

## Claves de la Reforma Procesal Civil

**Mario Rojas Sepúlveda**

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El denominado “Foro de la Reforma Procesal Civil”, generado en el año 2005 sobre la base de la convocatoria del Ministerio de Justicia y realizado con la participación de distintos profesores de la especialidad, casi exclusivamente santiaguinos –como es propio de la funcionalidad centralista que es usual en la cultura nacional y daña el desarrollo del país–, ha dado lugar al “Proyecto de Código Procesal Civil”, suscrito el 18 de mayo de 2009 por la Presidenta de la República, cuyo Mensaje se inicia así:

- “Los continuos esfuerzos desplegados por el Gobierno de Chile en el sector justicia en los últimos veinte años han estado encaminados a forjar un proceso histórico de recambio en nuestro sistema jurídico, en la búsqueda constante de una justicia más rápida, más eficaz, más cercana a la gente, de mayor transparencia en su desarrollo, y que, por sobre todo, logre tutelar en forma efectiva los intereses de los sujetos involucrados en cada uno de los conflictos. Y es que un sistema democrático como el nuestro no se satisface con un reconocimiento de los derechos de las personas, sino sólo cuando aquel reconocimiento lleva aparejado, siempre y bajo cualquier circunstancia, un sistema de tutela eficaz que proteja tales derechos ante las eventuales vulneraciones que puedan sufrir, y que permita junto con llegar a una solución justa, que ésta llegue en tiempo y se materialice con efectividad, a fin de satisfacer en forma real el quiebre de la paz social que implica tal vulneración. Sólo así se reconoce la verdadera existencia de los derechos”.

Las ideas matrices de la “Reforma Procesal Civil” son, entonces, perfectamente claras:

- Inscripción de los gobiernos de un sector político como forjadores de “un proceso histórico de recambio del sistema jurídico”;
- El “recambio del sistema jurídico” debe arrojar un sistema procesal que genere una justicia: (i) más rápida y que llegue en tiempo; (ii) que se mate-

rialice efectivamente, es decir, que logre tutelar en forma efectiva los intereses de los sujetos involucrados en conflictos; (iii) más cercana a la gente; (iv) más transparente en su desarrollo; y (v) que satisfaga en forma real el quiebre de la paz social que implica la vulneración de derechos.

## **I. El “recambio”**

Es un hecho cierto que durante los últimos veinte años se ha alterado notablemente el sistema procesal, con la Reforma Procesal de Familia, la Reforma Procesal Laboral, la Reforma Procesal Penal y la Reforma Procesal Tributaria, hito que viene a culminarse con el Proyecto de Código Procesal Civil y las leyes de mediación y arbitraje que el Mensaje de la Presidenta de la República deja anunciadas; de manera que si los gobiernos que han regido la Nación durante dos décadas han estado presididos por el objetivo de inscribirse en la historia chilena como los forjadores de un “recambio del sistema jurídico”, en lo que concierne a su vertiente procesal, no ha de haber dudas en orden a que lo han logrado plenamente.

Cuestión distinta es la que consiste en resolver si tal “recambio” es capaz de exhibir las categóricas bondades que un discurso exitista, así como una curiosa ausencia de reflexión académica crítica, han instaurado entre nosotros como una tesis supuestamente demostrada.

En esta perspectiva, dos cuestiones básicas me parece que es imprescindible dejar anotadas.

## **II. Las prioridades**

La primera de las cuestiones anunciadas es que todos los estudios empíricos –incluso elaborados sobre la base de fuentes y métodos estadísticos más bien precarios– demuestran que nuestro país exhibe un progresivo aumento de las tasas de litigiosidad, que ha avanzado mucho más rápido que los aumentos de la población capaz de estar en juicio, en todos los ámbitos jurídicos.

En otros términos, durante los últimos veinte años, los chilenos hemos llegado a estar mucho más dentro de los tribunales que fuera de ellos, habiendo aumentado los grados de conflictividad de las relaciones sociales y el tiempo dedicado a litigar en desmedro del tiempo destinado a contribuir al bienestar social y al desarrollo nacional. Los litigios, por definición, son mecanismos de distribución de una riqueza previamente creada y no constituyen factores de aumento del caudal de bienes y servicios, por lo que no contribuyen al crecimiento económico, que es fuente de bienestar para la población.

Este fenómeno difícilmente puede ser considerado como un elemento de progreso nacional, a menos que cualquier "recambio" deba ser estimado como un factor de progreso.

Creo, en consecuencia, que las prioridades se han extraviado al dedicar esfuerzos mayores al "recambio" del sistema procesal que al "recambio" del sistema jurídico con una vocación de disminución de las tasas de litigiosidad.

El sistema jurídico funciona en dos fases. La primera es sana y opera en la normalidad, cuando el derecho es capaz de regular la interacción social logrando que los sujetos se relacionen entre sí, cotidianamente, sin arribar a las esferas procesales. La segunda es patológica y se inicia cuando ese objetivo no ha sido logrado y los sujetos arriban a situaciones litigiosas. Es claro que los primeros esfuerzos habrían debido destinarse a aquella fase primaria que impide que la segunda tenga lugar.

Esta consideración, propia de la sociología jurídica básica, presenta connotaciones prácticas evidentes.

Así, por ejemplo, ocurre en el orden penal. El país destinó recursos económicos millonarios a la instauración de la Reforma Procesal Penal, esto es, un sistema procesal que permite resolver litigios penales cuando la noticia criminis ha ocurrido, es decir, cuando un hecho que prima facie es punible, ha ocurrido. Parece del todo claro que una orientación política benigna habría debido comenzar por destinar recursos económicos, que bien habrían podido ser menos ingentes, para mejorar, primero, los índices de seguridad, de modo de reducir la ocurrencia de los hechos ilícitos que agobian cotidianamente a nuestra sociedad, para, sólo después de logrado ese objetivo, introducirse en una Reforma Procesal Penal acotada a la resolución de los conflictos penales residuales.

Empero, las prioridades operaron políticamente a la inversa y hoy se nos recuerda que la Reforma Procesal Penal no tuvo por objetivo disminuir la ocurrencia de delitos, sino procesar los hechos punible ocurridos. Las prioridades normales fueron, de este modo, alteradas, y los costos del equívoco en la orientación, evidente a todas luces, los paga la sociedad en su conjunto, en medio de un discurso existista, difundido a través de los medios de comunicación social, que oculta realidades que para la gente son palmarias. Similares conceptos pueden predicarse a propósito de la Reforma Procesal de Familia y de la Reforma Procesal Laboral.

Toca el turno, ahora, en esta pretensión de "recambio", de la Reforma Procesal Civil.

En otras sociedades, como la norteamericana, se desarrollan notables esfuerzos para generar una especialización jurídica preventiva en el orden contractual, de manera de destinar todos los esfuerzos posibles para evitar que las relaciones de negocios, que por definición crean riqueza, arriben innecesariamente al sistema procesal, que por definición distribuye –destruyendo en parte– la riqueza previamente generada. Este esfuerzo pasa, desde luego, por la formación de abogados dotados de un conjunto de conocimientos y destrezas que les permitan negociar y construir contratos correctamente formulados en sus estipulaciones, de manera de distribuir adecuadamente los bienes y servicios, las expectativas y los riesgos, previéndolos y presupuestándolos, logrando los contratantes sus respectivos objetivos de un modo sano. Pese a que se trata, el anotado, de un concepto diseñado al culminar la primera mitad del siglo XX, que ha permitido la formación de una disciplina de cátedra en otros lugares, destinado a evitar el aumento insano de la litigiosidad, en Chile no destinamos esfuerzos matrices a estos objetivos y dedicamos, antes de ello, recursos económicos que no serán nada menores al forjamiento de un sistema procesal que permita procesar litigios ya generados.

Las prioridades se hallan, otra vez, profundamente alteradas, porque no se orientan a resolver los problemas de base del patológico fenómeno del conflicto procesal.

### **III. Necesaria pausa para una reflexión crítica**

La segunda es que la prudencia, que debiera primar ante el mero voluntarismo del “recambio”, aconseja someter a atento y serio examen los verdaderos productos de la Reforma Procesal Penal, de la Reforma Procesal de Familia y de la Reforma Procesal Laboral.

En efecto, de una Reforma Procesal Civil, elaborada por agentes ejecutivos, legislativos y académicos, de similar origen a los autores de las innovaciones aquéllas, no podemos esperar instituciones muy distintas de las que llevan sólo algunos años operando entre nosotros, y que, dadas por buenas por un discurso genérico más que por un análisis estricto, no han sido objeto de un examen suficientemente crítico y riguroso, entre otras razones porque nuestros círculos académicos han disminuido sus capacidades de reflexión crítica, fenómeno que es propio de una sociedad invadida por alteraciones técnicas y tecnológicas que permiten al ser humano realizar cada día más actividades, pero que, como advertía García Morente en las primeras décadas del Siglo XX, disminuyen la vocación a la reflexión crítica.

¿Puede sostenerse efectivamente que la Reforma Procesal Penal, la Reforma Procesal de Familia y la Reforma Procesal Laboral han traído al sistema jurídico nacional beneficios en todos los ámbitos procesales?

Es ésta una cuestión que debe ser discutida entre nosotros.

En términos generales, parece claro que el juicio oral penal, en virtud de la inmediación, permite un juzgamiento en que el juicio jurisdiccional fáctico puede coincidir en mayor medida con la realidad fáctica ocurrida. Pero de esa consideración a sostener que el juicio oral sea un instrumento mejor que el que le precedió, en todo orden, hay un trecho que es muy extenso y que merece un análisis más riguroso.

Muchas preguntas quedan por ser formuladas. Incluso en el orden de la reconstrucción de la realidad fáctica ocurrida: ¿puede sostenerse que el juicio oral diseñado entre nosotros constituya un sistema eficaz para el juzgamiento de delitos económicos complejos en que la prueba documental suele ser abstrusa y requiere de un examen y de una meditación detenida?

En cuanto a la sentencia del juicio oral, en que el sistema apresura la adopción judicial de la decisión condenatoria o absolutoria: ¿no es cierto que la redacción del fallo ya no sirve para que los jueces construyan el juicio jurisdiccional, corrigiendo los errores en que hayan podido incurrir en su primera aproximación, transformándose en un insano ejercicio autojustificativo de la decisión ya comunicada?

En lo que concierne al régimen de apreciación probatoria y al sistema recursivo: ¿puede sostenerse seriamente que el recurso de nulidad sea un instrumento que permita ponderar críticamente la lógica del razonamiento fáctico de los jueces o se ha transformado en un instrumento en que este análisis crítico es normalmente evadido por las Cortes, omitiéndose de hecho el recurso al tribunal superior, que es garantía reconocida por los derechos humanos universalmente reconocidos?

En lo que es pertinente al rol de la Corte Suprema, es fácil generar unas interrogantes que debieran agobiar a espíritus reflexivos: **(i)** ¿puede sostenerse que haya cumplido eficazmente el rol que le asignó el legislador en orden a la cautela de las garantías constitucionales y de derechos humanos, o no lo ha cumplido, interpretándolas en sentido estricto, por una parte, y delegando el control de las Cortes de Apelaciones, por la otra?; **(ii)** ergo: ¿no es necesario establecer en Chile un régimen de control constitucional de lo obrado por el Poder Judicial por medio de un órgano de control constitucional concreto y

exógeno a los Tribunales Ordinarios, como ocurre en Alemania o en España o en Colombia?; (iii) ¿es posible sostener que impera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley en un sistema procesal en que la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho queda entregada por regla general a una pluralidad de Cortes de Apelaciones conformadas por una multiplicidad de salas y de ministros?; y (iv) ergo: ¿tiene algún sentido que la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho se haya entregado a la Corte Suprema únicamente en evento de jurisprudencia contradictoria, máxime si se ha estimado que ésta es solo aquella generada durante el nuevo sistema, borrándose de una plumada la jurisprudencia sustantiva generada por el máximo tribunal durante más de un siglo?

Queda sentado, entonces, que es fácil demostrar que incluso el instrumento más elogiado de la Reforma Procesal Penal, que es el juicio oral, presenta múltiples aristas cuyas bondades difícilmente pueden ser aceptadas. Pero a ello ha de agregarse que ese instrumento opera en escasas oportunidades. En las demás y en los hechos, me parece que también puede demostrarse que un sistema que hace de la inmediatez una proclama ha terminado mediatizando gravemente el contacto entre los jueces y las fuentes que les permiten conocer los hechos reales, delegando el establecimiento de la verdad en los fiscales por medio de las exposiciones que éstos formulan de lo que resultaría demostrado a partir de sus propias investigaciones. Es el caso, por ejemplo, de la acreditación del hecho punible nada menos que para la resolución de la prisión preventiva. Es el caso, también, de la decisión de sobreseimiento definitivo. La asistencia a audiencias de este tipo, realizadas en Juzgados de Garantía e incluso en Cortes de Apelaciones, demuestra que es usual que los hechos sean establecidos a través de las mencionadas versiones de los fiscales. Es cierto, como enseñaba Calamandrei, que de la dialéctica de los abogados de las partes puede surgir la verdad como la luz aparece del choque de pedernales. Pero entregar el establecimiento de los hechos, para someter a prisión preventiva o para decidir un sobreseimiento definitivo, a lo que parece emanar del debate de los abogados y de la versión del fiscal acerca de lo que su investigación acreditaría, que es lo que ocurre frecuentemente en la práctica, constituye un anómalo y evidente exceso.

No me convence, entonces, la bondad, supuestamente indiscutida, del “recambio” por el que el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil muestra indisimulado orgullo; más bien, pienso que los constructores del “recambio” merecen una pausa en sus desvelos, que permita que externa e independientemente, por académicos y prácticos no interesados en arribar a una u otra conclusión, hagan una reflexión crítica y seria acerca del mérito que pueda efectivamente encontrarse en sus obras legislativas.

#### **IV. La renovación de un riesgo**

Suele acaecer, en la realidad práctica, que un cuerpo legislativo del tipo de un Código Procesal Civil, como el propuesto, se inserte en una realidad orgánica que presente unas consecuencias reales no advertidas.

Fue el caso, por ejemplo, del Código de Procedimiento Civil que surgió de la obra de procesalistas de los más eminentes del siglo XX, como sin duda es el caso de Calamandrei, Carnelutti y Redenti, doctrinadores tan sabios que es difícil escoger un orden para escribir sus apellidos en un texto como éste. En efecto, inspirados por la obra previa del maestro Chiovenda –impulsor de la intermediación y la oralidad–, contribuyeron, incluso en el contexto de un régimen autoritario al que no eran afectos, a generar una obra legislativa que parecía, en su lectura, perfecta; pero sus resultados prácticos y concretos fueron magros. Parecida cosa puede ocurrir en Chile con la obra de procesalistas nacionales distinguidos, cuyos méritos académicos, y en ciertos casos como litigantes, son indiscutibles.

El sistema procesal funcional diseñado por la Reforma Procesal Penal requirió de una pléyade de operadores jurídicos, en roles de jueces, fiscales y defensores. No era posible hallarlos entre abogados de experiencia y ello hizo menester el reclutamiento de una enorme cantidad de abogados de intensa juventud, que quedaron dotados, cada uno en su respectivo rol, de enormes poderes. Formalizar o no formalizar a una persona, acusarle o no acusarle, condenarle o no condenarle, son decisiones tremendamente trascendentes. Y todas ellas quedaron entregadas a un conjunto de personas muy jóvenes en su gran mayoría. En mi opinión, fue éste el cambio más trascendente, en los hechos, de la Reforma Procesal Penal: la juventud de sus operadores.

El sistema procesal penal precedente –es injustamente despectivo calificarle como “antiguo”– funcionaba con una lógica muy diversa, en que un abogado podía postular al Poder Judicial después de una trayectoria profesional extensa y en que un magistrado podía arribar al rol de juez de las grandes concentraciones urbanas después de una dilatada trayectoria, que usualmente comenzaba como secretario de un tribunal de pueblo y que pasaba normalmente por la función de secretario de un tribunal de una gran ciudad; el rol de secretario cumplía una necesaria fase formativa, porque ese funcionario colaboraba de hecho con el juez y le subrogaba con alguna frecuencia; nuestros jueces de ayer eran personas cuyos juzgamientos tenían base en una experiencia que se adquiere en la vida común y en la vida judicial, con las vivencias y maduración de los años y que no puede obtenerse en una academia judicial.

La Reforma Procesal Penal rompió con este sano esquema y lo propio ha ocurrido con las Reformas Procesales de Familia y Laboral, de manera que

hoy hallamos fiscales, defensores y jueces, de excesiva juventud, con poca experiencia en la vida común y en la vida judicial, dotados sin embargo de enormes poderes jurídicos, que inciden en la vida cotidiana de las personas. ¿Fue éste un cambio razonable? Los abogados de la práctica jurídica pueden narrar muchas experiencias a este respecto. Pero no es necesario recurrir a ello: la propia Corte Suprema ha debido, recientemente, dictar instrucciones para obtener una mínima formalidad en los órganos judiciales inferiores.

Me parece que es ésta una cuestión que, con ocasión de la Reforma Procesal Civil, debe analizarse detenidamente. No es usual que las personas lleguen a las esferas judiciales penales, de modo que el daño es menor; en cambio, es frecuente que todos arribemos a los estrados judiciales civiles

## **V. Ideas matrices para una Reforma Procesal Civil**

El Mensaje del Ejecutivo sostiene que busca una Justicia: (i) más rápida y que llegue en tiempo; (ii) que se materialice efectivamente, es decir, que logre tutelar en forma efectiva los intereses de los sujetos involucrados en conflictos; (iii) más cercana a la gente; (iv) más transparente en su desarrollo; y (v) que satisfaga en forma real el quiebre de la paz social que implica la vulneración de derechos.

Me parece que con estas ideas se dice muy poco o se dice con escasa profundidad, porque se omiten cuestiones decisivas.

El siglo XX, pese a sus notables avances técnicos y tecnológicos –y tal vez precisamente porque los progresos fueron de esa especie y no priorizaron la reflexión valórica e intelectual que frecuentemente quedó postergada y depreciada–, fue una de las fases más terribles de la historia de la humanidad: las muertes violentas de decenas de millones de personas lo demuestra.

Pero de ello se obtuvo un avance jurídico muy notable y muy concreto: el avance desde un sistema jurídico que giraba en torno a la legalidad como protagonista, en que lo decidido por el órgano legislativo se estimaba en todo caso sabio e intocable, y en que lo mismo podía predicarse de lo decidido por los jueces que interpretaban y aplicaban la legalidad, a otro sistema jurídico que gira en torno a la Carta Constitucional y en que existen garantías fundamentales inviolables, que no pueden ser afectadas, ni por los órganos legislativos que diseñan la legalidad, ni por los órganos judiciales que interpretan y aplican la legalidad.

En otros términos, como se ha dicho con gran claridad por una doctrina que es ya tan reiterada que no es necesaria su cita: a estas alturas del progreso de

la civilización occidental existen cuestiones que exceden del ámbito de lo que es “decidible” por legisladores y jueces.

Me parece, entonces, que a estas alturas de la historia que la humanidad lleva vivida y escrita, y resuelta que ha sido la cuestión del control constitucional concreto de la legalidad por medio de la Reforma de 2005, la cuestión esencial de una Reforma Procesal Civil debiera encontrarse en una profunda y rigurosa reflexión acerca de cómo generamos un sistema procesal civil que sea capaz de asegurar que los jueces chilenos, en la sustanciación del proceso y en el juzgamiento definitivo, respeten cabalmente las garantías fundamentales, procesales y sustantivas, previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados.

Y esto es lo mismo que reflexionar acerca de la necesidad de entregar ese control a un órgano exógeno a los tribunales ordinarios, puesto que aquel que ha sido entregado –en la Reforma Procesal Penal– a la Corte Suprema no ha funcionado con la profundidad debida, del mismo modo que, antes de 2005, no funcionaba adecuadamente el control de constitucionalidad de la ley.

Creo que habla mal de nuestra intelectualidad jurídica que materias que otros países tienen instauradas y que en otras naciones latinoamericanas, como Colombia, vienen instaurándose progresivamente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se hallen aquí eximidas de un debate que es a todas luces imprescindible. Volveremos sobre esto.

## **VI. El “Proyecto de Código Procesal Civil” es un collage con inspiración a veces teórica**

Es posible que uno de los defectos más graves de nuestra doctrina jurídica se halle en la tendencia a copiar, para nosotros, instituciones que funcionan adecuadamente –y a veces inadecuadamente– en otras latitudes; así como a introducir en la legalidad procesal, destinada a una operatoria concreta y práctica, unos diseños académicos teóricos.

De lo primero se encuentra mucho en el “Proyecto de Código Procesal Civil”, pero con una orientación de collage: se copia de un país, de un segundo país, de un tercer país y también de un cuarto país, y con todo eso se forja una mixtura que es muy difícil comprender como un sistema que pueda funcionar adecuadamente en nuestra cultura. No es posible aquí formular un detalle acabado de fácil demostración. Se copia de la Reforma Procesal Civil uruguaya, de la Reforma Procesal Civil española y, en la cuestión institucional más trascendente, que es el rol de la Corte Suprema, del Sistema Procesal Civil norteamericano. Y

de todo resulta un collage, en términos tales que tendremos, por ejemplo, un rol para la Corte Suprema en lo penal, otro en lo laboral, otro en lo tributario, otro en lo civil.

¿Es que no se comprende que el sistema jurídico chileno debiera responder a una lógica institucional razonablemente homogénea y afín a nuestra cultura?

De lo segundo hay también mucho. Pareciera que, por ejemplo, los conceptos de “masas patrimoniales” y de “patrimonios separados” en el artículo 20 requirieren de una mayor maduración que aquella que tenemos realizada en la academia para que puedan introducirse a un texto legal positivo, o que debieran ser definidos más claramente por éste, antes que someterlos a una técnica jurisprudencial que tardará mucho tiempo antes de ofrecer certeza a los justiciables. La tendencia teórica se incrementa cuando se olvida que los enunciados de los preceptos han de servir para el entendimiento común de las personas, cuando en el artículo 173 se escribe “fumus” o en el artículo 174 se dice “periculum”.

Como colofón: ¿no habrá una inspiración académica inadecuada para la técnica legislativa cuando se multiplican los adjetivos en las reglas, como en el artículo 4° que expresa: “La dirección del procedimiento se encuentra confiada al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su **válido, eficaz y pronto** desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones **indebidas** a la **justa** solución del conflicto”? ¿O cuando, en lugar de establecer la garantía de la igualdad procesal del modo en que la consagra la Carta Constitucional, se relativiza el concepto al decirse en el artículo 5° que “el tribunal velará por mantener la igualdad de las partes en el proceso”? ¿O cuando el artículo 6° dispone que “el tribunal, de oficio o a petición de parte, adoptará durante el desarrollo del proceso todas las medidas que estime pertinentes para impedir y sancionar toda conducta u omisión que importe un fraude procesal, colusión o cualquiera otra conducta ilícita o dilatoria”, sin precisar el tipo de sanción eventualmente aplicable? ¿Es necesario emplear un precepto legal para establecer lo que no es dudoso en virtud de lo prevenido en el artículo 12 del Código Civil y de los principios generales de derecho: “Los sujetos no pueden acordar, por anticipado, dejar sin aplicación las normas procesales para un determinado proceso, salvo en el proceso arbitral y siempre que se respeten las normas del debido proceso” (artículo 13)?

Podrían citarse otros ejemplos.

## **VII. Críticas específicas**

### **VII.1. Simplificación de la multitud de procedimientos judiciales**

Parece perfectamente razonable que el "Proyecto de Código Procesal Civil" diseñe un procedimiento declarativo común, un procedimiento declarativo sumario, un procedimiento ejecutivo y escasos procedimientos especiales. Esta actitud se halla en línea con una crítica doctrinaria universal. Pero no resuelve el verdadero problema, que consiste en que el legislador tiende a diseñar una multitud de procedimientos privilegiados en una enorme cantidad de leyes especiales. La solución del problema no se encuentra, entonces, sólo en el perfeccionamiento de lo que ocurre dentro del Código Procesal Civil, sino en lo que acaece fuera de él. Pero el "Proyecto" da un primer paso. En la tramitación legislativa será menester, entonces, revisar todas las leyes especiales que contemplan procedimientos privilegiados, para conducir, conforme a su naturaleza, a uno u otro de los tipos básicos que contemple la nueva regulación. Si así no se procede, se mantendrá la dañina dispersión legislativa, que legitima expresamente el artículo 2° del Proyecto.

### **VII.2. Funcionamiento de los tribunales colegiados**

El artículo 16 del Proyecto previene que "En el estudio, deliberación y adopción de sus decisiones, regirá en su máxima aplicación el principio de inmediación"; y agrega que "la deliberación será efectiva y no se limitará a la simple emisión del voto".

Con sano espíritu, se busca innovar en el funcionamiento tradicional de los tribunales colegiados, pero la técnica legislativa es inadecuada: en definitiva se dice poco, porque se busca decir mucho, sin decirlo y sin compatibilizar el precepto con las reglas que rigen los acuerdos que se hallan previstas en el Código Orgánico de Tribunales.

Es sano que la deliberación de los jueces sea efectiva y no se limite al voto; pero para lograr ese objetivo hay un solo mecanismo posible: establecer la publicidad del debate, de los acuerdos y del examen y aprobación de la redacción de los fallos, prohibir que tales conductas tengan lugar privadamente y sancionar con penas precisas y no eludibles las infracciones a esos deberes y prohibiciones; si no se procede de ese modo y no se logra una compatibilización de las normas orgánicas, puede expresarse con certeza y desde ya que lo que el Proyecto escribe será letra muerta.

### VII.3. Iniciativa probatoria oficial

El artículo 19 establece que “el tribunal estará facultado para... 4° Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”.

Es ésta una cuestión que cobra especial trascendencia. ¿Qué ha de primar: el principio dispositivo que emana de la libertad natural de las personas y exige que sea de su responsabilidad la introducción de medios probatorios o la pretensión de que la verdad presunta establecida en el fallo coincida con la verdad fáctica real?

El debate debe hacerse con la debida profundidad entre nosotros; ahora bien, el precepto propuesto: (i) no aclara si el juez puede sólo limitarse a disponer lo necesario para aclarar o completar lo que resulta de un medio probatorio producido por la parte o si puede substituirse a la parte en la producción del medio probatorio; y (ii) no aclara si de esta facultad goza también la Corte de Apelaciones en segunda instancia, lo que no debiera ocurrir, desde que las partes no pueden producir pruebas –salvo la documental en casos muy excepcionales– en el segundo grado y parece absurdo conceder al órgano judicial una potestad de producción de pruebas que a las partes no se otorga en absoluto.

### VII.4. Daños y perjuicios

Gravísima, dañina y de inspiración autoritaria me parece la regla del artículo 47: “Cuando la mala fe o la temeridad resultaren plenamente acreditadas, la parte y su apoderado podrán ser solidariamente condenados, además de las costas, al pago de los daños y perjuicios provocados a la contraparte, si hubiere mediado expresa petición en ese sentido antes del pronunciamiento de la sentencia”.

No quiero aquí detenerme sustantivamente en una cuestión que ha ocupado a las doctrinas alemana, desde antiguo, y española, italiana y argentina, últimamente, que es muy significativa, pero que excede lo que puedo escribir: la introducción de la buena fe procesal con otorgamiento de facultades altísimas a los jueces es un factor peligroso que concede potestades difusas y que pueden emplearse indebidamente por los magistrados.

Pero es que el Proyecto va mucho más allá de eso y genera dos juicios a la vez. En nuestro sistema, el ejercicio abusivo, bien de acciones, bien de conductas procesales, bien de la parte, bien del apoderado, concede al perjudicado la

posibilidad de ejercer acciones de responsabilidad civil extracontractual en proceso separado, cuyo objeto es, únicamente, ponderar reflexivamente si ha habido, o no, abuso de derecho. En cambio, lo que se propone es absurdo: juzgar definitivamente, a la vez que la cuestión de fondo, la conducta de la parte y de su apoderado. Esta directriz, emanada de una inspiración teórica, originará graves consecuencias. Por una parte, no es posible juzgar razonablemente, con el grado de detención y con los mecanismos reflexivos que merece, a la vez, la cuestión de fondo y la conducta de los sujetos procesales en el proceso. Por la otra, en la práctica, el juez tendrá una facultad exorbitante, de eventual ejercicio arbitrario, en medio de una interacción entre jueces y magistrados que suele ser tensa, de manera que el resultado previsible será la inhibición del abogado en el ejercicio de la facultad y deber de defensa en juicio. Nada puede ocurrir más grave que esto en un proceso judicial.

El Proyecto se inspira en una directriz autoritaria que se demuestra en otro precepto que, en la práctica real, puede ofrecer graves consecuencias y que se halla en el artículo 61: "Los actos jurídicos procesales deberán ser lícitos, pertinentes y útiles. Deberán ser realizados con veracidad y buena fe y tener por una causa un interés legítimo". Mal empleada la potestad de ponderación que al juez se confiere, esta regla puede culminar en la peligrosa e indebida restricción del ejercicio del derecho de defensa en juicio, disminuyendo –una vez más– la relevancia del rol del abogado; la lectura de estas reglas trae a la memoria los excesos del procesalismo de los regímenes hitleriano y soviético.

### **VII.5. Nulidad procesal**

El artículo 118 N° 3 del Proyecto establece la causal genérica de nulidad procesal, que consiste en haberse prescindido de "normas esenciales del procedimiento", habiéndose causado "perjuicio" a quien la alega; de suerte que no hay nulidad procesal, incluso habiéndose causado perjuicio, si la regla procesal violada carece de carácter "esencial".

El principio es correcto: no hay nulidad procesal sin perjuicio; pero no es necesario agregar el adjetivo "esencial" a la norma de procedimiento infringida.

Desde luego, el precepto propuesto genera falta de certeza: ¿qué regla procesal es "esencial" y cuál es "no esencial"? Una frondosa jurisprudencia se abrirá sobre este punto, pero, en cualquier caso, permitirá siempre al juez obviar la nulidad procesal sobre la base del presunto carácter "no esencial" de la regla procesal infringida.

A la exigencia de la trascendencia basta con el concepto de "perjuicio" que define el artículo 119; es el legislador el que debe cuidarse de omitir el esta-

blecimiento de reglas legales “no esenciales”, esto es, debe omitir hablar con exceso, porque el legislador también debe administrar los silencios necesarios; de eso, se ha dicho ya, no se cuida el Proyecto.

### **VII.6. Implicancias y recusaciones**

El artículo 134 mantiene la antigua normativa vigente entre nosotros, al establecer que “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 implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales”.

Es evidente tanto que la imparcialidad del juez es en todo caso exigible porque es requerida por la galanía constitucional del debido proceso y por las garantías judiciales mínimas previstas en tratados internacionales ratificados, como que el sistema de taxatividad de causales no se compatibiliza con esa exigencia, porque es posible que exista una situación de parcialidad de especificidad no previsible a priori por el legislador.

Esta materia, que ocasiona dificultades en la práctica, problemas que el Proyecto no tiene en cuenta, habiendo generado oficiosas y correctas declaraciones de inhabilidad de ministros de la Corte Suprema sobre la base de la garantía genérica del debido proceso, pero que no pueden invocarse por las partes, debe ser revisada.

### **VII.7. Prohibición de retiro de la demanda**

¿Cuál es el objetivo práctico de la regla del artículo 154? En los hechos, es habitual que litigios hayan podido ser tratados privadamente e incluso resueltos concordadamente, como ha ocurrido en asuntos muy importantes, sobre la base del retiro de la demanda que no ha sido notificada, actuación que no involucra actualmente un desistimiento de la pretensión ejercida. ¿Qué sentido tiene rigidizar a las partes en los modos de resolver sus controversias? Se trata, otra vez, de una cuestión de inspiración teórica.

### **VII.8. Medidas cautelares anticipativas**

Un progreso importante se advierte en la regla del artículo 172, que establece que “... el tribunal podrá decretar fundadamente medidas cautelares que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor, cuando se haya de temer que de no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión”, institución que nuestro actual ordenamiento procesal no contempla, salvo el caso del procedimiento sumario, que no ha

tenido aplicación práctica alguna. Sin embargo, el ejercicio de una potestad judicial de esta clase debiera subordinarse a la constitución de una caución real, como se dispone en el artículo 175, de cuantía proporcional al perjuicio posible, puesto que pueden provocarse daños de los cuales debe responderse eficazmente.

### **VII.9. Inimpugnabilidad de la resolución que fija los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos**

Conforme al artículo 258 N° 6, en la audiencia preliminar el juez debe “fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, que deben ser probados...”. Como se sabe, se trata de una resolución absolutamente esencial en un procedimiento declarativo o de condena. El artículo 256 dispone que esta resolución no es apelable, “sin perjuicio de poder renovarse la discusión de las materias resueltas como fundamento del recurso de apelación que se deduzca en contra de la sentencia definitiva”.

Me parece que, en este caso, la pretensión de justicia rápida ha cedido frente a las necesidades de un debido proceso. La resolución que establece los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, presenta un carácter decisivo, si se tiene presente que son esos hechos los que han de ser probados en la audiencia de juicio y que su fijación y prueba provocan un efecto decisivo en la sentencia definitiva. Pocas dudas caben, entonces, en orden a que esa resolución debe ser apelable y que el recurso debe decidirse antes de la audiencia de juicio. Otra cosa es que a ese recurso pueda otorgarse una tramitación expedita. Pero no tiene sentido que esa fijación fáctica pueda ser objeto de apelación al impugnarse la sentencia definitiva; ya será tarde.

### **VII.10. Sentencia definitiva inmediata en la audiencia preliminar**

El artículo 257 dispone que “si durante la audiencia preliminar... se hubiere determinado para su rendición únicamente prueba documental, el tribunal deberá dictar sentencia definitiva inmediata”.

Una vez más la pretensión de rapidez excesiva conspira contra los grados de reflexión que el juicio jurisdiccional exige. Es normal que en los juicios civiles y comerciales la prueba documental resulte decisiva y es igualmente posible que sea el único medio de prueba. Pero de ello no se sigue que la materia juzgada resulte fáctica o jurídicamente simple; al contrario, puede tratarse de una multiplicidad de documentos que deben ser ponderados detenidamente y ello es normal en una contienda civil o comercial. Exigir en este caso la sentencia inmediata, que no respeta los tiempos que las reflexiones requieren, llevará a una justicia eventualmente superflua, en que la redacción del fallo no es más

que un ejercicio de autojustificación, que no sirve al juez para corregir los errores en que haya podido incurrir en su primera aproximación al asunto.

### VII.11. Distribución de la carga de la prueba

El artículo 265 dispone dos reglas en las que hay que poner especial cuidado: (i) “corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal exprese distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes”; y (ii) “el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder”.

Pocas dudas tengo en orden a que una alteración de esta magnitud en nuestro sistema de distribución de la carga de la prueba —que en realidad es una regla de juicio para resolver el dilema del *non liquet* en la sentencia definitiva— no ha sido debidamente meditada.

Desde luego, tratándose de una materia que tradicionalmente ha sido estudiada, en Chile, a propósito de la Teoría de la Prueba en el Derecho Civil sustantivo, no me parece que haya podido resolverse razonablemente sin el debido concurso de nuestros civilistas más reputados y el Mensaje sólo deja constancia de la intervención de procesalistas.

En similar orden de ideas, una alteración de tal trascendencia en nuestro sistema jurídico exige un examen profundo, de manera que sería deseable conocer los fundamentos y debates de los juristas que hayan intervenido en estas discusiones, para evaluar su solidez. El criterio distributivo que halla base en la titularidad del beneficio de la aplicación de la regla en que ha de subsumirse el hecho alegado es dudoso y no es el único que pueda decidir una materia de esta decisiva especie. Y la atribución de la facultad de asignación al juez, en virtud de criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, a más de exigir la dilucidación de una cuestión que a su vez es fáctica —disponibilidad y facilidad—, es muy opinable. La materia requiere de un debate profundo y transparente.

### VII.12. Sana crítica

Como se sabe, el ordenamiento procesal civil vigente contempla un sistema que tradicionalmente ha sido calificado como “legal o tasado”, pese a que el

juez del fondo, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Suprema, goza de amplia latitud de apreciación, dentro de ciertos parámetros racionales mínimos, legalmente exigibles, denominados leyes reguladoras de la prueba. Consciente que se trata de una moda, no estoy en absoluto convencido que este sistema requiera ser alterado, porque la mutación puede conducir a un juicio jurisdiccional superfluo en el orden fáctico, que no es susceptible de un control racional eficiente y eficaz. La moda de la sana crítica puede, a mi juicio, ser considerada como un fetiche. Esta discusión debiera ser abordada, aunque, como ocurre con las modas, probablemente será omitida.

### VII.13. Conclusiones de las partes

El artículo 308 dispone que “una vez rendida la prueba en la audiencia de juicio, las partes formularán, oralmente y en forma breve, dentro del tiempo que les indique el tribunal, las observaciones que les merezca la prueba, así como sus conclusiones, de un modo preciso y concreto, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por las demás”.

El legislador suele obviar la importancia del rol del abogado defensor de la parte, entregando al rol decisor del juez el protagonismo absoluto del juicio jurisdiccional. Es así que se ha anunciado recientemente un proyecto de ley que tiende a restringir, todavía más, la duración de los alegatos de los abogados ante las Cortes de Apelaciones, elogiado dicho proyecto por el Presidente de la Corte Suprema. Similar situación se ha producido con la Reforma Procesal Penal, en que las intervenciones de los abogados, en algunas Salas de Cortes, suele ser limitada notablemente, y a veces a extensiones absurdas, como, por ejemplo, tres minutos. La inspiración es antigua: por ejemplo, en materia de casación formal oficiosa, se omite frecuentemente el llamado a alegar a los abogados acerca de eventual vicio, expresándose que éste se ha advertido en el estado de acuerdo; y las sentencias se anulan y se dictan nuevos fallos enteramente diversos, sin que los letrados hayan sido oídos. Se trata de una tendencia autoritaria insana. El rol de los abogados para un juicio jurisdiccional justo es esencial y debe ser fortalecido. El Proyecto no sólo limita la exposición de conclusiones a duraciones que el juez puede fijar en la práctica arbitrariamente, sino que, además, otorga al juez la posibilidad de alterar la alegación natural, puesto que podrá esgrimir que el profesional no está exponiendo de manera precisa o concreta.

Me parece que esta reforma es inadecuada: un tiempo mínimo ha de ser establecido legalmente y la definición de los contenidos de sus alegaciones debe ser hecha por los abogados soberanamente, sin perjuicio de las aclaraciones que los jueces puedan requerir.

#### **VII.14. La oportunidad de la dictación de la sentencia en la audiencia de juicio**

El artículo 309 previene, en sus tres primeros incisos, lo siguiente: “Una vez concluido el debate en la audiencia de juicio, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando someramente los principales fundamentos tomados en consideración para adoptarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, o recayere sobre un punto de derecho de complejidad, cuya concurrencia fundamentará, podrá postergar la decisión del caso hasta el quinto día hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato el día en que la decisión será comunicada. El juez podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días contados desde la fecha de comunicación de su decisión, ampliables por otros cinco días por razones fundadas, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia, la que podrá efectuarse de manera resumida, con sólo las partes que asistan”.

No me parece conveniente la incitación del Proyecto a la dictación de sentencia inmediata al culminar la audiencia de juicio, ni su comunicación con antelación a la redacción del fallo, por las razones que he explicado previamente. La redacción de la sentencia debe servir al juez para ponderar las virtudes y errores de sus primeros razonamientos, en un diálogo interno con las normas jurídicas aplicables, con la doctrina y con la jurisprudencia, en relación con los planteamientos de las partes y con los hechos establecidos. En cambio, el Proyecto concibe la redacción del fallo como un acto de autojustificación de una decisión ya adoptada y comunicada. Este mecanismo, tratándose de controversias civiles y comerciales, usualmente complejas, conduce a una justicia superflua. Desde luego, puede estimarse que el juez ha de llegar jurídicamente preparado a la audiencia de juicio, pero cualquier abogado práctico y desde luego un magistrado experimentado y prudente, saben que, tras el examen de la prueba y de los planteamientos de las partes, el juez enfrenta un análisis nada simple, en que suele fallar de un modo distinto al que originalmente concibió. La justicia pierde, con el Proyecto, los grados de reflexividad que le son ineludibles.

#### **VII.15. El recurso de apelación y la nulidad formal**

¿Qué utilidad tiene que el Proyecto confunda en un solo medio de impugnación, que denomina recurso de apelación, la impugnación que es tal y aquella que conduce a la nulidad formal por infracción procesal? Se trata de dos instituciones recursivas históricamente diversas entre sí y que aprovechan una rica doctrina desarrollada en siglos de estudios jurídicos de notable profundidad. Confundir instituciones conduce a una mixtura en que las ideas

suelen extraviarse. Si ello presentare alguna ventaja, la propuesta podría atenderse. Empero, si alguna ventaja existe –frente a la confusión técnica–, el Mensaje no la expresa.

#### **VII.16. Inimpugnabilidad de la sentencia de segunda instancia por causa de nulidad formal**

La lectura de los artículos 352, 353 y 354, demuestra que el Proyecto prescinde de la inimpugnabilidad de la sentencia de segundo grado por causa de nulidad formal.

¿Qué sentido y qué ventaja se deriva de una ficticia presunción de derecho de regularidad formal del fallo de segundo grado? Una vez más, la pretensión de rapidez en la resolución del conflicto sepulta las exigencias más básicas del control de regularidad formal de los fallos. Si una multiplicidad de fallos anulatorios de la Corte Suprema demuestra que las Cortes de Apelaciones suelen obviar esas exigencias formales mínimas, ¿es que se pretende que un Proyecto transformará en necesariamente ajustados a las exigencias del debido proceso unos fallos que frecuentemente las omiten?

Me parece que esta abrogación presenta una extraordinaria gravedad, que esa experiencia concreta demuestra y que es más reprochable en un país en que las decisiones del Poder Judicial no se someten al control garantístico de un Tribunal Constitucional exógeno.

#### **VII.17. El recurso extraordinario de competencia de la Corte Suprema**

En esta materia, el Proyecto ofrece una muestra exótica.

La cuestión del rol institucional de la Corte Suprema la resuelve de una manera muy particular. Entre los fines de la casación, explicados por la necesidad de aplicación correcta e igualitaria de la ley y por el interés particular del litigante, los escoge a ambos, puesto que exige que se trate de una “sentencia notoriamente injusta” y concibe el arbitro como uno de “unificación de jurisprudencia”; pero, además, introduce el *cerciorati* propio del sistema norteamericano, en que la Corte Suprema es una institución cuyo rol es enteramente distinto al de nuestro sistema y que opera en un país federal, después de las Altas Cortes de los Estados, cada una de las cuales dispone de una notable calidad técnica, que no puede predicarse de las Cortes de Apelaciones de regiones de un pequeño país unitario.

Este collage carece de sentido.

Lo que se pretende es la eliminación del rol de casación propio de la Corte Suprema en nuestros sistemas jurídicos, que es el único que permite cautelar la operatoria efectiva de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

En efecto, el recurso extraordinario queda restringido de tres maneras: (i) la sentencia ha de ser “notoriamente injusta”; es decir, una sentencia injusta, pero que no lo sea de un modo “notorio”, no puede ser revisada por la Corte Suprema; ¿cuándo una sentencia es injusta de una manera “notoria” y cuándo es injusta de un modo “no notorio”?; es claro en qué terminará el sistema: en que los pleitos serán fallados por sentencias firmes en Cortes de Apelaciones; ¿asegura ello la vigencia concreta de la garantía de igualdad ante la ley, en un país en que la operatoria de las garantías constitucionales en los procesos judiciales no es controlada por el Tribunal Constitucional?; lo que se pretende es que el conflicto termine, rápido y de cualquier modo, pero que termine; (ii) el caso ha de revestir “interés público a juicio de al menos tres de sus ministros”; es decir, se aplica el *cerciorati* propio de un país desarrollado, de una enorme cantidad de habitantes, cuyos estados federados cuentan con Cortes Supremas de gran calidad técnica, a un país pequeño, no desarrollado y unitario; ¿en qué puede terminar esto que no sea en una aplicación anárquica y no igualitaria de la ley? y (iii) ha de tratarse de un caso en que “la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme”, o en que “la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí”, o en que “no existiere jurisprudencia sobre la materia” o en que “nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial”.

Recorrer las calles de cualquier sector de Nueva York suele ser para todos nosotros –probablemente también para los autores del Proyecto– una experiencia interesante, que queremos reiterar en todo momento, sabiendo que existe allí una notable Corte Suprema del Estado, y que en Washington se halla la Corte Suprema Federal, a la que puede arribarse en ciertos casos, previo *cerciorati*; pero, en lo que a mí concierne, tengo perfectamente claro que litigo en otro lugar y que los justiciables a que atiendo son miembros de otra Nación; esa claridad, al parecer, no ha acompañado a los autores del Proyecto.