

Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil

José Pedro Silva Prado

Profesor de Derecho Procesal

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica

Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal

Resumen: El artículo sitúa al Proyecto de Código Procesal Civil en el contexto de las reformas procesales especiales que le han precedido, abordando aquellos aspectos que dan cuenta de la necesidad sistémica de un nuevo estatuto procesal civil. Se abordan asimismo los aspectos más relevantes del Proyecto, que inciden en el nuevo estatuto de los sujetos procesales –juez y partes– así como la opción por atribuir una identidad competencial a nuestra Corte Suprema. Esto último viene impuesto por la sustitución del recurso de casación en el fondo por un recurso extraordinario, cuya función primordial sería la creación y uniformidad de la doctrina jurisprudencial con una mirada prospectiva, así como el mantenimiento en manos del tribunal supremo de sus facultades conservadoras, protectoras de los derechos fundamentales y último eslabón del control de convencionalidad, que proteja eficazmente al Estado ante su eventual juzgamiento por tribunales supranacionales. Finalmente se trata la introducción de un nuevo sistema de ejecución con base en un simplificado y coherente tratamiento de los títulos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y la introducción en nuestro medio del Oficial de Ejecución, como figura central de esta etapa procesal, institución basada en el derecho francés y de amplia aceptación en Europa, la que tiene por virtud descentralizar las actuales labores de carácter administrativo encomendadas a nuestros jueces, desahogando el sistema de cobranza y tutelando en mejor forma el derecho al crédito.

I. Presentación

En la primera década con que se ha iniciado el siglo XXI, Chile ha reformado gran parte de su sistema de justicia, introduciendo reformas tan profundas que han generado un cambio cultural insospechado para los operadores jurídicos, incluidos jueces y abogados, para quienes, desde luego, nos ha cambiado radicalmente la forma de ejercer nuestra actividad.

Estas reformas se gestaron en forma posterior al gobierno militar, coincidente con el retorno de nuestro país a un sistema democrático. Dicho gobierno, si bien hizo profundas transformaciones en el plano político y económico, no efectuó transformaciones de relevancia en los sistemas procesales. Basta decir que el CPP entonces vigente databa de 1906 y el CPC, de 1903. Ambos solo sufrieron modificaciones menores que en nada alteraron los modelos originales, que, paradójicamente, ya eran atrasados para su época. **Puede afirmarse que en 10 años Chile ha hecho más en materias judiciales que durante todo el siglo XX.**

La reforma más trascendente por su carácter fundacional ha sido hasta la fecha la reforma procesal penal. Catalogada en nuestro país como la "Reforma del Siglo", se le aprecia como una experiencia regional muy exitosa de políticas públicas en el ámbito judicial y es estudiada con mucho interés por expertos de la región **que la consideran un sistema adversarial bien diseñado e implementado.** La introducción de procesos orales por audiencia, con inmediación y concentración, la nueva organización de los tribunales, entre otras novedades, han constituido la base de las reformas procesales posteriores; de allí su carácter fundacional.

Le siguieron bajo su impronta la reforma de familia y la laboral, que resultaron reflejos imperfectos de aquella obra matriz. Especialmente lo fue la reforma de familia en razón de errados estudios de carga de ingresos, la representación sin letrado, la mediación facultativa y la falta de implementación gradual, extremos que causaron un caos inicial, posteriormente corregido con base en un gran esfuerzo legislativo y económico, pero especialmente judicial.

El Ejecutivo y el Legislativo están ahora en deuda con la ciudadanía en relación con la justicia civil y comercial, que constituye sin duda la gran reforma pendiente. Por su carácter supletorio y subsidiario de todos los ordenamientos procesales de la República, en rigor debió ser ésta la reforma fundacional y no la procesal penal. Sin embargo esto no fue así, de manera que ha sido la reforma procesal penal, imbuida a su turno de las tendencias y experiencias comparadas, la que ha aportado –como señalamos– los criterios básicos para las reformas procesales de la última década, y por cierto, en importante medida, para el Proyecto de Código Procesal Civil.

La introducción de procesos orales por audiencia, con inmediación y concentración y amplias garantías propias de un moderno "debido proceso", asociadas a **una nueva organización de los tribunales y el sometimiento de los diferentes órganos intervinientes a criterios de eficiencia en la gestión,** constituyen **hoy las bases ineludibles de cualquier nuevo sistema procesal en nuestro país.** Es claro entonces que el legislador chileno optó hace ya más de 10 años por estos nuevos principios, los que se han venido repitiendo en todas las reformas procesales ya realizadas.

En esa dirección, este Proyecto reacciona frente a la antinomia que representa la reglamentación de la actual justicia procesal civil con respecto a dichos estándares y **formula soluciones efectivas** en la conciencia de que, **como toda obra política, no se trata de satisfacer finalidades académicas ni intereses de los operadores de la justicia**, sino de solucionar problemas que la realidad, social, económica, cultural y ética, presenta al legislador. En definitiva se trata de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, quienes tienen derecho a recurrir a la Jurisdicción para la solución de sus conflictos de relevancia jurídica, y el Estado tiene la obligación de satisfacer ese derecho. Para la satisfacción de ese derecho de carácter público-subjetivo, el Estado debe asegurar que el conflicto sea resuelto a través de un proceso jurisdiccional con la idoneidad suficiente para suministrar respuestas que, en ejercicio del poder-deber jurisdiccional, cualifiquen de justas e igualitarias, oportunas, eficientes y previsibles. Solo una respuesta de esas características se aviene con los parámetros básicos de un Estado de Derecho y da cumplimiento al mandato que la soberanía popular confiere a sus autoridades, elemento característico de una democracia representativa.

En la detección de esos problemas y en la formulación de las propuestas contenidas en el Proyecto hemos trabajado desde 2005 y en al menos dos etapas, más de 20 académicos de distintas universidades del país, magistrados, miembros del Colegio de Abogados, del Consejo de Defensa del Estado y del Instituto Chileno de Derecho Procesal, congregados en el Foro de la Justicia Civil. Se avanzó en 2009 con la presentación al Congreso Nacional de un Proyecto de Código Procesal Civil, el cual por decisión de este gobierno fue objeto de un reestudio y perfeccionamiento con base en el trabajo que por casi dos años realizó una Comisión Intraministerial, convocada por el entonces Ministro de Justicia don Felipe Bulnes. Al trabajo de esa Comisión se sumó el análisis y comentarios formulados por un Comité Asesor, conformado por 14 académicos representantes de diversas universidades del país. Fruto de este esfuerzo es el Proyecto en actual tramitación ante el Congreso Nacional ingresado con Mensaje N° 432-359, de fecha 12 de marzo de 2010¹, de SE el Presidente de la República, de fecha 12 de marzo de 2012. El trabajo legislativo que recién comienza se ha caracterizado por el análisis pormenorizado de cada artículo del Proyecto y por la convocatoria constante a las sesiones de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de profesores universitarios, magistrados y operadores del sistema, quienes lo han enriquecido y lo seguirán haciendo durante el proceso legislativo. Todo ello demuestra la

¹ Proyecto Boletín (N° 8197-07). Con fecha 13 de abril de 2012 se aprobó la idea general de legislar este Proyecto en la Cámara de Diputados y, desde entonces, hasta fines de julio de 2012, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia ha recibido a distintos operadores del sistema (profesores, magistrados, abogados, etc.), para exponer su visión sobre este Proyecto y recién el 31 de julio de 2012, comenzó la discusión del articulado en particular. Hasta la fecha, se han debatido 104 artículos, aprobándose la mayoría de estos.

seriedad en la forma en que ha venido siendo tratada esta iniciativa, gestada desde los gobiernos anteriores, continuada en el actual y, con seguridad, será consolidada en gobiernos futuros. Se han armonizado una pluralidad de visiones, todas ellas planteadas con sentido de Estado, situando siempre al ciudadano y a la satisfacción de sus necesidades como el eje de la preocupación.

Existe plena conciencia de que el Proyecto es la pieza fundamental, pero al mismo tiempo un punto de partida en la solución integral de los problemas que requieren ser abordados por el sistema procesal civil. El proceso de reforma a la justicia civil de nuestro país es mucho más amplio e integral, en tanto lleva asociados un conjunto de proyectos que deberán ser impulsados por el Ejecutivo dentro de este proceso legislativo, conforme a las definiciones que se vayan adoptando, relativas a temas orgánicos, de gobierno y gestión judicial, leyes complementarias y adecuatorias e incluso, eventualmente, de una reforma constitucional. Tales proyectos complementarios están siendo trabajados por sendas Comisiones formadas por el Ministerio de Justicia con participación, entre otros, de miembros de la Excma. Corte Suprema, como es el caso de la Comisión Orgánica, sin duda la de mayor relevancia. Se espera que con el auxilio de estudios técnicos y antecedentes empíricos y la enorme experiencia copiada con las reformas anteriores, se propondrán las mejores soluciones que, debidamente socializadas, contribuyan al éxito de esta gran política pública. Sin la implementación de tales proyectos complementarios y, cada uno en su mérito, no podrá darse por concluida adecuadamente esta ambiciosa y trascendente obra. Finalmente, existe absoluto consenso en cuanto a que el éxito de esta iniciativa dependerá de la asignación adecuada de recursos estatales para llevarla a efecto, así como de la capacitación inicial y continua de sus futuros operadores, a riesgo de tornarla ineficaz o de repetir funestas experiencias anteriores.

II. Coherencia sistémica

La coherencia de los sistemas procesales obviamente no es un fin en sí misma, pero atiende a valores muy importantes para el justiciable, como los de certeza y seguridad jurídica, presupuestos a su vez de una verdadera igualdad ante la ley. Desde ese punto de vista se reconoce la naturaleza instrumental de las normas procesales, en cuanto éstas sólo tienen sentido como medios para efectivizar los derechos sustantivos. Resulta incomprensible que existan diversos y muchas veces antagónicos instrumentos para resolver conflictos de relevancia jurídica que, al fin y al cabo, en lo nuclear, obedecen a un mismo y constante fenómeno. Los instrumentos se definen en función de su utilidad y son naturalmente neutrales, como lo son las herramientas de un carpintero, o los sofisticados instrumentos tecnológicos de que se vale la profesión médica. No es concebible y menos justificable que instrumentos jurídicos como los re-

cursos y en general los medios de impugnación, por ejemplo, tengan un diseño y finalidades tan diversos en un sector del ordenamiento procesal respecto de otro. El error de hecho o de derecho es en rigor una misma anomalía en materia penal, civil, laboral o de familia, que debiera ser conjurada con similares instrumentos procesales.

No se trata empero de desconocer las especialidades que la presunción de inocencia o el principio pro operario, por ejemplo, puedan imponer en el diseño de esas herramientas, pero se trata siempre de especialidades y cuestiones puntuales, por tanto excepcionales, que no tienen por qué sacrificar la necesaria unidad del ordenamiento procesal en su conjunto. Existe una negativa e irreflexiva tendencia legislativa consistente en que, frente al reconocimiento de nuevos derechos o intereses ciudadanos planteados por la evolución social y económica, se impongan asociadamente nuevos y especiales instrumentos de tutela. Es decir, frente a cada cuerpo normativo sustantivo se adscribe un particular mecanismo de tutela que siempre redundante en definitiva, por necesidad, en el reenvío a normas generales. No se logra entender que la proliferación y multiplicidad exponencial de procedimientos jurisdiccionales complejiza el entendimiento de las soluciones, fuerza a interpretaciones muchas veces dicotómicas y genera un desafío inabordable para jueces y justiciables en la aplicación uniforme y previsible de estas herramientas procesales. Todo lo anterior, así como lo hace toda decisión contradictoria ante extremos similares, genera incerteza, inseguridad y desprotección del justiciable, y afecta sin duda la igualdad ante la ley.

El fenómeno de dispersión de herramientas procesales según el tipo de derecho o interés protegido va asociado normalmente a la reiterativa impronta legislativa de creación de órganos jurisdiccionales especializados que en muchas oportunidades no se justifican, pues la judicatura ordinaria tiene la formación necesaria y los auxilios técnicos suficientes para arribar a aquello que es inherente a toda controversia, cual es la impartición de justicia.

Volviendo al punto, estimo que es necesario reordenar el proceso legislativo, de manera que se entienda que la latitud o en su extremo la urgencia en el otorgamiento de tutela de ciertos derechos sustantivos en la mayoría de los casos puede/debe ser abordada con instrumentos procesales comunes, en tanto ellos suministran los derechos y garantías necesarios para el desarrollo de procesos racionales y justos, a los que la Carta Fundamental impera al legislador. El Proyecto da una pauta inicial y necesaria en este sentido, pues al interior de sus normas, de supletoria y universal aplicación en el medio nacional, simplifica los procedimientos de cognición en uno ordinario, sumario y monitorio, y en sede de ejecución los unifica, estableciendo un mismo tratamiento para los títulos ejecutivos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales.

Por consiguiente y volviendo a lo postulado en el título de este apartado, el Proyecto viene a saldar una deuda de coherencia sistémica con los sistemas ya reformados en el ámbito adjetivo. En efecto, en un camino que se visualiza sin retorno, nuestro legislador ha optado por la incorporación a nuestro sistema procesal de principios largamente asentados en el derecho comparado, en que se ha entendido que un moderno debido proceso debe fundarse en la preeminencia de aquellos tan básicos como los de oralidad, intermediación, oportunidad, buena fe, concentración, libertad de medios probatorios, racional apreciación de la prueba, sólida fundamentación de las sentencias, simplificación de los grados de revisión, entre otros.

No hay duda que nuestro actual proceso civil, desesperadamente escrito, sin intermediación, desconcentrado, sin control ciudadano, abierto sin límites a vías incidentales y de impugnación, inmerso en una burocracia judicial deshumanizada que agota por cansancio a los justiciables y que retarda por años la decisión jurisdiccional, **no se aviene con la concepción de un moderno debido proceso y con el amparo efectivo que la ley procesal les debe a sus ciudadanos**. Es un modelo que ha devenido en obsoleto, ineficiente e incapaz de proteger efectivamente a los justiciables y de resolver las controversias en tiempos razonables.

En este sentido, el Proyecto de Código cierra un ciclo, representa una obra de consolidación y continuidad de esos estándares mínimos ya abordados en las reformas al sistema penal, laboral y de familia de nuestra patria, y da coherencia al sistema procesal en relación a la satisfacción de esos estándares mínimos.

La impronta reformadora se alinea además con estándares internacionales y de derecho comparado, proceso al cual la legislación referida y el Proyecto mismo no hacen más que sumarse, como no podría ser de otra forma, dado el contexto de una comunidad internacional cada vez mas interrelacionada e interdependiente. Puede afirmarse que el modelo *decimonónico* de nuestro actual CPC sólo existe en países de raíz hispánica común, que muy a su pesar no han logrado abordar aún su proceso de reforma, países que son por cierto minoritarios. Por lo tanto no estamos inventando nada nuevo, como en rigor no lo ha hecho ninguna de nuestras instituciones procesales, pues siempre ellas han tenido como fundamento una experiencia comparada, ¿o se cree que nuestro modelo procedimental, nuestra casación o en fin nuestro proceso de ejecución son de manufactura nacional? La génesis constante de dichas instituciones, qué duda cabe, la debemos a experiencias foráneas. Ello es simplemente reconocer la realidad y no tiene nada de reprochable, pues el desafío es otro y consiste en que la adaptación sea bien hecha y adecuada a nuestra idiosincrasia y realidad nacionales, pero esto es cuestión diferente.

En el ámbito iberoamericano destaca la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que en materia procesal civil elaboró hace ya más de 20

años un Código Procesal Civil Modelo (con el aporte de los distinguidos profesores uruguayos, señores Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello y de muchos destacados procesalistas del mundo) que ha servido de fuente de inspiración a la mayoría de los Códigos Procesales Civiles de la Región, entre los que destacan el Código General del Proceso de Uruguay de 1989, el Código Procesal Civil de Perú de 1993, el reciente Código General del Proceso de Colombia de 2012 y también de nuestro actual Proyecto (sin perjuicio de otras fuentes nacionales, como el NCPP, o europeas, como la LEC española de 2000). Los países que no han consolidado sus reformas están en vías de hacerlo, como Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, entre otros². **Todos estos cuerpos normativos, sin excepción, se han estructurado a partir de esas constantes comunes, de manera que sin exageración puede sostenerse que están sentadas las bases para un sistema iberoamericano común.**

De otra parte, la legislación procesal civil, llamada a ser el "buque insignia" de los sistemas procesales, por su vocación de derecho común, general y supletorio, **no puede cumplir su cometido**, pues plantea –como se advierte de lo dicho– un modelo inconciliable con los sistemas reformados, generando una brutal tensión. No solo se trata de que el Proyecto se ajuste a los principios enunciados, sino que debe generar además un estatuto procesal sólido y coherente que pueda cumplir adecuadamente esa vocación supletoria. Es sabido que los sistemas procesales "especializados", por su propia naturaleza, abarcan solo aquellos aspectos propios del ámbito que regulan, pero dejan un campo abierto de aplicación supletoria e integradora de las normas comunes del proceso civil. Por ende, uno de los desafíos más importantes del Proyecto ha sido regular un estatuto procesal lo más amplio y completo posible con el fin de satisfacer la vocación supletoria de esos sistemas. Así, el Proyecto abunda sobre temas generales como la aplicación e interpretación de normas procesales, el estatuto de las partes, normas sobre capacidad, litisconsorcio activo y pasivo, intervención de terceros, pluralidad de acciones, comunicaciones procesales, actos procesales y su ineficacia, prejudicialidad, sistema cautelar, regulación integral del fenómeno probatorio, resoluciones judiciales, cosa juzgada, por mencionar algunos.

III. Rol de los sujetos procesales

III.1. Rol del Juez:

Definir el rol del juez significa contestar la pregunta: **¿qué esperamos de él en tanto delegatario de una partícula de la soberanía estatal encar-**

² Santiago Pereira Campos, Carolina Villadiego Burbano, Héctor Mario Chayer: *Bases Generales para una reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe*, CEJA, octubre 2009.

gado del ejercicio de la función jurisdiccional? Ello conduce a preguntarnos **acerca del propósito de esa función y, más específicamente, del proceso como su instrumento.**

Puede afirmarse que la jurisdicción como función y el proceso como su instrumento deben conducir **a la solución del conflicto con base en fundamentos axiológicos.** Hablamos del **proceso al servicio de la producción de soluciones justas.** Es difícil señalar **qué debemos entender por una solución justa**, en tanto las respuestas son tan variadas como opciones filosóficas o ideológicas existen.

Desde el punto de vista normativo, las normas jurídicas están estructuradas a base de un presupuesto fáctico y de uno jurídico, en que la labor del juez consiste en subsumir el primero en el último, para obtener el beneficio jurídico que el legislador previó al dar vida a la regla. Por ende, bajo esta mirada normativa, podemos señalar que la solución será justa al menos cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Se fundamente en una determinación verdadera, correcta y aceptable de los hechos.
2. Cuando la solución aplique o interprete correctamente el derecho.
3. Cuando el procedimiento se ha tramitado respetando las garantías propias de un debido proceso.

Por consiguiente, con base en lo anterior, es posible afirmar que una solución justa será aquella que cumpla al menos las tres condiciones antedichas. Es presumible que una solución de esa naturaleza garantice de mejor forma y con vocación de permanencia la incertidumbre que genera la litispendencia, logrando que la paz social se asiente sobre bases más sólidas.

Lo que se viene sosteniendo corresponde exactamente al derrotero que establece la Constitución Política, la cual impera al Estado la consecución del bien común, y en lo que a la función jurisdiccional atañe, **ordena al legislador** utilizar procedimientos que satisfagan criterios de **racionalidad y justicia.** Al mismo tiempo, el artículo 5° de la Carta Fundamental, que reconoce la limitación de la soberanía a los efectos del respeto de los derechos esenciales de la persona humana garantizados también por los tratados internacionales ratificados por Chile³, permite con referencia a dichos instrumentos normativos, dotar de contenido específico a las garantías judiciales que integran la noción de

³ Destacan entre estos la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", en especial su artículo 8.1, y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

debido proceso. **No estamos en presencia entonces de un conglomerado de buenas intenciones, sino de un mandato operativo perentorio.**

Si lo anterior es correcto, ya tenemos la clave del rol que el Estado, a través del legislador, asigna normativamente al juez en tanto titular de la función jurisdiccional, y al proceso como su instrumento: está imperado de resolver las controversias de relevancia jurídica, no de cualquier forma, sino de manera justa, entendiendo por tal aquella que, a lo menos, da cumplimiento copulativo a las tres condiciones antes enunciadas.

Con base en lo expuesto, destaco por vía ejemplar las siguientes características que el Proyecto hace suyas:

Proactividad: Si hablamos de un imperativo de actuación de rango constitucional, de un hacer, es imposible tener un Juez pasivo, sino que, al contrario, ha de ser un Juez activo que asuma con decisión el despeje del estado de incertidumbre que perturba la convivencia. Ello es además correlato básico del derecho a ser juzgado en un "plazo razonable" –no "rápido"⁴, pues conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo suyos criterios de la Corte Europea⁵, **ello supone una determinada conducta de las autoridades judiciales.** Esto permite reflexionar que la discusión entre "activismo judicial" como antónimo del "garantismo judicial", es más bien una discusión académica, pues normativamente el ordenamiento constitucional impera sin hesitación, la primera postura. Por ende, es correcta la opción por un juez Director del Proceso, que tenga iniciativa, que conduzca el proceso a su fin natural sin dilaciones indebidas; un juez que no dependa de la actuación o falta de actuación de las partes, ni de la forma en que éstas conduzcan el proceso, **siempre funcional a sus intereses, pocas veces funcional a la justicia. Recuerda Peyrano: "Los jueces no deben ser más "convidados de piedra" al banquete del litigio. Hasta hace algunos años, debían permanecer "ciegos, sordos y mudos". El principio dispositivo crudamente entendido convalidaba tan prescindente actitud. Hoy las cosas no es que estén cambiando, han cambiado.**

Atribuciones inquisitivas: En el ámbito más importante relativo a la construcción de la solución de fondo que el Juez está imperado de alcan-

⁴ Elsa García-Maltrás de Blas, 3 de octubre de 2007, "El paper de la Comissió Europea d'eficàcia de la Justícia del Consell d'Europa, Material Jornades Sobre Bona Administració de Justícia i Tutela Judicial Efectiva: "Mas que un proceso rápido, el concepto óptimo entraña el de un proceso en el que el tiempo se ha gestionado de forma eficaz. El objetivo de lograr una justicia de calidad no debe confundirse con el de lograr una justicia rápida. Una tramitación precipitada de los asuntos podría poner en peligro otros derechos recogidos en el artículo 6 (como el de acceder a la justicia o tener tiempo suficiente para preparar la defensa) o afectar la calidad de las decisiones y resoluciones judiciales", pág 5.

⁵ Caso Genie Lacayo,. Sentencia del 29 de enero de 1997. C N° 30 de la Corte I.D.H.

zar, deben dársele herramientas eficaces para la búsqueda de la verdad de los hechos, como base del juzgamiento justo. No me refiero solamente al posible uso de medidas probatorias oficiosas, que me parecería reduccionista, sino a su participación activa y con intermediación en la producción, control y selección del material probatorio. Debe advertirse empero que **estas atribuciones en nada alteran el principio dispositivo que se mantiene incólume, como el ejercicio del derecho de acción, la determinación del objeto del proceso, el principio preponderante de aportación del material probatorio por las partes, el pleno respeto al principio de congruencia, el respeto a los mecanismos de autocomposición, etc.**

Responsabilidad: No existiría razonabilidad alguna en la asignación de mayores atribuciones sin un estándar de calidad y un efectivo control de su ejercicio. Destaca en esta dirección la exigencia de una **fundamentación exhaustiva** de las resoluciones judiciales y en especial de la sentencia, sometida a un doble control: (i) **Control endoprocesal** efectuado por los justiciables a través del sistema recursivo amplio de segundo grado, y (ii) **Control social extraprocesal** efectuado por la comunidad (que es propio de una sociedad democrática) permitido por la consagración amplia del principio de publicidad del proceso y de la función jurisdiccional.

Liberación de funciones ajenas a lo jurisdiccional: El mismo sistema, al exigir tan altos estándares, debe liberar al juez de todos aquellos obstáculos o funciones que no atañen al núcleo de su responsabilidad. En esa dirección tiene sentido liberar a nuestros magistrados del ejercicio de tareas ajenas a su misión, como son aquellos actos jurídicos procesales que no conllevan el ejercicio de atribuciones propias y nucleares de la jurisdicción, como ocurre en los procedimientos de ejecución, con la subasta de inmuebles, la administración de los bienes embargados, las liquidaciones de créditos, etc.

El Proyecto de Código Procesal Civil, como se señaló, se alinea con estos conceptos y, desarrollando el mandato constitucional, asume que el proceso es un instrumento para resolver los conflictos en forma justa. Consecuencialmente adopta en lo funcional un conjunto de normas que constituyen herramientas necesarias para que el Juez pueda cumplir su misión con base en tales estándares:

En cuanto a su proactividad:

- **Impulso procesal:** le corresponde al juez típico de un proceso por audiencias, **Art. 3°. Dirección e impulso procesal.** La dirección del procedimiento corresponde 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. Consecuentemente, se erradica en lo fundamental la institución del abandono del procedimiento.

- **Control de la demanda y contestación:** control de requisitos de **existencia** (v.gr. capacidad de goce, falta de jurisdicción), **validez** (falta de representación, incompetencia absoluta), y de **eficacia** (manifiesta falta de legitimación) (art. 234). **Integración del litisconsorcio necesario, activo y pasivo** (arts. 32 y 33). Falta de requisitos de la demanda, pueden ser subsanados por orden del Tribunal en 10 días, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.
- **Apreciación de oficio de la falta de capacidad.** La falta de capacidad para ser parte, así como de capacidad procesal, podrá ser declarada de oficio por el tribunal hasta en la audiencia preliminar (art. 21).
- **Más facultades cautelares:** sustitución de la cautela solicitada por una menos gravosa (art. 172), medidas innovativas (art. 189).

Conciliación: bases de arreglo (art. 280 N° 4).

En cuanto a sus atribuciones inquisitivas:

- **Actividad probatoria oficiosa:** Rol del juez en la búsqueda de la verdad de los hechos, puede decretar diligencias hasta antes del término de la audiencia preliminar; Inspección judicial y reproducciones de hechos, **art. 334.**
- **Facultades del Tribunal en relación con el interrogatorio de testigos, peritos y partes. Art. 345.** Una vez interrogado por los litigantes, el juez podrá efectuar preguntas al testigo o perito, así como a las partes que declaren, con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas. **Posibilidad de decretar careos entre peritos, testigos y partes, en caso de contradicción en sus declaraciones.**
- **Principio de facilidad de la prueba: principio básico de justicia, atribución ex ante de la carga probatoria (arts. 280 N° 9 y 294 inc. 2°)**
- **Control del debate y de la buena fe procesal.** Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cual-

quiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe (**art. 5°**). A partir de este principio y no obstante prevenciones normativas específicas como las de facilidad de la prueba o las referidas a las consecuencias derivadas para el demandado por la no controversión de los hechos afirmados en la demanda, se abre un amplio campo para la valoración de la conducta procesal de las partes, como elemento probatorio indiciario, permitiendo la formulación de presunciones judiciales útiles para la decisión del conflicto.

- **Elaboración del juicio de hecho: SANA CRÍTICA** como principio general subsidiario (art. 295).
- **Exclusión de la prueba: *Exclusión de prueba***. El juez ordenará que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren **manifiestamente impertinentes o no idóneas**; las que tuvieren por objeto **acreditar hechos públicos y notorios**; las que resultaren **sobreabundantes**; las que hayan sido obtenidas **con infracción de garantías fundamentales o hubieren sido declaradas nulas** y aquellas que **recaigan sobre hechos no controvertidos**, a menos que, en este último caso, se tratara de cuestiones indisponibles para las partes (art. 292).

En cuanto a su responsabilidad:

- **Motivación exhaustiva resoluciones judiciales:** motivación de las sentencias y de todas las resoluciones salvo las de mero trámite, mucho más exhaustiva; análisis de la prueba incluso de la desestimada; se deja en claro que la simple enumeración de medios probatorios o de solicitudes no es fundamentación (arts. 204, 205 y 206).
- **Plazo para dictar la sentencia definitiva.** El tribunal deberá dictar sentencia definitiva **dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere terminado la audiencia de juicio o la última audiencia de prueba decretada por el tribunal en los casos previstos por la ley**. Si la audiencia de juicio hubiere durado más de tres días, el tribunal dispondrá de un **plazo adicional de un día por cada dos de exceso de duración del juicio**. **Sanción:** Transcurrido el plazo respectivo sin que se hubiere dictado sentencia definitiva **se producirá de pleno derecho la nulidad de la audiencia de juicio constituyendo ello una falta grave que deberá ser sancionada disciplinariamente (art. 351)**.
- **Aplicación e interpretación.** Al aplicar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que **el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustantiva**, y que en la pronta

sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia existe un interés público comprometido (**art. 13**).

- **Inmediación.** Las audiencias se realizarán **siempre con la presencia del juez, a quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones (art. 7°)**. Las resoluciones judiciales deberán ser pronunciadas por el juez que hubiere asistido a la audiencia respectiva. El mismo juez que hubiere dispuesto la suspensión de una audiencia deberá, bajo sanción de nulidad, continuar conociendo de ella tras su reanudación y hasta su completa terminación. La sentencia definitiva deberá ser pronunciada por el juez que hubiese estado a cargo de la audiencia de juicio. A su turno, si se hubiere rendido prueba anticipada o de modo prejudicial, el juez que la hubiese recibido, deberá, necesariamente, tener a su cargo la audiencia de juicio (art. 202).

Liberación de funciones ajenas a lo jurisdiccional:

El Proyecto opta por la introducción en nuestro medio de la figura del Oficial de Ejecución como figura central de la ejecución. Se tratará en principio de un profesional privado que ejercerá una **función pública**, y que será el encargado de todos los actos materiales que supone esta fase jurisdiccional, **pero sin intervención alguna en la actividad de "conocimiento" y "juzgamiento" que atañen al núcleo de la función jurisdiccional, ni en la disposición de la fuerza pública, última ratio del cumplimiento del derecho, reservada constitucionalmente a nuestros jueces, estatuto que permanece inalterable.**

III.2. Rol de las partes:

La mirada al rol de los sujetos del proceso no puede agotarse, a riesgo de ser parcial, en la sola apreciación del rol del juez. Juez y partes integran el elemento subjetivo del proceso, son los sujetos de una relación jurídica de derecho público que interesa e implica indirectamente a toda la sociedad, pues como señala el Proyecto en su artículo 13 relativo a la aplicación e interpretación de las normas procesales: *en la pronta sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia, existe un interés público comprometido.* Por ende, las partes y quienes por ellas actúan, los abogados, en tanto sujetos de esta relación pública, también tienen un rol que cumplir, conformado por un conjunto no solo de derechos y facultades, sino que por deberes, cargas y obligaciones.

El Proyecto refuerza cuestiones esenciales que atañen al rol de las partes que, al someter sus controversias a la resolución del Estado, requieren de una forma de actuación de buena fe, responsable y colaborativa. No se puede permitir que el

Estado cohoneste una actuación procesal apartada de tan básicos criterios, en tanto ello atentaría en contra de sus propias bases, del interés general llamado a tutelar, en síntesis contrariaría el bien común, que es su finalidad esencial. Consecuente con lo expuesto, la base fundamental del patrón de conducta exigido a las partes está constituida por el artículo 5º, que contiene el principio de la buena fe. Este principio general del derecho –auténtico principio en tanto no admite excepciones– impera a las partes, sus apoderados y en general a todos quienes deban intervenir en el proceso, el deber de actuar de buena fe. No se trata de una aspiración romántica, sino de un principio claramente positivizado, con correlatos en instituciones muy concretas a lo largo del proyecto, todas ellas sustentadas en este criterio rector.

El Proyecto postula disuadir de las conductas maliciosas, la chicana y en general del uso del proceso con fines espurios, extorsivos o dilatorios. Se postula una litigación con las cartas abiertas, sin sorpresas malintencionadas, funcionales de una supuesta "estrategia de litigación". Así las cosas, establece la necesidad de que las partes acompañen preclusivamente en su demanda y contestación todos los documentos de que dispongan, así como ofrezcan todos los medios probatorios de que se valdrán para probar sus extremos fácticos (arts. 254, 255, 273). Se trata entonces que las demandas sean presentadas responsablemente, sin improvisaciones, contando con todo el material probatorio que sustente la razonabilidad de lo que se postula, y no se use el proceso para "armar" un caso en el camino. Igual conducta se exige al demandado. Lo anterior no obsta a la prueba que pueda ser necesaria al tenor de hechos nuevos que puedan surgir del proceso y de los que no se haya tenido noticia, los cuales verán consecuentemente ampliadas las posibilidades probatorias.

En la misma dirección el artículo 50 otorga a la parte vencedora por sentencia ejecutoriada el derecho a demandar a la parte contraria una indemnización de perjuicios causados por el proceder de mala fe o temerario. Esta acción debe incoarse dentro del plazo de 6 meses de encontrarse a firme la resolución que puso término al juicio, ante el mismo Tribunal que conoció del pleito, y se tramitará conforme a las reglas del procedimiento sumario. Ante esta posibilidad, se aspira a que las partes tomen especial precaución en el ejercicio de sus pretensiones, excepciones o defensas, disuadiendo no solo del inicio de procesos sin destino, sino de ejercer sus derechos en forma leal y proba.

Una conducta reiterada en la utilización de expedientes dilatorios en el proceso puede ser sancionada por el Juez con la condena solidaria en costas al apoderado, previa advertencia a este último de la posible aplicación de esta sanción (art. 45).

Otro aspecto importante es el deber de colaboración para con el tribunal. Así en materia probatoria, y bajo la equívoca denominación dogmática de "carga

dinámica", de lo que se trata simplemente es que si una parte tiene en su poder la prueba o tiene mayor facilidad de acceso a ella, sea ésta la imperada a aportar al proceso el material probatorio. Si el juez no contara con ese material, indispensable para resolver, daría cuenta del fracaso de la justicia, reflejado esto en la aplicación de las normas sobre carga de la prueba. Si la buena fe es un principio general del derecho, es decir, una máxima que no admite excepciones, no se divisa la razón por la cual debiera tolerarse que una parte oculte o se niegue a suministrar un material probatorio que efectivamente tiene en su poder, pues en tal caso estaría obrando de manera oclusiva y de mala fe. Ahora bien, en muchas oportunidades será difícil o imposible forzar a esa parte a aportar con lealtad el material probatorio, por ende la solución a este extremo se construye a partir de la buena fe consagrada normativamente. En efecto, esa conducta maliciosamente obstruccionista permitirá el Juez apreciarla con carácter "indiciario" y con base en máximas de experiencia, construir a partir de ella una legítima presunción judicial que, por vía inductiva o deductiva, lo facultará para dar como ciertos los hechos afirmados por la parte contraria. Esto no es nuevo en nuestro derecho nacional, como lo demuestra el artículo 724 del CPC⁶, ni en el derecho comparado, como lo demuestra el artículo 217.6 de la LEC española de 2.000⁷. Me parece que incluso sin la norma del inciso 2° del artículo 294 del Proyecto, podría arribarse a idéntica conclusión. La ventaja empero de la norma tal cual está concebida es que el juez debe advertir tempranamente a la parte de la posible aplicación presuncional, adversa a sus intereses, que sugeriría este tipo de conducta (debe hacerlo preclusivamente en la audiencia preliminar, artículo 280 N° 9).

IV. Opción de fortalecimiento del rol institucional de la Corte Suprema

No se trata de efectuar un juicio crítico de la labor de la Corte Suprema en torno a su principal competencia –por su impacto en el Estado de Derecho–, que es el conocimiento y fallo de los recursos de casación. Nos parece que los defectos que acusa dicha competencia derivan de su diseño normativo, fundamentalmente oscilante o, dicho más claro, por su falta de carácter e identidad. A ello se suma un perfil orgánico y funcional que atribuye a la Corte Suprema un conjunto de funciones y competencias que contribuyen a la pérdida de esa identidad. Así, actúa como tribunal de instancia, conociendo del segundo grado en recursos

⁶ CPC: 2. De los juicios de mínima cuantía. Artículo 724: La prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.

⁷ LEC Artículo 217. Carga de la prueba: 6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener **presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.**

de protección, amparo, amparo económico y de resoluciones dictadas por tribunales especiales como el de Libre Competencia; actúa además como garante de las garantías constitucionales en ejercicio de sus facultades conservadoras, en materia procesal penal o bien en materia civil, conociendo del recurso de casación en la forma; actúa también como garante de la legalidad, resolviendo controversias particulares en casos de infracciones de derecho y, además, se postula su labor en la generación prospectiva de doctrina jurisprudencial. La pregunta de fondo, que deberán responder los poderes constituyente y legislativo, es tan simple como crucial: ¿qué Corte Suprema queremos?

En el derecho comparado, la noción de Corte Suprema, Tribunal Supremo, Corte de Casación, etc., es polisémica. Sólo comparten el hecho de tratarse de un órgano público, normalmente situado en el vértice o cúspide de la estructura del Poder Jurisdiccional y, por lo tanto, no existe órgano público superior ante el cual plantear una impugnación de sus resoluciones. De ahí en adelante, la configuración de dicho órgano en los distintos países es diferente, conforme difieren las funciones asignadas en cada caso.

En general, como nos enseña Taruffo⁸, toda Corte Suprema desarrolla dos funciones fundamentales: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores y, en segundo lugar, opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto de la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior⁹.

Sin embargo, las Cortes Supremas desarrollan esas funciones básicamente al tenor de cuatro modelos: el angloamericano, el modelo alemán, el modelo franco italiano y el hispano:

- **El modelo angloamericano** tiene por finalidad fijar una legalidad futura, es decir, la definición de la correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de juicio en los casos posteriores en los que las mismas normas podrían ser relevantes para la decisión¹⁰. El precedente es el instrumento que permite expandir hacia futuro la aplicación que la Corte ha dado a una cuestión de derecho como una tendencia uniforme en la aplicación de la ley, que radica su eficacia más en una fuerza persuasiva que en su obligatoriedad¹¹. Se caracteriza la Corte por la existencia de

⁸ Antecedentes obtenidos con la colaboración del profesor Cristián Maturana, y obtenidos de su trabajo para el Seminario "Reforma Procesal Civil: Desafío Republicano del Siglo XXI", Rol de la Corte Suprema, 27 de septiembre de 2012.

⁹ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 93. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹⁰ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 94. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹¹ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 95. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

pocos jueces que deciden pocos casos gracias al mecanismo del *certiorari*, lo que permite producir una jurisprudencia coherente susceptible de ser conocida y, sobre todo, con autoridad y capacidad para influenciar –en el sentido de una razonable uniformidad– la jurisprudencia posterior¹².

- **El modelo alemán**, propio del *civil law*, a partir del 2001, **permite a la Corte en forma discrecional admitir el recurso ante ella**, únicamente cuando esta implicase una cuestión jurídica de fundamental importancia o cuando una decisión de la Corte de Revisión fuere necesaria para la evolución del derecho o para crear una jurisprudencia uniforme¹³. La Corte debe *administrar la legalidad* conforme a una precisa determinación normativa, pero con espacios de discrecionalidad bastante amplios, de manera de generar decisiones de *cara al futuro*, es decir, dirigidas a hacer que la misma cuestión se resuelva por los jueces posteriores siguiendo las indicaciones dadas por la Corte Suprema¹⁴. La Corte alemana conoce de unos cuantos miles de casos, no siendo su intervención una rara *avis* destinada a hacer su aparición solo en poquísimos y excepcionales casos, sino que es un evento estimado como normal en la vida del ordenamiento¹⁵.

- **El modelo franco italiano**, basado en la Corte de Casación, **no reconoce la existencia de filtros de los recursos que se someten al examen de la Corte de Casación**, lo que conlleva a que los asuntos que resuelvan sean más de 22.000 en materia civil al año 2006 y que cuenten con casi 200 magistrados¹⁶. La Corte se remite a una función esencialmente privatista, en tanto responde a la exigencia de las partes privadas de cada controversia de encontrar una solución final a la cuestión particular planteada.¹⁷ Se genera una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible –y sobre todo– de tendencia contradictoria. Se habla de jurisprudencia para aludir a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual cada uno tarde o temprano, con un poco de paciencia, encuentra lo que le sirve (e incluso lo contrario)¹⁸. La Corte se limita a anular la sentencia en la cual se

¹² Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 97. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹³ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 98. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹⁴ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 99. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹⁵ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 100. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹⁶ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 101. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹⁷ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 102. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

¹⁸ Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 103. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

hubiere cometido la infracción de ley, pero no procede como regla general a dictar una sentencia de reemplazo, sino que a efectuar un reenvío del asunto para su fallo por el tribunal inferior.

- **El modelo hispano**, al cual se adhiere nuestra casación en el fondo, no es más que una variante del modelo franco italiano, en el cual **la Corte no se limita solamente a anular la sentencia en la cual se hubiere cometido la infracción de ley, sino que procede a dictar una sentencia de reemplazo cual tribunal de instancia**, sin efectuar por ello un reenvío del asunto al tribunal inferior.

- **El modelo chileno**: Desde los orígenes de la institución, al menos bajo esta nomenclatura, nuestra casación ha estado dividida en dos instrumentos anulatorios distintos:

i. La casación en la forma fundada en la **infracción de leyes procesales formales u ordenatoria litis** enunciada a base de un **catálogo no taxativo de causales** (cuyo antecedente patrio es el "Recurso Extraordinario de Nulidad" introducido por la ley de 1/03/1837), expediente fundado en la protección de los derechos fundamentales, en este caso del debido proceso, y

ii. La casación en el fondo, fundada en la **infracción de leyes procesales o sustantivas decisoria litis**, a base de **una causal amplia e inespecífica de violación de ley con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia** (se implementó legislativamente en el CPC de 1903, no obstante que ya en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875, se había dado competencia para su conocimiento a la Corte Suprema. La situación era insostenible, pues se daba la dicotomía de anulación de los fallos por violación de leyes de procedimiento manteniéndose no obstante incólumes, en caso de flagrante violación de la ley decisoria). Ambos recursos han convivido entonces en campos, en principio, perfectamente discernibles.

En relación con el recurso de **casación en el fondo**, que ha sido el que más problemas ha presentado en su diseño y aplicación práctica, la experiencia nacional ha sido compleja, a mi entender por una incoherencia originaria entre fines y medios:

i) Desde la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1903, se planteó como fin declarado del recurso la defensa del *ius constitutionis* o interés público. Un comentarista de la época señalaba que: *"El establecimiento de la institución tuvo en mira un alto interés jeneral y de orden público. Su objeto es contener a todos los tribunales i jueces en la estricta observancia*

de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta i su errónea interpretación a la vez que uniformar la jurisprudencia"¹⁹. Más adelante y citando expresiones de la "Comisión Mista de senadores i diputados" de 1895 en relación con la importancia de este instrumento para garantizar la igualdad ante la ley, señalaba: "No basta que unas mismas leyes rijan para todos los habitantes; es preciso también que rijan para todos con la misma inteligencia".

ii) En su diseño normativo específico y con base en la experiencia, empero, el recurso de casación se ha estructurado como un medio de impugnación jurisdiccional cuya impronta ha sido la **tutela específica del caso concreto**. Incluso desapegándose de los fines públicos –según lo refiere el Mensaje– se evitó el reenvío tan propio de su original carácter de instrumento político de protección de la obra legislativa, "...Aun cuando, para conservar a la casación su verdadero y elevado carácter, aconsejan muchos jurisconsultos limitar las funciones del tribunal a solo la declaración que invalida el fallo reclamado, se ha creído preferible encomendarle también la resolución del asunto en que la casación recae, con el fin de evitar dilaciones i gastos a los litigantes, una organización más vasta del tribunal a quien se encarga esta misión".

iii) ¿Cuál ha sido la experiencia práctica en Chile tras un siglo de aplicación?:

- a) La experiencia ha demostrado que la atención indiscriminada del **ius litigatoris no es posible ni es eficiente**, puesto que ha llevado a una situación permanente de colapso histórico de nuestra Corte Suprema. Los esfuerzos del legislador en el pasado para limitar el acceso a la casación, por ejemplo, contemplando la *summa gravaminis* (restricciones de cuantía), consignaciones, etc., y la restrictiva interpretación de la Corte de Suprema para permitir el acceso solo a través de complejísimos ejercicios de cita detallada de las normas jurídicas violentadas, **nos llevaron al extremo de una desaparición progresiva del recurso**, con cargo a su suplantación por el recurso de queja, expediente disciplinario y no jurisdiccional, que trajo lamentables consecuencias de abusos, falta de debido proceso y debilitación absoluta de la doctrina jurisprudencial.
- b) La traumática experiencia aludida movió el péndulo legislativo al extremo opuesto, pues hoy día –salvo contadas excepciones– se ha consolidado en torno a que cualquier asunto, con independencia de su naturaleza, materia, o cuantía puede acceder a la sede de Casación del Tribunal Supremo.

¹⁹ Código de Procedimiento Civil, anotado, por David Toro Melo i Aníbal Echeverría i Reyes (Edición Oficial), Santiago de Chile, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Calle de la Moneda 807 a 843, 1902.

Salvo esfuerzos por delimitar el ámbito de lo fáctico, la ordenación del recurso por efectos de los cambios normativos introducidos en las últimas décadas, lo ha transformado **en una tercera instancia, reservada, es cierto, a litigantes más avezados que el común.**

- c) Los problemas históricos que acusa nuestra casación civil no son distintos a los experimentados en España (nuestro referente) antes de la Ley 1/2000. Nada nuevo bajo el sol, pues en una vacilación permanente entre la satisfacción del interés particular y el interés público –ambos ínsitos en la naturaleza de este instrumento– la práctica demuestra la histórica insatisfacción de ambos extremos. Una casación entendida por los justiciables y en los hechos legislativamente concebida como un derecho a una tercera revisión del caso particular, una Corte Suprema en permanente funcionamiento extraordinario, una desesperada y forzada utilización de filtros subjetivos para desahogar el colapso y las falencias en la generación de doctrinas jurisprudenciales uniformes y de calidad, son los defectos mayoritariamente reconocidos a nuestro instrumento casacional. En relación a este último e importante aspecto, basta señalar que cuando en una Sala hay posiciones divididas, un solo miembro, que puede ser incluso un abogado integrante, determina la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tópic en análisis (lo que evidencia la precariedad en la sustentación de la doctrina). Tampoco ha funcionado la facultad de conocimiento por el pleno a petición del recurrente en caso de existir jurisprudencia contradictoria (artículo 782 del actual CPC).

Con base en la experiencia histórica de nuestra casación en el fondo, que la ha hecho bascular entre la protección de *ius litigatoris* y el *ius constitutionis* indiscriminadamente y sin atención a la realidad de las cosas, se demuestra entonces la insatisfacción de ambos propósitos y ello, repito, solo es reprochable en razón del imperfecto diseño normativo del instituto. No puede dejar de destacarse que el legislador chileno de los últimos tiempos, de uno u otro modo ha variado el rumbo, reconociendo implícitamente este fracaso, pues no de otra forma pueden entenderse las modificaciones legislativas ocurridas en otros órdenes procesales durante la última década. Así en materia procesal penal, el legislador ha mutado la casación por el recurso de nulidad, cuestión que conlleva más que un cambio en la fe de bautismo, pues dicho recurso pone fundamentalmente su énfasis en el *ius constitutionis*, esto es, en la vocación prospectiva del instituto como instrumento idóneo para la uniformidad de la doctrina jurisprudencial, como lo refleja el artículo 376 inciso 3° del NCPP. Otro tanto ocurre en materia laboral con el Recurso de Unificación de Jurisprudencia, que, bajo esta denominación, atribuye la misma función uniformadora a la Corte Suprema (artículos 483 y ss. del Código del Trabajo).

Cuestión aparte y no menos importante es la función que históricamente ha cumplido la Corte Suprema, en relación con la protección de las garantías cons-

titucionales de los ciudadanos, aspecto que escrupulosamente han preservado las últimas reformas procesales. Lo anterior tiene un correlato con los tratados internacionales ratificados por Chile en el ámbito de los derechos humanos, que nos insertan en la comunidad de naciones titulares de un mismo sistema de protección de los derechos fundamentales, y reconoce y respeta la existencia de tribunales supranacionales, respecto de los cuales la Corte Suprema actúa como última barrera en el control de convencionalidad. Como nos recuerda el profesor Maturana:²⁰ *El que la Corte Suprema sea nuestro órgano jurisdiccional por excelencia encargada de uniformar los estándares de interpretación de los derechos fundamentales con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales importa una labor de suma trascendencia, por cuanto permite con ello que las Cortes Supremas se transformen en la primera vía efectiva para evitar que se puedan transgredir los tratados internacionales por fallos de los distintos tribunales nacionales en los procesos internos que conocen e impedir así que aumente el número de asuntos que deben conocer los tribunales supranacionales, logrando que ellos puedan así impartir una pronta y efectiva jurisdicción en estas materias, no sobrecargándose innecesariamente con mayores asuntos que conocer por transgresión de derechos fundamentales en el plano interno. Es así como se debería contemplar como competencia de la Corte Suprema no solo la de uniformar una jurisprudencia sobre el derecho interno, sino que también velar por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, permitiendo con ello crear estándares a su respecto que sean coincidentes con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, con lo cual honraríamos los tratados internacionales suscritos por Chile, a lo cual nos comprometete el principio de la convencionalidad*²¹.

Así las cosas, el Proyecto opta por un modelo de casación que denomina recurso extraordinario, asumiendo la premisa fundamental de que el control de legalidad y la tutela efectiva que el Estado es capaz de otorgar al justiciable se debate solamente en una doble instancia (cuestión inobjetable desde el punto de vista constitucional). El acceso al Tribunal Supremo es por la vía excepcional y se posibilita solamente en aquellos casos en que el justiciable, a partir de su agravio, logre establecer que su caso tiene o cualifica como de interés general. Ese interés viene dado por dos órdenes de causales: una fundada en la violación esencial de garantías constitucionales cometidas en la sentencia o en el curso del procedimiento, y otra, en los casos en que se considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial. El avocarse al conocimiento del asunto, o lo que es igual, el discernimiento de si el asunto cualifica o no de interés general, será cuestión que la mayoría de los miembros de la sala respectiva de la Corte Suprema decidirá libérrimamente, conforme al mecanismo conocido en el derecho anglosajón como *Wright of certiorari*.

²⁰ Ver cita 7.

²¹ Véase art. 409 letra b).

Por ende el Proyecto postula dotar de una plena identidad funcional a la Corte Suprema a partir de una misión prospectiva, encargada por una parte de fijar la doctrina jurisprudencial que servirá de luz y guía a los tribunales inferiores y por la otra, advirtiendo previsiblemente a los justiciables acerca del tratamiento de sus derechos, cautelando con ello el valor de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley. En otro extremo, se mantiene su carácter de máximo órgano protector de los derechos ciudadanos, sirviendo de último control de convencionalidad y de protección del Estado de Chile frente a la posible violación de los tratados internacionales, evitando en lo posible la intervención de los tribunales supranacionales.

V. Nuevo sistema de ejecución

La fase de ejecución, en los casos que se hace necesaria, se concibe hoy día como parte esencial de un debido proceso, de la tutela efectiva del crédito a que tienen derecho los justiciables, en tanto realiza los fines del proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que *la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas*²². También ha señalado que *el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral*²³. La Corte Europea de Derechos Humanos, a su turno, ha señalado que la ejecución es parte del debido proceso, y que es deber del Estado garantizarla a toda persona que se beneficie con una decisión jurisdiccional.

Esta jurisprudencia pone fin a un enfoque procesal que privilegia el derecho a un debido proceso en exceso a favor de la parte demandada en detrimento de la actora. Esa garantía es de doble vía y también protege a la parte demandante y a su legítima expectativa, en este caso de tutela del crédito.

A pesar de reconocerse a la etapa de ejecución como un derecho fundamental del justiciable acreedor, nuestro sistema actual, anclado asimismo en raíces decimonónicas, dista mucho de satisfacerlo. Tenemos un sistema jurisdiccionalmente **centralizado** en que todas las tareas a que da origen, sean o no propias de la jurisdicción, recaen en la figura del Juez; desde el punto de vista funcional, el tratamiento de la ejecución que en rigor obedece a un fenómeno único, aparece **disperso** según la naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional

²² Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y Otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C N° 104.

²³ Opinión N° 13 (2010) on the role of judges in the enforcement of judicial decision.

del título ejecutivo; en cuanto a las gestiones de apremio, el sistema es **fragmentario**, en tanto postula la intervención de diversos agentes, juez, peritos, martilleros, receptores con vocación e intereses diferentes, en circunstancias que todo indica que, así como en materia concursal la presencia de un solo agente que asuma unitaria e integralmente este proceso lo dota de mucha mayor eficacia; el procedimiento se presenta como rígido y **burocrático**, en tanto contempla numerosos trámites y formalidades para la realización de los activos y para el perfeccionamiento de su enajenación, que bien pueden simplificarse en el mejor interés de las partes involucradas; también nuestro sistema se caracteriza por la **ineficacia**, que en muchos de los títulos jurisdiccionales se expresa en el retardo que experimenta el cumplimiento de las sentencias de condena por el efecto suspensivo de las apelaciones y en estos y en los no jurisdiccionales, por las dificultades de acceso a la información de bienes embargables, las amplias posibilidades de ocultamiento de bienes, la nula exigencia de colaboración del deudor e instituciones poseedoras de bienes o información de bienes embargables, la facilitación de la intervención de verdaderas mafias que manejan los procesos de enajenación de bienes y, por si fuera poco, es **socialmente regresivo**, en tanto el sistema jurisdiccional está en la práctica al servicio gratuito de empresas de crédito masivo.

Así, por ejemplo, con base en últimos datos estadísticos de 2011, del MINJU/CAPJ, resulta que en la Región Metropolitana solamente 33 de esas empresas concentran el 78,4% del total de ingresos ejecutivos, que a su vez representan el 95,4% de los ingresos civiles. Sirva ese ejemplo, para dimensionar qué parte de las razones del colapso de la justicia civil y de los obstáculos de acceso de los ciudadanos a ella se explica a partir de este verdadero subsidio que los contribuyentes estamos dando a esas empresas, quienes pueden usar legalmente en forma gratuita el sistema judicial para actividades propias de su modelo de negocios. Cabe mencionar a título ilustrativo, que de esas 33 empresas que copan el sistema judicial, 24 son instituciones bancarias, con colocaciones totales por MMUS\$ 196.166, de las cuales su cartera vencida apenas representa un 1,04% de esas colocaciones, con ingresos operacionales en 2011 por MMUS\$ 11.679, con utilidades también a 2011 por MMUS\$ 3.949, y una rentabilidad sobre patrimonio a agosto del 2012 de un 15,89%²⁴. Sin restar la importancia de esta actividad para la economía nacional, no puede soslayarse la evidencia palmaria de un profundo desequilibrio entre los intereses públicos y privados en juego, apareciendo estos últimos indebidamente subsidiados, cuestión que a mi entender urge corregir.

En torno a estos problemas el Proyecto opta, entre las soluciones más importantes, por la descentralización de la ejecución introduciendo la figura del Oficial de Ejecución y por la ejecución provisional de las sentencias de condena.

²⁴ Ver www.sbif.cl

Oficial de Ejecución:

En relación con la "descentralización" de la ejecución, debe advertirse el uso intencionado del vocablo (no hablamos de desjudicialización). En efecto, cuando el Mensaje del Proyecto propone "descentralizar" la ejecución, no pretende ni por asomo privar o restringir el ejercicio de la función jurisdiccional propia de nuestros tribunales, sino simplemente hacernos cargo de aquellos actos administrativos que no consisten, suponen ni requieren el ejercicio de jurisdicción encomendándoselos a otros representantes del Estado, preparados y cualificados para ello, pues esto redundaría en una mayor eficacia de la tutela de los justiciables, exigida como inseparable de la noción de debido proceso.²⁵ **Debemos avanzar en una justicia más de necesidades que de conceptos (Peyrano).**

En esa dirección, el Proyecto opta por la introducción en nuestro medio del Oficial de Ejecución, como figura central de la ejecución; profesional con sólida formación (eventualmente solo abogados) que sería el encargado de todos los actos procesales de naturaleza administrativa que supone esta fase jurisdiccional, pero sin intervención alguna en la actividad de "conocimiento" y "juzgamiento" que atañen al núcleo de la función jurisdiccional, ni posibilidad alguna de disposición de la fuerza pública (última ratio del cumplimiento del derecho), reservada constitucionalmente a nuestros jueces, estatuto que permanece inalterable. La idea es que este Oficial de Ejecución, eventualmente privado, que ejercería una función pública, así como los Árbitros, asuma en forma unitaria e integral las tareas a que da origen, en nomenclatura actual, el cuaderno de apremio del juicio ejecutivo.

En la introducción de esta figura no creemos estar haciendo un experimento aventurado de política pública, sino simplemente sumarnos a aquello que hoy día, especialmente en Europa, es un sistema probado y mayoritario cuyo éxito está trascendiendo las fronteras de ese continente. Hemos incorporado especialmente la experiencia francesa, para quienes el *Huissier de Justice es tan antiguo*.

²⁵ El término "descentralizado" refiere solo a que el rol funcional en la ejecución es realizado por un funcionario y con intervención minimizada o subsidiaria del juez. Valga la aclaración para diferenciar el uso de los términos "centralizado-descentralizado" para referirse a la ejecución en su conjunto orgánico-funcional. Así por ejemplo, el sistema alemán en términos de ejecución es en su conjunto "descentralizado", de esta manera, según el tipo de bien a ejecutar, la prestación requerida y el tipo de medidas ejecutivas a realizar actúan diferentes funcionarios (el juez si hay hipoteca y un bien inmueble, el Oficial de ejecución si existe dinero y bienes muebles, el juez si la obligación es de hacer, el oficial del registro (inmobiliario, de aeronaves o buques), etc. Por el contrario, los sistemas de ejecución suecos, español, austríaco por ejemplo, son centralizados, ya que toda la actividad ejecutiva se concentra en un funcionario de la administración pública o el juez y por delegación los funcionarios intervinientes. JONGBLOED, A., *The bailiff in Europe, utopia or reality?*, (Kluwer, Deventer, 2004), pp. 159-165 partiendo de esta clasificación ya en el Simposio organizado por la Asociación Internacional de Oficiales de Ejecución y la respectiva Asociación holandesa se comenzó a trabajar en una propuesta de "oficial de ejecución comunitario".

como la ley y tan necesario como el juez. La experiencia histórica del Oficial de Ejecución, con atisbos en el derecho romano y fuerte desarrollo en Europa a partir de la Baja Edad Media hasta nuestros días, con sus luces y sombras, nos ha parecido un modelo probado, exitoso y perfectamente compatible con nuestro sistema procesal, aun cuando no pretendemos una aplicación mimética, sino más bien una adaptación realista a nuestra cultura e idiosincrasia nacionales.

Debe destacarse que, hoy día, 19 de los 27 Estados miembros de la Unión Europea han adoptado el modelo francés. Es más, la adopción del Oficial de Ejecución como figura modelo en materia de ejecución es la recomendación de la "Comisión Europea para el Mejoramiento de la Justicia" (Cepej²⁶), creada por el Comité de Ministros mediante Resolución 12 de 18 de septiembre de 2002, organismo compuesto por expertos de los 46 Estados del Consejo de Europa. La Cepej, ha sido muy activa en esta materia, adoptando una serie de directrices especialmente sugeridas por la Unión Internacional de Oficiales de Justicia, con sede en París, destacando entre estas la Recomendación 17, adoptada por el Consejo de Ministros de fecha 9 de septiembre de 2003, complementada por las recomendaciones adoptadas en su 14ª reunión plenaria celebrada en Estrasburgo con fecha 9 y 10 de diciembre de 2009. Estas recomendaciones aconsejan, sin vacilaciones, la adopción de la figura del Oficial de Ejecución como pieza fundamental de esta esencial etapa del proceso y fija pautas para su adecuado diseño orgánico y funcional.

España es de los pocos países europeos que aún no ingresa al sistema de Oficiales de Ejecución, pero existe una fuerza irrefrenable especialmente ejercida por el cuerpo de Procuradores españoles de incorporarse al mismo, ante el sonado fracaso que está teniendo el sistema centralizado y judicializado en actual vigor. Recientemente y en nuestra región, cabe señalar los esfuerzos que se están realizando en la provincia de Mendoza, Argentina, para la incorporación de esta figura, al extremo que, conforme pude constatar en un Seminario al que asistí hace unas semanas, ya tienen redactado un proyecto de ley que introduce esta figura, y lo han hecho precisamente con la asesoría técnica de la Unión Internacional de Oficiales de Justicia.

En cuanto a las dudas de que el Oficial de Ejecución pudiere invadir aspectos reservados a la jurisdicción, formulo algunos comentarios. Desde luego debe tenerse presente que el núcleo o esencialidad de la función jurisdiccional, que es exclusiva e indelegable para nuestros jueces, atañe básicamente a tres aspectos: a) al conocimiento en tanto base del juzgamiento; b) el juzgamiento mismo, esto es, la atribución irrevocable y permanente del derecho, y c) el uso de la fuerza para hacer ejecutar lo juzgado. A mi juicio todo aquello, que no

²⁶ Los documentos de CEPEJ, y toda la información relativa a su trabajo, reuniones y recomendaciones, se hallan disponibles en <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/>

participe de esa esencialidad, de raigambre constitucional, habilita al legislador para atribuirla con perfecta legitimidad a los propios jueces o derechamente a otros agentes estatales que coadyuven al éxito de la función jurisdiccional. Ejemplo de ello son las tareas administrativas, de gestión y gobierno judicial progresivamente entregadas a agentes especializados; las tareas encomendadas a la autoridad administrativa en la ejecución de las sentencias penales, las atribuciones que el Código Tributario otorga al Tesorero Comunal para despachar la ejecución a los deudores fiscales, y permitir que un recaudador fiscal trabaje embargo (art 170 del Código Tributario), etc.

A nivel procedimental, numerosos actos que no participan de la esencialidad antedicha, son encomendados a auxiliares de la administración de justicia que coadyuven a la función jurisdiccional: las actuaciones de Secretarios, Receptores, Martilleros, Peritos y Síndicos de Quiebra son ejemplo de actividades que no comparten la cualidad nuclear de la jurisdicción. Nada de ello compromete, priva ni afecta el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de nuestros jueces, antes colabora con el éxito de esta importante actividad estatal.

En todos esos casos se trata de actos jurídico-procesales, tales como notificaciones, embargos, investigación de bienes, liquidación de créditos, administración de bienes, remates, etc. que no son jurisdiccionales, son ajenos a la formación y vocación de los jueces y escapan a sus competencias específicas. Ello no quiere decir que dichos actos jurídico-procesales que comportan la ejecución no sean de responsabilidad del Estado, en tanto afectan o pueden afectar la esfera privada de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sino solamente que esa función puede ser cumplida de manera más racional y eficiente por agentes públicos calificados para llevar adelante esas tareas y no por los jueces.

Se ha hecho especial mención a la cuestión relativa a la revisión del título ejecutivo y al despacho de la "decisión de ejecución" prevista en el artículo 426 del Proyecto, en cuanto se sostiene que tal sería una típica cuestión propia de la jurisdicción, o sea, de los jueces. Descontando el hecho que el examen de los cientos de miles de títulos ejecutivos presentados a cobro son objeto de un examen formal, por no decir superficial, las más de las veces delegado a funcionarios del tribunal, lo cierto es que la intervención del Juez, no agrega nada que un agente público y por tanto representante del Estado, debidamente capacitado y sujeto a un severo estatuto de responsabilidad, no pueda realizar. Debe tenerse presente que tratándose de títulos extrajurisdiccionales no estamos "haciendo ejecutar lo juzgado", puesto que nada se ha juzgado al respecto. Simplemente estamos requiriendo administrativamente al deudor, quien tendrá siempre y en todo momento franqueada la vía para deducir demanda de oposición ante el órgano jurisdiccional respectivo. Lo propio cabe decir del acreedor, puesto que, en caso de rechazarse su título, también tendrá abierta las vías para impugnar jurisdiccionalmente esa liminar decisión.

Se podría por cierto entregar ese discernimiento al órgano jurisdiccional, pero será un afán retórico y poco práctico, pues al final volveríamos al atochamiento que tanto nos aflige y que queremos desahogar. Se trata de actuar con sentido práctico, sin descuidar en momento alguno los derechos de los justiciables, los que siempre podrán ser cautelados por la intervención de la jurisdicción si así se solicita. Siempre habrán buenos argumentos en pro de la intervención jurisdiccional, pero sabemos que en la práctica ello no hace una real diferencia, y en la opción por concentrar la función de nuestros jueces en aquello propio de su vocación o mantener dogmáticamente su intervención en cuestiones que bien puede ejecutar en nombre del Estado otro agente público, el Proyecto se inclina por lo primero.

Si bien el Proyecto de CPC incorpora la figura del Oficial de Ejecución en el desarrollo de esta fase del proceso, debemos avanzar ahora en la necesaria definición de su estatuto orgánico y funcional, sin duda el aspecto clave del éxito o fracaso de esta institución y, por qué no decirlo, de un aspecto clave del Proyecto mismo. En el diseño de esta nueva institucionalidad y como temas para el debate, planteo las siguientes ideas (extraídas de la experiencia francesa):

Atribuir un carácter binario a esta actividad, consistente en el ejercicio por parte de privados de una función pública, siendo los Oficiales de Ejecución delegatarios exclusivos de una partícula de la soberanía estatal, que coadyuvan a la función jurisdiccional.

Calificados eventualmente como "auxiliares de la administración de justicia" (no por ello integrantes del Poder Judicial) debieran estar sometidos en su designación, supervisión, control y disciplina a un organismo administrativo, como en Francia, Bélgica, Escocia y Portugal. Podría aprovecharse la actual institucionalidad de los Síndicos de Quiebra, creando una categoría nueva de auxiliares dedicados a la actividad de ejecución individual y no universal.

El número de Oficiales de Ejecución debe obedecer a un *numerus clausus*, (en Francia son 3.300 Oficiales, de los cuales 740 son mujeres), que ejerzan funciones dentro de uno o mas territorios jurisdiccionales en función del número de habitantes y de las necesidades de la población respectiva. Asimismo es necesario considerar los procedimientos de interrelación entre estos Oficiales para la práctica de diligencias en distintos territorios jurisdiccionales.

El sistema de acceso a esta actividad debe ser muy riguroso y restrictivo, considerando títulos profesionales afines a los síndicos, como los de abogado o ingeniero o de grados universitarios, como ocurre en Francia y Bélgica. Nada impediría posibilitar por ejemplo que los mismos actuales "síndicos" y funcionarios judiciales como los receptores puedan optar por incorporarse a esta actividad aprovechando su experiencia. En ambos casos debe considerarse la

aprobación de cursos y exámenes de certificación y someterse a los criterios de selección compatibles con los modernos sistemas de contratación de personal.

Lo anterior supone crear una instancia de formación y capacitación continua de los Oficiales de Ejecución, esto último como requisito habilitante para el ejercicio de la actividad. En Francia deben asistir a un programa de entrenamiento que dura dos años.

Clave será la generación de un estatuto de responsabilidad civil, penal, administrativa y ética, así como de mecanismos de seguros o "bolsa común" (responsabilidad colectiva) que compense a terceros por las actividades que generen daños a sus mandantes o terceros.

Debe contemplarse un expedito sistema de impugnaciones de sus actuaciones en sede administrativa y/o jurisdiccional.

Debe establecerse un sistema arancelario público, como en el caso de los síndicos, con aportes estatales en todos los casos en que los justiciables carezcan de recursos económicos para solventarlos, en tanto será un deber de estos Oficiales ejercer su ministerio aun si el justiciable careciere de recursos para remunerarlos.

Debe existir un moderno sistema computacional común a todos los Oficiales de Ejecución, que los obligue a mantener información actualizada y segura, permita auditorías periódicas y controles cruzados, que den garantías de transparencia, eficacia en el control y acceso público a la información.

En materia funcional deberemos reflexionar si además de su función en el ámbito de la ejecución, les otorgaremos otras atribuciones extrajudiciales como las que detentan en Francia, por ejemplo:

Actuar como ministros de fe en diversos ámbitos, tales como el levantamiento o preconstitución de pruebas extrajudiciales u otras específicas estrictamente relacionadas con la actividad jurisdiccional.

Gestionar la averiguación de bienes embargables del deudor tal y como hoy día lo hace administrativamente el recaudador fiscal, exigiendo incluso una declaración jurada de ellos (artículo 171 del Código Tributario).

Tal vez la facultad más relevante se relaciona con el cobro amistoso de créditos judiciales y extrajudiciales, particulares y estatales, con posibilidad de incentivar renegociaciones (de las que son responsables de hacerles el seguimiento), realizaciones voluntarias de bienes, y otros acuerdos entre acreedor y deudor. Este rol de verdadero "mediador", inexistente en la actualidad, me parece profundamente necesario como medio de humanizar la ejecución. "Ejecutar"

en este caso no es "ajusticiar" ni dar muerte al deudor, sino permitir la efectividad del derecho por medio de la jurisdicción, sin olvidarse de su vocación de pacificadora.

Finalmente todos estos criterios deben tender en lo posible a cumplir con las directrices internacionales que reglan esta actividad, posibilitando un perfeccionamiento permanente de esta institución, conforme a los avances legislativos internacionales sobre la materia y permitiendo establecer nexos institucionales con organizaciones similares de otros países.

VI. Ejecución provisional de las sentencias de condena

El proyecto consagra como principio y regla general la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo. A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española que la implementó en la LEC de 2000, se le denomina "ejecución provisional" o más bien "condicional", pues los efectos ejecutivos son inmediatos.

Se trata de una opción de política procesal tan válida como su opción contraria, sustentada entre otras en:

Fortalecimiento del rol del juez de primer grado jurisdiccional, cuya decisión evidencia un mejor derecho del actor. Si frente a esta ejecución el deudor deduce demanda de oposición, que es una de las posibilidades, lo cierto es que la ejecución no avanzará más allá del embargo, situación que hoy día ocurre con los títulos extrajurisdiccionales, sin que haya transcurrido el discernimiento propio del proceso con su juicio de realidad y verdad, que por cierto brinda muchas más garantías que la revisión superficial del título ejecutivo extrajurisdiccional. No debe olvidarse por fin que, como ocurre hoy, el segundo grado jurisdiccional es revisor y no renovador, por manera que la actividad jurisdiccional en toda su expresión jurídica y fáctica se ha desarrollado sustancialmente en el primer grado.

Tempestividad de la tutela efectiva: necesidad de satisfacer el pronto cumplimiento de la sentencia de condena, dotándola de mayor eficacia, evitando los daños que genera una ejecución tardía. No se divisa la razón por la cual el actor deba soportar el tiempo del recurso, como nos recuerda Marinoni, de manera tal que distribuye con mayor justicia la carga de soportar los tiempos del iter procesal.

Disuadir el uso de los recursos procesales con el solo ánimo de dilatar el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Recientes datos estadísticos, conforme a

los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes. De manera que la revocación o enmienda es la excepción y la ejecución provisional tiene mayoritariamente vocación de definitiva.

La ejecución provisional está presente desde hace mucho en el derecho chileno. Se introdujo en 1944 con motivo de la Ley 7.760, que otorgó carácter ejecutivo a resoluciones que causan ejecutoria. Múltiples son los casos de ejecución provisional presentes en nuestra legislación: las sentencias de condena de los Árbitros Arbitradores; Juicio Ejecutivo (art. 475 CPC); Recurso de Casación (art. 773 CPC); Juicio Sumario (arts. 691 y 194 N° 1 CPC); Juicios Posesorios (art. 550 CPC); Sentencias Interlocutorias de condena (art. 194 CPC); Juicios de arrendamiento (arts. 606, 614 CPC); Juicios de arrendamiento de predios urbanos Ley 18.101, (art. 8 N° 9), en los que ni siquiera cabe la orden de no innovar, entre otros.

La no exigencia de caución se encuentra compensada con recaudos preventivos y correctivos, tales como: posibilidad de demanda de oposición del deudor, que paralizará el apremio; exigencia de caución en casos del art. 238 inciso 3°; tratándose de condenas dinerarias, el deudor en el mismo caso anterior puede indicar otras medidas ejecutivas alternativas, menos perjudiciales (art. 238 inc 4°); garantías frente a una eventual revocación, para retrotraer las cosas al estado anterior; devolución de lo percibido con intereses; compensación de los perjuicios ocasionados y costas y, finalmente, la posibilidad siempre presente de solicitar una orden de no innovar en el recurso de apelación (art. 387).

VII. Comentarios finales

La reforma comentada es sin duda una de las políticas públicas más relevantes de los últimos años, en tanto atañe a uno de los aspectos centrales de los derechos ciudadanos, cual es el acceso a la justicia. Sin justicia, los derechos ciudadanos devienen en intrascendentes, el Estado de Derecho se debilita y la democracia pelagra. No obstante, no puede haber espacio aquí para la improvisación ni para miradas egoístas. Es una verdadera oportunidad para rediseñar entre todos nuestro estatuto procesal sobre bases sólidas, con una mirada de largo plazo centrada en las necesidades del ciudadano, en especial de aquellos para quienes la justicia civil se presenta inalcanzable y la motejan, no sin razón, como la "justicia de los ricos".

A la solidez conceptual del estatuto, debemos agregar la experiencia acumulada de las reformas anteriores y la introducción razonada y explícita, por tanto no meramente subyacente, del verdadero sentido y razón de ser de las normas procesales, caracterizadas por su idoneidad para cambiar la realidad de las per-

sonas, desde que su finalidad no es otra que la efectivización de sus derechos y garantías máspreciados.

El éxito de esta gran obra es responsabilidad de todos quienes se vinculan con el sistema judicial, desde los poderes públicos, las universidades, asociaciones y colegios de abogados y, en general, de todas las organizaciones e instituciones a quienes conciernen e interesan estos temas. Debemos ser capaces, como decíamos al principio, de generar un estatuto procesal idóneo para resolver las controversias jurídicas, brindando respuestas que cualifiquen de justas e igualitarias, oportunas, eficientes y previsibles.

