

Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil

Julio Alvear Téllez

Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Ignacio Covarrubias Cuevas

Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El artículo analiza el proyecto de nuevo Código Procesal Civil en los aspectos que resultan problemáticos para el derecho constitucional. A partir de las críticas que se han formulado desde el campo del derecho civil y del derecho procesal, se constata que muchas figuras establecidas en el proyecto no han sido objeto de una maduración adecuada, con lo que se afectan derechos fundamentales básicos y la lógica orgánica de nuestras instituciones republicanas.

1) Cuestiones previas

El objetivo del presente artículo es presentar un análisis del proyecto de Código Procesal Civil (en adelante, PCPC) en los aspectos que podrían resultar problemáticos para el derecho constitucional.

El proyecto se atribuye el carácter de ejemplo modernizador e histórico en lo que se refiere a la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos, de cara a los conflictos civiles y comerciales. Su objetivo expreso es reformar el proceso civil a fin de satisfacer "*los estándares constitucionales de un debido proceso*", dando mayor garantía a los derechos fundamentales involucrados en el mismo.

Sin embargo, hay que advertir que el intento no ha sido pacífico. En el campo del derecho civil se han formulado agudas críticas¹, que también se han dejado

¹ *Comentarios al Proyecto del nuevo Código Procesal Civil*, del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Chile, del 14 de mayo del 2012 (en adelante, CPNCPC); *Comentarios al Proyecto de Ley que establece el Código Procesal Civil*, del 29 de julio del 2012, suscrito por más de 80 profesores de derecho civil de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica, de la Universidad de

ver en el ámbito del derecho procesal². En el intertanto, los cultivadores del derecho constitucional apenas se han pronunciado, pese a que las objeciones civiles y procesales que revisaremos plantean explícita o implícitamente cuestiones constitucionales de fuste.

En general, como evaluación sistémica, los profesores de derecho civil han valorado positivamente que el PCPC persiga la descongestión, eficiencia y accesibilidad de la justicia civil, especialmente a través de la aplicación razonada de los principios de oralidad, intermediación, publicidad, concentración, continuidad, buena fe e igualdad de oportunidades en el proceso. No se cuestiona la necesidad de modernización, ni los objetivos fundamentales de la reforma, atendida la obsolescencia y las enormes carencias del actual sistema vigente. El rechazo se dirige hacia algunas figuras concretas del PCPC, que han sido establecidas con premura, sin mayor atención a sus eventuales consecuencias nocivas en las áreas llamadas "sustantivas" del derecho, y que incluso pueden comprometer gravemente los beneficios mismos que se pretenden alcanzar con la reforma.

Más precisamente, se reprocha la cristalización de ciertas innovaciones en algunos institutos procesales inadecuados, que ocasionarán desajustes en el derecho civil y comercial, particularmente en el derecho de las personas y de los bienes, y con él, en el sistema contractual y el régimen de responsabilidad civil, eje del libre mercado. Desde la perspectiva procesal se imputan contradicciones y desequilibrios.

¿Cuáles son las figuras cuestionadas? Para responder a esta pregunta, consideraremos por separado la perspectiva civil y la procesal, resaltando solo aquellos aspectos de interés constitucional. Las consideraciones críticas puramente atinentes a cada una de estas disciplinas solo serán enunciadas, pues entendemos que han de ser abordadas con más competencia por los especialistas de estas áreas.

2) Observaciones constitucionales en particular

1) Perspectiva civil

Desde este enfoque, se ha hecho ver el efecto paradójico de la reforma, tanto en los *medios* como en los *objetivos*. En cuanto a lo primero, se objeta la crea-

Concepción, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, de la Universidad Diego Portales, de la Universidad de los Andes, de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Universidad Austral (en adelante CPLCPC); *Declaración sobre la Reforma Procesal Civil, X Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, del 11 de agosto del 2012 (en adelante DRPC).

² *Informe con principales consideraciones críticas del proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil*, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, de julio del 2012 (en adelante INPCPC). El documento no indica día.

ción de institutos procesales que entorpecen los mismos objetivos que se ha propuesto el PCPC. En cuanto a lo segundo, se acusa la distorsión que tales objetivos producen, en ciertas circunstancias que no han sido removidas, en otros sectores del ordenamiento jurídico, amén de su ineficiencia relativa, dado el residual campo de aplicación que tendrá la reforma.

Las instituciones cuestionadas que interesa destacar son las siguientes:

1) *El recurso extraordinario*

El Mensaje justifica la incorporación de este instituto con el siguiente tenor: "*El Código realiza una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente que refleja simplicidad y eficiencia, a la vez que un justo equilibrio entre tales aspiraciones y el debido proceso (...)*En lo que sin duda constituye una de las innovaciones más importantes que contempla el Código, se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país"³.

En lo pertinente, el articulado del PCPC queda como sigue:

Art. 405.- *Objeto. El agraviado por una sentencia podrá ocurrir excepcionalmente ante la Corte Suprema con los propósitos que en este Título se señalan y cumpliéndose los requisitos que se indican, para solicitarle que se avoque al conocimiento del asunto por estimarse afectado un interés general.*

Art. 408.- *Requisitos de interposición. El recurso deberá presentarse por escrito, debiendo expresarse el agravio y en forma fundada las razones por las cuales concurre el **interés general** que justifica la intervención de la Corte Suprema.*

Adicionalmente deberá señalarse las peticiones concretas que se someten a la consideración de la Corte Suprema para subsanar el agravio invocado.

Art. 409.- *Interés general. La Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un **interés general** que haga necesaria su intervención.*

*Sólo podrá estimarse que concurre un **interés general** para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos:*

³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 23-24.

a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un **derecho o garantía fundamental** contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y;

b) En caso que considere **pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.**

Art. 413.- Fallo del recurso. La Corte Suprema actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado la audiencia de vista.

En la sentencia la Corte Suprema deberá exponer los fundamentos que se tuvieron presente para declarar la admisibilidad del recurso y si se acogiere, la forma en que se ha verificado la infracción esencial del derecho fundamental o **la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico** y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare en su caso.

Si la Corte Suprema al acoger el recurso extraordinario anulare la sentencia recurrida, dictará sentencia de reemplazo. Si anulare el juicio en el cual se hubiere pronunciado, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la comunicación al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

Fortalecer la función jurisdiccional de la Corte Suprema y obtener una efectiva unidad en la jurisprudencia nacional son dos de los ambiciosos objetivos que se pretenden alcanzar por medio de este recurso extraordinario.

¿Se logran? A juicio de la crítica, el recurso extraordinario no solo conspira contra estos objetivos, sino que en sí mismo considerado altera las bases que permiten comprender la actuación del máximo tribunal del país, afectando el sistema de fuentes del derecho privado. Es una extravagancia jurídica de envergadura que genera no menores repercusiones constitucionales:

a) El recurso extraordinario trastorna el sistema de fuentes del derecho chileno, al atribuir efectos generales a las sentencias de la Corte Suprema, las que, sin embargo, han de estar fundadas en la *auctoritas* y no en la *potestas*⁴.

b) El recurso citado no satisface *de suyo* el objetivo que pretende satisfacer:

⁴ CPNCPC, pp. 6-7; CPLCPC, pp. 1-2.

* Por una razón cuantitativa: es un recurso completamente excepcional. Solo procede si se amaga el "interés general", definido de forma estricta como infracción de derechos constitucionales y necesidad de uniformar doctrina.

* Por un motivo cualitativo: el recurso vuelve imposible la tarea de uniformar la aplicación de la ley. Se trata de un instrumento que expulsa los criterios del derecho común civil y comercial, para considerar solo los "*criterios de equidad fundados en una justificación muy elemental sobre la base de los derechos constitucionales*".

Lo anterior, paradójicamente, conspira contra las finalidades de la reforma. Precisamente porque "*la alegación sobre la base de derechos constitucionales ahonda lo que se denomina vulgarización del derecho civil. La Constitución es, por cierto, la norma suprema. Pero ella representa un marco abierto de derechos o principios en conflicto, cuya aplicación puede conducir a una multiplicidad de soluciones, precisamente, por su carácter abierto. Es la legislación civil la que viene a concretar esa regulación, la que enriquece con criterios y reglas específicas, otorgándole contenido a los derechos civiles, y proporcionando soluciones claras y, la mayor parte del tiempo, unívocas a situaciones concretas*"⁵.

La sustitución de lo civil por lo constitucional implica derechamente que se elimina la causal de infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En otros términos, "*no se puede alegar que se infringió el Código Civil para exigir la intervención de la Corte Suprema, sino que todo se reconduce a una elemental y estandarizada discusión constitucional*"⁶.

Por lo anterior, la Corte Suprema no queda reforzada, sino debilitada. Sólo puede pronunciarse en muy contadas ocasiones, y cuando lo haga debe convertirse en una jurisdicción constitucional, razonando en términos de derechos fundamentales, sin poder velar por el cumplimiento de la ley común, en sí misma considerada.

¿Para qué decir de los inconvenientes que conllevará la potestad de fijar "*la manera en la cual deberá ser (...) **aplicada** una determinada norma*" (art. 413, inc. 2° PCPC), en circunstancias que el Tribunal Constitucional posee una análoga atribución constitucional, esto es, la de declarar inaplicable un precepto legal "*cuya **aplicación** (...) resulte contraria a la Constitución*" (art. 93 N° 6 de la Constitución Política).

c) El recurso extraordinario con atribuciones constitucionales es una mala copia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. La dotación de

⁵ CPNCPC, p. 6.

⁶ CPNCPC, p. 7; CPLCPC, p. 2.

competencia constitucional requeriría, en rigor, de una reforma en ese ámbito, pues es el Tribunal Constitucional el órgano que en Chile ejerce el control preventivo y ex post de la ley⁷, entre las que, como señaláramos arriba, se encuentra la facultad de declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación estime contraria a la Carta Fundamental.

d) Siempre ha sido misión de la Corte Suprema fijar y uniformar doctrinas jurisprudenciales. El privarle en la práctica de dicha facultad respecto del derecho común es atentar contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, "pues no es conforme a dicha garantía que la ley sea aplicada de manera diversa a los ciudadanos", sin que el máximo tribunal pueda hacer nada⁸.

Como problema constitucional se encuentra presente en todas estas objeciones una notable cuestión de coherencia en el diseño de las funciones que el PCPC perfila para la Corte Suprema. Sin reforma constitucional alguna, muta su fisonomía esencial, privándole de las competencias propias de un tribunal de derecho común, para atribuirles otras, que, en rigor, son propias de un Tribunal Constitucional. Amén de una posible afectación de la igualdad en la ley, que por el momento dejamos solo enunciada.

2) Medida cautelar innovativa

El PCPC articula esta institución de la siguiente manera:

Art. 188.- **Medida cautelar innovativa.** *Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud. La medida cautelar innovativa se decretará en forma **excepcional** cuando el peligro de **perjuicio irreparable** no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa.*

Este mecanismo es bastante restrictivo como medida de urgencia por su falta de autonomía. Y excluye además los daños reparables, lo que es absurdo, pues lo que importa en el derecho patrimonial contemporáneo es la posibilidad de hacer frente a todo perjuicio inminente, sea reparable o no. "En los contratos y en la responsabilidad los perjuicios patrimoniales son por esencia reparables, y para ellos hoy no existe acción de urgencia genérica"⁹.

El enfoque crítico lamenta que el PCPC no contemple una acción civil de urgencia de alcance general entre las medidas cautelares. Oportunidad perdida

⁷ CPNCPC, p. 7.

⁸ CPNCPC, p. 6.

⁹ CPNCPC, p. 14.

para resolver una de las principales faltas del derecho procesal chileno, cual es el abuso del recurso de protección en todos aquellos casos en que el sistema se ve obligado a resolver un asunto sobre la base de una argumentación constitucional genérica, en ausencia de un mecanismo procesal de urgencia que permita cautelar un derecho por violación directa a las normas de derecho común.

En este sentido, los profesores de derecho civil insisten en que la reforma *"no resuelve la deformación generada en nuestro derecho por el abuso del recurso de protección, el que, junto con una errónea interpretación del artículo 19 N° 24 de la Constitución, ha generado una cosificación de los derechos, y una distorsión en el concepto civil del dominio. Hoy existe en Chile derecho de propiedad sobre todo tipo de bienes: sobre las cosas corporales, se entiende; pero resulta poco razonable alegarlo sobre cosas incorpóreas (específicamente, sobre los créditos), donde se ha confundido más bien la titularidad de un derecho personal con la propiedad que se tendría sobre ellos"*. Lo que se extiende incluso a las meras expectativas¹⁰.

Nuevamente se constata aquí un problema de coherencia en el diseño que el PCPC pretende establecer sin ahondar en la lógica de las instituciones, ni en sus repercusiones horizontales.

3) Carga "dinámica" de la prueba.

El mensaje incorpora esta institución invocando el siguiente motivo:

*"A fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal"*¹¹.

Al respecto, el PCPC dispone en su articulado:

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

¹⁰ CPNCPC, p. 13.

¹¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 18.

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

Los críticos sostienen aquí, no sin razón, que la regla precedente de la carga de la prueba altera todo el sistema civil que a este respecto existe. Se trata de un instituto procesal que inadvertidamente afecta las instituciones de derecho civil. Se le entrega al juez una facultad genérica durante el proceso para distribuir la carga probatoria, con lo que puede sustraerse discrecionalmente de todas las reglas contenidas en la ley civil, enervando de paso los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley que el proyecto dice proyectar.

Las reglas de la prueba de las obligaciones son claras y previsibles en el derecho común. *"El artículo 1698 establece que deberá probar las obligaciones el que alega la existencia o la extinción de éstas. Lo anterior, resulta razonable y justo ya que lo normal será que las personas no estén obligadas. La obligación es una excepción. Por ello, el sistema de derecho civil hace recaer la prueba en quien quiere alegar la excepción, es decir, alegar que el otro está obligado. Asimismo, una vez que se está obligado, el derecho hace recaer la prueba en quien quiere alegar que dicha obligación se extinguió, es decir, en quien alega la situación excepcional que existiendo una obligación ésta ha dejado de existir. Por su parte, el artículo 1547 inciso 3° consagra que la prueba del caso fortuito corresponderá al que lo alega y la prueba de la diligencia al deudor, esto último implica que la culpa en materia contractual se presume"*¹².

Este sistema no es respetado por el PCPC, sostienen los críticos, puesto que contradice textos legales sustantivos y adjetivos con una técnica del todo inaceptable, cual es, la de modificar las reglas civiles por consecuencia indirecta de la mutación de las normas procesales, sin previamente medir sus efectos. Como si la prueba de las obligaciones no fuera materia regulada por el derecho común, en concomitancia lógica con las exigencias del tráfico de bienes.

Las consecuencias negativas no se dejan esperar, y a varios títulos:

i) Dado que el PCPC no coordina sus normas con las del Código Civil, el juez podrá vulnerar las presunciones legales de culpa, tanto en materia contractual (art. 1547 inciso 3° Código Civil) como extracontractual (arts. 2320, 2326 y 2329 Código Civil).

¹² CPNCPC, p. 16.

ii) Se olvida que las normas probatorias son normas sustanciales. Al derecho procesal le cabe, por cierto, regular los pormenores de la actividad probatoria, pero es al derecho civil al que le compete consagrar sus principios, dado que las normas de esta especie se integran a los contratos o *"regulan el actuar de las personas en sus relaciones con los demás (responsabilidad extracontractual)"*¹³.

iii) *"El núcleo central y esencial del derecho de los contratos y de la responsabilidad civil gira en torno a la prueba de las obligaciones y a las presunciones legales de culpa. Todo este sistema se verá seriamente alterado por la introducción, en los términos propuestos, de la carga probatoria dinámica"*¹⁴. Los críticos precisan las perjudiciales secuelas:

a) Alteración del sistema de contratos y de libre mercado, destruyendo, so pretexto de la igualdad procesal, la previsibilidad y la seguridad de las transacciones jurídicas.

*"Los contratos son instrumentos para "anticipar el futuro", se sostiene desde esta perspectiva. "Disminuyen los costos de transacción para que la riqueza pueda circular hacia sus usos más eficientes. Su contenido está conformado por cláusulas que prevén contingencias posibles, anticipando las partes su solución, a fin de disminuir el riesgo que implica obligarse. Asimismo, su contenido está definido por el derecho dispositivo (Código Civil) que contiene una regulación, supletoria y equilibrada de la voluntad de las partes (esto es, actúa frente a su silencio), de los derechos y obligaciones recíprocos. Dentro de estas normas dispositivas están las reglas probatorias. Resulta indispensable, por ejemplo, saber a quién corresponderá en un eventual litigio la prueba de la culpa o la prueba del caso fortuito. Las partes, sabiendo esto con antelación (al momento de contratar), podrán tomar las precauciones debidas para enfrentar un posible juicio de manera exitosa. No debe olvidarse que la regulación civil en la materia constituye el derecho común aplicable a todos los contratos civiles y comerciales celebrados en el país. Por ello, si se modifican equivocadamente estas normas, todo el sistema contractual nacional se verá alterado"*¹⁵.

En este punto, la regulación procesal de la carga de la prueba debería estar más atenta a la regulación civil en la materia, pues, de lo contrario, se termina por afectar uno de los objetivos esenciales del derecho de los contratos, cual es, la anticipación de los riesgos, con todas sus repercusiones en el área del derecho de seguro.

Al respecto, se indica que *"la sorpresa de enterarse recién en la audiencia preliminar quién es el que deberá rendir prueba sobre tal o cual obligación, provoca*

¹³ CPNCPC, p. 17.

¹⁴ CPNCPC, pp. 17-18.

¹⁵ CPNCPC, p. 18.

que los contratos ya no sirvan para anticipar los riesgos que la contratación implica, pues aquello puede decidirlo el juez ex-post y sobre criterios subjetivos. Esto genera una gravísima consecuencia sistémica: todo el modelo de intercambios y de libre mercado, que se funda en los contratos, es puesto en tela de juicio. Lo anterior, y como efecto colateral, provocará un fuerte impacto en el sistema de los seguros y la actividad de las compañías aseguradoras que basan su actividad comercial de cálculo estadístico en que las partes, primeramente, anticipen riesgos en los contratos sobre la base de las normas legales generales, para sobre eso realizar la cobertura del riesgo definiendo el valor de las primas. Si las partes ya no pueden anticipar los riesgos en los contratos (y esto es lo que provocaría una regla probatoria dinámica tan abierta) entonces a las compañías aseguradoras les resultará difícil evaluar el riesgo de la actividad regida en el contrato, por lo que podrían decidir retirarse de determinados ámbitos del mercado (pues ya no les sería rentable)¹⁶.

b) Perturbación del principio de autonomía privada. Se alega que bajo la actual legislación una estipulación contractual puede alterar la regla legal de la carga de la prueba de la culpa (artículo 1547 inciso 3° del Código Civil), por lo que si se entrega al juez la facultad de atribuir dicha carga, se podrá vulnerar la intangibilidad del contrato.

c) Afectación de la teoría de los riesgos. Con la carga dinámica de la prueba el juez podrá alterar la norma que impone al deudor la prueba de la pérdida fortuita de la cosa debida, cuya razón de ser estriba en la necesidad de evitar que eluda el cumplimiento de sus obligaciones.

d) Descomposición de la regla del caso fortuito como eximente de responsabilidad civil. Actualmente corresponde probar el caso fortuito a quien lo alega (art. 1547 inc. 3° Código Civil), quien, en sede procesal, es el demandado. Con la carga dinámica, eventualmente el juez podría obligar a probar la inexistencia de una obligación a quien alega su existencia, esto es, al demandante.

e) La perturbación del sistema de presunciones legales de culpa afecta asimismo el derecho de responsabilidad en favor de la víctima y la garantía de reparación de los daños.

Al respecto, se puntualiza que *"en materia extracontractual, la carga probatoria dinámica genera serias consecuencias negativas, sobre todo respecto de las presunciones legales de culpa contenidas en el ya citado título XXXV del libro IV Código Civil. Las relaciones interpersonales exponen a los sujetos a sufrir daños producto de un hecho negligente o doloso. Las presunciones legales de culpa ya sean por el por hecho ajeno (art. 2320 Código Civil); por el hecho propio por*

¹⁶ *Ibidem.*

actividades peligrosas (art. 2329 Código Civil); o por el hecho de las cosas (arts. 2323, 2326 y 2328 Código Civil), favorecen a la víctima de los accidentes, ya que le permite liberarse de la carga de probar la culpa del agente del daño y hacen más expedita la posibilidad de obtener la indemnización. La carga probatoria dinámica altera este sistema y contribuye a diluir la seguridad jurídica, ya que no se sabrá, hasta la audiencia preliminar, si la víctima estará o no liberada de la prueba de la culpa, prueba que por cierto puede retrasar o, incluso hacer imposible, la indemnización justa para intentar reparar el daño causado por un hecho negligente"¹⁷.

Como corolario de todo lo anterior, los críticos someten a "deconstrucción" los criterios de "disponibilidad" y "facilidad" que en la mirada del PCPC fundamentan la introducción de la carga dinámica de la prueba.

Se objeta que, en rigor, esta institución probatoria revierte en la desnuda subjetividad del juez, vulnerando las normas generales y abstractas que la ley establece en materia de responsabilidad contractual y extracontractual para garantizar el tráfico y la seguridad jurídica. Dicha subjetividad se denota especialmente cuando se tiene en cuenta que el juez "*deberá tomar partido*" ya en la fase preliminar del proceso, donde es imposible que conozca en profundidad el caso que ha de resolver. Es una apelación a la *intuición*, y no a la *convicción* del juez; un llamado a la *parcialidad*, no a la *imparcialidad*.

A modo de recapitulación, y aun a riesgo de ser insistente, se puede afirmar que desde la perspectiva del derecho civil, todo esto importa significativas distorsiones en el sistema de contratos y de libre mercado, desde el momento que la carga dinámica de la prueba afecta "*la función de previsión propia de los contratos; altera el sistema de los seguros y la actividad de las compañías aseguradoras, para las que es esencial la anticipación de los riesgos en los contratos sobre la base de las normas legales generales; atenta contra el principio de la autonomía privada y de la intangibilidad de los contratos, ya que el juez podría ignorar aquella estipulación contractual en que los contratantes alteren la regla legal de la carga de la prueba de la culpa; perturba la teoría de los riesgos y las reglas del caso fortuito, de acuerdo a las cuales el deudor debe acreditar la pérdida de la cosa y el caso fortuito, respectivamente; mientras que, en materia extracontractual, afectaría el sistema de presunciones legales de culpa, que favorecen a las víctimas de los accidentes*"¹⁸.

De aquí surgen dos grandes interrogantes para el derecho constitucional. ¿No se afecta el derecho de propiedad cuando no se fijan las garantías procesales adecuadas para asegurar la intangibilidad de los contratos? Asimismo, dada la

¹⁷ CPNCPC, p. 19.

¹⁸ CPLCPC, p. 3.

falta de previsibilidad que la carga dinámica supone, ¿no se termina vulnerando la igualdad ante la ley y el debido proceso?

4) Inconsistente ámbito de aplicación de la reforma

Los autores de CPNCPC subrayan que el proyecto de reforma procesal civil es menos relevante de lo que parece. Sin los procedimientos ejecutivos, los tribunales civiles quedarán con un 90% menos de causas. No conocerán materias de derecho de familia, pues están reservadas a los tribunales de familia; tampoco sucesiones intestadas abiertas, sujetas a la tramitación administrativa del Registro Civil, ni conflictos comerciales de mediana y mayor envergadura, sometidos en la práctica comercial a los compromisos y a las cláusulas compromisorias. Los tribunales civiles tendrán, entonces, una competencia residual en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y de las acciones de resolución o de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de contratos medianos y pequeños. Pero aun aquí la incidencia será limitada. Variados tipos de responsabilidad extracontractual siguen siendo de competencia de otros tribunales, como los laborales, los penales y los Juzgados de Policía Local.

Asimismo, en materia de indemnización de perjuicios, la Ley de Protección del Consumidor entrega a los juzgados de policía local, y no a los tribunales civiles, el conocimiento de la mayor parte de las acciones, con lo que los conflictos contractuales y de responsabilidad que más sienten los ciudadanos quedarán fuera de la órbita de la reforma¹⁹.

Al respecto, los críticos proponen incorporar los conflictos sobre contratos de consumo a la competencia de los tribunales civiles, especialmente en materia de responsabilidad. Además, para hacer lógica la aplicación razonable de los principios de la reforma se sugiere establecer una acción civil de urgencia.

Desde la perspectiva constitucional se puede agregar que la lógica de la Carta Fundamental exige extender la aplicación de la reforma a los ámbitos donde la ciudadanía requiere de una justicia rápida, oportuna y efectiva (el derecho controversial del consumidor es típico en el derecho comparado), si es que se quiere cumplir con los fines garantísticos de la misma.

5) El PCPC produce desajustes varios en el derecho sustantivo

Se trata, según denuncian los críticos, de institutos que alteran o desnaturalizan las reglas del derecho civil. En la imposibilidad de hacernos cargo de cada uno de ellos, los enunciamos con las respectivas referencias documentales:

¹⁹ CPNCPC, pp. 32-33; CPLCPC, p. 4.

- i) Declaración jurada del ejecutado (art. 446 PCPC), que no tiene en cuenta las reglas civiles de la acción pauliana²⁰.
- ii) Propuesta alternativa de pago en el emplazamiento del ejecutado (art.432 PCPC), que no respeta las normas de la dación en pago²¹.
- iii) Efecto de las sentencias penales en el proceso civil (art. 219 PCPC), que no considera las exigencias propias del derecho común en la materia²².
- iv) Sucesión procesal por acto entre vivos (art. 23 PCPC), que elimina en la práctica la fundada distinción entre excepciones reales y personales en la cesión de derechos litigiosos²³.
- v) Creación de nuevos ilícitos civiles de incidencia procesal (arts. 50, 177, 241, 567 PCPC), que innovan en la materia sin la suficiente coordinación con el sistema de responsabilidad del derecho común²⁴.
- vi) Inexistencia procesal (art. 116 PCPC)²⁵, que incide sin justificación en el tópico de derecho sustantivo de la suficiencia de las sanciones civiles de nulidad absoluta y nulidad relativa.
- vii) Nueva figura de objeto ilícito (art. 118 PCPC), que interviene sin modificarlo en el texto del artículo 1464 del Código Civil. El ajuste se hace imperativo por motivos de seguridad jurídica y concordancia legislativa²⁶.
- viii) Regulación de la capacidad procesal (arts. 15 a 17 PCPC)²⁷, que afecta las reglas generales sustantivas sobre la personalidad, la capacidad y los patrimonios de afectación.

II) Perspectiva procesal

Desde este enfoque, aunque de un modo minoritario, se ha criticado la inconsistencia de ciertas instituciones procesales, especialmente si se les pone en relación con los fines que intenta alcanzar la reforma.

Las instituciones cuestionadas que nos interesa destacar son las siguientes:

²⁰ CPNCPC, pp. 27-28.

²¹ CPNCPC, pp. 28-29.

²² CPNCPC, pp. 29-31.

²³ CPNCPC, pp. 31-32.

²⁴ CPNCPC, pp. 21-26.

²⁵ CPNCPC, pp. 26-27.

²⁶ CPNCPC, p. 27.

²⁷ CPNCPC, pp. 8-12.

1) Facultades de prueba de oficio o propia iniciativa entregada a los jueces

El Mensaje justifica estas facultades apelando a los principios del derecho procesal contemporáneo y a las garantías de orden constitucional. Es instructivo transcribir en su detalle las palabras del Ejecutivo:

"(El) derecho a la tutela judicial y el debido proceso como garantía fundamental de los ciudadanos frente al Estado, que tiene como contrapartida a la proscripción de la autotutela, impone al Estado, como deber ineludible, la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos y de establecer y regular procedimientos adecuados y rápidos para la justa obtención de la tutela solicitada y con posibilidad de ejecución, cuando ella sea necesaria.

El texto que someto a vuestra consideración aspira a cumplir con dicho mandato constitucional, reemplazando un sistema anacrónico y que no satisface las necesidades de tutela de los derechos de los justiciables. Se busca reemplazarlo por un sistema nuevo en el que se asume que en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa del conflicto y, por ende, se ordene a la generación de las condiciones necesarias para una convivencia social pacífica.

Consecuente con lo anterior, y entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia. Así, por ejemplo, la iniciativa del proceso civil, la determinación del objeto del mismo, la aportación de pruebas –salvo excepciones– y la utilización de los medios de impugnación corresponden exclusivamente a las partes.

En cuanto al impulso y dirección del proceso, el nuevo Código otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo, sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto.

Por otra parte, se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el

*conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez*²⁸.

El PCPC concreta este importante objetivo en el siguiente articulado:

Art. 288.- **Iniciativa probatoria.** *Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado. Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290.*

A juicio del Instituto Panamericano de Derecho Procesal este artículo sería inconstitucional, por dos motivos principales:

i) Viola el debido proceso en lo que atañe a la imparcialidad de los jueces. En efecto, al autorizar la intervención del juez en la producción de la prueba pierde éste la equidistancia en relación a las partes. Este tipo de facultades de oficio no se autorizan ni siquiera en el proceso penal, donde ni los jueces de garantía ni los del tribunal oral pueden decretar pruebas a favor de una o más partes, estando reservada esta competencia al Ministerio Público, sea de oficio, sea a petición de la parte querellante.

Cerrando el argumento, se concluye que las medidas probatorias benefician necesariamente a algunas de las partes, por lo que su decisión afecta la imparcialidad en la administración de la justicia civil y comercial, especialmente en la dictación de la sentencia²⁹.

ii) Viola el debido proceso en lo que dice relación con la igualdad de las partes. La prueba que disponga el juez afecta las reglas pre-determinadas de la carga de la prueba, base sobre las cuales las partes formularon su demanda y defensa. El no beneficiado por la medida queda así en posición de desigualdad. Se arguye que, por lógica, *"la prueba decretada por el juez va a acreditar o desacreditar las afirmaciones de una parte o de la otra. Por ello, es indudable que nunca se decreta en abstracto, con imparcialidad"*³⁰.

²⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 17-18.

²⁹ INPCPC, pp. 2-3.

³⁰ INPCPC, p. 5.

Es lo que, en la práctica, se ha visto en materia laboral y de familia, donde *"al tomar estas decisiones se conoce irremediamente que el juez ya tomó partido por una de las partes"*. Es más, se agrega, *"el mismo lenguaje del proyecto lo deja bastante claro: si el juez decreta prueba, la parte afectada puede oponerse (pelear contra el juez que prueba) y/o complementar su ofrecimiento de prueba u ofrecer contraprueba (la que procede contra la prueba de la contraria). Por ello, sin necesidad de leer entre líneas del proyecto, en este supuesto, se pelea (sic) claramente contra el juez"*³¹.

Los críticos discuten además un hecho destacado por los autores del PCPC: que la tendencia del derecho procesal contemporáneo sea otorgar facultades probatorias de oficio a los jueces. Afirman que una de las legislaciones modelos para la reforma chilena, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, contiene fuertes limitaciones a estas facultades, que en la práctica vuelven muy difícil su aplicación.

2) Carga probatoria dinámica

Ya hemos visto cuál es la justificación que el PCPC da a esta institución. No obstante, su crítica, ya resaltada por los profesores de derecho civil, se vuelve a reformular desde el enfoque procesal. Varias son las imputaciones:

i) La carga dinámica de la prueba, tal como ha sido regulada por el art. 294 del PCPC, altera el sistema de presunciones legales del derecho civil³².

ii) El instituto indicado afecta el derecho a la libertad probatoria y el derecho a defensa, desde que *"priva a cada una de las partes del control de su estrategia de defensa en juicio, obligándola en la práctica a realizar actuaciones que pueden resultar absolutamente contrarias a sus propios intereses"*³³.

iii) La carga dinámica puede ocasionar la pérdida de la presunción de inocencia, dado que el juez tiene la posibilidad de cargar a una de las partes con la producción de una prueba que puede ir en contra de sus propios intereses. Se argumenta que, de este modo, *"se infringe el principio elemental que nadie puede ser obligado a ir en contra de su propio interés o que nadie puede ser obligado a perjudicarse"*³⁴.

iv) La institución objetada afecta sin justificación la relación de confianza que existe entre el abogado y su representado, pues puede forzar al primero a aportar pruebas que van en contra de los intereses del segundo³⁵.

³¹ *Ibidem*.

³² INPCPC, p. 6.

³³ INPCPC, p. 8.

³⁴ INPCPC, p. 8.

³⁵ INPCPC, p. 9.

v) La carga dinámica atenta contra el principio de imparcialidad, debido a un mal entendimiento de lo que significa la igualdad, que lleva a proteger a aquella parte que se considera que está en desmedro de la otra³⁶.

vi) El instituto cuestionado priva a las partes de la previsibilidad de las obligaciones en materia probatoria, pues no respeta la regla de que la carga de la prueba ha de ser establecida con anterioridad al pleito³⁷.

3) Sistema recursivo

3.1) Recurso de apelación

El Mensaje defiende el nuevo diseño del recurso de apelación invocando las razones que siguen:

"En esta materia, el Código realiza una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente que refleja simplicidad y eficiencia, a la vez que un justo equilibrio entre tales aspiraciones y el debido proceso.

Así, en cumplimiento del mandato contenido en los tratados internacionales y la interpretación de las cortes internacionales sobre el contenido del denominado "derecho al recurso", se consagra un recurso de apelación amplio, con revisión por el tribunal superior tanto de los hechos como del derecho, pero sin que ello importe la repetición de una nueva instancia o grado jurisdiccional que ha pasado a ser el concepto sustituto, en el cual se contemple la reanudación del debate y rendición de nuevas pruebas.

Con todo, en aras de la concentración del proceso, se establece una enumeración taxativa de las resoluciones apelables, las que, en general, deben ser resoluciones que ponen término al juicio o resuelven el conflicto. De este modo, se evita la proliferación de apelaciones respecto de resoluciones de mero trámite que importe una dilación del proceso, más propio de los procedimientos del sistema de lato conocimiento y desconcentrado que se sustituye.

*Se elimina el recurso de casación en la forma cuyas causales de nulidad se funden en la regulación del nuevo recurso de apelación que pierde su tradicional condición de recurso de mérito, para asumir, simultáneamente, la condición de recurso de nulidad"*³⁸.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ INPCPC, pp. 9-10.

³⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 23.

El PCPC regula en el título tercero del libro tercero el nuevo recurso de apelación, siempre en el cuadro de las disposiciones comunes a todo recurso (título primero del libro tercero), en que se explicita el derecho al recurso:

Art. 359.- Derecho de recurrir. *Las partes tendrán derecho a recurrir en contra de las resoluciones judiciales que les causen agravio sólo en los casos previstos en este Código, salvo norma especial en contrario.*

Art. 379.- Objeto del recurso. *El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el tribunal inferior.*

Podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en primer grado jurisdiccional, para obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas en este Título. En este último caso el recurrente expresará en capítulos separados los motivos que justifiquen la enmienda o revocación, de aquellos que justifiquen la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o sólo de esta. Con todo, la pretensión de enmienda o revocación, sólo se podrá hacer valer en subsidio de la de invalidación.

Art. 381.- Causales específicas del recurso. *Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado jurisdiccional, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales:*

a) *Que la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, carente de jurisdicción o no integrado por jueces designados de conformidad a la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez al que la ley le prohibiere intervenir en razón de haberse declarado o encontrarse pendiente su declaración de inhabilidad en conformidad a la ley; y cuando hubiere sido pronunciada por un juez con infracción a lo previsto en el artículo 202.*

b) *Que la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio;*

c) *Que en la sentencia definitiva se hubieren omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 206 números 4), 5) 6), en los casos que ellos fueren exigibles, y 7), o bien, que en las sentencias interlocutorias se hubiere omitido su fundamentación al tenor de lo previsto en el artículo 205;*

d) *Que la sentencia se hubiere dictado ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extrapetita, esto es, extendiéndola a puntos no*

sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley;

e) Que la sentencia contenga fundamentos o decisiones contradictorios;

f) Que se hubiera omitido el emplazamiento del demandado en la forma prevista en el artículo 260 o la citación de las partes para la audiencia preliminar o para la audiencia de juicio;

g) Que se hubieran rechazado diligencias probatorias ofrecidas oportunamente, hubieren sido rechazadas en forma indebida o se hubieren rendido esas diligencias en una forma no prevista en la ley; y,

h) Que, en general, no se hubiere respetado los derechos y garantías procesales de las partes, dejándolas en la indefensión.

No será admisible el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia definitiva cuando se funde en un vicio o causal específica de impugnación que ya hubiere sido objeto de un recurso de apelación deducido en contra de una sentencia interlocutoria durante el procedimiento.

La crítica del Instituto Panamericano de Derecho Procesal es bastante puntual. Se basa en la falta de consistencia del diseño del recurso atendida la aplicación del principio de oralidad e intermediación de la reforma, lo que eventualmente puede afectar la lógica del derecho al recurso:

"Como los jueces de segunda instancia no han participado en las audiencias, ni recibido las declaraciones de testigos y peritos, y no obstante que les corresponde revisar los hechos del juicio, tales jueces no tendrán otra información para formular su decisión, que las actas de registro de esos antecedentes que puedan compulsar, lo que haría, sostiene, que el procedimiento en el segundo nivel se transformara en escrito. Como el proyecto no contempla la relación en esa instancia, se haría más difícil para el tribunal el conocimiento de los antecedentes fácticos que debe apreciar.

*En la redacción del texto debe precisarse que se podrán impugnar todos los hechos de la sentencia que la parte apelante considere necesario para la defensa de sus derechos*³⁹.

El argumento no es lo suficientemente explícito en cuanto a las repercusiones que estas premisas podrían tener en el derecho al recurso, elemento esencial de la garantía constitucional del debido proceso. Pero no es difícil inferir dicha posibilidad a partir de la lógica de lo recién expuesto.

³⁹ INPCPC, p. 11.

3.2) Recurso extraordinario

Ya conocemos la justificación del recurso extraordinario en el Mensaje, así como su regulación en el articulado del PCPC. También en este aspecto, la crítica procesalista no se deja esperar.

i) Desde el punto de vista funcional y orgánico, el recurso extraordinario supone la transformación absoluta de la Corte Suprema. Cesa de ser un tribunal de casación con competencia para el control de la correcta aplicación del derecho por parte de las Cortes de Apelaciones, a fin de convertirse en un órgano garante únicamente de ciertas cuestiones de constitucionalidad. Una mala copia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica.

Permítasenos transcribir, aunque resulte extenso, la cita en que se aborda esta crítica, por el interés que suscita su lectura.

"Nos parece de mucha gravedad, la eliminación del recurso de casación ante la Corte Suprema. Este ha sido sustituido por un recurso extraordinario contemplado en los arts. 405 y siguientes del Proyecto, el cual procede en contra de la sentencias de segunda instancia.

Esto significa (...) introducir en nuestro sistema de derecho continental o romanista una institución propia de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, sin tener en cuenta la enorme diferencia del sistema de organización de poderes en ese país. En este país, que está organizado como una federación de estados, existen numerosos tribunales intermedios entre la Corte Suprema –que es un tribunal Constitucional– y el tribunal de primer grado, que permiten cumplir la función del control de la ley. Estos van desde las tribunales de primera instancia, pasando por Cortes de Apelaciones y terminando en Cortes Supremas en cada Estado, sin considerar tribunales federales y otros. Esto permite que esta Corte se componga sólo de un juez presidente (*Chief Justice*) y de apenas ocho jueces asociados (*Associate Justices*), en una nación de más de trescientos millones de habitantes.

La Corte Suprema de los Estados Unidos posee la facultad de revisión judicial y la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y actos de los poderes ejecutivos federales y estatales. Atendidas estas funciones, la Corte Suprema puede actuar como un garante de la Constitución –control de constitucionalidad propio de un Tribunal Constitucional– aunque se le critica que tenga un rol casi de legislador, al ir más allá de la labor de interpretación creando nuevas normas jurídicas. En cambio, Chile es un país unitario y que tiene su propio Tribunal Constitucional.

Si se elimina el recurso de casación como lo hace el Proyecto, no existirá ningún tribunal que sea garante de la recta aplicación e interpretación de la

ley respecto de lo que decidan los jueces del fondo, esto es, los juzgados de primera instancia y Cortes de Apelaciones.

En efecto, el recurso extraordinario, concebido por el Proyecto, procede sólo si concurre un interés general y éste existe si se ha infringido un derecho o garantía fundamental, consagrado en la Constitución o en tratados internacionales. O para fijar, uniformar o aclarar una jurisprudencia. Es decir, se priva a la Corte Suprema en un tribunal de conocer de la correcta aplicación del derecho por las Cortes de Apelaciones. Su rol se limitará simplemente a constatar si se infringieron garantías constitucionales, es decir, conocerá sólo de cuestiones de hecho, perdiendo el control de legalidad sobre la totalidad de los tribunales del país⁴⁰.

ii) Desde la perspectiva interorgánica, el recurso extraordinario implica transformar a la Corte Suprema en un órgano análogo al Tribunal Constitucional, generando una cierta duplicidad de funciones, innecesaria para un país como Chile, que, como es tradición en los países de derecho continental, ya cuenta con un órgano constitucional de jurisdicción concentrada, aunque no exclusiva. En nuestro país, al igual que en Francia, Italia, Alemania o España, la función propia de un tribunal constitucional no es efectuada por la Corte Suprema⁴¹.

iii) En cuanto a su conocimiento, el recurso extraordinario es un mecanismo facultativo para la Corte Suprema, lo que, para los objetores, resulta arbitrario. Una cosa es "filtrar" los recursos infundados o con defectos graves, y otra muy distinta es decidir qué conocer y qué no de acuerdo al criterio abierto del interés general. En el fondo, al poder calificar si un determinado caso es o no de interés general, con condiciones abiertas de aplicabilidad y sin oír a las partes, se está entregando al máximo tribunal la disposición del derecho al recurso⁴².

4) Ejecución provisional de las sentencias de condena

Se trata de otro instituto polémico. En el Mensaje se dedica una extensión no menor para justificar su existencia:

"A diferencia de lo que ocurre hoy, el proyecto consagra como principio y regla general, la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo.

⁴⁰ INPCPC, pp. 14-15.

⁴¹ INPCPC, p. 16.

⁴² *Ibidem*.

A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española, se le denomina "ejecución provisional" y ella viene a reemplazar el actual procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias. Se justifica en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales.

Junto con fortalecer el rol del juez de primer grado, la opción por este procedimiento se sustenta en recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes.

La consagración de esta institución no viene sino a reconocer lo que ocurre en la actualidad, por cuanto, no obstante que el Código de Procedimiento Civil establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla. Esto es, predominan hoy las sentencias que causan ejecutoria y que como tales, pueden cumplirse antes de encontrarse firmes o ejecutoriadas.

De esta manera, la regla general será que las sentencias de condena puedan ejecutarse inmediatamente en un procedimiento ejecutivo autónomo. Sin embargo, en dicho procedimiento las posibilidades de oposición del ejecutado son aun más restringidas que respecto de otros títulos ejecutivos no jurisdiccionales y la demanda de oposición no suspenderá en caso alguno el curso de la ejecución.

Ahora bien, como contrapartida de lo anterior, el procedimiento de ejecución provisional regula en detalle causales de oposición tanto al procedimiento de ejecución provisional mismo, como a actuaciones específicas de ejecución, así como la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en caso que se haya ejecutado una sentencia que posteriormente resulte revocada por la Corte. Junto a lo anterior, se mantiene la posibilidad de solicitar ante las Cortes orden de no innovar en términos similares a los actualmente vigentes⁴³.

La ejecución provisional de la sentencia se concreta en un articulado orgánico, que transcribimos en lo pertinente:

Art. 234.- Ejecución provisional. *Las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes, podrán ser cumplidas provisionalmente conforme a las disposiciones siguientes.*

⁴³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 24-25.

Art. 235.- Legitimación. *Salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo.*

Art. 236.- Sentencias no ejecutables provisionalmente. *No serán, en ningún caso, susceptibles de ejecución provisional:*

1. *Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.*

2. *Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato.*

3. *Las sentencias o laudos arbitrales.*

4. *Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo o respecto de la cual se hubiere concedido una orden de no innovar que impidiere su cumplimiento.*

5. *Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176.*

Dicha caución gozará de preferencia para responder de todas las restituciones y perjuicios que debieren efectuarse o hacerse efectivos en caso de anularse o dejarse sin efecto la ejecución provisional.

6. *Las demás sentencias que indique expresamente la ley.*

Art. 237.- Reglas de la ejecución provisional. *La ejecución provisional de las sentencias de condena se sujetará a las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, con excepción de las disposiciones previstas en este Capítulo.*

Art. 238.- Demanda de oposición a la ejecución provisional. *La demanda de oposición a la ejecución provisional podrá fundarse, únicamente, en las siguientes causales:*

1. *En que la sentencia no admite ejecución provisional.*

2. *En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada.*

Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.

La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176. Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar.

Al formular esta demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.

3. *En una o más de las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo regulado en este Código, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar.*

Art. 239.- Decisión sobre la oposición a la ejecución provisional y a medidas ejecutivas concretas. *De acogerse la demanda de oposición fundada en la causal prevista en el primer párrafo del número 2° del artículo precedente, el tribunal suspenderá la ejecución subsistiendo los embargos y las demás medidas adoptadas para garantizar la ejecución.*

De acogerse la demanda de oposición fundada en la causal prevista en el párrafo cuarto del numeral dos del artículo precedente, proseguirá el procedimiento de apremio en todo lo demás.

Art. 240.- Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada. *Confirmada y ejecutoriada la sentencia de cuya ejecución provisional se trata, la ejecución continuará con carácter definitivo en lo que se encontrare pendiente, siendo plenamente eficaces todas las actuaciones que se hubiesen verificado conforme a derecho durante la ejecución provisional.*

Habida cuenta de lo precedente, el Instituto Panamericano de Derecho Procesal ha formulado las siguientes críticas:

i) Es absurdo que los recursos, como regla de principio, no tengan efecto suspensivo. Atendida la naturaleza de los asuntos que se resuelven, no es razonable que las sentencias de primera instancia en los procesos ordinarios y sumarios puedan ser cumplidas, no obstante existir recursos pendientes. La ejecución provisional afecta aquí el derecho al debido proceso.

Los críticos convienen en que es positivo que ciertas resoluciones admitan su cumplimiento forzado a pesar de existir recursos pendientes en su contra. Es el caso de lo que la actual legislación denomina resoluciones que causan ejecutoria, como los autos y decretos, las sentencias definitivas de primera instancia de los juicios ejecutivos y las sentencias de segunda instancia pronunciadas por las Cortes de Apelaciones, cuando hay recursos pendientes ante la Corte Suprema.

El criterio estadístico aducido por el Mensaje para incorporar la ejecución provisional de las sentencias condenatorias de primera instancia, aun cuando fuera comprobado, no se justifica, porque lo que está en juego es el derecho al debido proceso⁴⁴. No se soluciona el problema insertando causales de oposición, tanto al procedimiento de ejecución provisional, como a actuaciones específicas de ejecución⁴⁵, puesto que son, en la práctica, muy limitadas, y, con habitualidad, muchas veces ilusorias.

⁴⁴ Esta crítica a la ley de la probabilidad de los números o estudios estadísticos como criterio prevalente de diseño jurídico-procesal ha sido sostenida por ROMERO, Alejandro (2012): "*¿Ejecución Provisional Sin Caución? (El Proceso y los Datos)*", (pro-manuscrito), 26 pp.

⁴⁵ V. gr., el artículo 241.- *Si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.*

Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, según las reglas siguientes:

1. *Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.*

2. *Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados.*

Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

3. *El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes".*

ii) La facultad de solicitar indemnización de perjuicios en caso de que la sentencia ejecutada resulte revocada⁴⁶ no parece una buena solución. A quien obtuvo en segunda instancia se le impone la carga de iniciar otro procedimiento para alcanzar lo que pretendía en el juicio original, además de la incertidumbre y demora de la controversia sobre indemnización de perjuicios⁴⁷.

Parece claro que, por las razones expuestas, la ejecución provisional de la sentencia de condena, elevada a principio, no deja de tener repercusiones negativas para la plena efectividad del derecho al debido proceso.

5) Procedimientos de ejecución

Dada la actual congestión de causas en los juzgados civiles, debida principalmente a los procedimientos ejecutivos, el PCPC adopta soluciones imperativas, convirtiendo estos últimos en un trámite administrativo con control judicial. El Mensaje lo justifica en los siguientes términos:

"La importancia de la ejecución como parte del derecho a la tutela judicial y garantía el debido proceso es, sin duda, máxima. En la práctica, el valor de las soluciones y el real restablecimiento de la paz social ante la vulneración de derechos, se encuentra estrictamente vinculado por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que las determinan, sujeto, empero, al riesgo constante que importa por el contrario, la incapacidad del sistema de imponer dicho cumplimiento, posibilidad que conduce a su irreparable desacreditación.

Por ello, hemos optado por destacar su importancia, aspirando a instaurar en Chile un sistema que cumpla efectivamente con una ejecución eficaz, mediante el establecimiento de un procedimiento ejecutivo idóneo y rápido para el cobro de los créditos consignados en títulos a los que la ley otorga fuerza ejecutiva, sean jurisdiccionales o extrajurisdiccionales y que, al mismo tiempo, proteja y garantice los derechos de las partes.

Si bien la actividad ejecutiva, como en su momento lo fue la fase de investigación en el proceso penal, ha sido concebida tradicionalmente como parte de la jurisdicción y de los momentos jurisdiccionales, siguiendo las modernas tendencias en la materia, el Código hace una firme opción por una descentralización de esta función que permita descongestionar y descargar a los tribunales civiles de una labor que en gran parte no les es propia y que produce

⁴⁶ Art. 241 in fine.- "El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177".

⁴⁷ INPCPC, pp. 12-14.

un desgaste jurisdiccional inútil, pero sin que ello signifique en caso alguno una desprotección para las partes, cuyos derechos estarán permanentemente cautelados por la jurisdicción.

Con dicho objeto, se crea la figura del oficial de ejecución, como profesional encargado de llevar adelante todas las actuaciones de apremio, incluido el embargo, pero sometido siempre a un control permanente del juez. Asimismo, cada vez que exista oposición fundada a la ejecución o la interposición de tercerías, el procedimiento se judicializará debiendo ser el tema resuelto por el juez competente.

Así, la ejecución constituirá, simplemente, un trámite administrativo bajo permanente control jurisdiccional, confiado a un funcionario denominado oficial de ejecución, cuya naturaleza, facultades, prohibiciones y régimen disciplinario serán regulados en una ley especial, proyecto que será presentado prontamente a este H. Congreso.

*Adicionalmente, impulsaremos las reformas necesarias consecuentes con el nuevo modelo propuesto*⁴⁸.

Lo que se cuestiona en este punto no es la necesidad de descongestionar los juzgados civiles –en lo que existe consenso– sino que la solución adecuada sea la figura del oficial de ejecución (artículos 422 y 431 PCPC, entre otros) en vez de juzgados de cobranza especializados, con derechos de litigación, dado que su utilización mayoritaria beneficiará a los bancos e instituciones financieras. ¿Se justifica aquí la gratuidad?

A todo evento, si en definitiva se opta por el instituto del oficial de ejecución, debe proveerse a la garantía de los derechos no solo de los ejecutantes, sino también de los deudores y ejecutados, para lo cual se recomienda:

a) Exigir la asistencia letrada, para evitar la indefensión, dado que el artículo 422 del PCPC no lo hace⁴⁹.

b) Señalar que el oficial de ejecución debe ser abogado, atendido los datos legales que hay que manejar para discernir la juridicidad del remate forzado de bienes. El artículo 422 no hace imperativo este carácter.

⁴⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 25-27.

⁴⁹ **Art. 422.- De la ejecución.** El procedimiento de ejecución comenzará mediante una solicitud que, sin necesidad de representación letrada, presentará el interesado al oficial de ejecución.

c) Incorporar las causales de oposición que se han omitido en el artículo 434 del PCPC⁵⁰, a fin de dar mayor garantía al derecho de defensa. Tales causales son la nulidad de la obligación y la falta de requisitos del título.

La solución contra las defensas dilatorias o infundadas se resuelve con una mayor severidad en la condena en costas, no con la reducción de las excepciones o defensas. Aquí el PCPC parece alejarse de los objetivos garantísticos que dice perseguir. Mutatis mutandis debe afirmarse algo análogo del procedimiento monitorio (arts. 539-540 PCPC).

Por otra parte, a los objetantes les parece que el PCPC cae en una eventual inconstitucionalidad al concebir la ejecución como un trámite meramente administrativo, en circunstancias que en nuestro sistema, de acuerdo al artículo 76 de la Constitución Política, la facultad de "*hacer ejecutar lo juzgado*" es parte de la jurisdicción y pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley⁵¹.

Todos los puntos precedentes nos dan pie para formular una crítica general al PCPC desde la perspectiva del respeto pleno a los derechos que se garantizan en nuestra Constitución. Es lo que hacemos en el siguiente ítem.

3) Algunas observaciones constitucionales de orden general al PCPC

1. El respeto y la vigencia de los derechos fundamentales como premisa condicionante de los cambios propuestos en el proyecto de ley.

El Mensaje presentado por el Presidente de la República proclama varios principios y ejes centrales, destacando que, en su conjunto, todos ellos apuntan a "*que por sobre todo, [se] vele por el respeto y vigencia de los derechos constitucionalmente protegidos*"⁵². Este "*propósito de coherencia*"⁵³ se plasma de modo reiterado en muchísimos pasajes del aludido proyecto⁵⁴.

⁵⁰ **Art. 434.- Causales de oposición.** *El ejecutado podrá fundamentar su demanda de oposición en las siguientes causales, sea que afecten a la totalidad de la deuda o a una parte de ella:*

1. Pago total o parcial de la deuda;
2. Prescripción o caducidad de la acción ejecutiva;
3. No empecer el título al ejecutado;
4. Transacción, conciliación o avenimiento;
5. Cosa juzgada, y
6. Falsedad del título ejecutivo.

Por el solo ministerio de la ley, se entenderá reservado el derecho del ejecutado para hacer valer, en un juicio declarativo posterior, los derechos y alegaciones no contemplados dentro de las causales de oposición previstas en este artículo.

⁵¹ INPCPC, pp. 17-19.

⁵² Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 16.

⁵³ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 5-6, 11, 12, 15, 17, 23 y 31.

Así, por ejemplo, el Mensaje afirma que *"el interés y esfuerzo de todos los que han participado en este proceso, especialmente de los miembros de la Comisión Intraministerial, permitirá que Chile cuente con un resguardo escrupuloso de los derechos fundamentales de sus habitantes, provocando mayores niveles de inclusión y acceso al sistema de justicia"*⁵⁵.

Pareciera que el aludido propósito, ampliamente proclamado, no se condice con la realidad de ciertas instituciones establecidas en el PCPC, según se ha advertido en los puntuales cuestionamientos precedentemente expuestos.

2. Los fines principales y subalternos del proceso civil promovidos por el proyecto de nuevo Código.

Es palmario que además del propósito declarado como eje central del proyecto –la efectiva tutela de los derechos fundamentales– también éste articula el objetivo público de lograr una justicia rápida, pronta, cumplida y eficaz en cuanto a la rapidez con que deben ser afinados los distintos procedimientos. Estos son proclamados de manera explícita en el texto del Mensaje y, junto con dar lugar a otros objetivos subalternos, también se desprenden inequívocamente de algunas de las propuestas emprendidas por el nuevo Código.

Así, el proyecto indica expresamente que el Código vigente pretende ser reemplazado *"por un sistema nuevo en el que se asume que, en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa del conflicto y, por ende, se ordene a la generación de las condiciones necesarias para una convivencia social pacífica"*⁵⁶. En esta misma línea, asume que las experiencias comparadas de mayor éxito llevadas a cabo pretenden *"la consecución de una tutela judicial más cercana al ciudadano, rápida, eficaz, de calidad"*⁵⁷, junto con asegurar la tutela de los derechos de las personas.

Estos objetivos de política pública aparecen justificados en el diagnóstico fáctico-probabilístico de que *"el sistema de enjuiciamiento civil y comercial presenta altos niveles de retraso, un altísimo número de ingresos de causas que aumentan exponencialmente año a año, especialmente con la presentación de demandas de cobro ejecutivo y preparaciones de la vía ejecutiva"*⁵⁸.

De estos fines de política pública, de orden general, el Mensaje deriva asimismo otros objetivos subalternos de política sectorial –vr. gr., los cometidos funcio-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13. Se añade al diagnóstico constatado la crítica de obsolescencia: *"el actual modelo civil de respuesta jurisdiccional, se caracteriza por la existencia de procedimientos innecesariamente múltiples, excesivamente formalistas, escriturados y mediatizados –obstaculizando la relación directa entre el juzgador, las partes y los demás intervinientes–, con rigideces probatorias y un sistema recursivo injustificadamente amplio que sólo contribuye al retraso del iter procesal y dan cuenta de su obsolescencia"*.

nales del proceso⁵⁹— que se ven reflejados, a modo ilustrativo, en los propósitos de lograr el "[f]ortalecimiento de la sentencia y rol del juez de primer grado jurisdiccional"⁶⁰ en el ámbito de la ejecución, y "una racionalización del sistema de impugnaciones"⁶¹ atribuido hoy —según el Proyecto— a un diseño "recursivo injustificadamente amplio que sólo contribuye al retraso del iter procesal"⁶².

Es claro que los aludidos objetivos sociales son así proclamados como ejes articuladores del Mensaje que deben ser conciliados con el efectivo resguardo de los derechos fundamentales. El punto es si lo logra.

3. A modo de conclusión: el anillo que no le viene al dedo.

Habiéndose expuesto los objetivos generales y subalternos de política pública plasmados en el proyecto, cabe referirse a los medios que la iniciativa legal ha previsto para alcanzar tales fines sectoriales.

Para el "fortalecimiento del rol del juez de primer grado", el Mensaje consagra como "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".

Por su parte, a fin de "racionalizar el sistema recursivo", el Proyecto propone reemplazar "el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país"⁶³.

Con tal objeto, la Corte, afirma el Mensaje, "podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general"⁶⁴. Los instrumentos procesales adoptados son solo algunos de los ejemplos, escogidos a modo meramente ilustrativo, que el Proyecto ha previsto para procurar alcanzar los fines públicos proclamados.

⁵⁹ DEL RIO, Carlos (2012): "Estudio sobre el derecho al recurso en materia penal", en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, p. 248, donde señala que de "la aplicación correcta del Derecho al caso concreto como finalidad del proceso jurisdiccional, se sigue la necesidad de que el mismo deba contemplar todos los medios técnicos adecuados a ese propósito, vale decir, destinados a maximizar lo más posible el cometido funcional del proceso".

⁶⁰ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 24.

⁶¹ *Ibidem*, p. 16.

⁶² *Ibidem*, p. 13.

⁶³ *Ibidem*, p. 23, ya citado.

⁶⁴ *Idem*.

Estimamos de interés exhibir la adecuación entre los medios adoptados y los fines perseguidos, como asimismo el equilibrio logrado en el diseño entre los aludidos objetivos con el respeto y vigencia de los derechos fundamentales como premisa fundante del Mensaje.

Al respecto, el Mensaje es enfático en subrayar el equilibrio que ha de lograrse con ocasión de la tensión que suele generarse entre los objetivos públicos que el nuevo Código pretende promover por una parte –v. gr., rapidez, eficacia y eficiencia– y el respeto y protección de los derechos fundamentales, por otra.

Esto se ve reflejado con nitidez cuando el Proyecto afirma que "[s]e trata de un proyecto transversal, que debe ser afrontado con la certeza que su impulso mejorará la calidad de vida de las personas, garantizando en mejor forma los derechos fundamentales en el ámbito civil y comercial, sin excepciones ni diferencias, consagrando el acceso ciudadano a un sistema procesal civil moderno que se traducirá en la pronta y cumplida administración de justicia que nuestra Constitución proclama"⁶⁵.

Un caso ilustrativo de la aludida tensión entre los objetivos del proceso y los derechos fundamentales se exhibe en lo que se refiere al "sistema recursivo". Así, el Proyecto explicita llevar adelante "una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente" con el propósito de lograr un justo equilibrio entre las aspiraciones de "simplicidad y eficiencia" y el derecho al "debido proceso"⁶⁶.

El problema que se advierte es que el referido equilibrio parece desvanecerse en aquellos casos en que la balanza se inclina desmesuradamente en pos de los objetivos públicos o sociales sin dejar necesariamente a salvo la vigencia de aspectos inviolables de derechos fundamentales.

Es el caso, entre otros, de la ejecución provisional de la sentencia.

Como ya se ha indicado, el proyecto contempla (en su art. 234) la posibilidad de que las sentencias de condena puedan ser ejecutadas provisionalmente aunque existan recursos pendientes en su contra. Esto, que ocurre pacíficamente en la actualidad respecto de ciertas resoluciones –autos, decretos, sentencias definitivas de primera instancia en juicio ejecutivo, entre otras– que causan ejecutoria, se haría extensivo a las sentencias de primera instancia, tanto en juicios ordinarios como en juicios sumarios (excluyendo las sentencias constitutivas, las de mera declaración y las arbitrales, entre otras).

Aparte de las objeciones ya expuestas, la cuestión central estriba en que con el afán de satisfacer un objetivo de política pública legítimo –lograr un proce-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 23 (por todas).

dimiento rápido y eficaz— un número indeterminado de personas tendrán que padecer el rigor de la ejecución provisional (salvo el caso de los excluidos de esta especie de ejecución) en desmedro de su derecho al debido proceso, finalidad última proclamada en el Proyecto y que queda en entredicho conforme al modelo formulado por el Mensaje.

En este sentido, un autorizado autor ha sido categórico en señalar que "[l]as reglas jurídicas deben evitar que el Estado cause un daño patrimonial y psicológico a las personas, sobre todo cuando el mismo promotor de la idea tiene conocimiento estadístico que un porcentaje de los condenados en primera instancia no debieron ser ejecutados provisionalmente"⁶⁷.

Se admite así que un conjunto indefinido y aleatorio de personas queden expuestas —en pos de un objetivo legítimo construido a partir de premisas probabilísticas— a soportar el rigor de una ejecución patrimonial injusta⁶⁸.

El desequilibrio se produce aquí por el lado de entender que la verdad judicial va de la mano del vencedor en primera instancia, al punto que al vencido se le puede ejecutar patrimonialmente, sin título ejecutivo perfecto ni cosa juzgada. Y ello sin contar tampoco con una garantía real y efectiva para restablecer el equilibrio roto en favor desmesurado del acreedor victorioso, como lo sería la exigencia de una caución equivalente a la prestación autorizada a anticipar provisionalmente⁶⁹.

El derecho fundamental al debido proceso queda de este modo sacrificado en el altar del objetivo público de la certeza formal y eficacia del proceso civil. Lo mismo puede decirse en cuanto a la vulneración de la proporcionada igualdad que debe existir entre las partes del proceso. Como afirma Picó i Junoy, el principio de igualdad procesal sostiene que las partes deben gozar de similares derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no se generen prerrogativas ni a favor ni en contra de alguna de ellas⁷⁰.

Afectación del debido proceso. Vulneración de la igualdad procesal. Ambos problemas se presentan en distintos niveles en cada una de las instituciones del PCPC cuyo cuestionamiento ha sido expuesto en este trabajo: el recurso extraordinario, las facultades probatorias de oficio, la carga dinámica de la prueba, por nombrar las más polémicas.

De no encontrar una solución adecuada a estas cuestiones, es indudable que el derecho al debido proceso y la garantía de la igualdad procesal resultarán

⁶⁷ ROMERO, Alejandro (2012), ob. cit., p. 8.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ ROMERO, Alejandro (2012), ob. cit., pp. 16-17.

⁷⁰ PICÓ I JUNOY, Joan (2005): "El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 18, p. 48.

amagados, aunque sus efectos queden cubiertos bajo el manto de los objetivos declamatorios y de las buenas intenciones.

