efecto que se genera mediante la medida precautoria de retención de bienes determinados consiste en generar una situación de indisponibilidad del bien que impide su enajenación, de manera que su infracción genera como sanción la nulidad absoluta por objeto ilícito del acto o contrato que se celebre por parte del demandado.

Los efectos de la retención no se circunscriben, por tanto, a una simple indisponibilidad física del bien. Su principal efecto consiste en limitar la disposición jurídica del deudor en relación con los bienes retenidos. En este sentido se ha señalado que el sentido natural y obvio del término enajenación y según se desprende del contexto general de nuestra legislación, debe entenderse que hay justamente enajenación de bienes cuando se transfiere

por acto entre vivos la propiedad de alguna cosa a título gratuito, como la donación, o a título oneroso, como la permuta o venta, pudiendo aún estimarse tomando aquel término en una significación más amplia, que hay también enajenación sobre una cosa cuando dentro de los atributos del dominio, se la obliga o sujeta a ciertas limitaciones o gravámenes, como por ejemplo, en los casos de prenda, hipotecas o constitución de un usufructo, uso o habitación. El deudor podría celebrar contratos como comodato, arrendamiento o cualquier otro que no importan enajenar el bien retenido (MARÍN).

Adicionalmente, la medida de retención de bienes determinados además de generar la indisponibilidad jurídica del bien mueble sobre el que recae, también vela por la integridad material del bien, dado que su detentador asume las obligaciones del depositario, y como tal debe velar por la custodia del bien, debiendo guardarlo o conservarlo en su poder (MATURANA).

La indisponibilidad jurídica se produce por aplicación de lo establecido en el N° 4 del art. 1464 del Código Civil, si la especie retenida es el objeto del juicio y por el art. 1464 N° 3 del Código Civil, si la especie retenida no es el objeto del juicio, dado que en este caso la retención ha sido asimilada al embargo y, por consiguiente, la retención de bienes determinados produce el mismo efecto jurídico que el embargo y, por ende, su enajenación adolece de objeto ilícito.

#### E) PROHIBICIÓN DE CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS SOBRE BIENES DETERMINADOS (ARTS. 290 N° 4, 296 Y 297 CPC)

##### a) Concepto e importancia

Se trata de la medida cautelar más importante y la que con mayor frecuencia se requiere por parte de los litigantes. También es la que presenta mayor amplitud toda vez que se aplica respecto de todo tipo de actos, jurídicos o materiales, uni y bilaterales y respecto de todo tipo de contratos (gratuitos, onerosos, etc.) e involucra toda clase de bienes, sean éstos corporales o incorporales, muebles e inmuebles (MARÍN).

Puede ser definida como aquella medida precautoria que tiene por objeto impedir que el sujeto pasivo celebre válidamente cualquier acto jurídico, sea

unilateral o bilateral, gratuito u oneroso, nominado o innominado, en relación con uno o más bienes muebles o inmueble, sean o no materia de juicio.

##### b) Características

- a) Puede estar referida a toda clase de acto jurídico;
- b) Puede referirse a toda clase de bienes, muebles e inmuebles, corporales e incorporales, en la medida que estén determinados;
- c) Puede recaer sobre que bienes que son materia del juicio o que no detentan este carácter;
- d) Su efecto primordial es impedir que el demandado celebre cualquier acto o contrato respecto del bien a que se refiere la prohibición.

##### c) Casos en que procede

Del mismo modo que la medida anteriormente estudiada, para determinar los requisitos de procedencia de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, debe distinguirse si se solicita respecto de bienes que son o no objeto del juicio.

En efecto, la historia del precepto permite concluir que en la configuración del *periculum in mora* siempre ha estado presente la distinción entre los bienes que son materia del juicio y los otros bienes del demandado, aunque no siempre de igual manera.

En el proyecto de José Bernardo Lira se sentaba la regla de que la “prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados se limita a los que son materia del juicio” (art. 292 CPC), sin embargo, a continuación se señalaba los casos en que la medida resultaba procedente sobre otros bienes diversos de aquellos que son materia del juicio (art. 233). La enumeración que efectuaba la disposición estaba informada por un criterio que atendía a la peculiar condición de quien obraba como demandante, salvo en su remisión al art. 230. Posteriormente, los arts. 232 y 233 del Proyecto Lira fueron condensados en uno solo en el Proyecto de 1893, conservando

la denominación actual. Se suprimieron las referencias a aquellos demandantes “especiales”, subsistiendo solamente la anterior referencia al art. 230, incorporándose su texto en forma parcial. En definitiva, el texto del art. 296 CPC quedó así:

Art. 296. La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.

Se advierte claramente que en la redacción actual, si bien se mantiene un criterio diferenciador en relación a la categoría de los bienes objeto de la medida, dado que, en el caso de afectar a otros bienes diferentes de los que son materia del juicio se exigen requisitos adicionales, aquél ya no mira a la especial situación del demandante, sino a una posición precisamente del sujeto pasivo de la medida, que lo ubica en una situación que el legislador *a priori* ha considerado como reveladora de un riesgo cierto de insatisfacción de la pretensión invocada en el proceso.

En consecuencia, tratándose de los bienes que son materia del juicio el art. 296 CPC no formula exigencia alguna respecto de la concreción ni del acreditamiento del *periculum*. Se ha dicho que en este caso la medida “*se impone siempre o es ineludible*”. Se estaría, por tanto, frente a otro de aquellos supuestos en los que la concurrencia del *periculum* se presupone, se comprende implícito en la *ratio iuris* de la norma. El legislador ha entendido, pues, que la sola duración del proceso, es causa suficiente para conceder la cautela, siempre, claro está, que se afirme la situación jurídica cautelable que el precepto ampara y se acredite suficientemente el *fumus boni iuris*, es decir, que la concreta medida se refiera a bienes que efectivamente sean materia del juicio (en rigor, que sean *objeto mediato de la pretensión*), y el fundamento de la pretensión referida a ellos.

Sin embargo, también puede razonablemente sostenerse que la falta de previsión legislativa del presupuesto, no nos debe llevar necesariamente a presumir su concurrencia, sino que el *periculum* debe deducirse de la finalidad y efectos de la propia medida. Consiguientemente, no puede descartarse *a priori* una razonable cuota de discrecionalidad judicial a la hora de ponderar las circunstancias reveladoras de aquel peligro, aunque cabe

señalar que la falta de expresa previsión debe excluir una exigencia muy rigurosa del presupuesto.

Deben tenerse presente, por una parte, la opinión de SERRA, para quien el peligro debe estar “*presente en la intención del legislador al conceder la medida cautelar...*” y, por otra, la de FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien nos dice que cuestión distinta es que la ley imponga o no al actor la carga de acreditar que tal situación de peligro concurre en el caso concreto, pues el hecho de eximirlo de esa prueba no obsta que el demandado en oportunidad procesal correspondiente alegue su ausencia.

Sobre este punto debe tenerse especialmente presente la norma del art. 301 CPC, en cuanto esta disposición, luego de subrayar el carácter provisional de las medidas precautorias, añade que, en consecuencia, deberán hacerse cesar “*...siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar...*”. Se trata de una norma de aplicación general ya que se ubica al final del título relativo a las medidas precautorias y revela, a mi entender, la opción clara del legislador en cuanto a que ninguna medida cautelar puede concederse ni ser mantenida, sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

La situación es radicalmente distinta tratándose de aquellos bienes ajenos al pleito, pues el legislador ha partido de la idea de que la sola ocasión del peligro no es suficiente por sí sola para justificar la medida y exige en consecuencia que el peligro se haya actualizado a través de un comportamiento o conducta del demandado. En el caso concreto se exige acreditar que las facultades —es decir, la capacidad patrimonial— del demandado *no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio*. Dicho en otros términos, el solicitante de la medida está en necesidad de acreditar una situación de insolvencia de parte del demandado, de una entidad tal que podría frustrar o dificultar notoriamente la ejecución de la sentencia.

Esta distinción está permanentemente destacada por la jurisprudencia “*Para que pueda decretarse la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes que son materia del juicio, es menester únicamente que se cumpla con el requisito general del artículo 298 de este mismo Código. Que no ocurre lo mismo cuando se trata de otros bienes determinados del demandado, sobre los cuales no versa el litigio, en cuyo caso, además de la condición general, es necesario que exista el requisito que se especifica en el inciso 1º del artículo*

296, o sea, que las facultades del demandado no ofrezcan garantía". (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 29 de diciembre de 1940, en *Gaceta de los Tribunales*, 1940, 2º sem., N° 149, p. 623).

Al confiársele al juez la valoración de las circunstancias reveladoras del *periculum*, se le está imponiendo verificar un razonamiento presuncional, porque el peligro no es un hecho susceptible de ser directamente probado, como un juicio sobre la idoneidad de los hechos indicio para poner en peligro la ejecución de la sentencia habida cuenta del contenido de ésta.

#### d) Efectos

Decretada la medida, el acto o contrato relativa al bien a que ella se refiere no se puede ejecutar o celebrar, bajo sanción de nulidad. De ahí que se haya resuelto que es nulo un contrato de compraventa de una cosa cuya prohibición de gravar y enajenar está vigente.

Ahora bien, para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4º del artículo 1464 del Código Civil, es necesario que el tribunal decreta prohibición respecto de ellos (art. 296 inc. 2º CPC).

Una vez que la solicitud de medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de bienes muebles determinados haya sido proveída favorablemente por el tribunal debe hacerse efectivo el procedimiento para darle eficacia a la resolución que la decreta.

El legislador establece diferentes requisitos para que la resolución que decreta una medida precautoria sea eficaz respecto del demandado y respecto de terceros (art. 297 CPC).

En relación con el demandado, no se ha establecido ninguna norma especial que altere el principio general respecto de la eficacia de la resolución, por lo que ella será eficaz respecto del demandado como regla general a partir del momento en el cual se le haya notificado dicha resolución (art. 38 CPC). Por este motivo se ha resuelto que "La prohibición respecto de las partes litigantes surte efecto desde que llega a noticia del afectado por la notificación hecha con arreglo a la ley; de suerte que conocido el decreto

judicial que las ordene, no puede alegar ignorancia o desconocimiento de que le está vedado disponer libremente del bien sujeto a esta medida" (Corte Suprema, sentencia de 7 de agosto de 1940, en *Rev. Der. y Jur.*, t. 38, s. 1ª, p. 264).

En cambio, tratándose de terceros es preciso distinguir para los efectos de determinar el momento a partir del cual es eficaz la resolución decreta una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos si ella recae sobre bienes inmuebles o muebles:

**1. La medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre inmuebles** requiere para que ella sea eficaz respecto de terceros que se inscriba en el Registro del Conservador respectivo, puesto que sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros.

El Mensaje del Código de Procedimiento Civil se dejó constancia de su preocupación en cuanto a que con la resolución que decreta una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos se pueda menoscabar el derecho de derecho de terceros: "Se ha procurado alcanzar estos resultados en el Proyecto, excusando molestias innecesarias y exigiendo la inscripción en el Registro del conservador de las prohibiciones que se decreten sobre bienes raíces para que puedan afectar a personas extrañas al juicio".

De ahí que el art. 297 CPC exija, cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces, la inscripción en el registro del Conservador respectivo, sin cuyo requisito no producirá efecto respecto de terceros. Esta inscripción debe efectuarse en el Conservador de Bienes Raíces del lugar en el cual se encuentre ubicado el inmueble, específicamente en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones, con el mérito de la notificación de la resolución que decretó la medida precautoria, la que deberá serle efectuada mediante Receptor judicial (arts. 32, 53 N° 3 y 56 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces).

Si el inmueble se encontrare en un lugar distinto al del tribunal que hubiere decretado la medida precautoria deberá exhortarse al tribunal en el cual se encuentre ubicado el inmueble para los efectos de que éste disponga su notificación al Conservador de Bienes Raíces respectivo para que verifique la inscripción.

**2. La medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes muebles** es eficaz respecto de terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.

En el caso de los bienes muebles, dado que no están sujetos a régimen registral, el legislador ha establecido como requisito de eficacia para la resolución respecto de terceros que estos tengan conocimiento de ella al tiempo de celebrar el contrato y si no puede acreditarse dicho conocimiento por parte del tercero no se configura el objeto ilícito.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO FURELOS, J.M.: "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", en *Justicia* 1990-2.
- ANABALÓN SÁNDERSON, C.: *Tratado práctico de Derecho procesal civil chileno*, III, 2ª ed., Santiago de Chile, Arancibia Hnos. Editores, 1963.
- BORDALÍ SALAMANCA, A.: "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Revista de Derecho* (Valdivia), dic. 2001, vol. 12, N° 2, pp. 51-66.
- CALAMANDREI, P.: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.
- CORTEZ MATCOVICH, G.: "La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno", en *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N° 205, enero-junio 1999, pp. 99-114.
- : "Algunas consideraciones sobre el régimen de contradicción de las medidas precautorias", en *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre 1999, pp. 93-100.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: "Los procesos y las medidas cautelares", en *El Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1974, pp. 35-106.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001.
- MARÍN GONZÁLEZ, J. C.: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado)*, Santiago, E. Jurídica, 2004.

- MONTERO AROCA, J.: "Medidas cautelares", en *Trabajos de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1988.
- ORTELLS RAMOS, M.: "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC", en *Justicia* 1989.
- : *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con Calderón Cuadrado), Granada, Comares, 1996.
- : "Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Actualidad Civil*, 1996, N° 42.
- : *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.
- PEREIRA ANABALÓN, H.: "Embargo y cautela en el proceso chileno", en *Gaceta Jurídica* N° 157.
- : *La cosa juzgada en el proceso civil*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica ConoSur, 1997.
- POMES ANDRADE, J.: *Las medidas cautelares*, M. de P., Santiago de Chile, Edit. Universitaria, 1962.
- QUEZADA MELÉNDEZ, J.: *Las medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago de Chile, Digesto, 1997.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Serra Domínguez, M.), Barcelona, s.e., 1974.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, E.: *La prueba ante la jurisprudencia*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica, 1995.
- ROJAS RODRÍGUEZ, M.: *Las medidas precautorias*, Santiago de Chile, Librotec, 1965.
- ROMERO SEGUEL, A.: "La tutela cautelar en el proceso civil" en *Documentos de Trabajo*, Universidad de los Andes, N° 46, 2001.
- : *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Santiago de Chile, edit. Jurídica, 2002.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Teoría general de las medidas cautelares" en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos Méndez), Barcelona, s.e., 1974.
- TAVOLARI OLIVEROS, R.: "La orden de no innovar en el recurso de protección", en *Justicia* 1992-3, pp. 685-715.