

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

#### 1. EL CONFLICTO

La existencia del conflicto es la razón de ser del Derecho Procesal. Éste nace como una respuesta al conflicto entre partes. El proceso es uno de los medios idóneos para solucionar este conflicto, pero no el único.

##### 1.1 Concepto

El conflicto es una “*colisión intersubjetiva de intereses con relevancia jurídica*”.

##### 1.2 Análisis del concepto

i) *Colisión*: es el choque de intereses que siempre va a existir en un proceso. En consecuencia, en éste subyace una verdadera realidad dialéctica donde hay, por una parte, **afirmaciones**, y por otra, **afirmaciones irreconciliables** o, simplemente, **negaciones**.

En el proceso, podemos distinguir dos tipos de elementos, unos de carácter **fáctico** -los hechos del conflicto- y otros de carácter **jurídico** -correspondiente al conjunto de normas jurídicas que se invocan o son pertinentes para la resolución del conflicto-. Es posible, también que en esta trama dialéctica del proceso, se den sólo elementos fácticos, cuando no haya desacuerdo en la normativa jurídica aplicable, como también es posible encontrar sólo elementos jurídicos -no hay desacuerdo en los hechos-, pero lo normal, es que en el proceso estén presentes ambos elementos.

ii) *Intersubjetiva de intereses*: esto significa que el proceso se desencadena y, posteriormente, se desarrolla entre sujetos, en general determinados, pudiendo ser personas naturales o jurídicas. Sin embargo, hay ciertos conflictos que envuelven a personas determinadas por una parte y a la sociedad toda por otra, situación que se da cuando el conflicto envuelve grandes intereses de carácter social. Como la sociedad no puede actuar en masa, actúa representada y al efecto la ley contempla diversos mecanismos de representación como el Ministerio Público o el Consejo de Defensa del Estado.

Nuestro ordenamiento jurídico permite a cualquier persona asumir la representación de la sociedad, así por ejemplo, el artículo 2333 C.C. concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas. La *acción popular* se refiere a la actuación del individuo en nombre de la sociedad, aunque explícitamente no lo exprese.

Distinto sucede cuando el individuo sin tener poder de otro ni facultad para representarlo actúa por él, institución que el derecho procesal acepta, y es lo que se denomina *actuación ex officio*, esto puede ocurrir en dos importantes instituciones el **recurso de amparo** y el **recurso de protección**. Cabe señalar que la actuación ex officio es en nombre de una persona determinada y no en nombre de la sociedad toda. Otro ejemplo es la situación contemplada en el artículo 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas.

iii) *Con relevancia jurídica*. Es necesario que el conflicto sea relevante jurídicamente, esto es, que se encuentren envueltos en él valores o intereses que importen al mundo del derecho. Para determinar lo anterior es necesario aplicar un criterio casuístico.

### 1.3 Formas de solucionar un conflicto.

a) **La autotutela**. Es la justicia por mano propia, es decir, el sujeto frente a la circunstancia en que se siente agredido o quebrantado en un derecho subjetivo suyo, reacciona y por mano propia intenta remediar la situación quebrantada.

La sociedad organizada, a través del Estado, ha tratado de erradicar la autotutela como forma de solución de los conflictos, proporcionando los mecanismos adecuados para resolverlos a través de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, existen algunas excepciones: legítima defensa, huelga y *lock out*, el propietario que corta las ramas del árbol vecino que traspasan los límites del respectivo inmueble.

b) **Renuncia a la pretensión propia o sumisión a la pretensión ajena**. Son dos puntos de vista del mismo fenómeno:

i) La renuncia a la pretensión propia, significa que frente al desconocimiento o amenaza de un derecho subjetivo propio, *no se reacciona y se acepta la situación de hecho de quien lo ha desconocido*. Es decir, el sujeto se conforma frente a una violación. En el mundo del derecho, para que la renuncia a la pretensión propia valga debe tratarse de derechos renunciables, y la regla general, es que lo sean, con tal que miren al interés particular del renunciante y no esté prohibida su renuncia (artículo 12 C.C.).

ii) La sumisión a la pretensión ajena, es la misma actitud del renunciante, pero aquí se *realiza una conducta positiva*. En el caso del pago de lo no debido, una persona paga una obligación que, efectivamente, no adeuda. Esta aceptación del pago no es sumisión, porque tiene la facultad de pedir restitución.

A diferencia de la autotutela, la renuncia a la pretensión propia o la sumisión a la pretensión ajena es frecuente y aceptada en nuestro ordenamiento, siempre que se refiera a derechos renunciables.

c) **La autocomposición**. Significa que las partes en conflicto buscan entre ellas mismas una solución.

A diferencia de la autotutela, la autocomposición es estimulada por el derecho y en general existe una serie de mecanismos que empujan a las partes a esta solución. Por ejemplo, el juez debe empeñarse en obtener la conciliación de las partes. Una de sus manifestaciones más importantes es la transacción, que es reconocida por el derecho y le da jerarquía de cosa juzgada.

Sin embargo, la autocomposición en ciertos casos no es admitida, lo que en general ocurre cuando hay un fuerte interés social envuelto en el conflicto, por ejemplo, está prohibida la transacción sobre el estado civil de las personas.

Por otra parte, hay materias en que está permitida la autocomposición, pero sólo y cuando la solución sea aprobada por el órgano jurisdiccional, por ejemplo, la transacción sobre alimentos futuros.

Hay dos formas autocompositivas por excelencia:

i) **La transacción:** en materia procesal la transacción es una forma autocompositiva, en cambio, en materia civil es un contrato definido en el artículo 2446 C.C. en virtud del cual se termina un litigio pendiente o se precave uno eventual. La transacción siempre se celebra fuera del proceso; y en relación al tiempo, podemos señalar que se puede celebrar iniciado el proceso o antes de su iniciación con el fin de precaverlo. Es de la esencia de la transacción, que existan concesiones recíprocas, por tanto, no hay transacción por la simple renuncia o dejación de un derecho que no se disputa.

ii) **El avenimiento:** También es una solución autocompositiva, que se produce dentro del proceso una vez iniciado éste. Se ha estimado que también es de la esencia del avenimiento las concesiones recíprocas. El avenimiento puede producirse en forma: **espontánea**, caso en el que se llama propiamente avenimiento, o **provocada**, si el órgano jurisdiccional estimula a las partes en pro de una solución, llamándose conciliación. Además, puede ser **total**, cuando se refiere a todas las partes y a todo el conflicto, o bien, **parcial**, cuando se refiere a alguna de las partes o a una parte del conflicto.

Cualquiera sea la forma de autocomposición, debe tratarse de derechos susceptibles de autocomposición, y la regla general es que lo sean.

Ante la pregunta de si puede surgir una solución autocompositiva cuando ha finalizado el proceso, es necesario distinguir dos situaciones:

i) La solución autocompositiva puede surgir en relación al cumplimiento del fallo (cómo cumplirlo), por ejemplo, si una sentencia condena a una parte a pagar 10 millones dentro de 3º día, las partes pueden convenir otra forma de pago.

ii) Por el contrario, si nos preguntamos si la autocomposición es viable sobre el fondo del fallo. Se sostiene que es posible en la medida que el fallo resuelva intereses libremente disponibles por las partes.

d) **El proceso.** Lo analizaremos en el punto siguiente.

## 1.4 El Proceso

El proceso se enmarca dentro de lo que la doctrina llama formas heterocompositivas de solución de los conflictos, donde un tercero imparcial, un juez, impone a las partes la resolución del asunto controvertido, decisión que debe ser acatada, de manera tal que si no lo es puede ser impuesta por la fuerza.

El proceso no es una solución subsidiaria, por lo que quien se siente vulnerado puede recurrir directamente a él sin necesidad de pasar por etapas previas.

En ciertos y determinados casos, cuando el interés social es muy fuerte, el proceso se hace solución necesaria -procesos penales-. Sin embargo, la regla general es que nazca espontáneamente.

### a) Concepto de proceso

*“El proceso, es un medio idóneo para dirimir, imparcialmente por acto de juicio de autoridad, un conflicto de relevancia jurídica mediante una resolución que, eventualmente, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada”.*

### b) Análisis del concepto

i) El proceso es *un* medio de solución de conflictos, lo que implica que no es la única vía para solucionarlos.

ii) El proceso es un *medio*, con esto queremos destacar el carácter esencialmente instrumental del proceso; el proceso vive para solucionar eventuales conflictos.

iii) El proceso es un medio *idóneo*, esto significa que es suficiente o eficaz para llegar al respectivo desenlace. Es decir, el proceso está estructurado para que sea eficaz, idóneo a su finalidad, que es la solución del respectivo conflicto.

iv) El proceso es un medio idóneo para *dirimir*, es decir, decidir, resolver, fallar o sentenciar. Dirimir también debe entenderse que esta decisión debe alcanzar a todos y cada uno de los extremos del conflicto, quedando sólo excluidos aquellos que no sean de la competencia del tribunal. Como regla general, en materia de procedimiento civil rige el principio de la *pasividad*, donde el tribunal sólo debe dirimir lo que las partes han planteado, sin embargo, en ciertas situaciones el tribunal debe actuar de oficio (ejemplo, en la declaración de nulidad absoluta -artículo 1683 C.C.- cuando la causal de nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato).

v) El proceso es un medio idóneo para dirimir, *imparcialmente*. Este valor esencial de la imparcialidad está cuidadosamente resguardado por un conjunto de sistemas y mecanismos que aseguren su preservación. La imparcialidad consiste en que el juez, tribunal u

órgano jurisdiccional, no debe tener compromiso alguno ni con las partes ni con el conflicto mismo. La imparcialidad ha sido elevada a la categoría de esencial y Eduardo J. Couture ha dicho que las partes no tienen un derecho adquirido respecto de la sabiduría del juez, pero que sí lo tienen respecto de su imparcialidad. Existen ciertos mecanismos que velan por la imparcialidad, por ejemplo, la designación de los jueces, en la que interviene el Poder Judicial, el Ejecutivo y, en su caso, el Legislativo; el principio de la “bilateralidad de la audiencia”; el mecanismo de las implicancias y recusaciones, etc.

vi) El proceso es un medio idóneo para dirimir imparcialmente por *acto de juicio*, esto implica que el proceso es el antecedente de la decisión imparcial, la que debe ser consecuencia de una racional decisión, solamente inspirada en el mérito de los antecedentes y una concatenación lógica que lleve clara y necesariamente a la decisión de que se trata. Con la frase “acto de juicio” se pretende contraponerla al “acto de arbitrariedad”, es decir, aquel emanado del capricho o de la decisión no racional.

Para salvaguardar este principio esencial, el legislador y la ley han establecido ciertos principios o requisitos, por ejemplo, es indispensable que las decisiones judiciales sean fundadas, de modo tal que en ellas se contenga la línea de pensamiento del juez.

Sin embargo, existen ciertas excepciones a este principio: el juicio político donde se resuelve con un sí o un no, siendo facultativa la respectiva argumentación.

vii) El proceso es un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio *de autoridad*, lo que significa que el juez tiene una jerarquía, una investidura que lo convierte en autoridad. El juez es un magistrado acreedor de tratamiento honorífico, y de ciertas prerrogativas que guardan relación con su investidura, además, está provisto de potestades de enorme trascendencia. De las facultades que poseen, la más importante es el *imperio*, que significa que los jueces tiene la potestad de imponer, cuando es necesario, por la fuerza sus decisiones. Estas decisiones cuando están debidamente ejecutoriadas no pueden ser revisadas por autoridad alguna, correspondiendo sólo el cumplimiento de lo resuelto.

viii) El proceso es un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de autoridad, un conflicto *de relevancia jurídica*. Esto significa que el conflicto debe importar al derecho, y para resolver si se está o no ante un conflicto hay que aplicar un criterio casuístico. Hoy, tanto la jurisprudencia como la doctrina chilena, han dicho que despejar una situación jurídicamente dudosa es, en sí mismo, un posible conflicto que puede determinar la actividad jurisdiccional. Por ejemplo: la validez de la separación de bienes entre marido y mujer, en que los terceros dudan de su eficacia, los cónyuges pueden recurrir a los tribunales para declarar la validez y eficacia de su pacto. La acción destinada a despejar esta situación oscura se denomina *acción declarativa de mera certeza*.

ix) El proceso es un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de autoridad, un conflicto de relevancia jurídica *mediante una resolución*. El acto de dirimir se traduce en las *resoluciones judiciales*. La resolución judicial es claramente un acto de voluntad. Es la expresión de un querer del órgano jurisdiccional, que se expresa en uno u otro sentido. La

resolución de mayor jerarquía es, normalmente, la *sentencia definitiva*, que es aquella que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión que ha sido objeto del juicio.

x) El proceso, es un medio idóneo para dirimir, imparcialmente por acto de juicio de autoridad, un conflicto de relevancia jurídica mediante una resolución que, *eventualmente, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada*.

La cosa juzgada no es de la esencia de las resoluciones judiciales, ya que sólo algunas adquieren este carácter, específicamente las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, y consiste en que la decisión jurisdiccional sea de una vez y para siempre, y que no se replanteen las cuestiones ya decididas.

La cosa juzgada tiene las características de *inmutabilidad*, esto es, que no puede ser cambiada por juez alguno, e *inimpugnabilidad*, es decir, que jamás puede ser eficazmente impugnada.

La pregunta sobre si la cosa juzgada es un principio constitucional o legal, es un conflicto importante, porque fija los límites al legislador sobre las sentencias ejecutoriadas. Al respecto tenemos que decir que es claramente un principio constitucional, en virtud del cual ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o *hacer revivir procesos fenecidos* (artículo 76 inciso 1º C.P.R.).

## 2. TÉRMINOS DEL DERECHO PROCESAL

### 2.1 Preclusión

El proceso está hecho para avanzar; y, por lo tanto, se van consumando sucesivas etapas. Para evitar que el proceso retroceda y vuelva a etapas ya agotadas, se ha acuñado este principio que significa el *cierre definitivo e irrevocable de la respectiva etapa que ya está consumada*. Por ejemplo, terminado el período de discusión y abierto el término de prueba, no puede volverse a aquél.

Para que la preclusión se produzca, es necesario que los actos procesales consumados sean válidos. Si son nulos, es posible retrotraer el proceso al estado de sanear el acto nulo, en consecuencia, el enemigo de la preclusión, es la nulidad procesal.

Hay diferentes fuentes, en virtud de las cuales se produce la preclusión:

a) *El tiempo* (plazo). Si no se hace uso de una facultad determinada dentro de plazo la facultad procesal precluye.

b) *El ejercicio incompatible de una determinada potestad*. La ley señala varios tipos de conducta del que se estima agraviado, y establece que el ejercicio de una de las vías hace precluir la otra.

La expresión máxima de la preclusión, es la cosa juzgada, porque con ella se cierra definitivamente el procedimiento, por lo que también se le ha llamado la *summa preclusión*.

## 2.2 Impulso Procesal

El proceso debe avanzar. Por lo tanto, al legislador le produce desazón su paralización sancionando a la parte que injustificadamente lo detiene. Sin embargo, no sólo las partes están cargadas con el impulso procesal sino que también pesa sobre el tribunal.

Es importante tener presente que dada la naturaleza del conflicto y el procedimiento respectivo, el impulso procesal puede estar radicado en las partes contendientes o en el tribunal, siendo la regla que se radique en las partes, y excepcionalmente en el tribunal o ambos.

## 2.3 Perención

*Es la extinción del respectivo procedimiento en virtud de la inactividad.* La extinción o perención puede tener distintas expresiones:

a) Abandono del procedimiento. Cuando éste se produce hace perder todo lo actuado en el respectivo juicio (salvo excepciones).

b) Prescripción de los recursos procesales: significa la pérdida del recurso por inactividad de las partes que no lo dejan en estado de fallo.

Es importante destacar que la perención tiene, por regla general, sólo efectos de carácter procesal y no sustancial. Es decir, no significa necesariamente la extinción del derecho que se reclama. Pero, puede tener un efecto reflejo respecto del derecho que se reclama, pues puede no entenderse interrumpida la prescripción (abandono del procedimiento).

## 3. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

Tradicionalmente las fuentes del derecho procesal se han clasificado en históricas y positivas.

### 3.1 Fuentes Históricas

Son aquellas que se vinculan a la evolución de las distintas instituciones procesales en las diferentes culturas. El Derecho Procesal en cuanto a su evolución, nace junto a las ramas sustantivas del derecho; y así, en todas las culturas históricas jurídicas existen manifestaciones.

Sólo nos referiremos a tres grandes expresiones: el proceso romano, el proceso germano y el proceso romano-canónico; procesos que de una u otra manera tienen influencia en las actuales estructuras.

a) **Proceso Romano.** En este proceso, hay que fijar dos grandes períodos:

i) El *Proceso Republicano*, presente durante toda la República, desdibujándose con el gobierno de Julio César. Se divide en dos estadios:

\* Fase *In Iure* o etapa “en derecho”. Se realizaba ante el Pretor urbano o rural, con el objeto de señalar con precisión cuál era el conflicto que debía resolverse. Luego se celebraba entre las partes una convención llamada el “cuasicontrato de la *litiscontestatio*”, sancionado por el Pretor, quien indicaba la fórmula, es decir, el contenido jurídico indispensable para la solución del conflicto (sin resolverlo).

\* Fase *In Iudicium* (etapa de decisión). Aquí un tercero, que es designado por las partes o por el Pretor en desacuerdo de éstas, resolvía el conflicto, teniendo como límite de su acción el cuasicontrato de *litiscontestatio* y la fórmula. Su decisión no era susceptible de recurso alguno. La prueba se apreciaba sin sujeción a normas de carácter obligatorio. El procedimiento era fundamentalmente oral. Si era necesario llegar al cumplimiento forzado, debían concurrir las partes nuevamente ante el Pretor, porque el juez no estaba revestido de *imperium*.

ii) El *Proceso Imperial*, que se inicia con Julio César y termina en el siglo V para el Imperio Occidental y el siglo XV en Oriente. En esta fase, la actividad jurisdiccional es asumida plenamente por el Imperio y los magistrados pertenecen a su aparato administrativo. Todo proceso se realiza ante un juez magistrado, su sentencia es recurrible para ante el propio Emperador, quien asume en plenitud toda la potestad jurisdiccional, delegada en sus magistrados.

Para hacer posible esta apelación se va abandonando el sistema de la oralidad por la escrituración.

De las dos etapas debemos rescatar algunas instituciones que hasta hoy tienen algún reflejo en nuestro derecho procesal:

\* *Litiscontestatio*: acuerdo de las partes, que diseña el entorno exacto del conflicto. Hasta el siglo XIX en el mundo, y primera mitad del siglo XX en Chile, los procesalistas recogen el concepto como explicación de la naturaleza jurídica del proceso (cuasicontrato de *litiscontestatio*).

\* Imperio: aparece por primera vez en Roma, y se traduce en la facultad de imponer por la fuerza lo resuelto en el procedimiento. Esta concepción está intacta y se le han agregado todo tipo de resguardos, siendo de la esencia de las resoluciones judiciales el poder ser impuestas por la fuerza.

\* Cosa juzgada: tiene su vinculación con la concepción latina “*res iudicata*”, concepción que en su estructura era esencialmente diferente a la actual. Los romanos no tenían una visión abstracta, sino práctica, donde la *res iudicata* era la cosa adjudicada, o sea, la materialidad de quien obtiene la cosa y no cosa juzgada.

\* Recursos procesales: concepto que designa la posibilidad de que la decisión del magistrado fuera reclamada ante el Emperador.

**b) Proceso Germano.** Tuvo su origen en los pueblos germanos, donde la actividad jurisdiccional era pública y comunitaria. Se reunía todo el pueblo presidido por su respectiva



autoridad, se oía a los contendientes y se votaba en un sentido u otro reconociéndole la verdad a uno de ellos.

En las culturas actuales tenemos esta expresión en los jurados, que representan en el fondo una selección del pueblo mismo. La gran diferencia está, en que quien había sido condenado, tenía la posibilidad de recurrir al “Juicio de Dios” y provocar mediante ciertos y determinados mecanismos que fuera la mano de Dios quien decidiera (ordalías: duelo, fuego).

Hay dos instituciones que provienen del proceso germánico:

\* Prueba legal o tasada: que significa que el legislador de antemano otorga mayor o menor fuerza probatoria a cada una de las posibles expresiones. Por lo tanto, tiene en sí misma una fuerza propia y autónoma de convicción, semejante a la ordalía.

\* Cojuradores: se refleja hoy en algunas expresiones de la prueba testimonial (procedimiento penal, los testigos de contexto), que en el proceso germano consistía en declarar sobre el prestigio o credibilidad del respectivo acusado.

**c) Proceso Romano Canónico.** Se expresa con mucha fuerza en la Alta Edad Media en la región del norte de Italia, su más perfecta evolución se alcanzó en el siglo XIII.

El proceso se desarrolla en estadios sucesivos, perfectamente distintos y diferenciados, que se van cerrando de una vez y para siempre en virtud de la aplicación del principio de preclusión.

Estas etapas, son las que se tuvieron en vista cuando el Código Francés estructuró las etapas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía; que luego pasaron a la Ley de Enjuiciamiento Española y posteriormente a los Códigos de Procedimiento Civil Latinoamericanos.

Tiene también importancia al establecerse un sistema de impugnación de las resoluciones judiciales, lo que trae como consecuencia un claro dominio del principio de escrituración (constancia física y material de lo acaecido en el proceso) lo que a su vez, acarrea el principio de mediación, donde una serie de funcionarios (del Estado) ponen en contacto a las partes con el tribunal.

El principio de cosa juzgada, era más débil que en nuestro ordenamiento, ya que existía la revisión de las decisiones judiciales.

### 3.1.1 Situación nacional de las fuentes históricas

Durante la etapa colonial en Chile, existía un conjunto de normas procesales contenidas en la legislación española (Las Siete Partidas, Novísima Recopilación, Leyes de Toro).

Luego, a partir del Chile independiente encontramos, por ejemplo, las reglamentaciones constitucionales de la Patria Vieja donde se contenían normas orgánicas de lo que sería, posteriormente, la estructura del Poder Judicial. Este mismo fenómeno lo encontramos en las Constituciones de la Patria Nueva.

A comienzos de la República se dictan, por inspiración de Mariano Egaña, varias leyes referidas a materia procesal, por ejemplo, lo que hoy llamamos normas de impuncias y

recusaciones, que impiden que un determinado magistrado intervenga en un proceso por no tener imparcialidad. También se dictaron leyes sobre el juicio ejecutivo.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, comienza el movimiento codificador, que se traduce en el Código Civil de Andrés Bello, y pronto se intenta avanzar en otras ramas tanto sustanciales como procesales.

El C.P.C. se comienza a elaborar, cuando era Presidente Germán Riesco, y el autor del proyecto fue José Bernardo Lira.

### 3.2 Fuentes Positivas

a) **Auto Acordados.** *Son resoluciones de los tribunales superiores de justicia, tendientes a una más expedita actividad jurisdiccional o administrativa.* Estos necesariamente, deben emanar de los tribunales superiores de justicia (colegiados) comprendiéndose a las Cortes de Apelaciones, Cortes Marciales o Navales (militares), Tribunal Constitucional y, particularmente, la Corte Suprema.

El ámbito de aplicación de los auto acordados es diferente según cual sea el tribunal del que proviene. Así, las decisiones de la Corte de Apelaciones rigen en su territorio, y las de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional a nivel nacional. Además, los auto acordados deben ser resueltos por el respectivo tribunal en pleno y emanan de la potestad económica que tienen los tribunales superiores de justicia (del griego *ekos* = casa).

La dictación de los auto acordado, no es una función jurisdiccional (no solucionan conflictos concretos y específicos), sino que regulan la función jurisdiccional. Por ejemplo, la tramitación de recursos procesales o labores administrativas, tales como el buen desempeño de los funcionarios auxiliares de los tribunales de justicia, tramitación y fallo del recurso de queja, forma de las sentencias, etc.

Podemos distinguir entre los auto acordados dictados por propia iniciativa y aquellos dictados en virtud de un mandato legislativo. Esta distinción tiene, por lo menos teóricamente, una gran importancia, porque cuando nos encontramos con los auto acordados dictados en virtud de una potestad delegada por el legislador, se ha dicho que son auto acordados con fuerza de ley. Por lo tanto, sus mandatos tienen igual jerarquía que la ley, se asimilan a los Decretos con Fuerza de Ley. Además, se ha dicho que con su dictación se agota la potestad respectiva, de esta manera, no pueden ser objeto de modificación por el órgano que lo dictó. Sin embargo, esto no es compartido por la Corte Suprema, porque ella se considera investida de facultad para modificarlos.

Los auto acordados dictados por mandato del legislador, deben ser publicados en el Diario Oficial, ya que son normas obligatorias, en cambio, los otros no necesitan esta publicación.

También se ha dicho que los auto acordados dictados por mandato del legislativo son obligatorios para todos los habitantes de la República. En cambio, los auto acordados dictados por propia iniciativa, lo son sólo para los funcionarios y auxiliares del orden judicial. Pero, en el hecho, esta afirmación no es aceptada por la Corte Suprema, quien ha establecido que independientemente de su origen, los auto acordados tienen igual fuerza obligatoria para todos.

**b) Jurisprudencia.** *Es la repetición constante y uniforme de fallos judiciales en un determinado sentido.*

Es importante recordar en este punto, el artículo 3° inciso segundo del C.C., que señala que “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”.

Esta norma establece el llamado efecto relativo de las sentencias, donde el efecto vinculante queda circunscrito, estrictamente, a la causa en que se dicta.

Sin embargo, la repetición constante y uniforme de un determinado criterio para fallar una misma cuestión, hace que éste tenga fuerza moral, razón por la cual es seguido por los tribunales. El carácter de fuerza moral, es lo que marca la línea de división entre nuestro derecho y el sistema anglosajón. En este último, la jurisprudencia es considerada norma obligatoria, formándose el derecho a través de los casos que se van resolviendo. En cambio en nuestro sistema sólo hay fuerza moral, pero se ha dicho que lo que la Corte Suprema declara como derecho, adquiere el carácter de tal.

En virtud de una modificación al C.P.C., la presencia de jurisprudencia encontrada ha traído consecuencias de carácter positivo. Así frente a un determinado recurso y el recurrente se encuentra frente a decisiones contradictorias de la Corte Suprema puede solicitar que el recurso sea conocido y resuelto por el tribunal pleno (recurso de casación en el fondo).

**c) Doctrina.** *Es la opinión de los juristas sobre ciertas y determinadas materias.* Al igual que la jurisprudencia, no tiene fuerza vinculante.

En nuestro sistema, es posible que los tribunales ordenen, de oficio o a petición de parte, Informes en Derecho, que es una orden para que un determinado jurista opine sobre la cuestión de derecho que está bajo su decisión.

**d) Ley procesal.** *Es aquella que regula el proceso.* Significa que la ley regula la naturaleza y esencia del proceso, sus distintos procedimientos, sus diferentes etapas, sus posibles partes y funciones, sus potestades, derechos, cargas, expectativas y resoluciones, eventuales formas de impugnación, la organización y atribuciones de los órganos jurisdiccionales y sus auxiliares.

La ley procesal es una norma de conducta, y como tal puede tener como destinatario al órgano jurisdiccional mismo o a sus auxiliares, a las partes o a un tercero. La ley procesal es autónoma de la existencia o no de un proceso. De hecho su sentido y alcance podrá fijar perspectivas y expectativas respecto de la conveniencia o no de iniciar un proceso determinado.

La ley procesal se encuentra contenida en diversos textos legales, a saber:

- i) Normas procesales contenidas en la Constitución;
- ii) Otras leyes procesales, que en nuestro medio están representadas por los códigos procesales generales (C.P.C., C.P.P. y C.O.T.);
- iii) Códigos procesales especiales (Justicia Militar, Tributario, Sanitario, del Trabajo), y leyes procesales especiales, entre ellas destacan la ley de alcoholes, ley de menores, ley de adopción, ley de los juzgados de policía local, ley que crea los tribunales de familia, etc.

**e) La costumbre.** *Es la repetición constante y uniforme de ciertas prácticas, con la conciencia de que obedecen a una necesidad jurídica.*

En materia civil, la costumbre tiene vigencia y aplicación cuando la ley se remite a ella (artículo 2° C.C.). En materia procesal, la costumbre, en estricto rigor, no tiene cabida, sin embargo, en los hechos una serie de costumbres se han ido arraigando de tal manera que constituyen fuente indirecta o informal del derecho procesal, por ejemplo, los escritos judiciales cuando tratan distintos puntos, se los divide en “En lo principal” y “otrosíes”, expresión que significa además.

**f) Reglamentos procesales.** Existen determinadas materias procesales reguladas por reglamentos, por ejemplo: i) el cumplimiento de penas en establecimientos penitenciarios, materia regulada por el Reglamento Carcelario; ii) el otorgamiento de indultos.

## CAPÍTULO II

### LEY PROCESAL

#### 1. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES

##### 1.1 Leyes procesales de orden público y de interés privado.

La ley procesal puede ser norma de orden público o de interés privado, lo que tiene una importancia muy particular porque su quebrantamiento acarrea consecuencias diferentes. Lo normal es que la infracción de una norma de orden público, tenga graves sanciones -en general la nulidad, salvo excepciones-; en cambio, las normas que apuntan al interés privado están entregadas a la modificación de las partes. Son normas supletorias a su voluntad, donde su quebrantamiento normalmente no acarrea la sanción de nulidad.

Algunos postulan que la norma procesal, podrá ser de orden público o de interés privado, dependiendo de la naturaleza del conflicto; así, si éste tiene un fuerte contenido de interés público o social la norma pertenecerá al primer grupo. Si el conflicto envuelve intereses libremente disponibles, será una norma del segundo grupo.

Esta postura es criticable, porque llega al absurdo de sostener que una misma norma puede ser, dependiendo de las circunstancias, pública o privada, según la naturaleza del conflicto. Así, por ejemplo, en un juicio que se refiera al estado civil de una persona, los plazos no podrían suspenderse por ser de orden público; y en el cobro de una obligación sí podrían

suspenderse. Además, es necesario considerar que el concepto mismo de orden público está en evolución, y depende de las perspectivas culturales y políticas del momento.

Otro criterio atiende a la materia a que se refiera la respectiva norma. Así las normas de organización y atribuciones de los órganos jurisdiccionales son de orden público, ya que el funcionamiento de éstos es una actividad propia y característica del Estado; y las normas de procedimiento son normas de interés privado de libre disponibilidad de las partes.

De esta teoría sólo la primera parte es aceptable, pero en relación a las normas de procedimiento, rige el principio de la legalidad, ya que su estructura está regulada por la voluntad legal y no por las partes.

Una tercera postura aplica un criterio casuístico; así, la ley procesal puede ser considerada de orden público o privado. Será de orden público, cuando existe unión a graves causales de compromiso entre el juez y las partes, las llamadas causales de implicancia, cuyo quebrantamiento trae importantes consecuencias. Por otra parte, existen otras causales que implican un menor grado de compromiso, siendo de menor envergadura su sanción, éstas son las causales de recusación, y son claramente de interés privado, y por lo tanto, pueden ser renunciadas.

## **1.2 Leyes procesales imperativas, prohibitivas y permisivas**

De acuerdo a la naturaleza del mandato las leyes procesales pueden ser:

- a) Imperativas: son aquellas que imponen la necesidad de una determinada conducta, y su quebrantamiento acarrea sanciones o pérdidas de expectativas a quien no las ha observado.
- b) Prohibitivas: vedan a todo respecto una conducta y, al igual que la anterior, su incumplimiento significa una sanción o pérdida de las expectativas.
- c) Permisivas, señalan posibles conductas a seguir, siendo su destinatario quien elige la posibilidad que le es más conveniente.

## **1.3 Según quién sea el destinatario de la norma**

- a) Órgano Jurisdiccional o sus Auxiliares.
- b) Partes.
- c) Terceros.

Cualquiera que sea el destinatario, la esencia de su contenido es la regulación del proceso.

## 1.4 De carácter orgánico y funcional

a) De carácter orgánico: son aquellas que regulan al órgano jurisdiccional mismo o a sus auxiliares, en todos los aspectos (génesis, desempeño, competencia, prohibiciones, limitaciones, prerrogativas, etc.).

b) De carácter funcional: son aquellas que se refiere a la ritualidad y marcha de los respectivos procedimientos (su sede, cómo se va a desarrollar, sus etapas, entre otros).

## 2. EFECTOS DE LA LEY

La ley procesal como toda norma del ordenamiento jurídico, tiene dos limitaciones: una de carácter temporal, esto es, desde cuándo y hasta qué momento rige; y otra, de carácter espacial, el ámbito territorial en el cual se aplica.

### 2.1 Efectos de la ley en el tiempo

En relación a su carácter temporal, el lapso de su eficacia corresponde a un determinado momento, donde encontramos los conceptos de *retroactividad*, *ultraactividad* y *vacatio legis*.

La regla general es que la ley rige a partir de su publicación en el Diario Oficial hasta su derogación. El *desuso* de la ley no significa su derogación.

Sin embargo, el principio general se ve modificado por los anteriores conceptos de la siguiente manera: *retroactividad*: significa que la ley rige situaciones producidas con anterioridad a su vigencia; *ultraactividad*: se refiere a que la ley rige situaciones posteriores a su derogación; y *vacatio legis*: esto es, la ley por mandato legal no entra a regir a partir de su publicación, sino en un momento posterior.

#### 2.1.1 Retroactividad de la ley.

En relación con la retroactividad de la ley procesal, debemos recordar como norma de carácter general el artículo 9 C.C. que señala que *La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo*.

Sin embargo esta norma sólo tiene carácter legal, no constitucional y por lo tanto, este mandato legal puede ser siempre modificado por otra disposición legal. En efecto, el artículo 9 C.C. en su inciso segundo dispone que *“Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”*.

Interpretar, es darle a una determinada norma su verdadero sentido y alcance; la interpretación puede ser privada o por vía de autoridad (juez y legislador –auténtica-).

Cuando estamos frente a la interpretación auténtica (legislador) estamos en presencia de una ley interpretativa que se entiende incorporada a la ley interpretada. Sin embargo, este principio de la retroactividad de la ley interpretativa tiene a su vez una excepción, y es que la ley interpretativa no tiene la virtud de modificar los fallos judiciales ejecutoriados que se hubiesen dictado en el tiempo intermedio (artículo 9 inciso 2º C.C.).

Existen normas constitucionales que se refieren a la irretroactividad de la ley penal. Así el artículo 19 N° 3 C.P.R. establece que ningún delito será castigado con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. No obstante, este principio tiene la excepción de que si favorece al imputable puede dársele aplicación retroactiva (*“a menos que una nueva ley favorezca al acusado”*.)

La norma anterior tiene claramente un contenido referido al Derecho Penal, pero se la interpreta en un sentido extensivo, entendiendo que es irretroactiva toda ley sancionatoria, aunque sea de carácter civil.

### 2.1.2 Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes.

En relación a este punto, debemos tener presente que la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, tiene en general un criterio esencialmente casuístico.

El artículo 24 señala: *“Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen comenzando a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

En el inciso primero encontramos el principio que establece como regla general que las leyes procesales rigen *in actum*, aun respecto de los procesos iniciados antes de su vigencia. Sin embargo, esta afirmación debe ser debidamente calificada respecto de determinadas circunstancias, como los plazos procesales, los recursos procesales, los medios de prueba, la nulidad, prescripciones, competencias y títulos ejecutivos, que son las materias que mayor importancia tienen en relación con esta ley.

**a) Plazos o términos procesales:** *es el lapso para realizar útilmente un determinado acto o actuación procesal.* Respecto de este punto, la segunda parte del artículo 24 señala que los términos que hubiesen empezado a correr se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación (antigua ley). En cambio, si el término se inicia bajo la vigencia de la nueva ley, su extensión y expiración se rige por ésta.

**b) Recursos procesales:** *son un medio de impugnación de las resoluciones judiciales.* A raíz de este concepto debemos analizar dos hipótesis:

i) Si la ley procesal antigua contemplaba un determinado recurso procesal, que es suprimido por la nueva ley, nace la pregunta de si puede o no usarse el recurso procesal bajo el

imperio de la nueva ley. La solución a este punto se encuentra en el artículo 24 de la L.E.R.L., que establece que si bajo el imperio de la antigua ley se interpuso el recurso, éste subsiste y sigue tramitándose según la antigua ley; aunque la nueva ley dispusiese otra cosa. En este sentido, el recurso procesal interpuesto se entiende como actuaciones y diligencias ya iniciadas.

ii) La nueva ley crea recursos procesales no contemplados en la ley anterior. En este caso volvemos al principio general (esto es, rige in actum) y por lo tanto, se aplica la nueva ley.

c) **Medios de prueba:** *son elementos de convicción que el juez debe ponderar al momento de la dictación del fallo.* Como regla muy general, los medios de prueba no se refieren al derecho sino sólo a los hechos o extremos fácticos del respectivo conflicto.

En nuestra legislación, rige el principio de la **legalidad**, que se traduce en que la ley regula:

- sobre quién recae el peso de la prueba (onus probandi)
- cuáles son los medios de prueba
- cuál es su fuerza de convicción o valor probatorio de los distintos medios
- cuál es la manera o forma de producir la prueba

En cuanto a **los medios de prueba**, se pueden presentar dos hipótesis:

i) que la ley antigua que regía al momento de ocurrir los hechos, establecía mayores medios probatorios,

ii) que la ley nueva establezca mayores medios de prueba que la ley antigua.

También en este aspecto se puede producir una dicotomía entre la antigua y la nueva ley sobre su valor probatorio, concediendo un mayor o menor valor que la otra.

Frente a la regulación de los medios de prueba y su fuerza de convicción, rige el artículo 23 que establece, implícitamente, una diferencia ya que distingue:

i) **Prueba de los actos y contratos.** Los actos y contratos válidamente celebrados, se prueban por los medios vigentes al momento de su celebración. Al referirse a los actos y contratos válidamente celebrados, excluye a los hechos que dicen relación con la nulidad del acto, que se prueban por los medios y según el valor que disponga la nueva ley.

ii) **Prueba de los hechos que no sean actos o contratos.** En la prueba de simples hechos, rige in integrum la nueva ley.

En cuanto a la **forma de producir la prueba**, es decir, su ritualidad, se rige por la nueva ley: Artículo 23 *“Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere”.*

En relación al **peso de la prueba**, es una materia altamente opinable donde entran en juego dos principios en apariencia contrapuestos:

i) El inciso primero del artículo 22: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.* Desde esta perspectiva, el peso de la prueba se regirá por la ley vigente al momento de la celebración del acto o contrato.



ii) Si lo miramos desde el punto de vista de la ley procesal (rige in actum) se aplicaría la nueva ley.

**d) Nulidad procesal:** es una sanción frente al incumplimiento de ciertas y determinadas ritualidades, cuando ello acarrea agravio o perjuicio.

Este tema ha evolucionado sustancialmente, teniendo como consecuencia el que se ha estrechado su ámbito. Así hoy las razones para alegar la nulidad son más estrechas que en la legislación anterior.

La L.E.R.L. contiene indirectamente ciertas directrices en relación con la nulidad procesal, que arrancan fundamentalmente del artículo 22 N° 2, de donde nacen dos hipótesis:

i) Un acto era anulable bajo el imperio de la antigua ley, pero no bajo el imperio de la nueva ley, y se vicia de nulidad el acto bajo el imperio de la nueva ley. En este caso, rige la ley nueva porque la regla general es la vigencia in actum y, por lo tanto, el acto que una nueva ley regula como válido, no puede ser declarado nulo, a menos que exista una norma expresa.

ii) Si se ejecuta un acto, que bajo la antigua ley era válido, pero que la nueva ley establece como nulo y se alega nulidad bajo el imperio de la nueva ley; seguirá rigiendo la antigua ley, porque las reglas que rigen la nulidad son reglas sancionatorias, frente a las cuales se ha establecido el principio de que éstas no pueden tener nunca efecto retroactivo.

Artículo 22 *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

*Exceptúanse de esta disposición :*

*1º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y*

*2º Las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.*

**e) Prescripción:** en nuestra disciplina se la ha denominado **perención**, teniendo rasgos comunes a la prescripción del derecho civil. Desde esta perspectiva, la prescripción puede ser:

i) **Adquisitiva** o *usucapión*, en virtud de la cual se adquiere el dominio de bienes por la posesión de éstos y el paso del tiempo, y

ii) **Extintiva**, en virtud de la cual se extinguen los créditos o el derecho a cobrar determinadas acreencias.

En el derecho procesal, está presente en las siguientes instituciones: i) abandono del procedimiento; ii) prescripción del recurso de apelación; iii) prescripción del recurso de casación; iv) abandono del recurso de queja; v) abandono de la acción penal privada.

Estas instituciones (prescripción y perención) tienen como rasgo común en que en ambas concurren dos elementos: la inactividad y el transcurso del tiempo.

Artículo 25: *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que lo modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese comenzado a regir”.*

El prescribiente (persona beneficiada con la prescripción) es libre para elegir el plazo de la antigua o nueva ley, pero tiene como limitación que si elige la nueva ley el plazo se entiende que se inicia junto con la vigencia de ésta.

**f) Competencia:** *es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones (artículo 108 C.O.T.).*

Si una ley otorga competencia a un tribunal, y la nueva ley se la da a otro tribunal, surge la pregunta de cuál tribunal conoce el asunto.

La respuesta la encontramos en el artículo 109 C.O.T. que señala: “*Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente*” (regla de la radicación).

**g) Título ejecutivo:** *el título ejecutivo es un instrumento o actuación que da fehaciente cuenta de la existencia de una obligación.*

Cuando nos enfrentamos a un título ejecutivo, el acreedor está premunido de un arma que permite un procedimiento rápido, eficaz, llamado *procedimiento ejecutivo*, que comienza con medidas cautelares y coercitivas en contra del deudor.

Si la ley antigua reconocía a una institución el carácter de título ejecutivo y la nueva ley se lo desconoce, y el procedimiento se inicia bajo el imperio de la nueva ley, no se puede invocar el título ejecutivo, porque las leyes procesales rigen *in actum*. En cambio, si bajo el imperio de la antigua ley una institución no era reconocida como título ejecutivo, pero la nueva ley si lo reconoce y el procedimiento se inicia bajo la nueva ley, se aplica el principio de que la ley rige *in actum*, por lo tanto, se puede iniciar el procedimiento como juicio ejecutivo.

**2.1.3 Ultraactividad de la ley procesal.** En este caso, la ley sigue rigiendo después de su derogación expresa, tácita u orgánica.

En el derecho procesal el fenómeno de la ultraactividad es relativamente escaso y que de alguna manera está comprendido en la casuística a la que nos hemos referido. Sin embargo, esta institución tiene importancia en el derecho civil y mercantil, porque de acuerdo al inciso 1º del artículo 22 L.E.R.L., toda la normativa legal vigente se entiende incorporada a los contratos celebrados bajo el imperio de aquella normativa.

**2.1.4 Vacatio legis.** Es un período establecido por el legislador en virtud de un específico mandato por el cual una ley publicada difiere su aplicación para una fecha posterior. En general, se da este fenómeno cuando las leyes son muy complejas o muy amplias o significan grandes modificaciones, para que haya un estudio y conocimiento de esta ley.

**2.1.5 Temporalidad de la ley procesal.** El plazo de vigencia de una ley, es normalmente indeterminado, y termina por voluntad explícita posterior en contrario, que significa su

derogación. La temporalidad se produce cuando, por voluntad del legislador que estableció la norma, ésta deja de regir sin necesidad de ley derogatoria.

## 2.2 La ley procesal en el espacio

En el derecho sustantivo rige el principio de la territorialidad, en virtud del cual la ley sólo rige en el territorio del Estado, pero existen normas de excepción (artículo 15 C.C.).

En el derecho procesal el principio es más simple y absoluto: la ley procesal aplicable, es la ley del territorio donde funciona el respectivo tribunal, llamada *lex fori* o ley del foro. En consecuencia, la norma procesal es territorial y no se aplica la ley chilena en el extranjero ni la ley extranjera en Chile, por cuanto, la actividad jurisdiccional es claramente emanación de la soberanía.

Sin embargo, debemos indicar como excepción, más aparente que real, el artículo 17 C.C., que establece que la forma de los instrumentos públicos se rige por la ley del lugar donde ellos se otorgan; los instrumentos públicos tienen efectos procesales y en cuanto a su forma se rigen por la ley del lugar donde se expidió el instrumento. Sin embargo, su autenticidad se prueba de acuerdo a la ley chilena (artículo 345 C.P.C.).

Otra aparente excepción es el artículo 18 C.C., que señala que si conforme a la ley chilena se exige instrumento público para acreditar ciertos actos y contratos, no valdrán las escrituras privadas aun cuando el acto o contrato se haya celebrado en el extranjero.

### **Sumisión a una jurisdicción extranjera.**

En relación a este tema, se plantea la posibilidad de que en un contrato celebrado en Chile se acuerde someter los posibles conflictos a un tribunal extranjero, lo que importa también la aceptación de la aplicación de la ley extranjera, lo que conlleva a la natural pregunta sobre la licitud de este pacto.

El artículo 1462 señala *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”*.

Respecto a este punto, son muchos los ejemplos que demuestran claramente que, efectivamente, nuestro derecho reconoce la existencia de jurisdicciones extranjeras. Incluso hay instituciones que se basan en este reconocimiento, por ejemplo: i) los exhortos internacionales, dados o recibidos por Chile; ii) el C.P.C. reconoce expresamente la eficacia de las sentencias extranjeras, que cumplan ciertos requisitos; iii) la extradición activa y pasiva.

En consecuencia, cuando esta norma declara que hay objeto ilícito el someterse a una jurisdicción no reconocida, no se refiere a una jurisdicción extranjera -que es reconocida-.

Entonces cabe preguntarse qué es lo que está prohibido por el artículo 1462, artículo que entendemos como una norma de derecho interno y no internacional. Lo que está prohibido es someterse a un órgano que nuestro sistema no reconoce como órgano jurisdiccional.

En este punto es importante hacer una breve alusión a las *jurisdicciones domésticas*, que miran a mantener el orden y disciplina dentro de los grupos intermedios, como los colegios profesionales, los tribunales de los partidos políticos, etc. A ellos los asociados reconocen potestades disciplinarias, que no son propiamente ejercicio de jurisdicción, sino expresión de disciplina doméstica o propia.

El artículo 19 N° 24 C.P.R. establece que el expropiado podrá siempre recurrir a los tribunales ordinarios, lo que no excluye la posibilidad de someterse a una jurisdicción extranjera, siempre que el eventual afectado haga dejación del derecho (que mira a su propio interés) y acepte esta forma de solución.

En relación a la propiedad minera, por mandato expreso, sólo puede ser conocido por los tribunales ordinarios. Por lo tanto, la sumisión a la jurisdicción extranjera está prohibida.

### 2.3 Interpretación de la ley procesal

En nuestro sistema jurídico la interpretación es reglada, está regulada por el propio legislador en los artículos 19 al 24 C.C., que son normas de general aplicación, por lo tanto, las leyes procesales deben ser interpretadas conforme a esta normativa, aplicándose todos los elementos por igual.

En cuanto al elemento sistemático debemos señalar que en el derecho procesal existen familias de normas inspiradas en iguales principios formativos, los que sin embargo, pueden ser diferentes si el procedimiento es distinto. Así por ejemplo, si tenemos una norma procesal oscura en materia del juicio de arrendamiento no debemos recurrir al proceso penal porque obedecen a principios formativos diferentes.

### 2.4 Integración de la ley procesal

La integración se produce cuando no existen normas aplicables al caso concreto, o cuando las hay pero son contradictorias y esta contradicción es insalvable.

**a) Lagunas en la legislación procesal orgánica.** En este caso se debe recurrir a las leyes procesales funcionales, pero no a la inversa.

**b) Lagunas en la legislación procesal funcional.** Es decir, normas procesales funcionales relativas al proceso civil.

Si existe vacío se debe recurrir sucesivamente: i) reglas comunes a todo procedimiento (Libro I C.P.C.); ii) normas del juicio ordinario de mayor cuantía (artículo 3° C.P.C.).

En virtud de este recorrido, podemos establecer una prelación respecto de estas normas en el siguiente orden:

- i) Si se trata de un juicio especial, a las normas del juicio especial respectivo.
- ii) Normas comunes a todo procedimiento.
- iii) Normas del juicio ordinario de mayor cuantía.

La Teoría General del Derecho, postula que hay ciertas normas de clausura, que por su simple aplicación solucionan la cuestión, éstas son:

- Tratándose de normas de orden público: se puede hacer sólo lo que está expresamente permitido,
- Tratándose de normas de interés privado: se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido.

Sin embargo, en el derecho procesal estas normas no son aplicables, por la dificultad de diferenciar si las normas son de orden público o de interés privado, y por el principio de legalidad, en virtud del cual la armazón procesal debe, necesariamente, estar regulada por la ley.

También se ha dicho que la ley procesal es posible integrarla, de acuerdo a las normas sustantivas que rigen dicho conflicto. Lo que es refutado por otros, por cuanto se trata de dos mundos perfectamente distintos y separados: el de la relación jurídico-procesal y el de la relación sustancial.

### CAPÍTULO III

#### LA JURISDICCIÓN

Etimológicamente la palabra *jurisdicción* proviene del latín *iuris dictio* que significa decir el derecho, reconocer el derecho (derecho subjetivo).

Además, el término jurisdicción ha sido usado como sinónimo de *territorio sometido a una determinada autoridad*, por ejemplo, las aguas jurisdiccionales, el territorio de un notario, etc. También debemos señalar, que frecuentemente el término jurisdicción se ha estimado como sinónimo de *competencia*, aun cuando son dos términos distintos, así por ejemplo, el artículo 181 C.O.T., en su texto anterior, hablaba de la prórroga de la jurisdicción, cuando en realidad se estaba refiriendo a la prórroga de la competencia.

#### 1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Eduardo J. Couture define la jurisdicción como *“Una función pública realizada por el órgano competente del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de resolver un conflicto de relevancia jurídica mediante decisiones eventualmente revestidas de la autoridad de cosa juzgada y coercibles”*.

## 1.1 Análisis del concepto

i) ***Es una función pública:*** esto significa que la jurisdicción es una función del Estado. Cuando la Nación jurídicamente organizada se convierte en Estado, se veda a los particulares la justicia por mano propia y, por lo tanto, aquél se convierte en el único llamado a resolver conflictos intersubjetivos por la vía de la resolución judicial. Sin embargo les deja a los particulares otras vías de solución.

En relación a este punto es menester hacer dos distinciones, el arbitraje y las jurisdicciones domésticas.

*El arbitraje* -juez particular y temporal designado por las partes o el juez en subsidio, para solucionar una cuestión litigiosa-, aunque su designación puede arrancar de la voluntad de las partes, es propiamente un juez y se reviste de autoridad por la aceptación y solemne juramento de fiel desempeño del cargo y en el menor tiempo posible. Así se convierte en órgano público con todas las potestades y responsabilidades inherentes a esa investidura. Por tanto, no es una excepción en el sentido de que la jurisdicción es función pública.

*Las jurisdicciones domésticas*, son potestades disciplinarias que tienen los órganos intermedios para regir a las personas que los integran. Estas no son expresión de jurisdicción, porque sus decisiones no pueden ser objeto de recursos procesales, pero sí de recursos constitucionales, en la medida que vulneren garantías constitucionales.

ii) ***Realizada por el órgano competente del Estado:*** este órgano puede estar dentro o fuera de la organización del Poder Judicial, son ejemplos de esta última situación el Tribunal Constitucional, el Senado y el Presidente de la República.

Para que un órgano del Estado sea competente, tiene que haber una ley que específicamente le otorgue competencia, porque en el ámbito del derecho público está permitido sólo lo que la ley señale expresamente. Cuando se habla de ley, naturalmente se refiere a una ley propiamente tal, a la Constitución u otra expresión con fuerza legal.

La competencia referida a órganos engarzados en la estructura del Poder Judicial o sujetos a su disciplina, puede ser absoluta y relativa. Las normas de competencia absoluta determinan la jerarquía del órgano o tribunal llamado a conocer de un determinado asunto. A su vez, las normas de competencia relativa determinan cuál es el órgano específico dentro de la jerarquía predeterminada.

iii)) ***Con las formas requeridas por la ley:*** este requisito corresponde al principio de legalidad. Estas formas predeterminadas se traducen en los distintos y posibles procedimientos regulados por el legislador. Sin embargo, en ciertos y determinados casos, la ley reconoce a la voluntad de las partes la posibilidad de regular la forma y desarrollo del respectivo procedimiento. Por ejemplo, en el juicio arbitral ante árbitro arbitrador o mixto. Pero esta es una excepción más aparente que real, porque es la ley la que permite o reconoce esta facultad a las partes.

iv) ***Acto de juicio:*** es el antónimo de acto de arbitrio y significa que la función jurisdiccional debe ser consecuencia de un determinado raciocinio, que como tal está sometido a fiscalización.

Además está toda la estructura de los recursos procesales y las exigencias en cuanto a la forma de las sentencias. Todo esto mira a que la actividad jurisdiccional sea un acto de juicio y no de arbitrio -mero capricho-. En este aspecto la garantía más importante es la necesidad de fundamentar los fallos, el juez debe explicar el camino lógico que siguió para llegar a una determinada conclusión.

v) ***Se determine el derecho de las partes:*** cuando hablamos de derecho, nos referimos a los derechos subjetivos y no a los derechos objetivos o norma legal que pueda regular la situación. Determinar el derecho de las partes se da tanto cuando se da lugar a la demanda, tanto cuando se niega. Hay derecho subjetivo, aunque no haya norma objetiva que lo consagre y, con toda razón, la ley señala que el órgano jurisdiccional en materias de su competencia no puede negarse a desempeñar su función, aun a falta de ley.

## 1.2 Otro concepto de jurisdicción

Para el profesor Mosquera la jurisdicción *es el poder deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que éstos dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado generalmente a requerimiento de parte y a desarrollarse según las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República.*

## 1.3 Características de la jurisdicción

- Tiene origen constitucional.
- Es una función pública y como tal debe ejercerse dentro del territorio de la República.
- Es un concepto unitario.
- Su ejercicio es eventual en materia civil, y generalmente indispensable y necesaria en materia penal.
- Su ejercicio corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.
- Es indelegable.
- Es improrrogable.
- La parte de jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal es su competencia.
- La jurisdicción debe ser ejercida a través del debido proceso, el que debe tramitarse según las normas de un racional y justo procedimiento.
- Se ejerce para resolver asuntos del orden temporal.
- Resuelve conflictos a través de sentencias que puede tener eficacia de cosa juzgada y de eventual posibilidad de ejecución.

## 2. DIFERENCIAS ENTRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

a) *Todo órgano jurisdiccional está provisto, en su esencia, de la potestad jurisdiccional, es decir, está revestido de jurisdicción. En tanto que el órgano jurisdiccional puede no tener competencia para conocer de algún determinado asunto.*

Se ha dicho que estos términos están en relación de **género** (jurisdicción) a **especie** (competencia). Así, todo órgano tiene jurisdicción, pero puede no tener competencia para conocer de un determinado asunto. Podemos casi plantear una fórmula en el sentido de que la suma de todas las competencias es igual a la jurisdicción.

b) *Jurisdicción es un término general y abstracto, es un todo no radicado en un órgano particular. En cambio, la competencia es concreta y específica, porque hay una cuestión determinada y un órgano específico.*

La línea de división entre jurisdicción y competencia es tenue en el caso del arbitraje. En el arbitraje se eleva a un particular a la categoría de órgano jurisdiccional, en virtud de su designación y su solemne juramento. Este órgano, es el llamado a conocer ciertas y determinadas cuestiones que conforman su competencia. De esta manera, tratándose del arbitraje tienden a confundirse estos dos conceptos, a diferencia del caso del juez ordinario donde es patente la diferencia entre jurisdicción y competencia.

c) *La jurisdicción no es prorrogable, entendiendo por prórroga la voluntad de las partes con eficacia jurídica, de someterse a una jurisdicción diferente. A su vez, la competencia sí es prorrogable en asuntos contenciosos civiles de primera instancia. Pero, tampoco es tan exacto el que la jurisdicción no sea prorrogable, porque la sumisión a una jurisdicción extranjera de alguna manera implica una prórroga.*

d) *La jurisdicción es una, única e indivisible y por lo tanto inclasificable. En tanto la competencia es, por esencia, divisible, ya que a cada órgano en particular corresponde una porción de jurisdicción, la competencia también es clasificable.*

## 3. CONTENIDO O EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Se ha señalado que la jurisdicción es un conjunto de potestades o poderes que se reconocen a un determinado órgano. Desde este punto de vista estas potestades o poderes se traducen en tres momentos jurisdiccionales: *conocer; juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.*

Si bien la jurisdicción es un conjunto de potestades, es también un conjunto de deberes, porque el órgano debe cumplir una función social. En consecuencia, la jurisdicción tiene dos caras, la confluencia de potestades y deberes.

Dentro de los deberes hay uno que tiene gran importancia y que tiene fundamento constitucional, el *principio de la inexcusabilidad*, en virtud del cual el órgano jurisdiccional en



materias de su competencia, no puede negarse a ejercer su ministerio ni aun a falta de ley que resuelva el conflicto (artículo 76 inciso 2º C.P.R.).

*“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.*

La función jurisdiccional tiene por finalidad la resolución de conflictos con relevancia jurídica, sin embargo, de los órganos jurisdiccionales no sólo emanan actos jurisdiccionales, sino que también actos administrativos y actos normativos. Además, órgano jurisdiccional no es sinónimo de órgano engarzado o componente del Poder Judicial. Es decir, existen órganos jurisdiccionales que no son componentes del Poder Judicial, como por ejemplo, el Tribunal Constitucional, el Senado (juicio político), etc.

#### **4. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI SE ESTÁ FRENTE A UN ACTO JURISDICCIONAL**

##### **4.1 Forma**

El acto jurisdiccional requiere:

- a) La existencia de partes contendientes o en conflicto, en el entendido que el conflicto incluso puede ser potencial.
- b) La presencia de un órgano jurisdiccional diferente, independiente, separado e imparcial respecto de las partes y del conflicto.
- c) Un previo procedimiento, o sea, un conjunto de formas y ritualidades que sirvan de antecedente al acto jurisdiccional propiamente tal.

##### **4.2 Contenido**

En cuanto al contenido del acto jurisdiccional, debe existir:

- a) Un conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica.
- b) Posibilidad de que el acto jurisdiccional pueda eventualmente alcanzar la fuerza de cosa juzgada.
- c) Posibilidad de que el acto jurisdiccional sea impuesto por la fuerza (coercibilidad). Esta posibilidad dependerá de la naturaleza de la respectiva decisión:
  - i) *Resoluciones declarativas*: son aquellas que establecen o esclarecen ciertas situaciones. Se bastan a sí mismas y no es necesario su cumplimiento forzado. Por ejemplo, nulidad de contrato.

ii) *Resoluciones constitutivas*: son las que crean estados jurídicos nuevos, por ejemplo, la sentencia que declara la interdicción por demencia. Éstas se cumplen por meras actuaciones administrativas y no requieren de coercibilidad.

iii) *Resoluciones de condena*: son aquellas que ponen a una de las partes en situación de dar, hacer o no hacer algo a favor de la otra parte. Estas si no son cumplidas voluntariamente, pueden ser impuestas por la fuerza.

Se ha dicho que es de la esencia del contenido que, *el acto jurisdiccional reconozca el derecho subjetivo violado o desconocido*. Sin embargo, es una visión inexacta porque hay acto jurisdiccional aun cuando no se reconozca la pretendida violación del derecho subjetivo; por ejemplo, el acreedor que demanda y la sentencia absuelve al demandado, no hay un reconocimiento del pretendido derecho subjetivo, pero sí se trata de un acto jurisdiccional.

Por otra parte, se dice también que *el acto jurisdiccional es sustitutivo de la actuación de las partes*. En muchas oportunidades, esta afirmación es cierta pues el proceso todo y el acto jurisdiccional que de él emana, integra un medio idóneo para resolver el conflicto. Sin embargo, hay oportunidades en que el proceso o acto jurisdiccional es necesario porque no existe la vía de autocomposición, por ejemplo, en general en materia procesal penal, o en materia civil, donde ciertos y determinados conflictos no pueden ser solucionados por aquella vía.

#### **4.3 Función o finalidad del acto jurisdiccional.**

- Desde un punto de vista *inmediato*, la función jurisdiccional tiene por finalidad solucionar el conflicto que ha suscitado el respectivo procedimiento. Esta solución debe ser de una vez y para siempre, en virtud del mecanismo de la cosa juzgada.
- Desde un punto de vista *mediato*, la función jurisdiccional cumple un requerimiento público: contribuir a la paz social y ser uno de los fundamentos o piedras angulares de la seguridad jurídica.

### **5. PARALELO ENTRE ACTO JURISDICCIONAL, ACTO LEGISLATIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO**

#### **5.1 En relación de quién emana**

*Acto jurisdiccional*: emana normalmente de un órgano jurisdiccional engarzado o sujeto a la disciplina del Poder Judicial.

*Acto legislativo*: emana normalmente de los poderes colegisladores.

*Acto administrativo:* normalmente emana del Poder Ejecutivo, pero es necesario tener presente que existe una serie de excepciones, ya que es muy frecuente que emanen actos administrativos del Poder Judicial, tales como el sistema de designación de los jueces, las suplencias, las licencias, etc.

## **5.2 En relación al carácter del acto.**

*Acto jurisdiccional:* Es, normalmente, un “acto provocado”, en virtud del ejercicio de la acción procesal, que es, en el fondo, el derecho de petición que se hace valer ante el órgano jurisdiccional. Esto se relaciona con el principio de la *pasividad* del órgano jurisdiccional, consistente en que, como regla general, sólo puede actuar a requerimiento de parte. Sin embargo, a título excepcional, también puede actuar de oficio, cuando el conflicto tiene un alto grado de interés social, lo que ocurre especialmente en materia penal.

*Acto legislativo:* Es, normalmente, espontáneo, la iniciativa nace de algunos de los poderes colegisladores (no de terceros).

*Acto administrativo:* Es, normalmente, espontáneo.

## **5.3 En relación a la cosa juzgada**

*Acto jurisdiccional:* Eventualmente, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada.

*Acto legislativo:* Nunca adquiere fuerza de cosa juzgada, ya que éste es en esencia mutable.

*Acto administrativo:* Jamás se produce el efecto de cosa juzgada, ya que puede ser modificado cambiando las circunstancias. Sin embargo, de éste pueden emanar ciertos derechos en favor de los administrados, que se incorporan a su patrimonio, por lo tanto, el acto administrativo es modificable respetando los derechos patrimoniales que se hubieren incorporado al administrado.

## **5.4 En cuanto a la existencia del conflicto**

*Acto jurisdiccional:* Necesariamente tiene como antecedente un conflicto, producido con anterioridad al respectivo acto jurisdiccional.

*Acto legislativo:* No necesariamente existe un conflicto previo, sino que es posible que el acto legislativo evite un conflicto futuro.

*Acto administrativo:* No requiere de conflicto previo, tampoco se puede hablar de partes. Si bien, en su gestación se sigue un determinado camino, no puede hablarse de procedimiento en el sentido procesal del término.

## 5.5 Sobre su control

*Acto jurisdiccional:* Tiene como control sólo el jurisdiccional. Es decir, sólo podrá ser modificado o dejado sin efecto a través de otro acto jurisdiccional. La sentencia es intocable para los otros poderes del Estado. Sin embargo, los efectos del acto jurisdiccional pueden ser modificados por voluntad ejecutiva, a través de un indulto, o legislativa, por medio de una amnistía.

*Acto legislativo:* Está sujeto a un posible y eventual control jurisdiccional, a través del *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* (acción constitucional) en virtud del cual el Tribunal Constitucional declara que un precepto no debe aplicarse a una situación concreta, porque es contrario a la Constitución.

*Acto administrativo:* Está sujeto a múltiples controles posibles, entre ellos al control jurisdiccional, que se puede realizar ya por la vía del recurso de protección, ya por la vía de la acción directa (contencioso administrativo).

## 5.6 Características del acto

*Acto jurisdiccional:* Es particular y concreto. Se refiere a una situación particular y específica y alcanza a partes completamente individualizadas.

*Acto legislativo:* En principio, es abstracto y general. Sin embargo existen excepciones sobre la materia, ya que es posible encontrar leyes que se refieren a situaciones específicas y a personas determinadas.

*Acto administrativo:* comparte ambos caracteres.

## 6. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción, como todo poder, tiene una fuerza expansiva, en el sentido de querer abarcar más de lo que originariamente se pensó otorgarle. Frente a esto, se han planteado los *límites de la jurisdicción*, que son fronteras que la jurisdicción no puede sobrepasar.

### 6.1 Límites Externos. Estos pueden ser internacionales o constitucionales.

a) **Límites externos internacionales:** Este límite, por antonomasia, es el territorio de la República, de suerte que los tribunales sólo podrán conocer conflictos producidos dentro de esta delimitación espacial. Esta regulación es muy lógica, porque la jurisdicción es una emanación de la soberanía, que tiene por límite el territorio de la República.

Este principio, emana con toda claridad del inciso 1º del artículo 5º C.O.T.:

*“A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la*

*calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”.*

Sin embargo, este límite tiene dos conjuntos de excepciones:

a.1) Las cuestiones que conocen los tribunales chilenos, no obstante haberse producido el conflicto en el extranjero. En este caso el carácter del conflicto puede ser civil o penal:

i) *Civil*: el fenómeno se produce en virtud del mecanismo de la prórroga de la competencia. Así el conflicto, que en principio debió ser conocido por el tribunal extranjero es conocido por los tribunales chilenos. En general es admisible esta institución, y para poder detectar si puede o no operar se acude a las normas del Derecho Internacional Privado, siendo una importante fuente el Código de Bustamante.

ii) *Penal*: corresponde a una situación excepcional, ya que lo normal es que en el conocimiento de un conflicto penal (hecho que reviste caracteres de delito) es de competencia del tribunal donde se dio comienzo a su ejecución y se entiende que comienza la ejecución de éste cuando se realizan hechos materiales inequívocamente dirigidos a un acto delictual.

Estas situaciones están formuladas en el artículo 6° C.O.T. cuya interpretación debe ser restrictiva. Así, en caso de duda, se aplicará la regla general.

a.2) Las cuestiones que conocen los tribunales extranjeros, no obstante haberse producido el conflicto en el territorio nacional; el conflicto puede ser de carácter civil o penal:

i) *Civil*: Conocerán los tribunales extranjeros cuando se produzca el mecanismo de la prórroga de la competencia. Esto es, cuando exista acuerdo de las partes para que una determinada cuestión sea conocida por una jurisdicción extranjera.

ii) *Penal*: Conocen los tribunales extranjeros de ilícitos cometidos en el territorio nacional, cuando tratados internacionales así lo establezcan. Por ejemplo, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas, la piratería y por último según el tratado de Viena de Inmunidad Diplomática y Consular, en relación a delitos cometidos por estos funcionarios conocerán los tribunales del país acreditante.

## **b) Límites externos constitucionales:**

b.1) Los límites constitucionales que prohíben al Poder Judicial inmiscuirse en el quehacer de otros poderes del Estado; así lo establece el artículo 4° C.O.T.: *“Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones de las determinadas en los artículos precedentes.”*

b.2) Por otro lado, los otros poderes del Estado también tienen prohibición de inmiscuirse, avocarse en cuestiones reservadas a la actividad jurisdiccional. Este corresponde a un límite constitucional dispuesto en el artículo 76 inciso 1° de dicho texto: *“La facultad de*

*conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.”*

La prohibición sobre el Poder Judicial es sólo de carácter legal (L.O.C) y no constitucional. Por tanto, cada vez que la ley da facultad al órgano jurisdiccional para conocer, revisar o fiscalizar asuntos de otros poderes públicos, estamos frente a una derogación tácita del artículo 4º C.O.T., lo que es perfectamente posible. Así, la Constitución establece el Recurso de Protección que permite revisar la legalidad de los actos de la autoridad, o el Recurso de Amparo que alcanza a medidas de la autoridad administrativa. También las cuestiones contenciosas administrativas, que por mandato constitucional, son de conocimiento de los tribunales ordinarios.

En cambio, la prohibición sobre los demás poderes del Estado es una prohibición de carácter constitucional. La ley no puede derogar esta norma.

## 6.2. Límites Internos

El profesor Colombo señala que éstos son límites de competencia del respectivo tribunal; y aquí se confunde jurisdicción con competencia, no obstante sus claras diferencias. Los límites internos pueden ser:

a) **Objetivos:** es el conflicto mismo sometido a la decisión del tribunal, en el sentido que el tribunal sólo puede conocer del conflicto sometido a su conocimiento y no más allá de sus fronteras. Sin embargo tenemos que señalar que existen excepciones. Esto significa que en casos muy especiales y particulares los tribunales pueden pronunciarse más allá de los límites del conflicto, por ejemplo cuando los tribunales pueden actuar de oficio sin necesidad de petición de parte.

b) **Subjetivos:** la actividad jurisdiccional tiene como límite subjetivo las partes contendientes. Sus resoluciones sólo afectan a las partes mismas en contienda o a sus sucesores, y no a quienes no están involucrados. Este es el llamado *efecto relativo de las resoluciones judiciales*, principio establecido en el artículo 3º C.C. Sin embargo, existen determinadas excepciones, donde las resoluciones afectan a personas que no han estado envueltas en el conflicto. En este sentido tenemos dos ejemplos:

i) aquellas que producen efectos *erga omnes*, v.g. las sentencia sobre el estado civil de las personas;

ii) aquellas que producen el *efecto reflejo*, así por ejemplo, la sentencia condenatoria en materia penal produce plena prueba en cuanto a los hechos en el juicio civil respectivo.

## 7. MOMENTOS JURISDICCIONALES

El proceso se desarrolla en el tiempo, es un caminar, por lo que existen dos mecanismos para su avance: el impulso procesal y la preclusión.

En este avance hay tres actividades perfectamente diferenciables, que son los momentos jurisdiccionales: conocer; juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Estos tres momentos están diferenciados en el artículo 1º C.O.T.

*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.*

Este principio tiene rango constitucional en el inciso 1º del artículo 76.

### 7.1. Conocimiento

Cuando nos referimos a este momento, sea en las causas civiles o criminales, hay que distinguir dos campos diferentes:

- a) Los hechos de la causa.
- b) El derecho aplicable.

**a) Los hechos de la causa.** En todo conflicto hay un conjunto de hechos o situaciones fácticas, que son los hechos de la causa, y a estos hechos es necesario aplicarles una determinada normativa para solucionar el conflicto.

Respecto de los hechos hay que tener presente que normalmente, han ocurrido antes y fuera del proceso, por lo tanto, frente a esta realidad es necesario que éstos sean revelados, recogidos dentro de él y esta labor es la llamada *labor probatoria*. Así podemos decir que probar es llevar los hechos del conflicto al proceso.

Dependiendo de los sistemas procesales empleados y, particularmente, de la naturaleza del conflicto en cuanto se encuentre en él envuelto el interés público, hay que distinguir dos sistemas:

i) **Inquisitivo:** aquí es el propio órgano jurisdiccional, en forma exclusiva o preferente, sobre quien pesa la responsabilidad de hacer las investigaciones del caso para averiguar los hechos. Por ejemplo, en el proceso penal antiguo, tratándose del delito de acción pública o mixta, durante la etapa sumarial regía un claro dominio del sistema inquisitivo y era el juez de la causa quien iba tras la indagación de los hechos, dado que existía un interés público comprometido.

ii) **Dispositivo:** aquí son las partes las que tienen la responsabilidad de probar, observando el tribunal un rol pasivo. Si las partes no prueban el juez ponderará cuál de los contendientes estaba cargado con el peso de la prueba (*onus probandi*) y lo sancionará con la pérdida de la pretensión.

Lo normal es que sólo haya predominio de un sistema sobre el otro, ya que en general no se dan nunca puros. Por ejemplo, en el procedimiento civil gravita sobre las partes la prueba,

pero el tribunal puede dictar medidas para mejor resolver lo que se traduce en iniciativa probatoria.

Los autores plantean que la meta en el sistema inquisitivo, en cuanto a la constatación de los hechos no es igual que la meta en el sistema dispositivo, porque en el primero se va tras la verdad material (reconstitución histórica más rigurosa para que, lo que realmente ocurrió, se refleje en el proceso). En cambio, en el segundo, se va tras la verdad formal o suficiente (aquella porción de realidad fáctica que las partes aportan al proceso). Por lo tanto, los hechos del primero son mucho más confiables que los establecidos en el segundo y por eso la sentencia penal condenatoria sobre los hechos establecidos produce plena prueba en un procedimiento civil posterior.

Cuando el principio imperante es el dispositivo, es perfectamente posible que surja acuerdo entre las partes en relación a los hechos y sólo subsista la distinta visión o interpretación jurídica de ellos. Este acuerdo puede ser *expreso*, donde las partes declaran sobre qué puntos están de acuerdo, o *tácito*, cuando una parte no controvierte en forma substancial y pertinente las afirmaciones de la otra. El tribunal debe atenerse a dicho acuerdo, siempre y cuando el conflicto caiga de lleno en el campo de la libre disposición, puesto que si interesa a la sociedad toda, el acuerdo fáctico de las partes no es suficiente para dar por establecidos dichos hechos.

Respecto de la *apreciación de la prueba* existen sistemas diversos, estando en un extremo el de la *libre convicción*, en virtud del cual el juez puede aceptar cualquier medio de prueba y darle el valor que estime pertinente. Por otro lado, está el sistema de la *prueba legal* en el que el juez solamente puede aceptar los medios de prueba que la ley taxativamente señala y darles el valor que ésta les ha fijado. Intermedio existe el sistema de la *sana crítica*.

Finalmente, debemos señalar que existen dos instituciones que se confunden a pesar de ser distintas, y que una es aceptada y la otra rechazada:

i) *El hecho público y notorio*: es el hecho que se encuentra incorporado al acervo cultural en un determinado momento y lugar; aun cuando no se tenga a mano la información correspondiente, por ejemplo, el actual Presidente de Chile es don Sebastián Piñera. Este hecho no necesita ser probado, porque se impone y se tiene por acreditado por la sola circunstancia de reunir estas características.

ii) *El conocimiento privado del tribunal o del juzgador*: es aquello que sabe el juez como ciudadano o le ha llegado a su conocimiento por una vía distinta del respectivo proceso. Este conocimiento no puede ser utilizado como medio de convicción, pues es garantía esencial del debido proceso, que para que una prueba pueda ser considerada, debe ser susceptible de fiscalización, lo que en este caso no sucede y, por lo tanto, es rechazado como medio de convicción.

La confusión entre ambos conceptos arranca de la circunstancia de que el hecho público y notorio está incorporado al acervo cultural del juez, y por ende, a conocimiento privado, pero no significa que sea sólo de su conocimiento privado.



**b) El derecho aplicable.** Respecto del derecho aplicable el juez debe: i) conocer cuál es el conjunto de normas aplicables a la situación; ii) interpretar esas normas; iii) cuando sea necesario deberá integrarlas y; iv) subsumir el conjunto de hechos ya establecidos a la normativa aplicable para la debida solución del conflicto.

Cuando se trata de cuestiones de derecho, el tribunal tiene libertad para aplicar la norma que estime conveniente, no queda obligado por las invocaciones de derecho que hayan hecho las partes, lo que corresponde al principio de *autonomía del tribunal*, que se refleja en el aforismo “*el derecho lo sabe el juez*”.

## 7.2 Juzgamiento

Esta es claramente una actividad propia y excluyente del órgano jurisdiccional, que debe realizarla en virtud de un acto de juicio.

La sentencia en materia civil y penal que se pronuncia sobre el conflicto mismo es llamada *sentencia definitiva*, que es “aquella que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”, siendo dos sus requisitos: poner fin a la instancia y resolver el asunto controvertido. Sentencia definitiva no significa sentencia irrecurrible, ya que procederá por ejemplo, recurso de apelación, casación o nulidad.

Dependiendo de la naturaleza e importancia de las resoluciones, éstas pueden ser: i) **autos**, resuelven incidentes sin establecer derechos permanentes a favor de las partes; ii) **sentencias interlocutorias**, resuelven incidentes estableciendo derechos permanentes a favor de las partes; iii) **sentencias definitivas**: ponen fin a la instancia resolviendo el asunto controvertido. Las dos últimas son resoluciones propiamente encomendadas a decidir.

Según los requisitos formales, podemos señalar que las sentencias definitivas son las más exigentes, seguidas por las sentencias interlocutorias y finalmente por los autos.

Tanto respecto de las sentencias definitivas como de las interlocutorias se produce el fenómeno denominado el *desasimiento del tribunal*, que significa que el tribunal no puede modificar la resolución, que adquiere vida propia, siendo intangible para él. Sólo una vez firmes o ejecutoriadas, pueden adquirir fuerza de cosa juzgada.

## 7.3 Cumplimiento

En doctrina se ha discutido si este momento es una instancia administrativa o jurisdiccional. En nuestro derecho no cabe esta discusión porque tanto el artículo 1º del C.O.T. como el inciso 1º del artículo 76 de la C.P.R. contemplan precisamente que esta es actividad jurisdiccional, y la autoridad administrativa sólo deberá ejecutar lo resuelto cuando se pida su intervención.

Antes esta norma sólo tenía carácter legal, en el artículo 11 C.O.T.:

*“Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren.*

*La autoridad legalmente requerida debe prestar el auxilio, sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide ni la justicia o legalidad de la sentencia o decreto que se trata de ejecutar”.*

El artículo 76 inciso 3º C.P.R. lo recogió y lo elevó a la categoría de norma fundamental. Así, los tribunales que integran el Poder Judicial pueden directamente impartir órdenes sin necesidad de recurrir a la autoridad administrativa y de acuerdo al Código de Justicia Militar se sanciona a la fuerza pública que no auxilie al Poder Judicial.

El conjunto de facultades para imponer el cumplimiento de las resoluciones judiciales se llama *imperio*, denominación que arranca del procedimiento romano.

La facultad de hacer cumplir las resoluciones también comprende la facultad de mantener lo cumplido (no se agota con el cumplimiento mismo), de manera que si se actúa en contra de lo establecido, el tribunal puede adoptar las medidas que se requieran para restablecer el cumplimiento.

El desconocimiento de esta potestad conlleva graves consecuencias para quien la desconoce y comete el delito de *desacato* (artículo 240 C.P.C.), que en su expresión genérica significa falta de respeto a una autoridad constituida. En su expresión específica, significa actuar en contra o evitar el cumplimiento de una resolución judicial.

En cuanto al cumplimiento es necesario diferenciar entre:

- *Resoluciones o sentencias declarativas*: no requieren propiamente un cumplimiento, se bastan a sí mismas; se satisface la necesidad jurídica en virtud de la declaración.
- *Resoluciones o sentencias constitutivas*: tampoco requieren propiamente un cumplimiento, el que se logra por medio de las correspondientes inscripciones o anotaciones en los registros pertinentes.
- *Resoluciones o sentencias condenatorias*: son aquellas que imponen, a una parte a favor de la otra, una prestación. Cuando no son espontáneamente cumplidas por el condenado, puede obtenerse su cumplimiento forzado por petición del acreedor o de quien resultó beneficiado en el juicio.

Estos tres momentos no se dan sólo en el proceso mirado como un todo, sino también en las cuestiones accesorias que se susciten, técnicamente llamados *incidentes*.

## 8. LOS EQUIVALENTES JURISDICCIONALES

La concepción teórica de los equivalentes jurisdiccionales se debe a Carnelutti, quien por primera vez trata en forma orgánica esta institución.

Carnelutti constató que el fenómeno de la cosa juzgada es característico del acto jurisdiccional, no dándose en el acto administrativo ni en el legislativo, como tampoco en todo acto jurisdiccional; sólo en aquellos en que la ley permite que adquieran esta fuerza de cosa

juzgada. También constató que en otros casos, que no son propiamente acto jurisdiccional, emana, en ciertas y determinadas circunstancias, la fuerza de cosa juzgada.

En consecuencia, hay expresiones jurídicas que no son emanación de la jurisdicción y que sin embargo adquieren fuerza de cosa juzgada. Son los denominados *equivalentes jurisdiccionales*, los que podemos definir *como los medios arbitrados por la ley, que sin ser propiamente ejercicio de jurisdicción, producen el efecto de la cosa juzgada*. Para calificarlos como equivalentes jurisdiccionales se requiere que la ley haya señalado el efecto de cosa juzgada.

Es necesario aplicar un criterio casuístico para determinar cuáles son los fenómenos que pueden considerarse equivalentes jurisdiccionales:

**8.1 Sentencias dictadas por tribunales extranjeros.** Para que estas sentencias puedan ser cumplidas en nuestro país se requiere un trámite previo llamado *exequátur*, donde la Corte Suprema examina de acuerdo a los tratados o normas del C.P.C. (artículos 242 y ss.) si da lugar o no al cumplimiento de la sentencia extranjera

Estas sentencias no son equivalentes jurisdiccionales puesto que son ejercicio de jurisdicción que la normativa nacional reconoce como tal, aunque hay autores que señalan que sí son equivalentes jurisdiccionales porque el Estado a través del *exequátur* les da validez.

**8.2 Resoluciones de los árbitros:** De acuerdo a nuestro sistema los árbitros son jueces designados por las partes o la autoridad judicial en subsidio, para el conocimiento de un determinado asunto. La resolución de los árbitros, generalmente, no necesita ser aprobada por los tribunales ordinarios, es decir, no requieren de *homologación*, a excepción de la partición de bienes cuando se encuentren involucradas personas sujetas a guarda.

En consecuencia, la sentencia arbitral no es equivalente jurisdiccional porque el árbitro está ejerciendo jurisdicción. Cuando hay homologación de la sentencia tampoco se entiende como equivalente jurisdiccional, ya que sólo está sujeta a un requisito adicional.

**8.3 Formas de solución de conflictos distintas del proceso.**

- a) Dejación de la pretensión propia (desistimiento de la demanda).
- b) Sumisión a la pretensión ajena (aceptación de la demanda contraria).
- c) Autocomposición (transacción y avenimiento).

**a) Dejación de la pretensión propia (desistimiento de la demanda).**

Es una manifestación expresa de voluntad que realiza el demandante, en el sentido de no perseverar en sus pretensiones, después que la demanda ha sido notificada.

No debe confundirse el desistimiento de la demanda con el *retiro de la demanda*, que es un acto de carácter material que consiste en pura y simplemente retirar la demanda del

tribunal, dejando constancia en los libros respectivos, antes de que haya sido notificada al demandado. El retiro no tiene ningún efecto jurídico y la demanda puede volver a interponerse, de suerte que el demandante no pierde ningún derecho o expectativa.

El desistimiento de la demanda está tratado como un incidente especial en los artículos 148 a 151 C.P.C. Promovido el incidente, el tribunal da traslado a la parte contraria (demandado), quien puede: i) oponerse al desistimiento; ii) aceptarlo condicionalmente; iii) aceptarlo derechamente. Si el demandado acepta el desistimiento, el tribunal debe tener al demandante por desistido. Si el demandado rechaza o acepta condicionalmente el desistimiento, el tribunal resuelve si continúa o no con el juicio, o la forma en que debe tenerse por desistido al actor.

Una vez firme la resolución que acepta el desistimiento se extinguen las pretensiones planteadas en la demanda, de la misma forma que si hubiera mediado sentencia definitiva que hubiese rechazado la demanda en todas sus partes.

La sentencia que acepta el desistimiento, se pronuncia sólo sobre la pretensión del actor de desistirse y no sobre el conflicto. Para que haya actividad jurisdiccional respecto del conflicto, debe existir una sentencia que lo resuelva, lo que no se da en este caso.

Para nosotros *el desistimiento de la demanda seguido de la resolución del tribunal que lo acoge, es equivalente jurisdiccional, porque no resuelve el conflicto, extingue la acción, sin que medie sentencia definitiva*. Aunque parte de la doctrina sostiene que esto es discutible, señalando que al fallarse el incidente de desistimiento, lo que produce cosa juzgada es dicha sentencia interlocutoria y no el desistimiento propiamente tal.

El desistimiento conlleva que el tribunal imponga al demandante sólo el pago de las costas. Si hubo otros perjuicios, como el tiempo o el descrédito, nuestra jurisprudencia ha sido consistente en rechazar otra forma de indemnización porque el demandar es un derecho garantizado por la Constitución, y en consecuencia, el ejercicio de este derecho es siempre legítimo, no pudiendo imponerse más indemnización que las costas.

Finalmente, debemos señalar que si el demandante ha pedido medidas cautelares y éstas han sido maliciosamente obtenidas y producen efectivamente perjuicios, se podrá obtener indemnización, pero no por la demanda sino por las medidas cautelares maliciosamente logradas.

#### **b) Sumisión a la pretensión ajena (aceptación de la demanda contraria).**

Tiene su expresión más clara en la *aceptación de la demanda*, que significa que pura y simplemente el demandado acepta, se allana a la demanda contraria, en cuyo evento estamos frente a una *aceptación expresa*.

También se entiende que hay aceptación de la demanda, cuando el demandado no controvierte en forma substancial y pertinente los hechos que sirven de fundamento a la demanda (*aceptación tácita*). Para que se entienda que hay aceptación tácita, se requiere que el demandado esté presente. Si esto no ocurre no se entiende que su rebeldía importe aceptación de los hechos. Esto conforme al principio que en derecho *quien guarda silencio no otorga*.

La aceptación de la demanda sólo tiene efectos respecto de los hechos de la causa, pero no del derecho que se invoca en la demanda, y bien puede ocurrir que, no obstante la aceptación de la demanda, ésta sea rechazada por el tribunal. En consecuencia, la aceptación de la demanda no hace desaparecer la necesidad de dictar sentencia. Así por ejemplo si Juan demanda a Pedro alegando que por escritura privada se realizó una compraventa de un inmueble y que éste no lo ha entregado, aunque Pedro acepte la demanda, el juez declarará la nulidad del contrato por haberse celebrado por escritura privada y no pública, según manda el artículo 1683 C.C.

La aceptación de la demanda contraria sólo tiene efectos sobre los hechos invocados, importando el relevo de prueba para el demandante, siempre que el conflicto caiga de lleno en el campo de la libre disposición (cuestiones meramente patrimoniales), pero no cuando el conflicto contiene un interés social.

La aceptación de la pretensión contraria no es equivalente jurisdiccional, porque no impide la dictación de sentencia definitiva, la que siempre es necesaria.

## c) Formas autocompositivas

### c.1) Transacción

En nuestro derecho es regulada como un contrato de carácter civil, pero que produce importantes efectos procesales.

#### i) **Concepto.** Artículo 2446 C.C.

*“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.*

*No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”*

Es importante subrayar que la transacción es siempre extrajudicial, o sea, se celebra necesariamente fuera del proceso. Las soluciones autocompositivas dentro del proceso son el avenimiento, que busca terminar un litigio pendiente, en tanto, que la transacción tiene por objeto precaver un litigio eventual o poner término a un litigio pendiente.

#### ii) **Requisitos de la transacción.**

\* Del artículo 2446 inciso 2º se desprende que es de la esencia de la transacción que existan *concesiones recíprocas*.

\* Artículo 2447 C.C.: *No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.* Del análisis de este artículo se desprende que quien transige debe tener una capacidad especial, consistente en la capacidad de disposición respecto de los bienes objeto de la transacción. Ejemplo, el marido, casado en régimen de sociedad conyugal puede sin límite transigir, pero si se trata de bienes para cuya disposición se requiere la autorización de la mujer, ella debe concurrir a la transacción.

Cuando la transacción se celebra por mandato (artículo 2448 C.C.) debe tratarse de un mandato donde especialmente se indique la facultad de transigir y especificarse los bienes, derechos y acciones sobre los cuales se transigirá. Norma que guarda perfecta concordancia

con el artículo 7° C.P.C. que regula el mandato judicial, que señala que sin expresa mención no se puede concebir esta facultad.

\* Requiere también la transacción, que recaiga sobre un objeto que sea transigible, siendo la regla general que todos los objetos lo sean. Sin embargo hay ciertas materias respecto de las cuales la transacción está prohibida; ejemplo, el artículo 2450 C.C. que prohíbe transigir sobre el estado civil de las personas. Por otra parte, hay otras materias que de acuerdo con lo dispuesto por el legislador sólo se puede transigir cumpliendo requisitos adicionales; así por ejemplo la transacción de alimentos futuros debe ser aprobada por el juez (artículo 2451 C.C.).

En consecuencia, se requiere norma expresa o limitativa para entender la ilicitud de una transacción.

**iii) Relatividad de la transacción.** En virtud de la cual se entiende solamente transigido aquello a lo cual específicamente se ha referido el acto o contrato, y así aunque se diga que se renuncia a todo derecho, acción o pretensión se entiende referida a los objetos específicos de la transacción (artículo 2462 C.C.). Además, es necesario destacar que la transacción solamente alcanza a los contratantes o transigentes y no a terceros (artículo 2461 C.C.).

**iv) Nulidad de la transacción.** La transacción es anulable, por cuanto es un contrato y como tal hay causales de anulación.

La transacción es anulable por los vicios generales a todo tipo de contrato, y por vicios particulares o específicos. Por ejemplo, el artículo 2455 C.C. señala que es nula la transacción si al tiempo de celebrarse estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que las partes no hubieren tenido conocimiento, porque si lo tenían la transacción no es nula porque podría referirse al cumplimiento de la sentencia. Esta causal de nulidad se explica porque la transacción es equivalente jurisdiccional (produce el efecto de cosa juzgada) y si el litigio se encontraba agotado (sentencia firme), no tendría sentido la transacción.

**v) Por expreso mandato de la ley, la transacción es un contrato intuitu persona.** Por tanto, un error en la persona, que por regla general no anula los actos o contratos, la anularía (artículo 2456 C.C.).

**vi) Efecto de la transacción** (artículo 2460 C.C.). *“La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.*

Esta es su característica más sobresaliente. De hecho de esto deriva que la transacción sea un equivalente jurisdiccional. Sin embargo es importante destacar que el legislador, no obstante esta asimilación, trata por separado el efecto de la transacción y de la cosa juzgada. En una perspectiva de defensa constituyen excepciones oponibles que son tratadas por separado (artículos 304, 310, 464 N° 16 y 18 C.P.C.).

**vii) ¿Es susceptible la transacción de resolución?** La resolución se produce como efecto de una condición resolutoria declarada judicialmente y una de las causales más

frecuentes es el incumplimiento de una obligación, que da derecho a su ejecución forzada o a su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Es perfectamente imaginable que en una transacción se contraigan obligaciones recíprocas diferidas en el tiempo, existiendo la posibilidad que uno de los contratantes no cumpla; aunque esta es una materia altamente opinable, se ha estimado que no es susceptible de resolución sino que al contratante cumplidor sólo le asiste el derecho de la ejecución forzada, porque se ha razonado que si el legislador la parangonó a la sentencia de última instancia, no es posible que quede sin efecto por el incumplimiento de uno de los contratantes.

## c.2.) Avenimiento

**i) Concepto.** *“Es una convención celebrada dentro y durante el juicio con las solemnidades legales, mediante la cual las partes litigantes ponen término a un litigio pendiente, de manera total o parcial, adquiriendo sus acuerdos fuerza de cosa juzgada”.*

De esta conceptualización podemos destacar que:

\* Es una convención en el sentido más amplio del término, de acuerdo a la perspectiva del Derecho Privado. Esto es, un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

\* Se da siempre dentro y durante del proceso, el que debe estar ya iniciado.

\* Se pone término al litigio de manera total o parcial. Así encontramos el *avenimiento total*, que se refiere a todas las pretensiones y contrapretensiones de las partes y se pone término a todo el juicio, y el *avenimiento parcial*, en que el juicio continúa respecto de las materias no avenidas.

**ii) ¿El avenimiento produce o no el efecto de la cosa juzgada?.** Esto es una cuestión más o menos zanjada en virtud de una modificación al artículo 267 C.P.C. Antes de esa modificación se había llegado a la conclusión que producía tal efecto porque en la enumeración de los títulos ejecutivos se incluía el avenimiento en el mismo rango que las sentencias ejecutoriadas (artículo 434 C.P.C.). Tal homologación demostraba claramente que también producía ese efecto.

Ahora el artículo 267 habla de la conciliación total o parcial (especie de avenimiento), señalando que se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

No existe disposición expresa en relación a si son o no necesarias las concesiones recíprocas, pero por la similitud entre avenimiento y transacción, razonablemente se puede concluir que se requieren estas concesiones recíprocas.

**iii) El avenimiento es un acto solemne, cuyas solemnidades son:**

\* Debe celebrarse ante tribunal competente, o sea, todas las materias comprendidas en el avenimiento deben caer dentro de la esfera del tribunal respectivo, ya sea que se celebre por un acto voluntario de las partes, ya sea provocado por el tribunal. Este requisito se desprende del artículo 434 N° 3 C.P.C.

\* El avenimiento tiene que estar escriturado (artículo 267 C.P.C. en relación con el artículo 61 C.P.C.)

\* Debe ser autorizado por un ministro de fe o dos testigos de actuación. Ministro de fe es sinónimo de fedatario que son ciertas y determinadas autoridades que por mandato legal son depositarios de la fe pública, dándose por cierto lo que ellos atestigüen. La ley no señala qué ministro de fe debe autorizar el avenimiento, pero lo lógico es que se recurra al adscrito al respectivo tribunal, esto es, al secretario. A falta de ministro de fe se recurrirá a dos testigos de actuación, que son personas ajenas al acto, pero que concurren a él con su firma, dejando testimonio de su celebración (artículo 434 N° 3 C.P.C.).

#### iv) Clasificación del avenimiento.

\* En cuanto a su extensión: *total* y *parcial*.

\* En cuanto a su iniciativa. *Espontáneo*, es aquel al que llegan las partes por propia voluntad y por propia iniciativa, sin que en su génesis aparezca la intervención del tribunal. *Provocado*, es consecuencia de la actividad, a veces muy principal y determinante, del tribunal que llama a las partes a un desenlace autocompositivo, incluso proponiéndoles determinados parámetros de solución. El artículo 263 C.P.C. reconoce al tribunal esta facultad en el período de conciliación. Es más se señala que las opiniones que pudiese dar en ningún caso lo inhabilita para dictar sentencia. Esto último es importante, porque las opiniones que pueda dar un juez en ciertos casos, importan su inhabilidad.

Es importante tener presente que el avenimiento se ha convertido en trámite obligatorio y esencial, lo que significa que necesariamente el juez debe llamar a avenimiento (conciliación) terminado el período de discusión. Sin embargo, existen procedimientos donde, por mandato del legislador, no es necesario llamar a avenimiento (conciliación) porque no es un trámite obligatorio y en algunos casos se encuentra prohibido. En todo caso, cuando procede la conciliación; el juez, en cualquier momento posterior, puede nuevamente llamar a avenimiento. Si fracasa el avenimiento, el juicio seguirá de acuerdo a los trámites correspondientes.

\* En cuanto a su eficacia: *permitidos* y *prohibidos*. Son avenimientos prohibidos todos aquellos que también son de transacción prohibida. Así específicamente como está prohibido transigir sobre el estado civil de las personas, está prohibido también avenir en esta materia.

Está prohibido tratándose de los juicios sobre derecho legal de retención, porque se ha entendido que lo que se resuelva afecta a terceros y obviamente una convención no puede afectar a terceros si estos no han concurrido a ella.

También es de avenimiento prohibido la citación de evicción, que es un procedimiento contemplado en el C.P.C. para hacer efectiva la obligación que tiene el vendedor para defender a su comprador, cuando éste es demandado por un tercero.

Pero en todos los demás procedimientos civiles, aun cuando el avenimiento no sea trámite obligatorio, es posible que el juez llame a avenimiento o que las partes lleguen



espontáneamente a él. Ejemplo, en el juicio ejecutivo el avenimiento no es trámite obligatorio, pero se puede llegar a esta solución autocompositiva.

## 9. INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN

La jurisdicción es emanación de la soberanía nacional o popular y, por lo tanto, en el mismo ámbito donde ésta se hace presente corresponde el ejercicio de la jurisdicción. Es decir, ésta se ejerce en el territorio de la República, alcanzando a todas las cuestiones que se produzcan en dicho ámbito y a todas las personas que se encuentren en éste. Pero este principio de carácter general, tiene excepciones que juegan en dos sentidos:

- a) Situaciones que miran a los límites jurisdiccionales y permiten que tribunales chilenos juzguen a personas por hechos ocurridos fuera de los límites de la República;
- b) Las llamadas *inmunidades de jurisdicción*, que consisten en que ciertas y determinadas situaciones o respecto de ciertas y determinadas personas, dentro del territorio de la República, no se pueda ejercer la actividad jurisdiccional. En estos casos el Estado chileno renuncia a ejercer jurisdicción con el objeto de la buena convivencia internacional.

Dentro del mundo del Derecho Internacional, existe un principio cardinal, la *reciprocidad*, que significa que respecto de un país se aplican ciertas normativas beneficiosas sólo si ese país reconoce a Chile la misma normativa. Por lo tanto, las inmunidades de jurisdicción serán aplicables en la medida que el país que es beneficiado con dichas normas, también las aplique.

### 9.1 Fuentes de las inmunidades de jurisdicción

Son fuentes de las inmunidades:

- a) El C.P.C. ya que en una serie de disposiciones contempla prerrogativas en relación con agentes diplomáticos acreditados con el gobierno de la República, excluyéndolos de la obligación de declarar en juicio.;
- b) El C.O.T.;
- c) El Código de Derecho Internacional Privado o “Código de Bustamante”;
- d) Los tratados sobre relaciones diplomáticas y relaciones consulares que se han llamado “Tratados de Viena”, los que fueron iniciativa de la ONU y después de la ratificación necesaria se convirtieron en ley de la República, siendo éstos la fuente de mayor importancia.

El C.D.I.P. es un tratado multilateral que fue aprobado por la Convención Interamericana en La Habana en 1928, cuyo autor fue el jurista Sánchez de Bustamante. Este Código entró a regir en virtud de su ratificación por un cierto número de países que lo suscribieron. Sin embargo, otros países no lo firmaron, por lo que no es una norma positiva para ellos. Chile aprobó este código con *reserva*, en el sentido de primacía de la legislación pasada y futura chilena por sobre esta normativa.

Se llama C.D.I.P. porque no regula las relaciones entre los Estados, sino la situación de los individuos en caso de colisión de legislaciones, determinando caso a caso la normativa aplicable.

## 9.2 Concepto

Las inmunidades de jurisdicción *son privilegios de que gozan ciertas personas y situaciones, de no quedar sometidas a la jurisdicción local en función de una más justa y fluida convivencia internacional.*

De este concepto podemos destacar:

a) Se trata de ciertos *privilegios*. Es decir, situaciones de preferencia que los sistemas jurídicos reconocen, y en consecuencia, constituyen una excepción al principio de igualdad ante la ley y de la no discriminación, dado que importan un mayor o menor grado de discriminación positiva.

b) Alcanza a ciertas y determinadas *personas o situaciones*, lo que quiere decir que gozan de inmunidad tanto la persona que por normativa expresa se encuentra en situación de inmunidad como las personas que se encuentran en ciertas situaciones. Así por ejemplo, son inmunes tanto los diplomáticos acreditados como las personas que se encuentren en un buque de guerra de bandera extranjera en aguas nacionales.

c) Siempre hay un elemento determinante que es la *más justa y fluida relación internacional*. Siempre la expresión de inmunidad jurisdiccional en nuestro sistema conlleva el reconocimiento de un elemento que institucionaliza la situación. En otros países, en cambio, más allá de este elemento institucional contemplan inmunidades jurisdiccionales en virtud de otras situaciones, como por ejemplo para el Emperador de Japón o la Reina Isabel; pero en nuestro sistema no hay otras inmunidades jurisdiccionales que aquellas que se han contemplado para una mejor relación internacional.

Es necesario tener presente que es muy diferente ser **inmune jurisdiccionalmente** que los **requisitos previos de procesabilidad**. Así, el inmune jurisdiccional no puede ser juzgado nunca por un tribunal nacional, salvo que esa inmunidad sea expresamente renunciada por el Estado respectivo, no siendo suficiente ni idónea la renuncia del privilegiado. En cambio, tratándose de ciertas situaciones de fueros (parlamentarios, ministros de Estado, intendentes, jueces, etc.) no se trata de inmunidad de jurisdicción sino que simplemente deben ser llenados ciertos requisitos de procesabilidad. En general estos requisitos deben ser pronunciados por los tribunales de justicia.

Los requisitos de procesabilidad por regla general son de derecho interno. Sin embargo, esto no ha sido siempre así en la evolución jurídica del mundo, como lo fue el caso de la situación colonial en China con enclaves ingleses que tenían sus propios tribunales, existiendo inmunidad jurisdiccional frente a los tribunales chinos.

### 9.3 Personas que gozan de inmunidad jurisdiccional y ámbito de aplicación (C.D.I.P / Convención de Viena)

- a) Los jefes de Estado extranjero en visita, con su respectiva comitiva;
- b) Los agentes diplomáticos y sus respectivas familias, sean mayores o menores de edad;
- c) El personal administrativo de las misiones diplomáticas e incluso en ciertos casos el personal de servicio;
- d) Los cónsules;
- e) Los funcionarios internacionales;
- f) Los buques de guerra surtos en aguas nacionales;
- g) Las tropas extranjeras, autorizadas en cuanto su ingreso;
- h) Los Estados.

Es importante tener en cuenta que por regla general los nacionales del respectivo país no gozan de inmunidad jurisdiccional, aun cuando se desempeñen en una de estas calidades que les podría otorgar este privilegio. Por ejemplo un chileno que fuera embajador de otro país en Chile.

Dentro de las inmunidades de jurisdicción cabe distinguir:

- a) **Inmunidad Jurisdiccional Penal**, que significa que el inmune jurisdiccionalmente no puede ser juzgado en el país receptor por un hecho que se estime ilícito penal;
- b) **Inmunidad Jurisdiccional Civil**, que significa que el inmune jurisdiccionalmente no puede ser demandado ante los tribunales chilenos en cualquier cuestión civil, mercantil o laboral;
- c) **Inmunidad Jurisdiccional Administrativa**, que significa que las autoridades administrativas carecen de competencia para avocarse a las situaciones concretas que les pueden afectar.

### 9.4 Renuncia a la inmunidad de jurisdicción

En general se exige que la renuncia sea expresa, salvo aquella renuncia tácita que sea inequívoca. Debe plantearla el Estado respectivo y no la persona que goza de la inmunidad. O sea, para el inmune jurisdiccional la inmunidad es irrenunciable. Por regla general, los Estados son renuentes a ejercer esta facultad.

La inmunidad no se traduce en *impunidad* porque queda reservada la posibilidad de jurisdicción ante los tribunales del país acreditante. Un ejemplo de renuncia a la inmunidad es el caso Becker<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El 5 de febrero de 1909 un incendio consumió el edificio de la Legación Alemana en Chile. Se encontró un cadáver carbonizado que fue identificado como Guillermo Becker Trambauer, canciller de la legación, en base a la vestimenta y efectos personales que portaba; se descubrió que faltaba una gran cantidad de dinero de una caja fuerte encontrada abierta,

## 10. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Se habla indistintamente de *jurisdicción no contenciosa, voluntaria o graciosa*. La primera crítica a esta nomenclatura es que ella significa o importa una subclasificación dentro de la jurisdicción, porque así como hay una jurisdicción no contenciosa existe una jurisdicción contenciosa, y por lo tanto va implícito, que la jurisdicción es clasificable y técnicamente hablando, no es clasificable y cualquier intento de dividirla es doctrinariamente rechazado.

La jurisdicción voluntaria se ha abierto espacio en el mundo y tiene su origen en el Derecho Romano.

### 10.1 Concepto

El concepto de jurisdicción no contenciosa se encuentra en el artículo 817 C.P.C., pero hay que señalar que tiene una muy ilustre alcurnia porque proviene directamente del Digesto de Justiniano y existen antecedentes de que éste fue tomado del Digesto de Mariano. El artículo 817 señala: *“Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes”*.

Nosotros entendemos por jurisdicción no contenciosa el *“procedimiento judicial seguido sin oposición de partes y en los cuales la decisión no causa perjuicio a persona conocida”*.

Analizando el concepto se desprende lo siguiente:

- a) La jurisdicción no contenciosa provoca un *procedimiento judicial*, existiendo necesariamente un determinado ritual a cumplir, señalado ya sea como norma específica o como norma general contenida en el Libro IV titulado *“De los actos judiciales no contenciosos”*.
- b) La jurisdicción no contenciosa se lleva a cabo *sin oposición de parte*, o sea sólo hay interesados sin que surja legítimo contradictor.
- c) La jurisdicción no contenciosa *no puede causar perjuicio a persona conocida*. Sin embargo, siempre existe la posibilidad que quien se sienta lesionado en sus derechos pueda recurrir a la vía judicial para corregir la sentencia.

---

y no fue posible ubicar al portero chileno de la legación. En la necropsia se concluyó que la causa de la muerte había sido una puñalada anterior al fuego. Con estos antecedentes, se ordenó la captura del portero, diligencia que fue infructuosa. Durante ese período, se desestimó el testimonio de un joyero alemán que afirmó haber visto al canciller varias horas después del incendio. Posteriormente se perició el cadáver en una segunda oportunidad, comparándose las piezas dentales con su registro dental y con el testimonio de la mujer del portero, concluyéndose que el cuerpo era del portero y no del canciller. En consecuencia, se ordenó la captura del canciller, que fue apresado a los pocos días cerca de un paso cordillerano. El defensor del canciller solicitó al Imperio Alemán que invocara ante el Estado de Chile la inmunidad de jurisdicción penal respecto de su agente diplomático. El Imperio Alemán rechazó la solicitud, entregando a su ciudadano al Estado de Chile para que éste lo juzgara según sus leyes. Becker fue encontrado culpable, siendo condenado a muerte y posteriormente ejecutado.

En la jurisdicción no contenciosa la ley expresa no es necesariamente el C.P.C., aun cuando en éste hay un conjunto de normas sobre las gestiones que estableció el legislador al respecto. Pero hay muchas otras gestiones no contenciosas contenidas en otras legislaciones, por ejemplo:

- Cambio de Nombre (Ley de Registro Civil);
- Constitución de la Propiedad Minera (Código de Minería);
- Declaración de Muerte Presunta (Código Civil);
- Constitución de la Propiedad de Aguas (Código de Aguas).

Hay muchos motivos por los cuales el legislador establece las gestiones no contenciosas, entre ellas:

- **Razones de publicidad.** Por ejemplo, la gestión de apertura de testamento es una gestión solemne con intervención de la justicia.
- **Facción de inventario solemne** para ciertas y determinadas personas (incapaces, guardas).
- **Guarda y aposición de sellos**, es una medida cautelar que consiste en cerrar recintos a la espera de la facción del inventario solemne respectivo.
- **Aprobación Judicial.** Por ejemplo, tratándose de transacción sobre alimentos futuros o la aprobación de la sentencia particional cuando hay incapaces.
- **Autorización judicial** de ciertos y determinados actos o contratos, por ejemplo, enajenación de bienes raíces del menor.
- Para **producir prueba** respecto de hechos, cuya constatación no acarree perjuicios a persona determinada, por ejemplo, la información para perpetua memoria<sup>2</sup>.
- Para la **fijación de tributos**, por ejemplo el impuesto a la herencia.
- Para la **administración de bienes**, por ejemplo las gestiones en torno a la herencia yacente.

La jurisdicción no contenciosa *no es actividad jurisdiccional* porque no existe conflicto ni partes y nunca se produce el efecto de la cosa juzgada. En cuanto a lo que es, en general, la doctrina estima que la jurisdicción voluntaria es *actividad administrativa* pero que por razones de técnica, tradición jurídica, seriedad y confiabilidad, es entregada a los tribunales de justicia; en todo caso sin necesidad de una reforma constitucional y meramente con un replanteamiento legal, sería posible que estas actividades fueran entregadas a otras autoridades, lo que ya ocurrió con la tramitación de las posesiones efectivas intestadas que ahora las lleva a cabo el Registro Civil.

A la jurisdicción no contenciosa también se le llama *jurisdicción voluntaria*, pero en estricto rigor nunca es voluntaria, sino que necesaria cada vez que la ley lo establece para la validez y eficacia de un acto.

---

<sup>2</sup> Trámite judicial voluntario que consiste en la rendición de información sumaria de testigos acerca de un hecho particular ante un tribunal, a fin de que, previo informe del Defensor Público, apruebe tales informaciones según el N° 2° del Art. 384 CPC. Las informaciones así aprobadas tienen el valor de una presunción legal.

## 10.2 Diferencias entre jurisdicción contenciosa o no contenciosa

a) La jurisdicción no contenciosa no requiere de la existencia de un conflicto de intereses, sino que surge precisamente frente a una situación no conflictiva; todo lo contrario sucede en la jurisdicción contenciosa.

b) La jurisdicción no contenciosa se puede ejercer solamente frente a texto legal expreso, diferencia gigantesca con la jurisdicción contenciosa, donde rige el principio diametralmente opuesto, la inexcusabilidad.

c) En la jurisdicción contenciosa, precisamente por su carácter esencialmente conflictivo, hay partes que se enfrentan en un ejercicio dialéctico en donde todo lo que una afirma la otra lo pueda negar. En cambio en la jurisdicción no contenciosa no hay partes, sino que los intervinientes se denominan genéricamente interesados.

d) En la jurisdicción contenciosa el principio que rige es la pasividad, pues el tribunal sólo puede actuar en la medida que las partes contendientes lo soliciten. Por el contrario, en la jurisdicción no contenciosa encontramos el principio de la oficialidad, ya que el tribunal de propia iniciativa debe realizar todas las actividades necesarias para el término de la gestión.

e) En la jurisdicción contenciosa se produce el efecto de cosa juzgada respecto de sentencias definitivas e interlocutorias firmes (acción y excepción). En cambio, en la jurisdicción no contenciosa, técnicamente hablando y no obstante lo que los textos expresan, nunca se adquiere ni se produce el fenómeno de la cosa juzgada sustancial, por cuanto siempre queda a salvo la posibilidad de que en un procedimiento contradictorio se adopte una resolución distinta.

El legislador tuvo vacilaciones de carácter doctrinario y equivocadamente señala que lo que se resuelve en cuestiones no contenciosas en ciertos y determinados casos produce el efecto de cosa juzgada, distinguiendo si la petición es aceptada o rechazada. En este último caso no se produciría tal efecto y, por lo tanto, se puede replantear con más antecedentes y obtener una decisión diferente, y cuando la petición es aceptada el legislador distingue si está o no pendiente el cumplimiento, si está pendiente no se produce efecto de cosa juzgada, y si está cumplida, sí se produce este efecto.

En todo caso, la expresión *cosa juzgada en materia no contenciosa* sólo tiene un alcance formal ya que si la resolución es positiva y está cumplida no se puede resolver lo contrario en otra gestión voluntaria, pero sí en un procedimiento de jurisdicción contenciosa.

## 10.3 Tribunales de equidad y de derecho

Hay una clasificación de los tribunales que distingue entre *tribunales de equidad* y *tribunales de derecho*. Los primeros conocen y resuelven aplicando lo que su sentido propio de

justicia y equidad les indica, sin sujeción a la legislación. Por ejemplo los árbitros arbitradores. Los segundos son aquellos que en la tramitación y fallo deben aplicar la normativa legal correspondiente.

El tribunal de derecho es diferente del tribunal letrado. Este último implica que debe ser servido por una persona que tenga el título de abogado. El tribunal no letrado es aquel que puede ser servido por una persona que no tenga el título de abogado, pero necesariamente debe ser tribunal de derecho, por ejemplo cuando el alcalde subroga al juez de policía local.

Aun cuando se trate de jurisdicción de derecho, la equidad no queda marginada. Por ejemplo, cuando se trata de la integración de la ley frente a ciertas y determinadas lagunas, también en la apreciación de la prueba siempre queda un determinado margen entregado a la discrecionalidad o sentido de la equidad del juzgador.

Por lo expresado precedentemente se puede concluir que la jurisdicción de derecho y la de equidad no son universos antinómicos, ya que en la jurisdicción de equidad el tribunal no puede pasar por sobre las normas de orden público y por tanto existe implícito este límite.

## CAPÍTULO IV LA COMPETENCIA

### 1. CONCEPTOS

La jurisdicción es el género y la competencia la especie. Es de la esencia misma del órgano jurisdiccional que esté investido de jurisdicción, pero es posible que ese órgano no tenga competencia para conocer determinadas cuestiones. Pero también es cierto que de alguna competencia debe estar revestido.

Si bien la jurisdicción como concepto es indivisible, el ejercicio de la actividad jurisdiccional sí lo es y, en consecuencia, a cada tribunal le corresponde una porción del ejercicio jurisdiccional, y esta porción es lo que se denomina **competencia**.

*La competencia es la parte o porción que a cada tribunal en particular le corresponde en el ejercicio de la jurisdicción.* Así la suma de todas las competencias es igual a la función jurisdiccional toda.

Carnelutti dice que competencia es *“la facultad y deber del ejercicio de la jurisdicción en el caso particular”*. De esta definición se desprende que:

a) Existe una relación lógica que subyace entre la jurisdicción y la competencia, en la medida que indica que la competencia es el ejercicio de la jurisdicción en el caso particular.

b) La competencia es un poder y un deber, lo que muestra las dos caras de la moneda, el poder de ejercitar las facultades en relación de autoridad a administrado, y el deber de actuar frente al requerimiento, lo que es la piedra angular del derecho procesal, esto es, el principio de inexcusabilidad ya que el órgano jurisdiccional requerido para actuar en materias de su competencia, no puede dejar de hacerlo incluso en ausencia de ley. Este principio antes de tener consagración constitucional estaba enunciado en el C.O.T.

c) Está presente el principio de la concreción de la jurisdicción a través de la competencia. La competencia le da cuerpo, realidad, enmarca el concepto genérico de la jurisdicción y se transforma en un concreto actuar del órgano en la situación específica.

El C.O.T. define la competencia en el artículo 108 señalando que *“La competencia es la facultad que tiene el juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”*.

Cada palabra importa un pensamiento de gran jerarquía jurídica:

a) *La competencia es la facultad*. La facultad es el poder, la potestad, la autoridad que significa el ejercicio de la competencia. Aunque no lo dice, recoge el principio del *deber* puesto que en algunos artículos después consagra el principio de inexcusabilidad.

b) *Que tiene el juez o el tribunal*. Es importante destacar esta frase porque no dice que la competencia sea la facultad que tiene *todo* juez o tribunal, porque precisamente la competencia es la singularización, y la tiene sólo el juez establecido para el conocimiento de lo que se le ha facultado.

c) *Juez o tribunal*. Normalmente la expresión “o” se utiliza en sentido disyuntivo, pero también se usa para establecer una relación de sinonimia, donde el juez es usado en el sentido unipersonal (no pluripersonal) y tribunal está tomado más bien en el sentido pluripersonal, pero ambos son sinónimos y se puede hablar de tribunal aun cuando sea unipersonal.

d) *Para conocer*. Significa que la competencia importa conocer y en esto el legislador C.O.T. se quedó corto, porque se refirió sólo a un momento jurisdiccional aunque estos son tres (conocimiento, juzgamiento y cumplimiento).

e) *Conocer de los negocios*. La locución negocio está tomada en su raíz latina, como sinónimo de asunto, cuestión, conflicto, muy diferente al negocio mercantil, ya que el primer concepto engloba tanto un conflicto de familia como a un ilícito penal.

f) *Que la ley ha colocado*. Con esta frase se quiere señalar que la competencia siempre arranca de la voluntad legislativa. Sin embargo, este principio es necesario calificarlo porque hay sistemas donde la voluntad de las partes determina también el adquirir competencia y esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la prórroga de la competencia



(mecanismo por el cual conoce de un asunto por voluntad de las partes quien no es juez natural) o en el arbitraje o cuando se ejercitan los recursos procesales. En estos casos no es la ley quien fija la competencia sino las partes, pero indirectamente es la ley ya que ella reconoce a las partes la posibilidad de generar competencia.

g) *Dentro de la esfera.* Lo importante de la esfera para efectos jurídicos es que tiene un límite. Es un cuerpo cerrado y, en consecuencia, el ámbito de competencia tiene límites dentro de los cuales el tribunal puede ejercitar sus atribuciones. Si se excede comete pecado jurídico y no sólo será ineficaz lo que actúe, sino que también puede tener responsabilidades civiles, criminales y administrativas.

h) *De sus atribuciones.* El juez o tribunal como autoridad que es, no tiene más atribuciones que las que la ley expresamente le ha otorgado.

## 2. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA

### 2.1 Elementos doctrinales

Según la doctrina, la competencia está determinada por el elemento **objetivo**, el elemento **funcional** y el **territorial**.

a) **Objetivo.** Está constituido por la *naturaleza intrínseca del conflicto* del que se trata, y en consecuencia podrá ser un conflicto penal, civil, etc.

b) **Funcional.** Es el *procedimiento aplicable* a la solución del respectivo conflicto y también, de alguna manera, este procedimiento es el que determina la competencia, y así encontramos juicios de lato conocimiento, sumarios, etc.

c) **Territorial.** Es la vinculación del conflicto o de las personas involucradas en una determinada *sección territorial* (país, provincia, etc.)

### 2.2 Elementos legales

En nuestro derecho son cuatro los elementos que determinan la competencia: **materia**, **cuantía**, **fuero** y **territorio**. Todos estos elementos juegan de forma armónica y conjunta para determinar el tribunal competente.

Una de las clasificaciones de la competencia distingue entre *competencia absoluta* y *competencia relativa*, la primera determina la jerarquía del tribunal que debe conocer del asunto, y la segunda, qué tribunal específico, dentro de esa jerarquía conocerá del juicio. Así por ejemplo, las reglas de competencia absoluta determinarán si el tribunal competente es un

juzgado de letras, de policía local, de familia, la Corte de Apelaciones, etc., y las reglas de competencia relativa determinará cuál es el juez específico.

De los cuatro elementos la concatenación de los primeros tres determina la competencia absoluta (materia, cuantía, fuero) y el cuarto elemento, territorio, determina cuál es el lugar (tribunal) específico para conocer del asunto.

**a) Materia.**

*Es la naturaleza intrínseca del conflicto.* También se le define como *la naturaleza del negocio sometido a la decisión del tribunal.*

Determinar la materia es una labor casuística y así, en virtud de este criterio podemos concluir que el asunto es de materia penal, propiamente civil, tributario, de familia, laboral, etc.

Cuando hablamos de la materia nos estamos refiriendo a la esencia del conflicto y no a las normas que lo regulan. Porque, por ejemplo, un conflicto de carácter administrativo puede estar mayormente regulado por normas de carácter civil, o un conflicto penal regulado por normas de carácter minero. En consecuencia, las normas que regulan el conflicto son sólo un medio auxiliar para determinar su esencia intrínseca.

En una concepción simplificada se ha dicho que para efectos de la materia en función de la competencia existen dos universos, las **materias penales** y las **materias civiles**, siendo éstas todas aquellas que no son propiamente penales, por lo tanto tiene un alcance residual. Sin embargo, este criterio simplificado no es hoy día generalmente compartido porque dentro del mundo civil existe una enorme cantidad de materias diferentes que exigen jueces diferentes (laborales, de familia, tributarias, administrativas, etc.)

**b) Cuantía.**

*Es la entidad, importancia o jerarquía del conflicto.* Este concepto es aplicable tanto a materias civiles como a materias penales.

La cuantía en materia penal es la pena base que lleva aparejado el correspondiente ilícito penal en su triple clasificación (crimen, simple delito y falta). Pero en nuestro sistema positivo el tema se ha simplificado, y es uno solo el juez competente para conocer de crímenes y simples delitos. En el caso de las falta puede conocer el juez penal o los jueces de policía local.

En materias civiles la cuantía está determinada por el *valor de la cosa disputada*, y así, en esta perspectiva, hay asuntos de mayor cuantía, de menor cuantía y de mínima cuantía.

**c) Fuero.**

*Es la calidad, jerarquía o dignidad de las personas envueltas en el conflicto o interesadas en él.*

Desde muy antiguo los distintos ordenamientos jurídicos han contemplado que cuando se litiga con una autoridad de alta jerarquía o investida de cierta dignidad, quien litiga está en una situación más o menos desmejorada. Frente a tal realidad se han contemplado mecanismos en virtud de los cuales se eleva la categoría del juez que debe conocer el conflicto (por ejemplo, de un juez de letras se pasa a un Ministro de la Corte de Apelaciones).

Es importante señalar que el fuero no está establecido en beneficio del aforado sino en beneficio de quien litiga con él, porque se estima que un juez de mayor jerarquía tendrá mayor independencia para resolver el respectivo litigio.

El fuero juega no sólo cuando la autoridad o dignidad es parte del respectivo juicio, sino también cuando tiene interés en él.

**d) Territorio.**

Se determina en función de la división político administrativa del país, que distingue entre regiones, provincias y comunas.

Tratándose de juzgados de letras y también de juzgados de policía local, la división territorial es en función de una comuna o una agrupación de comunas, salvo excepciones específicas. Tratándose de Cortes de Apelaciones, la división es por provincias, salvo excepciones específicas. El territorio de la Corte Suprema es todo el territorio de la República.

En función de esta división político administrativa las reglas del territorio pueden operar de diversas maneras. Por ejemplo donde ocurrió el hecho: en materia penal la regla general es competente el juez del lugar donde se cometió el ilícito (donde se dio comienzo a su ejecución), en materia civil puede ser competente el juez del lugar donde se encuentre el bien, o el lugar convenido por las partes, o el domicilio del acreedor del deudor o del demandado, etc.

### **3. CLASIFICACIONES DE LA COMPETENCIA**

La diferencia base entre la competencia y la jurisdicción, mirada ésta desde una perspectiva doctrinaria, es que la última no admite clasificaciones ya que es una, única e indivisible. En cambio, la competencia sí admite clasificaciones porque es en función de un tribunal determinado y, por lo tanto, es claramente divisible.

Las clasificaciones de la competencia son un ejercicio dialéctico de muy antigua data, hecho por José Bernardo Lira, padre del Derecho Procesal Civil, cuyas clasificaciones son iguales a las de hoy.

#### **3.1 Competencia natural y prorrogada.**

a) **Competencia Natural.** Es aquella que determina el específico juez que debe conocer de un asunto, en virtud de la aplicación íntegra de todas las normas de competencia absoluta y relativa.

b) **Competencia Prorrogada.** Es aquella que adquiere el juez, que no es naturalmente competente, en virtud de una convención que celebran las partes, convención que se denomina *prórroga de la competencia*, en virtud de la cual resuelven someter el conocimiento del asunto a un juez que no es el naturalmente competente.

La prórroga de la competencia puede producirse en forma expresa o tácita. Se produce en forma expresa cuando se deja testimonio de ella en un determinado escrito, documento o contrato, ya sea anterior al juicio o en su inicio. La prórroga tácita, que también es demostrativa de un acuerdo de voluntades, opera cuando el demandante concurre a un tribunal que no es el naturalmente competente y el demandado, personado en el juicio, realiza cualquier gestión que no sea reclamar su incompetencia.

La prórroga de la competencia puede producirse entre tribunales nacionales y también entre tribunales nacionales y extranjeros, o bien entre tribunales extranjeros y nacionales.

El legislador, en general, ha mirado con cierta reticencia la prórroga de la competencia (no le gusta que las partes acudan a otro juez que no sea el naturalmente competente) y por lo tanto, la ha permitido sólo en asuntos contenciosos civiles de primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía.

### 3.2 Competencia propia y delegada.

a) **Competencia Propia.** Es aquella que tiene o adquiere un juez ya sea por aplicación estricta de las normas legales o por acuerdo de las partes en virtud de la prórroga de la competencia.

b) **Competencia delegada.** Es aquella que adquiere un tribunal en virtud de la delegación o encargo que emana de otro juez o tribunal.

La regla general es que la delegación o encargo sea específico y, por lo tanto, quien adquiere competencia delegada sólo puede realizar los actos indicados en la delegación. Jamás se puede delegar la facultad de dictar sentencia, que siempre queda radicada en el juez propio, pero en virtud de ciertas modificaciones legales, se puede delegar un conjunto de actuaciones y las que de ellas derivan.

La delegación se realiza a través de un instrumento que se denomina *exhorto* o *carta rogatoria* (artículo 70 C.P.C.), cuya característica es que se remite directamente por el tribunal exhortante al tribunal exhortado sin observar el conducto regular. Así por ejemplo la Corte de Apelaciones puede exhortar directamente a un juez de letras.

Sin perjuicio de que el encargo debe hacerse en forma directa, el exhorto puede adquirir también carácter *circulante* lo que significa que en un mismo instrumento se encarga un conjunto sucesivo de actuaciones a diferentes tribunales.

El exhorto puede ser nacional o internacional. O sea, un tribunal chileno puede pedir la realización de una diligencia a un tribunal extranjero y viceversa; pero tratándose de exhortos internacionales se canalizan por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Corte Suprema, quien debe pronunciarse sobre si debe o no cumplirse el encargo de que se trata.

### 3.3 Competencia común y especial.

a) **Competencia Común.** Un tribunal tiene competencia común cuando conoce de la generalidad de los asuntos que se susciten dentro de su respectivo territorio, salvo aquellos que leyes especiales le hayan encomendado a otro tribunal.

b) **Competencia Especial.** Es la que tiene un tribunal para conocer solamente de los asuntos que la ley especialmente le ha encomendado. De esta manera su única fuente es la norma legal que la establece. Por ejemplo, los tribunales de familia o del trabajo.

En la duda de si un asunto es de competencia común o especial, hay que concluir que es de competencia común porque esta es la regla general y solamente frente a ley expresa interpretada restrictivamente se puede concluir competencia especial.

El caso típico de competencia especial es el de los jueces árbitros donde son las partes las que señalan determinadamente el ámbito de su respectiva actuación.

### 3.4 Competencia privativa y preventiva.

a) **Competencia Privativa.** Se produce cuando en virtud de la aplicación de todas las normas de competencia, resulta que es sólo uno el juez competente y, por lo tanto, necesariamente ante él habrá que llevar el asunto, sin perjuicio de los posibles mecanismos de prórroga de la competencia.

b) **Competencia Preventiva.** Tiene lugar cuando en virtud de la aplicación de las normas de la competencia, resulta que hay dos o más jueces que son competentes. En tal evento ninguno de ellos se puede excusar de conocer el asunto pretextando que hay otro competente, pero el que previene, esto es, el que conoce primero, pone en situación de incompetencia a los demás.

Esta clasificación arranca del artículo 112 C.O.T., que está dentro de las reglas generales de la competencia.

### 3.5 Competencia no contenciosa, voluntaria o graciosa.

Es aquella en virtud de la cual un tribunal conoce de un asunto donde no se promueve contienda entre partes y no causa perjuicios a terceros.

La regla general de la competencia no contenciosa es que conoce en primera instancia el juez de letras respectivo; en segunda instancia la Corte de Apelaciones superior jerárquica del juez que conoció en primera instancia. Sin embargo esta regla no es absoluta, puesto que existe una serie de materias no contenciosas que están entregadas a tribunales especiales.

### 3.6 Competencia de única, primera y segunda instancia.

- a) **Competencia de única instancia.** Tiene lugar cuando la resolución respectiva no es susceptible de recurso de apelación, lo que constituye una situación excepcional.
- b) **Competencia de primera instancia.** Tiene lugar cuando la resolución respectiva es susceptible de recurso de apelación.
- c) **Competencia de segunda instancia.** Tiene cabida cuando el tribunal conoce de un asunto en virtud de un recurso de apelación.

Esta clasificación arranca de los artículos 188 y 189 C.O.T. que dice relación con el recurso de apelación. El principio de la doble instancia es uno de aquellos que orienta nuestra estructura procesal y significa la posibilidad de que las resoluciones sean susceptibles de apelación para ante los tribunales superiores jerárquicos, quienes conocerán de los hechos y del derecho aplicable.

### 3.7 Competencia absoluta y relativa.

- a) **Competencia absoluta,** es aquella que determina la jerarquía del tribunal que debe conocer de un asunto determinado.
- b) **Competencia relativa,** es aquella que determina cuál es el tribunal específico que debe conocer del asunto dentro de la jerarquía preestablecida por la competencia absoluta.

Las diferencias sustanciales entre competencia absoluta y relativa son las siguientes:

- i) Las reglas de competencia absoluta son siempre de orden público. Por lo tanto, no pueden ser renunciadas o modificadas por las partes. En cambio, las reglas de competencia relativa generalmente son renunciables o modificables por las partes, precisamente por el mecanismo de la prórroga de la competencia.
- ii) La infracción a las reglas de competencia absoluta acarrea una nulidad procesal insaneable, que subsiste en el tiempo y que puede ser declarada en cualquier instante, incluso de oficio por el tribunal. Por ejemplo, el juez de policía local que conoce del divorcio de los cónyuges, lo que resuelva será nulo porque es incompetente para conocer esas materias. En el caso de la infracción de reglas de competencia relativa, por regla general, si no se reclama oportunamente es saneada por el transcurso del tiempo.
- iii) La incompetencia absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el respectivo tribunal. La incompetencia relativa sólo puede ser declarada a requerimiento de parte.
- iv) La declaración de incompetencia, sea absoluta o relativa, acarrea en materia civil nulidad de todo lo obrado. En cambio, en materia penal no acarrea nulidad de todo lo obrado, sino que en principio subsiste la validez de los respectivos actos procesales.

#### 4. REGLAS GENERALES DE LA COMPETENCIA (artículos 109 a 114 C.O.T.)

No se refieren específicamente ni a la competencia absoluta ni a la competencia relativa, sino que son aplicables al fenómeno de la competencia en general. Estas reglas son cinco: radicación o fijeza, grado, extensión, ejecución, prevención.

Cada una de estas reglas opera independientemente, no en forma mancomunada y determina específicos efectos.

##### 4.1 Regla de la Radicación o Fijeza (artículo 109 C.O.T.)

El artículo 109 dispone “*Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente*”.

En general, que un asunto se encuentre radicado significa que se encuentra arraigado. La disposición señala que si un asunto, del cual es competente un tribunal, se encuentra radicado ante él, esta competencia no se pierde por causa sobreviniente.

##### a) Requisitos

Para que se aplique la regla en comento es menester que conjuguen copulativamente los siguientes requisitos:

- i) Debe haber un órgano jurisdiccional que esté conociendo de un asunto.
- ii) Ese órgano debe ser competente, ya sea por competencia natural o prorrogada.

iii) El asunto debe encontrarse radicado ante el tribunal. Es decir, tienen que haber ocurrido hechos o circunstancias en virtud de los cuales el asunto se fija o hecha raíces ante él. En materia civil, el asunto se radica por la notificación legal de la demanda a cualquiera de los demandados, pero bajo la condición de competencia del tribunal. Lo que significa que la notificación de la demanda producirá la fijación si el tribunal es competente o llega a serlo, por lo que si posteriormente se declara su incompetencia, se entenderá que la notificación de la demanda no produjo la radicación. En materia penal, el asunto se encuentra radicado a partir de la formalización de la investigación.

iv) Que ocurra un hecho sobreviniente. *Causa sobreviniente es cualquier factor que de haber ocurrido antes de la radicación habría influido en la competencia del tribunal.* Por lo tanto, la regla dice que estos factores sobrevinientes que ocurren después de la radicación no tienen la virtud de alterar la competencia.

Los factores a los que se hace referencia son los de la competencia, así por ejemplo:

\* **Persona o fuero.** Por ejemplo, un ciudadano inicia un pleito del que conoce un juez de letras, y en el transcurso del juicio el demandado pasa a ser Ministro de Estado. Como el

asunto ya se radicó ante el juez de letras, éste va a seguir conociendo del juicio, aunque por la calidad que adquirió el demandado debiera conocer del asunto un ministro de la Corte de Apelaciones.

\* **Cuantía.** Es perfectamente posible imaginar que durante el juicio cambie la cuantía o valor de lo disputado (que aumente o disminuya), pero por la regla de la radicación seguirá conociendo el mismo tribunal.

Lo ejemplos anteriores también se aplican a la *materia* y al *territorio*.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4° transitorio C.P.R., el C.O.T. tiene carácter de Ley Orgánica Constitucional, dando cumplimiento así al mandato previsto en el artículo 77 C.P.R., en consecuencia, una L.O.C. siempre puede modificar esta regla alterando la competencia, lo que ocurre frecuentemente en disposiciones transitorias.

## **b) Excepciones al principio de radicación**

### **i) Acumulación de autos**

En materia civil se acumulan autos o procesos cuando concurren en todos ellos cierto número de identidades o vinculaciones con el objeto de que materias estrictamente ligadas entre sí, sean falladas por una sola sentencia, evitando fallos contradictorios.

La acumulación de autos puede producirse respecto de expedientes que se tramitan separadamente en un mismo tribunal y, en virtud de esta acumulación, pasan materialmente a juntarse en uno solo dictándose una sentencia.

También es posible que se produzca acumulación de autos respecto de expedientes que se tramitan en distintos tribunales, existiendo reglas que determinan ante qué tribunal se tramitará esta acumulación para formar un solo expediente.

Las reglas de acumulación de autos son una excepción al principio de la radicación sólo si los expedientes se tramitan ante diferentes tribunales, porque un tribunal que era competente y ante el cual estaba radicado el asunto, pierde su competencia y el asunto es conocido por otro tribunal.

### **ii) Visitas**

Están dentro de lo que genéricamente se llaman facultades o potestades disciplinarias y consiste en que un tribunal superior jerárquico puede constituirse por sí o por medio de un representante suyo ante tribunal inferior u otro órgano del orden judicial con el fin de inspeccionar su funcionamiento. En tal sentido, podemos diferenciar las visitas en:

- *Visitas ordinarias* son las que están programadas y que se realizan con cierta periodicidad.
- *Visitas extraordinarias* aquellas que se ordenan cuando hay alguna razón de buen servicio que las haga aconsejable.



Una antigua ley orgánica de tribunales del antiguo C.O.T., establecía que el tribunal visitante podía avocarse al conocimiento de causas que estaba tramitando el tribunal visitado e incluso fallarlas. Esta forma de visita se suprimió y hoy día dentro del ámbito de las visitas extraordinarias se puede designar a un miembro del tribunal superior para que se constituya en el tribunal inferior, con el objeto que se avoque al conocimiento de ciertas y determinadas causas. En este caso el juez superior pasa a sustituir al juez inferior y se entiende que es el mismo tribunal inferior el que conoce de la causa, pero temporalmente servido por un funcionario de superior jerarquía.

En consecuencia, las visitas hoy vigentes no constituyen excepción al principio de la radicación porque es el mismo tribunal temporalmente servido por otro funcionario que sigue avocado al conocimiento del asunto.

### iii) Compromiso o arbitraje

Es una convención de carácter procesal que consiste en someter el conocimiento de un asunto litigioso a un tribunal arbitral. Para tal efecto hay materias de arbitraje obligatorio, permitido y prohibido.

La convención de compromiso o arbitraje, sólo tiene cabida tratándose de materias de arbitraje permitido. La convención del arbitraje o compromiso puede ser celebrada antes del inicio del juicio respectivo, en cuyo caso el juicio todo se realiza ante el árbitro y en tal evento no será excepción al principio de la radicación. Pero el compromiso puede celebrarse iniciado el procedimiento ante la justicia ordinaria y, en virtud de este compromiso, el juez ordinario pierde competencia y pasa a seguir conociendo el juez árbitro, lo que en este caso específico constituye una excepción al principio de la radicación.

## 4.2 Regla del Grado (artículo 110 C.O.T.)

*“Una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia”.*

Esta regla razona en torno al concepto de *instancia*, que es *grado jurisdiccional*, lo que significa conocimiento de los hechos y del derecho por parte del respectivo tribunal.

La segunda instancia es una institución procesal para minimizar la posibilidad del error judicial, de suerte que un tribunal superior puede revisar lo resuelto por el inferior. En la instancia se revisan tanto cuestiones de hecho como de derecho. O sea, es una revisión irrestricta y completa de lo resuelto, pero está limitada en materia civil por las pretensiones del apelante o del adherente.

**a) Supuestos para que opere la regla del grado**

- i) El asunto debe encontrarse radicado ante tribunal competente.
- ii) Dicho tribunal competente debe estar conociendo del asunto en primera instancia.
- iii) Que la cuestión sea objeto de recurso de apelación.

Concurriendo estos requisitos, fijado el tribunal de primera instancia queda automáticamente fijado, y de pleno derecho, el tribunal de segunda instancia que debe conocer de la respectiva apelación. Las partes son relativamente libres para decidir el juez de primera instancia (en materia civil encontramos la prórroga de la competencia), pero no son libres para determinar cuál es el tribunal de segunda instancia. En consecuencia, en materia procesal *nunca* es aceptable la prórroga de la competencia en segunda instancia.

Esta regla nuevamente puede ser alterada por el legislador mediante una L.O.C.

**b) Excepciones regla del grado**

i) Se ha dicho que también constituyen excepción el *compromiso* o *arbitraje*, cuestión que es altamente opinable. En este caso el arbitraje significaría un acuerdo de voluntades de las partes para someter el conocimiento de la apelación a un tribunal arbitral de segunda instancia. Dudamos que el compromiso o arbitraje pueda tener este alcance, porque sería contrario a la regla del grado.

ii) *Subrogación entre Cortes de Apelaciones* (artículo 216 C.O.T.). La subrogación en general es un mecanismo para que se reemplace temporalmente a un funcionario judicial, de manera que no se produzca la paralización del servicio.

El artículo 216 contempla una situación muy particular en virtud de la cual todos los miembros de la Corte de Apelaciones, o la mayoría de ellos, estén inhabilitados para conocer de un determinado asunto. En tal evento no pueden aplicarse las reglas de la integración por falta de personal. Entonces entra a regir el mecanismo de subrogación entre Cortes de Apelaciones. Por ejemplo, conoce de un asunto minero la Corte de Apelaciones de Iquique, pero por impuncias, recusaciones, no existen miembros de reemplazo, en virtud de la regla de la subrogación de Cortes conoce del asunto la Corte de Apelaciones de Arica. Por lo tanto, es una excepción a la regla del grado.

**4.3 Regla de la Extensión (artículo 111 C.O.T.)**

*“El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan.*

*Lo es también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconvención o de compensación, aunque el conocimiento de estas cuestiones, atendida su cuantía, hubieren de corresponder a un juez inferior si se entablaran por separado”.*

Se denomina regla de la extensión porque está señalando el ámbito de conocimiento que le corresponde al juez que conoce de determinados asuntos, en virtud del cual puede conocer de otras cuestiones ligadas al asunto principal o de la reconvención y son las siguientes:

**Incidentes.** Es una cuestión accesoria que se suscita antes del inicio del juicio, durante su desarrollo o después de la sentencia definitiva, que tiene ligazón con la cuestión principal y requiere un pronunciamiento especial por parte del tribunal.

**Reconvención.** Es la demanda que intenta el demandado en contra de su demandante. Se diferencia del incidente porque no requiere que exista ligazón entre la cuestión principal y la cuestión reconvencional. Está regulado en el juicio ordinario de mayor cuantía, pero cabe en general en todo procedimiento declarativo, con ciertas y determinadas limitaciones.

**Compensación.** Desde la perspectiva del Derecho Civil es un modo de extinguir las obligaciones cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras. Desde el punto de vista procesal, la compensación es una excepción, una forma de defensa del demandado que se opone a la cobranza pretendiendo no pagar o pagar la diferencia resultante.

**a) Supuestos para que se aplique esta regla**

- i) Que el asunto principal se encuentre radicado, o tratándose de un incidente anterior, que se encuentre en la perspectiva de poder radicarse.
- ii) Que el tribunal sea competente para conocer de la cuestión principal.
- iii) Que se suscite un incidente, la reconvención, o se alegue la compensación.

**b) ¿Cómo opera la regla?**

i) **Incidentes:** Opera en forma absoluta sin excepción de ninguna naturaleza. O sea, cualquier cuestión accesoria que tenga relación con la cuestión principal, será conocida necesariamente por el juez del asunto principal.

ii) **Reconvención:** No hay obstáculo para que el juez que conoce de la causa principal conozca de la reconvención, siempre y cuando se cumplan los requisitos en relación a la competencia absoluta y relativa.

iii) **Compensación:** La compensación es una excepción, pero que requiere para que el tribunal se pronuncie sobre ella lo siguiente:

- que se declare la existencia de la obligación que se pretende compensar;
- que la obligación sea de dinero o cosa fungible;
- que sea líquida o determinable;
- que sea actualmente exigible.

Todos estos elementos deben ser declarados por el juez de la cuestión principal, lo que determina que en algunos casos sea competente y en otros no.

En relación al elemento cuantía, el juez de la cuestión principal puede declarar la compensación o admitir la reconvención, sólo si la cuantía de aquéllas están dentro de su competencia o habría sido de competencia de un tribunal inferior. En cambio, si ésta excede la competencia del tribunal principal, éste es incompetente.

En relación con la materia el juez de la cuestión principal puede declarar la compensación o admitir la reconvención cuando estén dentro de su competencia. Así por ejemplo si el juez principal conoce de una demanda civil de indemnización de perjuicios y el demandado pide compensación por prestaciones de carácter laboral, sólo puede declarar la compensación el juez competente en materia laboral.

#### **4.4 Regla de la Prevención (artículo 112 C.O.T.)**

*“Siempre que según la ley fueran competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto; pero el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás, los cuales cesan desde entonces de ser competentes”.*

La regla de la prevención guarda estrecha relación con la clasificación de la competencia en privativa -un juez competente- y preventiva o acumulativa -dos o más jueces competentes-.

##### **a) Presupuestos para la aplicación de la regla**

- i) Que haya dos o más jueces competentes resultantes de la aplicación de toda la normativa de la competencia.
- ii) Que de estos dos jueces competentes haya uno que prevenga (conozca primero), pasando a ser el único competente y colocando a los demás en situación de incompetencia.

##### **b) ¿Cómo opera la regla?**

- i) Importa una prohibición, ya que ninguno de los jueces que en principio es competente puede excusarse de conocer el asunto pretextando que existe otro competente, lo que guarda estrecha relación con el principio de inexcusabilidad.

ii) Producida la radicación del asunto ante uno de estos jueces, los demás quedan en situación de incompetencia.

La regla de la prevención, normalmente se produce en función del elemento territorio, pero en principio también tendría aplicación a propósito de las reglas de competencia absoluta.

Tratándose del funcionamiento de tribunales colegiados que se dividen en diferentes salas (Cortes de Apelaciones) hay una institución llamada de las “*causas radicadas*”, que determinan que la sala que ha conocido de un determinado asunto conoce de otras cuestiones que se susciten en la misma causa. Por ejemplo, en la orden de no innovar concedida. Estas causas radicadas no se refieren a la regla de la prevención, porque es una regla de distribución del trabajo y, por lo tanto, si se quebranta esta regla no se produciría incompetencia del tribunal porque todas y cada una de las salas de un tribunal colegiado representan al tribunal. Lo mismo ocurre en la Corte Suprema.

#### 4.5 Regla de la Ejecución (artículo 113 y 114 C.O.T.)

*Artículo 113 “La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieran pronunciado en primera o en única instancia.*

*No obstante, la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad previstas en la ley procesal penal será de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal.*

*De igual manera, los tribunales que conozcan de la revisión de las sentencias firmes o de los recursos de apelación, de casación o de nulidad contra sentencias definitivas penales, ejecutarán los fallos que dicten para su sustanciación.*

*Podrán también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hubieren intervenido en su tramitación, reservando el de las demás costas para que sea decretado por el tribunal de primera instancia”.*

*Artículo 114 “Siempre que la ejecución de una sentencia definitiva hiciere necesaria la iniciación de un nuevo juicio, podrá éste deducirse ante el tribunal que menciona el inciso primero del artículo precedente o ante el que sea competente en conformidad a los principios generales establecidos por la ley, a elección de la parte que hubiere obtenido en el pleito.”*

Se debe señalar que sólo requieren de ejecución las sentencias de condena que no han sido cumplidas voluntariamente por la parte.

El momento a partir del cual se puede cumplir una resolución judicial está determinado por una regla de carácter general que dispone que sólo será desde el momento que se encuentren *firmes* o *ejecutoriadas*. Sin embargo, en ciertas situaciones, cuando la ley expresamente lo permite, se puede dar cumplimiento a las resoluciones aun cuando no se encuentren ejecutoriadas, siempre que *causen ejecutoria*, esto es, cuando los recursos que se puedan intentar en su contra por mandato de la ley no suspendan su cumplimiento.

La regla general se encuentra prevista en el inciso primero del artículo 113 C.O.T., que dispone que la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia.

En todo caso, hay que distinguir si para los efectos del cumplimiento no se requiere un nuevo juicio, que es la regla general, o si se requiere un nuevo juicio.

Hay una calificada excepción, tratándose de tribunales que conocen de recursos procesales (apelación, casación, nulidad, etc.), pueden ordenar (es decir, el mismo tribunal que conoce del recurso) la ejecución de las resoluciones necesarias para la tramitación de dicho recurso (autos y decretos) y pueden también ordenar el pago de las costas que se hubieren causado en su tramitación.

Si es necesario un nuevo juicio, quien obtuvo o ganó puede iniciar un nuevo juicio ante el mismo tribunal que conoció del asunto en primera o en única instancia, o bien el que corresponda según las reglas generales a su elección (artículo 114). Así por ejemplo, si hay una sentencia condenatoria en un juicio declarativo, el juicio ejecutivo puede realizarse ante el tribunal que conoció del asunto o ante el tribunal competente según las reglas generales, existiendo en este caso una competencia acumulativa o preventiva.

## 5. REGLAS QUE DETERMINAN COMPETENCIA ABSOLUTA

Estas reglas determinan la jerarquía del tribunal que debe conocer un determinado asunto. Los elementos son la cuantía, la materia y el fuero.

Se trata de normas de orden público. Por lo tanto, no son modificables por la voluntad de las partes y su infracción o quebrantamiento acarrea nulidad procesal insaneable. Además, la incompetencia por su inobservancia debe ser declarada de oficio por el tribunal.

### 5.1 La Cuantía (artículos 115 y ss. C.O.T.)

*La cuantía es el valor, entidad, magnitud o importancia del conflicto*, concepto aplicable tanto a materia civil como penal.

En materia civil, la entidad del conflicto se determina por el *valor de la cosa disputada* o por las consecuencias pecuniarias de la respectiva disputa. Pero hay materias que no son susceptibles de evaluación pecuniaria, caso en el que el legislador las reputa de mayor cuantía.

En materia penal la cuantía se determina por la *pena base* con que se encuentra castigado el correspondiente ilícito, y no por la pena efectiva, que considera circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal.

*Artículo 115. “En los asuntos civiles la cuantía de la materia se determina por el valor de la cosa disputada.*

*En los asuntos criminales se determina por la pena que el delito lleva consigo.”*

Es importante destacar que la cuestión de determinar la cuantía en materia civil no sólo tiene importancia desde el punto de vista de la competencia, sino que tiene también en otra serie de ámbitos, por ejemplo, para determinar el procedimiento aplicable (mayor, menor o mínima cuantía); para determinar las costas de la causa, ya que según sea la entidad del asunto serán mayores o menores; para determinar la procedencia o improcedencia del recurso de apelación, porque en función de la cuantía existen asuntos que el tribunal conoce en única instancia.

### 5.1.1 Reglas generales en materia civil

A) Hay que establecer *si el asunto es o no susceptible de apreciación pecuniaria*; si no lo es, se estima de *mayor cuantía*.

Los artículos 130 y 131 C.O.T. (enumeración no taxativa) se refieren a materias que se reputan de mayor cuantía porque no son susceptibles de apreciación pecuniaria.

*Artículo 130. Para el efecto de determinar la competencia se reputarán de mayor cuantía los negocios que versen sobre materias que no estén sujetas a una determinada apreciación pecuniaria. Tales son, por ejemplo:*

- 1° Las cuestiones relativas al estado civil de las personas;*
- 2° Las relacionadas con la separación judicial o de bienes entre marido y mujer, o con la crianza y cuidado de los hijos;*
- 3° Las que versen sobre validez o nulidad de disposiciones testamentarias, sobre petición de herencia, o sobre apertura y protocolización de un testamento y demás relacionadas con la apertura de la sucesión, y*
- 4° Las relativas al nombramiento de tutores y curadores, a la administración de estos funcionarios, a su responsabilidad, a sus excusas y a su remoción.*

*Artículo 131. Se reputarán también, en todo caso, como materias de mayor cuantía, para el efecto de determinar la competencia del juez, las que en seguida se indican:*

- 1° El derecho al goce de los réditos de un capital acensuado, y*
- 2° Todas las cuestiones relativas a quiebras y a convenios entre el deudor y los acreedores.*

B) Si la cuestión es susceptible de apreciación pecuniaria debemos ver si se aplican las reglas especiales o generales de la cuantía. Las reglas especiales tienen preeminencia sobre las generales.

Son reglas generales:

i) Artículo 116 “*Si el demandante acompañare documentos que sirvan de apoyo a su acción y en ellos apareciere determinado el valor de la cosa disputada, se estará para determinar la competencia a lo que conste de dichos documentos.*”

La regla se explica por sí sola. En el inciso segundo se discurre qué sucede cuando se trata de demandar obligaciones en moneda extranjera. En este caso hay que acompañar un certificado de paridad cambiaria que señala la equivalencia de la obligación en moneda nacional. No puede tener una fecha mayor a los quince días contados hacia atrás desde la presentación de la demanda.

ii) Si el demandante no acompaña documentos o si en ellos no aparece el valor de la cosa disputada, hay que distinguir si la acción entablada es real o personal (artículos 117 y 118 C.O.T.), para este efecto entendemos por *acción real* la que emana de los derechos reales, y por *acción personal* aquella que emana de los derechos personales o créditos, pudiéndose cobrar a determinada persona cuando existe una relación de acreedor y deudor.

*Si la acción es personal la cuantía se determina por la apreciación que haga el demandante en su demanda* (artículo 117). El demandante determina, al hacer valer su pretensión, cuánto estima que se le debe pagar y cuánto estima la prestación que cobra.

*Si la acción es real la cuantía se determina por el acuerdo a que lleguen las partes sobre el valor de la cosa objeto de la acción real* (inciso 1º artículo 118). Este acuerdo puede ser expreso o tácito. Es expreso, cuando las partes explícitamente hayan señalado el valor de la cosa. En tanto va a ser tácito, por la sola circunstancia de que ambas partes o alguna de ellas concurran al tribunal sin reclamar de la cuantía (incompetencia por el valor de la cosa disputada), y se presume de derecho esta circunstancia (inciso 2º artículo 118).

Si la acción es real y no hay acuerdo entre las partes (ni expreso ni tácito), de acuerdo al artículo 119 se nombrará, directamente por el tribunal, a un perito cuyo dictamen será obligatorio para el juez.

El artículo 120 es una regla supletoria disponiendo que cualquiera de las partes puede, antes del pronunciamiento de la sentencia, hacer las gestiones necesarias para el esclarecimiento del valor de la cosa, facultad que puede ejercerse incluso de oficio por el tribunal.

### 5.1.2 Reglas especiales en materia civil (artículos 121 a 129 C.O.T.)

a) En el artículo 121 encontramos la *regla de la pluralidad de acciones*, ya que en una misma demanda se pueden intentar varias pretensiones; positivamente se habla de pluralidad de acciones, pero desde el punto de vista doctrinario es pluralidad de pretensiones.

Cuando la ley admite la pluralidad de acciones (pretensiones), la cuantía se determina por la *suma de todas las acciones* (pretensiones), sean compatibles o incompatibles.

b) La *regla de la pluralidad de demandados* está en el artículo 122, y se refiere a los casos en que la demanda es dirigida a dos o más demandados. En este caso, la cuantía se determina por el valor total de lo demandado, siendo indiferente si la obligación es solidaria o simplemente



conjunta. Por ejemplo, hay tres deudores simplemente conjuntos y cada uno de ellos le debe al acreedor \$ 100. En este caso, la cuantía asciende a \$ 300.

c) La *regla de la reconvencción*. El inciso 1º del artículo 124 dispone que si el demandado deduce demanda reconvenccional, respecto de la competencia se consideran separadamente la acción principal y la acción reconvenccional, no se suman. Pero para todos los demás efectos respecto de la cuantía, se suman ambas.

En el inciso 2º señala que para deducir demanda reconvenccional no se toma en cuenta el elemento territorio, pero sí el elemento cuantía en el sentido que la cuantía de la reconvencción debe caer dentro de la competencia del juez que conoce del asunto o a un juez inferior, pero nunca a uno superior.

d) *Reglas relativas a los juicios derivados del contrato de arrendamiento* (artículo 125). El contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo, donde los derechos y obligaciones de las partes van naciendo y extinguiéndose en los períodos que han fijado en el contrato.

El contrato puede terminar por diversas causas. Puede ser desahuciado, es decir, cualquiera de las partes puede manifestar su voluntad de no perseverar con él, lo que provoca un juicio. También se puede solicitar su término por alguna infracción del contrato y exigir la restitución de la cosa arrendada. Hay una forma muy calificada de terminación del contrato de arrendamiento y es por el no pago de las rentas de arrendamiento, procedimiento en el que tienen lugar las reconvencciones de pago.

La regla del artículo 125 contempla dos situaciones. Cuando se solicita la restitución de la cosa, por cualquier motivo que no sea la falta de pago de las rentas, la cuantía se determina por la renta convenida para cada período de pago. En cambio, cuando el juicio es por no pago de rentas, la cuantía se determina por el monto total de las rentas insolutas.

e) En el artículo 126 el legislador regula la situación que se *demande el saldo de una obligación*, en este caso la cuantía se determina por dicho saldo insoluto y no por la obligación total.

f) El artículo 127 se refiere a las *pensiones periódicas*. Las pensiones periódicas más frecuentes son las pensiones alimenticias, pero también existen otras instituciones que contemplan la necesidad de pagarlas, por ejemplo, el contrato de renta vitalicia.

Cuando se trata de pensiones periódicas, la cuantía se determina distinguiendo:

a) Pensiones futuras que no abrazan un tiempo determinado. La cuantía se determina por las pensiones futuras en un año;

b) Pensiones futuras que abrazan un período de tiempo. La cuantía se determina sumando las pensiones por todo dicho lapso.

c) Pensiones devengadas. La cuantía se determina por el monto total de las pensiones devengadas.

g) *Variación del valor de la cosa* (artículo 128). El valor de la cosa se determina al momento de demandar, considerando las variaciones de dicho valor y los frutos o intereses que

se hubieren devengado. Si el valor de la cosa varía durante el juicio, estas variaciones no se toman en cuenta.

h) **Intereses, costos o daños** (artículo 129). Esta regla establece que para los efectos de la cuantía no se consideran los frutos o intereses ni los costos o perjuicios ocasionados después de la demanda. Sin embargo, los frutos o intereses sí se ponderan si son anteriores a la demanda y se suman al total para determinar la cuantía.

## 5.2 Elemento persona o fuero

El fuero tiene lugar cuando una autoridad o dignidad es parte de un determinado proceso o tiene interés en él. El concepto “interés”, en nuestro ordenamiento, importa un compromiso de carácter patrimonial.

Respecto del elemento fuero, éste no está establecido a favor del aforado, sino respecto de quien litiga con él. Asimismo, cabe señalar que las reglas son de derecho estricto, no se aplican analógicamente sino que sólo respecto de aquellas situaciones que la ley señala taxativamente.

El fuero se clasifica en:

a) **Fuero Grande o Mayor:** donde el asunto es conocido por un ministro de la Corte de Apelaciones (artículo 50 C.O.T.).

*Artículo 50. Un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, conocerá en primera instancia de los siguientes asuntos:*

1° **ELIMINADO**

2° *De las causas civiles en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República, los ex Presidentes de la República, los Ministros de Estado, Senadores, Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, General Director de Carabineros de Chile, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, los Intendentes y Gobernadores, los Agentes Diplomáticos chilenos, los Embajadores y los Ministros Diplomáticos acreditados con el Gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios Capitulares.*

*La circunstancia de ser accionista de sociedades anónimas las personas designadas en este número, no se considerará como una causa suficiente para que un ministro de la Corte de Apelaciones conozca en primera instancia de los juicios en que aquéllas tengan parte, debiendo éstos sujetarse en su conocimiento a las reglas generales.*

3° **ELIMINADO**

4° *De las demandas civiles que se entablen contra los jueces de letras para hacer efectiva la responsabilidad civil resultante del ejercicio de sus funciones ministeriales.*

5° *De los demás asuntos que otras leyes le encomienden.*

**b) Fuero Chico o Menor:** el asunto es conocido en primera instancia por un juez de letras de mayor cuantía. La verdad es que esta norma carece de actual importancia por cuanto ya no existen tribunales de menor o de mínima cuantía, pero sí la tiene porque de no mediar el fuero, el asunto habría sido conocido en única instancia y no en primera.

Se aplica el fuero chico o menor respecto de causas civiles y de comercio que tengan una cuantía inferior a 10 UTM y deben ser parte o tener interés en él (artículo 45 letra G C.O.T.): *los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, los Ministros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales de estos tribunales, los jueces letrados, los párrocos y vicespárrocos, los cónsules generales, cónsules o vicescónsules de las naciones extranjeras reconocidas por el Presidente de la República, las corporaciones y fundaciones de derecho público o de los establecimientos públicos de beneficencia.*

El artículo 133 señala juicios donde no se toma en consideración el fuero:

*No se considerará el fuero de que gocen las partes en los juicios de minas, posesorios, sobre distribución de aguas, particiones, en los que se tramiten breve y sumariamente y en los demás que determinen las leyes.*

*Tampoco se tomará en cuenta el que tengan los acreedores en el juicio de quiebra ni el de los interesados en los asuntos no contenciosos.*

“...breve y sumariamente...” Algunos interpretando esta norma han dicho que la referencia se extiende sólo al juicio sumario (artículos 680 y ss. C.P.C.), donde se señala que cada vez que la ley usa esta expresión debe aplicarse el procedimiento de juicio sumario. Creemos que la referencia es a cualquier procedimiento que tenga reglas de concentración. Por ejemplo, juicios especiales del contrato de arrendamiento, de mínima y menor cuantía, etc.

### 5.3 Elemento materia

Es la esencia, es la *naturaleza intrínseca del conflicto de que se trate*. La materia también determina la competencia absoluta, pero a diferencia de la cuantía y el fuero, el legislador no la trata sistemáticamente, por lo que para determinar qué es la materia debe hacerse un examen casuístico. Sirven de guía las leyes que crean tribunales especiales, porque éstos son en general creados en virtud de la materia, como los tribunales del trabajo, militares, juzgados de policía local, tributarios, de familia, etc.

En consecuencia, el elemento materia se vincula con aquella clasificación que distingue entre competencia común y competencia especial, y muchas veces el elemento materia determina competencia especial. La materia también determina que un asunto sea conocido por un tribunal arbitral. Así ocurre en las materias de arbitraje forzoso, pero también ocurre en el campo del arbitraje voluntario, donde las partes le determinan al juez las específicas materias que ha de conocer.

Ergo, el elemento materia importa para determinar que el asunto sea conocido por un *tribunal especial*, o bien para el procedimiento aplicable, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° C.P.C. los asuntos que no tengan asignado un *procedimiento* especial se le aplican las

reglas del juicio ordinario de mayor cuantía. Asimismo, tiene importancia para determinar los *recursos procesales* que procedieren, por ejemplo, en el procedimiento monitorio laboral no procede recurso de apelación, pero sí recurso de nulidad, y en contra de la resolución que falla este recurso no procede recurso alguno.

## **6. REGLAS QUE DETERMINAN COMPETENCIA RELATIVA. EL TERRITORIO.**

En virtud de su aplicación, finalmente se determina cuál es el juez específico que debe conocer de la cuestión dentro de la jerarquía preestablecida por la competencia absoluta.

### **6.1 Características de las reglas de competencia relativa**

- a) En materia contenciosa civil, de primera instancia, sus normas no son de orden público, por ende renunciables y modificables por las partes a través del mecanismo de la prórroga de la competencia.
- b) Su infracción no acarrea nulidad procesal insaneable. Si no se reclama oportunamente la incompetencia relativa se subsana el vicio.
- c) A diferencia de lo que ocurre con la competencia absoluta, que puede y debe ser declarada de oficio, la incompetencia relativa, como regla muy general no puede ser declarada de oficio, sino que sólo a petición de parte.

### **6.2 Reglas en materia contencioso-civiles**

En esta materia encontramos primero una regla general y, luego, una serie de reglas particulares, debiendo tener presente que las reglas particulares se prefieren por sobre las reglas generales.

#### **6.2.1 Regla General**

Se encuentra prevista en el artículo 134 C.O.T. el que se refiere tanto a materia contenciosa como no contenciosa.

*En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales.*

El domicilio se encuentra definido en el artículo 59 C.C., distinguiéndose entre domicilio civil, que es la sección territorial dentro del país donde el individuo tiene su domicilio y el político, que se refiere al país en que el respectivo sujeto tiene su domicilio.

El domicilio civil es la residencia (elemento objetivo) en un determinado lugar acompañada de la voluntad real o presunta de permanecer en él (elemento subjetivo).

El domicilio del demandado es, por regla general, el que determina la competencia, específicamente la comuna, entonces será competente el juez de la comuna o agrupación de comunas en que tenga su domicilio el demandado.

### **6.2.2 Reglas Especiales** (artículos 135 y ss. C.O.T.)

Primero debemos diferenciar si la acción que se entabla es mueble o inmueble.

Desde el punto de vista procesal es una herejía hablar de acciones muebles o inmuebles, porque la acción es una. Sin embargo esta visión de acciones reales y personales y muebles e inmuebles arranca de la visión de los civilistas, para los cuales derecho y acción eran dos caras de una misma medalla siendo ésta la manera de reclamar en juicio el derecho que se trataba. En esta visión, ellos distinguen acciones muebles e inmuebles, distinción que es recogida en los artículos 580 y 581 C.C.

a) Si la acción es inmueble se aplica el artículo 135 con preferencia a la regla general. Este artículo establece que será competente el juez del lugar que las partes hayan estipulado en la respectiva convención. A falta de acuerdo, conocerá el juez del lugar donde se contrajo la obligación o del lugar donde se encuentre la especie reclamada (inmueble), a elección del demandante. Como puede observarse este artículo contempla un caso de competencia acumulativa, pues hay varios tribunales competentes.

b) Si una misma demanda comprendiere obligaciones que deban cumplirse en diversos territorios jurisdiccionales, será competente para conocer del juicio el juez del lugar en que se reclame el cumplimiento de cualquiera de ellas (artículo 139).

c) El artículo 140 prevé la hipótesis que el demandado tenga varios domicilios, lo que la ley civil expresamente permite. En este caso, si los domicilios están en distintos territorios jurisdiccionales, es juez competente aquel que esté ubicado en cualquiera de los domicilios del demandado, aplicándose nuevamente la regla de la prevención.

d) En el caso de pluralidad de demandados con domicilio en distintos territorios jurisdiccionales (artículo 141), es juez competente el juez del domicilio de cualquiera de los demandados, aplicándose nuevamente la regla de la prevención.

e) El artículo 142 tiene importancia porque se refiere a la competencia relativa cuando el demandado es una persona jurídica, distinguiéndose si tiene un lugar de asiento o varios. En el primer caso, es juez competente el de ese lugar (inciso 1º).

Si la persona jurídica tiene diferentes establecimientos, comisiones u oficinas, se debe demandar en el lugar donde está el establecimiento, comisión u oficina que celebró el acto o contrato o intervino en el hecho que motiva la demanda, no en el tribunal de la casa matriz.

f) El artículo 143 se refiere al juez competente para conocer de los interdictos posesorios (procedimientos destinados a amparar la posesión o eventualmente la tenencia). El interdicto posesorio se entabla ante el juez del lugar donde estuvieran situados los bienes inmuebles, y si éstos correspondieran a varios lugares, serán competentes los jueces de cualquiera de ellos a elección del demandante, aplicando la regla de la prevención.

g) Artículo 144. Los juicios de distribución de aguas son conocidos por el tribunal donde se encuentre el inmueble del demandado. En general, los juicios son por regadíos de dos o más predios. Si dichos predios estuviesen ubicados en más de una comuna o agrupación de comunas, es juez competente el de cualquiera de ellas.

h) En los juicios de avería común será juez competente el que señala el Código de Comercio (artículo 145).

La avería común es una institución del derecho marítimo que se produce cuando en una determinada nave se producen daños que afectan tanto a la nave como a la carga, de manera que toda la carga, aunque no haya sufrido el daño, concurre a resarcir las pérdidas.

i) Para entender la regla sobre los juicios de minas contenida en el artículo 146, es menester señalar que la propiedad minera tiene características muy propias, que se traducen en la pertenencia que se inscribe en el registro de propiedad minera. Es juez competente el juez del lugar donde se encuentre la respectiva pertenencia, sin perjuicio de otras reglas particulares que pueden estar contenidas en el Código de Minería.

j) En el artículo 147 se encuentra la regla relativa a los juicios de alimentos. Señala que será competente para conocer de las demandas de alimentos el del domicilio del alimentante o alimentario, a elección de este último. Asimismo, ello se aplicará a las solicitudes de aumento de pensiones alimenticias decretadas. De las solicitudes de cese o rebaja de la pensión decretada conocerá el tribunal del domicilio del alimentario. Asimismo, será juez competente para conocer de las acciones de reclamación de filiación el del domicilio del demandado o demandante, a elección de este último.

k) En el artículo 148 inciso 1º se establece que en los juicios de petición de herencia, desheredamiento, validez o nulidad de disposiciones testamentarias será juez competente el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión.

l) El artículo 154 señala que es juez competente en materias de quiebras, cesiones de bienes y convenios entre deudor y acreedores, el del lugar en que el fallido o deudor tuviere su domicilio.

m) En los juicios respecto de censos de transmisión forzada es juez competente el del territorio donde se hubiere inscrito el censo (censo institución susceptible de ser redimida, siendo su redentor quien hace un depósito para liberar al bien respectivo sujeto a censo).

Si el censo se hubiere redimido, el del territorio jurisdiccional donde se hubiere inscrito la redención. Si el censo no estuviere inscrito ni se hubiere redimido, el del territorio jurisdiccional donde se hubiere declarado el derecho del último censalista (artículo 155).

### 6.3 Reglas en materia no contenciosa

La regla general también se encuentra contenida en el artículo 134 establece que es juez competente el del domicilio del interesado o peticionario.

Sin embargo esta regla tiene una serie de excepciones o reglas especiales, contenidas en los artículos 148 inciso 2º a 153, que son las siguientes:

a) Artículo 148 inciso 2º. Es competente el juez del último domicilio del causante para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de sus bienes.

b) Artículo 149. Si la sucesión se abre en el extranjero y hay bienes en Chile, la posesión efectiva debe pedirse en Chile ante el juez del último domicilio que tuvo el causante en Chile, y si no lo tuvo, en el domicilio del solicitante (sucesiones testadas).

c) Artículo 150. Es juez competente para conocer del nombramiento de tutores y curadores, el del domicilio del pupilo, que es la persona sometida a guarda.

d) Artículo 151. En la declaración de muerte presunta es juez competente el del último domicilio del desaparecido, correspondiéndole otorgar la posesión provisoria y/o definitiva a las personas que justifiquen tener derecho a ello.

e) Artículo 152. Se refiere a dos situaciones. En el inciso 1º trata la situación del nombramiento de curador a los bienes del ausente o de la herencia yacente, caso en el cual es competente el juez del último domicilio del ausente o del causante.

El inciso 2º se refiere al nombramiento de curador a los derechos eventuales del que está por nacer, en este caso el juez competente el del domicilio de la madre.

f) Artículo 153. Establece que para obtener la autorización para la enajenación, hipoteca o arrendamiento de inmuebles de incapaces, es juez competente el del lugar donde estuvieren situados los inmuebles.

#### 6.4 Reglas de distribución de causas

Para que tengan aplicación las reglas de distribución de causas es menester que en un mismo territorio jurisdiccional haya dos o más jueces competentes para conocer de un determinado asunto.

Las reglas de distribución de causas son muy importantes, aunque se debe señalar que no son reglas de competencia sino que son sólo normas que guían para distribuir el trabajo entre tribunales que son entre sí absoluta y relativamente competentes.

El hecho que las normas de distribución de causas no sean normas de competencia, trae como consecuencia que su eventual infracción no acarrea nulidad procesal sino que como máximo es posible hacer efectiva la responsabilidad administrativa.

La distribución de causas tiene, actualmente, tres vertientes: la distribución de causas por el Presidente de la Corte de Apelaciones, distribución de causas ante el primer juzgado de letras y la subdivisión territorial<sup>3</sup>.

Nos concentraremos en ambas reglas de distribución ya que son las reglas de general aplicación, pero hay que tener presente que en materia procesal penal a nivel de tribunales de garantía se aplica la regla de la **subdivisión territorial**, donde el juez es competente en una comuna o agrupación de comunas.

*Artículo 175. En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere más de un juez de letras, deberá presentarse ante la secretaría del Primer Juzgado de Letras toda demanda o gestión judicial que se iniciare y que deba conocer alguno de dichos jueces, a fin de que se designe a aquel de ellos que lo hará.*

*Esta designación se efectuará mediante un sistema informático idóneo, asignando a cada causa un número de orden según su naturaleza. En todo caso, deberá velar por una distribución equitativa entre los distintos tribunales.*

*Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los juzgados de garantía ni a los tribunales de juicio oral en lo penal, que se regirán por las normas especiales que los regulan.*

*Artículo 176. En los lugares de asiento de Corte en que hubiere más de un juez de letras en lo civil, deberá presentarse a la secretaría de la Corte toda demanda o gestión judicial que se iniciare y que deba conocer alguno de dichos jueces, a fin de que se designe el juez a quien corresponda su conocimiento.*

*Esta designación se hará por el presidente del tribunal, previa cuenta dada por el secretario, asignando a cada causa un número de orden, según su naturaleza, y dejando constancia de ella en un libro llevado al efecto que no podrá ser examinado sin orden del tribunal.*

---

<sup>3</sup> El sistema de distribución ante el tribunal de turno, fue suprimido por la Ley 20.875.



#### 6.4.1 Formas de distribución

a) Si la causa es civil contenciosa, hay que hacer una distinción:

i) Si los varios tribunales competentes son *asiento una Corte de Apelaciones*, es decir, están ubicados en la misma comuna que su Corte de Apelaciones, entonces se aplica el sistema de distribución a través del presidente de la respectiva Corte (artículo 176).

ii) Si los varios tribunales competentes *no son asiento de Corte*, se aplica la regla de distribución a través del primer juzgado de letras (artículo 175).

b) Tratándose de asuntos *no contenciosos*, aplicamos las mismas reglas anteriores, atendiendo a si los varios tribunales competentes son o no asientos de corte (artículo 179)

*Artículo 179. Estarán sujetos a lo dispuesto en los artículos 175 y 176, según el caso, el ejercicio de las facultades que corresponden a los jueces para el conocimiento de los asuntos que tienen por objeto dar cumplimiento a resoluciones o decretos de otros juzgados o tribunales y los asuntos de jurisdicción voluntaria.*

#### 6.4.2. Excepciones a estas reglas (artículo 178 C.O.T.)

Significa que hay ciertas demandas que no siguen esta normativa, sino que se presentan directamente ante un determinado tribunal. Estas situaciones son:

a) Los asuntos que se hubiesen iniciado por medidas prejudiciales. La demanda posterior se presenta ante el mismo tribunal que conoció de la medida prejudicial.

b) Los asuntos que se hubiesen iniciado por gestiones preparatorias de la vía ejecutiva. La demanda ejecutiva se presenta ante el mismo tribunal que conoció de la gestión preparatoria.

c) Gestiones preparatorias del juicio de desposeimiento. El acreedor hipotecario tiene normalmente dos acciones: una acción personal para cobrar el crédito, y una acción real para perseguir la cosa hipotecada en manos de cualquier poseedor. Cuando el acreedor demanda a quien es simultáneamente su deudor personal y el poseedor de la finca hipotecada, el procedimiento es el común (su acción es normal, desarrollándose un juicio ejecutivo o eventualmente un juicio ordinario). Si el deudor hipotecario enajenó la finca hipotecada, el acreedor puede dirigirse contra el tercero adquirente iniciando un juicio de desposeimiento, para el cual existen gestiones preparatorias en las que el acreedor pide que se notifique judicialmente al tercero, el que en el plazo de 10 días debe abandonar la finca o pagar la obligación.

La petición preliminar (notificación judicial al tercero) es una presentación judicial que sigue las normas de distribución, pero el juicio posterior para hacer efectiva la demanda, se presenta directamente donde se radica la petición de desposeimiento.

d) No requieren seguir las reglas de distribución las gestiones que se susciten en un juicio ya iniciado (regla de la extensión). Tampoco aquellas gestiones a que de lugar el cumplimiento de la sentencia, lo que debe hacerse por la vía incidental (artículo 171), si así lo decide el acreedor.

## 6.5 Prórroga de la competencia

La prórroga de la competencia está tratada en el párrafo 8º, Título VII, artículos 181 a 187 C.O.T. Antes este título se llamaba indebidamente “prórroga de la jurisdicción”.

Sin embargo, recordemos que procede la prórroga de la jurisdicción, que es emanación de la soberanía, siendo perfectamente posible que un asunto ocurrido en Chile sea conocido por un tribunal de otro país o viceversa.

La prórroga de la competencia guarda estrecha relación con la clasificación de competencia que distingue entre competencia natural, aquella que señala específicamente un tribunal determinado para conocer un asunto por la aplicación de las normas de competencia absoluta y relativa, y prorrogada, que es la que adquiere un tribunal por la convención de las partes que acuerdan someterse a un juez que no es el naturalmente competente.

El concepto de prórroga está en el artículo 181, que dispone: *“Un tribunal que no es el naturalmente competente para conocer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ellos las partes, expresa o tácitamente, convienen en prorrogarle la competencia para este negocio.”*

El artículo 182 señala ciertas limitaciones en el sentido que la prórroga sólo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de asuntos contenciosos civiles. Estas limitaciones merecen algunos comentarios:

- No hay razón alguna por la cual no proceda la prórroga de la competencia en asunto de única instancia. Aunque es razonable que implícitamente se prohíba la prórroga en segunda instancia, porque si se aceptara se estaría atentando contra la regla del grado;
- Es perfectamente posible que el legislador también hubiese permitido la prórroga entre tribunales especiales y no sólo entre ordinarios;
- Es razonable que se prohíba en materia penal, porque hay envuelto un conflicto de carácter social;
- También es razonable esta prohibición en materia no contenciosa, porque si se permitiera habría ciertos resguardos que no se observarían con el rigor necesario.

La convención que celebran las partes es de carácter procesal. Para que este acuerdo surta efectos es menester que sea celebrada por personas capaces, esto es, personas que puedan comparecer en juicio por sí mismas, o a través de su representante legal (artículo 184).

El artículo 185 consagra la relatividad de la convención siguiendo la regla general del derecho privado, en el sentido que los acuerdos de voluntades sólo producen efectos entre quienes lo han celebrado y sus sucesores.

La *prórroga expresa* es la formal convención para someterse a un tribunal distinto del naturalmente competente. Aunque la ley no exige como solemnidad su escrituración, es muy conveniente hacerlo para efectos de prueba. Lo normal es que la prórroga se convenga como una cláusula de un contrato, en el que se indica que las partes se someten a un determinado tribunal en una cierta comuna. Pero no existe ningún inconveniente para que el acuerdo se convenga en un instrumento posterior.

Se ha entendido que la sola circunstancia de fijar un domicilio convencional en un contrato, no es una forma de prórroga.

La *prórroga tácita* emana de ciertos y determinados hechos o circunstancias que se traducen en la voluntad de prorrogar. Cada vez que en el mundo del derecho se habla de voluntad tácita, significa que la voluntad se ha manifestado no explícitamente –ni en forma verbal o escrita- sino por medio de la realización de una conducta concluyente a la cual el legislador le atribuye el valor de manifestación de voluntad. La prórroga tácita se produce cuando el demandante presenta su demanda en un tribunal que no es el naturalmente competente, y el demandado, cuando personado en el juicio realiza cualquier gestión que no sea la de alegar la incompetencia del tribunal (artículo 187).

Indirectamente el artículo 187 es concordante con el principio de buena fe procesal, ya que le impide al demandado guardarse defensas para hacerlas valer posteriormente.

Mayoritariamente se estima que se produce prórroga tácita por parte del demandado cuando la demanda se tiene por contestada en su rebeldía, dándole el significado de notificado al término *personado*. El motivo es simple, el proceso no puede quedar entregado a los litigantes renuentes, lo que es concordante con el principio de la buena fe procesal.

## 7. CONFLICTOS<sup>4</sup>, CUESTIONES Y CONTIENDAS DE COMPETENCIA

### 7.1 Conflictos de competencia entre los tribunales y autoridades políticas o administrativas

Estos conflictos se producen ya que existen ciertas zonas de confluencia donde no está clara la línea divisoria entre las facultades de uno y otro.

Se encuentran regulados en los artículos 53 N° 3 y 93 N° 12 de la C.P.R. donde se atiende a la jerarquía del tribunal involucrado para determinar el órgano llamado a resolver el conflicto.

El artículo 53 N° 3 C.P.R señala que las contiendas suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los *tribunales superiores* de justicia son resueltas por el Senado. Por su parte el artículo 93 N° 12 del mismo cuerpo legal señala que corresponde al Tribunal Constitucional resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia (inferiores), que no correspondan al Senado.

Entonces, si el tribunal involucrado es *superior* el conflicto es resuelto por el Senado, si es *inferior* por el Tribunal Constitucional.

Cabe señalar que hasta la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 2005, era competente para conocer de las contiendas entre los tribunales inferiores y las autoridades políticas o administrativas la Corte Suprema.

Ese mismo cuerpo legal entregó el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, Por consiguiente, deben entenderse derogados los artículos 96 N° 1 y 191 inciso final ambos del C.O.T que disponían:

Artículo 96. *“Corresponde a la Corte Suprema en pleno:*

*1° Conocer del recurso de inaplicabilidad reglado en el artículo 80 de la Constitución Política de la República y de las contiendas de competencia de que trata el inciso final de su artículo 79”*

Artículo 191 inciso final. *“Corresponderá también a la Corte Suprema conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado”.*

### 7.2 Contiendas de competencia

Las *contiendas de competencia* se producen cuando dos o más tribunales estiman que son competentes o incompetentes para conocer de un determinado asunto. Serán de carácter positivo cuando los tribunales estiman que tienen competencia para conocer del asunto; y serán de carácter negativo cuando los tribunales pretenden ser incompetentes.

---

<sup>4</sup> La Constitución habla de contiendas de competencia y no de conflictos.

### **7.2.1 Contendas de competencia entre tribunales ordinarios.**

Esta es la regla más importante, y está contenida en el artículo 190 incisos 1º, 2º y 3º C.O.T.

a) Si los tribunales en contienda tienen un superior jerárquico común inmediato, resuelve la contienda ese superior jerárquico.

b) Si los tribunales en contienda no tienen un superior jerárquico común inmediato, y son de distinta jerarquía, resuelve la contienda el superior jerárquico del que tenga mayor jerarquía. Así por ejemplo en una contienda entre un juez de letras y una Corte de Apelaciones, resuelve la contienda el superior jerárquico de ésta.

c) Si los tribunales en contienda no tiene superior jerárquico común e inmediato, y son de igual jerarquía, resuelve la contienda el superior jerárquico del que previno.

### **7.2.2 Contendas de Competencia entre Tribunales Ordinarios y Tribunales Arbitrales.**

Esta regla se encuentra en el artículo 190 inciso 4º, y es una norma explicativa muy importante que señala que los árbitros de primera, segunda o única instancia tendrán por superior jerárquico, para los efectos de este artículo, a la respectiva Corte de Apelaciones. Así, las contendas de competencia entre tribunales ordinarios y arbitrales, al asimilarse a estos últimos a los jueces de letras porque su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones respectiva, se resuelven con las mismas reglas para resolver las contendas entre tribunales ordinarios.

### **7.2.3 Contendas de Competencia entre Tribunales Ordinarios y Especiales (artículo 191)**

Una contienda de este tipo sería, por ejemplo, entre un juez de letras y un juez del trabajo. Si dependen de una misma Corte de Apelaciones, la Corte resuelve la contienda. Si dependen de distintas Cortes de Apelaciones, dirime la contienda la Corte de Apelaciones superior jerárquica del que previno. Si no es aplicable esta regla porque no dependen ambas de Cortes de Apelaciones, resuelve la contienda la Corte Suprema. Así por ejemplo en una contienda entre un tribunal ordinario y un tribunal militar, resuelve la Corte Suprema dado que el tribunal militar no depende de una Corte de Apelaciones, sino de la Corte Marcial.

### **7.2.4 Contendas de Competencia entre Tribunales Arbitrales y Especiales.**

Se aplica la misma normativa que en el caso anterior, ya que el tribunal arbitral se homologa, para estos efectos, a los tribunales ordinarios.

### **7.2.5 Contendas de Competencia entre Tribunales Arbitrales.**

Se rigen por las mismas reglas que las contendas de competencia entre tribunales ordinarios, precisamente por la regla de la homologación.

### **7.2.6 Contendas de Competencia entre Tribunales Especiales.**

En este caso, el artículo 191 establece que se rigen por las mismas normas que las contendas de competencia entre tribunales ordinarios y tribunales especiales.

### **7.2.7 Regla Procedimental**

Las contendas de competencia se fallan en única instancia (artículo 193 C.O.T.), y las cuestiones de competencia están reguladas en cuanto a su tramitación por el C.P.C. y demás normas correspondientes.

## **7.3 Cuestiones de competencia**

Las *cuestiones de competencia* son planteamientos que realizan las partes o excepcionalmente, los tribunales de oficio y que dice relación con las alegaciones de competencia o incompetencia para conocer de un determinado asunto.

En primer lugar, la incompetencia pueden alegarla las partes ante el mismo tribunal que está conociendo de un asunto y a quien estiman incompetente. Este mecanismo se llama *vía declinatoria* y lleva implícita la petición de que decline el conocimiento del asunto a otro tribunal. Ejemplo de esta vía es la excepción dilatoria de incompetencia.

En segundo lugar, se puede reclamar de la incompetencia por *vía inhibitoria*, que consiste en recurrir al tribunal que se estima competente para que éste inhiba al que está conociendo del asunto. La incompetencia por vía inhibitoria se encuentra cuidadosamente regulada en el C.P.C. en el Libro I a propósito de los incidentes, en los artículos 101 a 112.

## **8. IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES**

Esta materia se encuentra regulada en el Párrafo 11 del Título VII C.O.T., artículos 194 a 205.

Todo el mecanismo de las impugnaciones y las recusaciones, mira a dos valores esenciales: la imparcialidad de los jueces y la independencia del respectivo órgano, cuestiones que si bien son distintas guardan estrecha vinculación.

Como lo ha dicho Eduardo J. Couture, es posible que un juez no sea suficientemente ilustrado, y para esto existen mecanismos destinados a rectificar sus errores; pero lo que es de la esencia de todo juez, haciéndose extensivo a los auxiliares de la administración de justicia, es su imparcialidad. Para los efectos de nuestra disciplina, se entiende que el juez es imparcial cuando:

- i) No tiene vinculaciones con las partes o con los abogados de éstas, de naturaleza tal que lo inclinen en cierto sentido. Por ejemplo, la amistad íntima, vínculos de parentesco, vínculo de acreedor deudor, etc., vínculos que hacen que el legislador mire con cierta sospecha y dé la posibilidad a las partes y al juez mismo de no entrar en el conocimiento del asunto;
- ii) No tener relación con el asunto o la materia que está llamado a resolver. Por ejemplo, que el juez haya emitido juicio previamente, esta circunstancia lo pondrá en situación de ser alejado del conocimiento del respectivo asunto.

Desde muy antiguo las causales por las cuales se puede alejar a un juez o a un auxiliar de la administración de justicia, de la intervención en una determinada cuestión se pueden agrupar en *causales de impugnancia* y *causales de recusación*. En las primeras hay una estrecha relación entre el juez o el auxiliar de la administración de justicia respectivo, con las partes o con el asunto. En cambio, las segundas hay una relación más tenue, más lejana.

Miradas en conjunto, como un solo fenómeno, denominándolas genéricamente como causales de inhabilidad, podemos definir las *como ciertas circunstancias que miran a las posibles vinculaciones del afectado con las partes o con el conflicto, y que permiten alejar del conocimiento de un asunto determinado a jueces u otros funcionarios auxiliares de la administración de justicia*.

Las causales de impugnancia y recusación se estudian vinculadas a las normas de competencia porque, como lo señala el artículo 194 C.O.T., no obstante la competencia objetiva de un juez, éste la pierde si a su respecto concurre una causal de impugnancia o recusación, y en tal sentido la doctrina las ha llamado *causales subjetivas de incompetencia* lo que quiere decir que no miran al órgano mismo sino a las personas concretas que lo sirven.

Cuando se produce el alejamiento de un funcionario del conocimiento de un asunto por causales de impugnancia o recusación, se gatilla otro mecanismo: la subrogación o integración.

El hecho de que las causales de impugnancia y recusación importen un diferente grado de compromiso entre el juez o el auxiliar y la causa o las partes o sus abogados, lleva a que entre ellas haya diferencias:

- a) La impugnancia debe necesariamente ser declarada de oficio por el propio afectado, o por el tribunal al que pertenece; en cambio, la recusación sólo es declarada a petición del afectado, entendiéndose por tal aquel respecto del cual se presume que la circunstancia respectiva lo perjudica.

- b) Las causales de implicancia no son renunciables a diferencia de las de recusación que sí lo son.
- c) La implicancia puede ser reclamada y declarada en cualquier estado del juicio, y el derecho para hacerla valer no precluye. A su vez la recusación, debe hacerse valer en las oportunidades que en cada caso señala el legislador.
- d) La implicancia produce nulidad procesal insaneable, ya que afecta la relación procesal. Cuando hay implicancia se entiende que no hay juez y en consecuencia no hay relación procesal. En el caso de la recusación que no se hace valer oportunamente, no acarrea nulidad procesal.
- e) El funcionario que entra a conocer de un asunto mediando causal de implicancia comete delito ministerial de prevaricación (torcida administración de justicia); pero si conoce de un asunto existiendo causal de recusación, no tiene responsabilidad penal sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades.

Las causales de implicancia y recusación, están taxativamente señaladas en la ley y, como son claramente situación de excepción, su interpretación debe realizarse de manera restrictiva. Así en caso de duda se entenderá que no existe causal subjetiva de incompetencia.

## 8.1 Causales de implicancia

Artículo 195 C.O.T. Son causas de implicancia:

1° *Ser el juez parte en el pleito o tener en él interés personal, salvo lo dispuesto en el número 18 del artículo siguiente;*

2° *Ser el juez consorte o pariente consanguíneo legítimo en cualquiera de los grados de la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, o ser padre o hijo natural o adoptivo de alguna de las partes o de sus representantes legales;*

3° *Ser el juez tutor o curador de alguna de las partes, o ser albacea de alguna sucesión, o síndico de alguna quiebra, o administrador de algún establecimiento, o representante de alguna persona jurídica que figure como parte en el juicio;*

4° *Ser el juez ascendiente o descendiente legítimo, padre o hijo natural o adoptivo del abogado de alguna de las partes;*

5° *Haber sido el juez abogado o apoderado de alguna de las partes en la causa actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador.*

6° *Tener el juez, su consorte, ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos naturales o adoptivos, causa pendiente en que deba fallar como juez alguna de las partes;*

7° *Tener el juez, su consorte, ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos naturales o adoptivos, causa pendiente en que se ventile la misma cuestión que el juez debe fallar;*



8° *Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia, y*

9° *Ser el juez, su consorte, o alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos, padres o hijos naturales o adoptivos, heredero instituido en testamento por alguna de las partes.*

*Lo dicho en este artículo es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1324 y en los incisos tercero y cuarto del artículo 1325 del Código Civil.*

*Respecto de los jueces con competencia criminal, son causas de implicancia, además, las siguientes:*

1° *Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor;*

2° *Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa, en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado, y*

3° *Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento.*

## **8.2 Causales de recusación**

Artículo 196 C.O.T. Son causas de recusación:

1° *Ser el juez pariente consanguíneo simplemente ilegítimo en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, o consanguíneo legítimo en la línea colateral desde el tercero hasta el cuarto grado inclusive, o afín hasta el segundo grado también inclusive, de alguna de las partes o de sus representantes legales;*

2° *Ser el juez ascendiente o descendiente ilegítimo, hermano o cuñado legítimo o natural del abogado de alguna de las partes;*

3° *Tener el juez superior alguno de los parentescos designados en el inciso precedente o en el número 4° del artículo 195, con el juez inferior que hubiere pronunciado la sentencia que se trata de confirmar o revocar;*

4° *Ser alguna de las partes sirviente, paniaguado o dependiente asalariado del juez, o viceversa;*

5° *Ser el juez deudor o acreedor de alguna de las partes o de su abogado; o serlo su consorte o alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado.*

*Sin embargo, no tendrá aplicación la causal del presente número si una de las partes fuere alguna de las instituciones de previsión fiscalizadas por la Superintendencia de Seguridad Social, la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo, o uno de los Servicios de Vivienda y Urbanización, a menos que estas instituciones u organismos ejerciten actualmente cualquier acción judicial contra el juez o contra alguna otra de las personas señaladas o viceversa.*

6° *Tener alguno de los ascendientes o descendientes simplemente ilegítimos del juez o los parientes colaterales del mismo dentro del segundo grado, causa pendiente que deba fallar como juez alguna de las partes;*

7° *Tener alguno de los ascendientes o descendientes simplemente ilegítimos del juez o los parientes colaterales del mismo dentro del segundo grado, causa pendiente en que se ventile la misma cuestión que el juez deba fallar;*

8° *Tener pendientes alguna de las partes pleito civil o criminal con el juez, con su consorte, o con alguno de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado.*

*Cuando el pleito haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación;*

9° *Haber el juez declarado como testigo en la cuestión actualmente sometida a su conocimiento;*

10. *Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella;*

11. *Ser alguno de los ascendientes o descendientes ilegítimos del juez o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, instituido heredero en testamento por alguna de las partes;*

12. *Ser alguna de las partes heredero instituido en testamento por el juez;*

13. *Ser el juez socio colectivo, comanditario o de hecho de alguna de las partes, serlo su consorte o alguno de los ascendientes o descendientes del mismo juez, o alguno de sus parientes colaterales dentro del segundo grado;*

14. *Haber el juez recibido de alguna de las partes un beneficio de importancia, que haga presumir empeñada su gratitud;*

15. *Tener el juez con alguna de las partes amistad que se manifieste por actos de estrecha familiaridad;*

16. *Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad;*

17. *Haber el juez recibido, después de comenzado el pleito, dádivas o servicios de alguna de las partes, cualquiera que sea su valor o importancia, y*

18. *Ser parte o tener interés en el pleito una sociedad anónima de que el juez sea accionista.*

*No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, no constituirá causal de recusación la circunstancia de que una de las partes fuere una sociedad anónima abierta.*

*Lo prevenido en el inciso anterior no regirá cuando concurra la causal señalada en el N° 8 de este artículo. Tampoco regirá cuando el juez, por sí solo o en conjunto con algunas de las personas indicadas en el numerando octavo, fuere dueño de más del diez por ciento del capital social. En estos dos casos existirá causal de recusación.*

De la lectura de ambas disposiciones se desprende que hay referencias a los antiguos tipos de filiación existentes hasta antes de la Ley 19.585. Pues bien, dichas normas deben entenderse modificadas con la actual nomenclatura. En tal sentido hijo natural significa hijo de filiación no matrimonial. Hijo legítimo, hijo de filiación matrimonial. Hijo simplemente ilegítimo, hijo de filiación no determinada.

### 8.3 Subrogación e integración

Como consecuencia de las implicancias y recusaciones un juez puede estar inhibido para el conocimiento de un determinado asunto y se requiere que sea reemplazado. En todo caso, la subrogación e integración también operan en otros casos como permisos, vacaciones o ausencias.

Hay que señalar que se puede servir un cargo en calidad de *titular* que es quien tiene propiedad en el respectivo cargo, como *suplente* quien sirve temporalmente un cargo donde hay un titular que está inhibido de poder desempeñarlo, o como *interino*, caso en que la persona sirve temporalmente un cargo que está vacante no habiéndose producido respecto de éste la designación correspondiente.

#### 8.3.1 Reglas de subrogación

a) El artículo 211 C.O.T. establece que la subrogación de un juez se produce necesariamente por el secretario letrado (abogado) del tribunal y sólo a falta del secretario se aplicarán las reglas de los siguientes artículos.

b) Si en la comuna o agrupaciones de comunas hay dos jueces de letras, aunque sean de distinta jurisdicción, la falta de uno de ellos será suplida por el secretario del otro que sea abogado, y a falta de éste, por el juez de este otro juzgado (artículo 212 inciso 1º C.O.T.).

Si hay más de dos jueces de letras de una misma jurisdicción, la subrogación de cada uno se hará en la forma señalada anteriormente por el que siga el orden numérico de los juzgados (secretario) y el del primero remplazará al del último (artículo 212 inciso 2º C.O.T.).

Si hay más de dos jueces de distinta jurisdicción, se prefiere la subrogación entre jueces de una misma jurisdicción, y en caso que esto no sea posible, la subrogación se hará por el secretario que sea abogado o, en su defecto, por el otro juez de distinta jurisdicción (artículo 212 inciso 3º C.O.T.).

c) El artículo 213 C.O.T. analiza una hipótesis relativa a la frecuencia. Así, si en la comuna o agrupación de comunas hay un solo juez de letras, es subrogado por el secretario, a falta de éste por el defensor público, y cuando sean más de uno por el más antiguo de ellos. En caso que el defensor público no pueda ejercer sus funciones, ellas serán desempeñadas por alguno de los abogados subrogantes designados por la Corte de Apelaciones respectiva.

En defecto de todos los designados precedentemente, subrogará el secretario abogado del juzgado del territorio jurisdiccional más inmediato. O sea, de aquél con cuya ciudad cabecera sean más fáciles y rápidas las comunicaciones, aunque dependan de distintas Cortes de Apelaciones. A falta o impedimento del secretario, la subrogación la hará el juez de dicho tribunal.

El artículo 214 C.O.T. señala que para efectos de la subrogación se entiende que falta el juez si no llega a la hora ordinaria de despacho, o si no estuviere presente para evacuar aquellas diligencias que requieran su intervención personal, de todo lo cual dejará constancia, en los autos, el secretario que actúe en ellos. En tales casos la subrogación durará sólo el tiempo de la ausencia.

El inciso 4º del mismo artículo dispone que cuando se produce la subrogación por cualquier causal que no sea implicancia o recusación, el juez subrogante no puede dictar sentencias definitivas salvo que la subrogación sea por un juez de letras, un defensor público o el secretario del respectivo juzgado. Dicho de otra manera, el abogado subrogante no podrá dictar sentencias definitivas en los mencionados casos.

Es importante también tener presente que el secretario es subrogante sólo cuando es abogado. El secretario, no obstante no ser abogado, puede dictar las resoluciones de mera tramitación, esto es, decretos, providencias o proveídos, quedando excluidos los autos y las sentencias interlocutorias o definitivas.

El artículo 216 C.O.T. regula la subrogación en y entre Cortes de Apelaciones.

i) **Subrogación en Cortes de Apelaciones:** tiene lugar cuando en una sala de una Corte de Apelaciones no queda mayoría de miembros titulares para conocer del asunto. En ese caso se deferirá el conocimiento del negocio a otra de las salas.

ii) **Subrogación entre Cortes de Apelaciones:** esta es una situación muy particular y se produce cuando en una Corte de Apelaciones no hay miembros suficientes, sea por inhabilitación u otra causal. En tal evento se produce la subrogación entre Cortes de Apelaciones y el conocimiento de un asunto pasa de una Corte de Apelaciones a otra.

*Art. 216. Si en una sala de las Cortes de Apelaciones no queda ningún miembro hábil se deferirá el conocimiento del negocio a otra de las salas de que se componga el tribunal y si la inhabilitación o impedimento afecta a la totalidad de los miembros, pasará el asunto a la Corte de Apelaciones que deba subrogar según las reglas siguientes:*

*Se subrogarán recíprocamente las Cortes de Apelaciones de Arica con la de Iquique; Antofagasta con la de Copiapó; la de La Serena con la de Valparaíso; la de Santiago con la de San Miguel; la de Rancagua con la de Talca; la de Chillán con la de Concepción y la de Temuco con la de Valdivia.*

*La Corte de Apelaciones de Puerto Montt será subrogada por la de Valdivia.*

*La Corte de Apelaciones de Punta Arenas lo será por la de Puerto Montt.*

*La Corte de Apelaciones de Coihaique será subrogada por la de Puerto Montt.*

*En los casos en que no puedan aplicarse las reglas precedentes, conocerá la Corte de Apelaciones cuya sede esté más próxima a la de la que debe ser subrogada.*

### 8.3.2. Integración

Es una institución que se da exclusivamente en los tribunales colegiados. Puede suceder que en una sala de no haya un número suficiente de jueces para conocer de un asunto -tres ministros en el caso de las Cortes de Apelaciones y cinco en el caso de la Corte Suprema-.

Respecto de la integración de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema el C.O.T. da las reglas, pero respecto de otros tribunales colegiados hay normas particulares, como en el Código de Justicia Militar y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Tratándose de la integración de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, es importante tener presente una regla en el sentido que no puede funcionar en sala con mayoría de abogados integrantes, por lo tanto el máximo de abogados integrantes son dos o uno, respectivamente.

En las Cortes de Apelaciones, cuando en una sala falta algún ministro, en primer lugar, se llama a miembros titulares de otras salas, porque en teoría puede pasar que una sala tenga más de tres jueces. Si no se puede aplicar la regla anterior, se puede llamar a integrar a los fiscales judiciales de la respectiva Corte, y en tercer lugar, se llama a los abogados integrantes (artículo 215 C.O.T.). El mismo mecanismo se utiliza en la Corte Suprema (artículo 217 C.O.T.).

Los abogados integrantes de la Corte de Apelaciones son designados de acuerdo a un mecanismo mixto. La Corte de Apelaciones respectiva formula una nómina de quienes podrían ser abogados integrantes para el respectivo año judicial. Esta nómina es de número variable según sea el número de abogados integrantes para la Corte de Apelaciones señalado en el C.O.T. De esta nómina la Corte Suprema forma ternas, con la limitación que en esta no se pueden repetir nombres. El Presidente de la República, por Decreto Supremo nombra, a un abogado integrante de cada una de las ternas y fija su orden de precedencia de manera que éstos deben ser llamados según ese orden.

Los abogados integrantes de la Corte Suprema son designados por tres años y el mecanismo para su designación también es mixto: la Corte forma ternas y el Presidente de la República elige dentro de estas ternas a uno por cada una de las proposiciones y fija el orden de precedencia.

**Especialización de salas:** la norma arranca de la posibilidad de las Cortes de Apelaciones, en virtud de un auto acordado, de designar salas especializadas que conocen de ciertas y determinadas materias, así ha hecho la Corte de Apelaciones de Santiago que tiene una “sala laboral”. La Corte Suprema por disposición del artículo 95 C.O.T. funciona en salas especializadas.

En la Corte Suprema necesariamente se debe designar un abogado integrante, porque los ministros de la Corte Suprema son 21 y hay cuatro salas de funcionamiento constante.

Estas materias están reguladas en los artículos 215 a 221, a excepción del artículo 216 C.O.T.

## CAPÍTULO V LOS JUECES ÁRBITROS

### 1. CONCEPTO

*“Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”* (artículo 222 C.O.T.)

De este concepto legal es necesario destacar que el árbitro es un *juez*. El arbitraje no es equivalente jurisdiccional, y que sea juez significa que asume las responsabilidades y deberes de tal, y por lo tanto, su quehacer está sometido a las consecuencias civiles y penales por un mal desempeño. Las potestades disciplinarias de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones respecto de los árbitros, pueden ser ejercidas cuando se desvían de su correcto proceder.

También destaca el concepto las posibles vertientes de designación de un árbitro: la voluntad de las partes, que se traduce en el pacto de compromiso seguido de la designación del árbitro, o la designación judicial que es consecuencia o de un pacto de compromiso sin designación de árbitro, o bien en aquellos casos de materia de arbitraje forzoso u obligatorio.

Respecto de la designación eventual por parte de la justicia, emana siempre de un juez de letras, y se han suscitado dudas en relación a si las partes anteladamente pueden fijarle al juez ciertas pautas y limitaciones para la designación. Por ejemplo, que el árbitro haya ejercido la cátedra de Derecho Civil en tal universidad. Creemos que la justicia es soberana para hacer la designación sin necesidad de sujetarse a la voluntad de las partes.

Desde un punto de vista doctrinario, se puede señalar que los árbitros son *jueces temporales y especiales*, para resolver un conflicto cuya decisión no está reservada exclusivamente a otro tribunal. Son *temporales*, porque su desempeño está enmarcado en el tiempo pudiendo comenzar a desarrollar su cometido desde el *“juramento instalatorio”* y deben resolver el conflicto dentro del plazo de dos años o el plazo menor que le hayan fijado las partes en el compromiso. También son *jueces especiales* ya que sólo puede conocer de los precisos asuntos que las partes han colocado dentro de la órbita de sus atribuciones.

Se presenta la duda de si el carácter de juez especial y temporal lo limita para dictar resoluciones que puedan alcanzar a terceros. En virtud de una interpretación armónica de todas las reglas procedimentales, se ha llegado a la conclusión que sus resoluciones no obligan a terceros, pero puede alcanzarlos como efecto reflejo de la sentencia. Por ejemplo, medidas cautelares o de prueba durante la correspondiente tramitación del juicio.

## 2. CLASIFICACIÓN DE LOS ÁRBITROS

### 2.1 En cuanto a su nombramiento.

Los árbitros pueden ser *convencionales* o *judiciales*. En los primeros, su nombramiento arranca de la voluntad de las partes. En los segundos, de la designación que hace un órgano jurisdiccional. Existe una tercera forma de nombramiento de los árbitros, específicamente el árbitro partidario de la comunidad hereditaria, el que puede ser designado por el causante en su testamento o por instrumento público (artículo 1324 C.C.).

Una cosa es el nombramiento del árbitro y otra distinta el origen del arbitraje, ya que en esta materia pueden las partes voluntariamente someter un asunto a la decisión arbitral (materias de arbitraje permitido) o bien, la ley puede señalar que ciertas y determinadas cuestiones deban ser resueltas por árbitros (materias de arbitraje forzoso).

### 2.2 En cuanto a sus facultades

a) *Árbitros de derecho*. Están conceptualizados en el inciso 2º del artículo 223, que señala que fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

Del concepto se puede destacar que:

- i) En cuanto a la resolución del asunto (contenido sustancial del fallo) debe el árbitro apegarse estrictamente al ordenamiento jurídico;
- ii) En cuanto a la sustanciación debe también seguir estrictamente las normas procedimentales de acuerdo a la naturaleza de la acción deducida, lo que significa que el árbitro deberá aplicar, por ejemplo, normas del juicio de mayor cuantía si efectivamente a la acción deducida se les aplican.

Sin embargo, aun cuando la ley señala el estricto apego a las normas procedimentales, hay dos materias que claramente requieren una regulación particular:

- i) **Ministro de Fe**. Como el árbitro no tiene secretario permanente, frente a la necesidad de que un ministro de fe autorice sus resoluciones, ya que es un requisito de validez, se designa como tal a un secretario arbitral, que puede ser un notario de la comuna o agrupación de comunas respectiva, o a un secretario de un juzgado de letras, de la Corte de Apelaciones respectiva o de la Corte Suprema;
- ii) **Notificaciones**. Los árbitros no tienen estado diario, que es una forma ficta de notificar. En consecuencia, en el primer comparendo es necesario convenir cómo se practicarán las notificaciones. Lo normal es que se haga por carta certificada.

b) *Árbitros arbitradores o amigables componedores*. El inciso 3º del artículo 223 contempla dos conjuntos de normas respecto de las cuales debe ceñirse el respectivo árbitro arbitrador.

i) En relación a cómo resuelve el conflicto, se señala que falla obedeciendo a lo que *su prudencia y la equidad le dictaren*. En consecuencia, pueden prescindir de todo el ordenamiento jurídico al momento de dictar sentencia. Incluso el árbitro arbitrador puede fallar contra derecho y su fallo es perfectamente válido.

Bajo ciertas y determinadas circunstancias, los fallos de los árbitros arbitradores pueden ser objeto de revisión, ya sea por otro tribunal arbitral o por un tribunal ordinario, pero no es causal de modificación que la sentencia haya sido dictada contra ley.

Sin embargo, existe una doctrina minoritaria de don Álvaro Ortúzar, que no ha sido acogida por los tribunales, que sostiene que el árbitro arbitrador no puede desconocer las normas de orden público que constituyen el pilar del ordenamiento social, y que, por lo tanto, debe respetarlas.

ii) Respecto de las normas procedimentales, la disposición señala que el árbitro debe seguir las normas que las partes hayan fijado en el acto constitutivo del compromiso. A falta de estas normas el árbitro seguirá las normas mínimas que señala el C.P.C., y se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el árbitro puede también dictar normas procedimentales para completar las que han señalado las partes o las normas mínimas del código.

c) *Árbitros mixtos*. Son los que en cuanto a la resolución del asunto son árbitros de derecho, en el sentido que deben estrictamente aplicar el ordenamiento jurídico. En cambio, respecto de la tramitación se consideran árbitros arbitradores y en consecuencia la substanciación de la causa será conforme a las normas que las partes señalen en el acto constitutivo del compromiso, o por las normas mínimas a falta de las primeras, todo ello sin perjuicio de las normas procedimentales que el árbitro pueda dictar (artículo 223).

El árbitro mixto es una subclasificación o especie dentro del género de los árbitros de derecho, pero doctrinariamente hablando es una especie propia.

### **2.3 En cuanto a la instancia en que conoce del asunto.**

Aquí encontramos los árbitros de única, primera y segunda instancia, clasificación que se hace en función de la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva.

- a) Única instancia: la resolución no es apelable.
- b) Primera instancia: la resolución es apelable.
- c) Segunda instancia: se conoce del asunto en virtud de un recurso de apelación.



## 2.4 En cuanto al número de árbitros.

a) Tribunales arbitrales unipersonales: es uno el árbitro llamado a tramitar y resolver el conflicto.

b) Tribunales arbitrales pluripersonales: son dos o más los árbitros llamados a tramitar y resolver. La diferencia es muy importante, porque en este caso puede haber desacuerdos entre los árbitros, que tiene consecuencias diferentes según la naturaleza de la materia.

## 3. CLASIFICACIÓN DE LA MATERIAS EN FUNCIÓN DEL ARBITRAJE

### 3.1 Materias de arbitraje forzoso

El artículo 227 C.O.T. dispone que *deben* resolverse por árbitros los asuntos siguientes:

1° *La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades.*

En primer lugar, se debe tener presente la diferencia entre disolución y liquidación. La *disolución* es la situación jurídica que se produce cuando deja de subsistir la sociedad conyugal, la sociedad colectiva civil o la sociedad en comandita civil. Respecto de las comunidades existe siempre el derecho de pedir su término, salvo pacto expreso en contrario que es de duración temporal (no mayor de cinco años). Producida la disolución se produce entre todos (cónyuges o cónyuge sobreviviente y sus herederos, o los socios) una comunidad de bienes y esta comunidad debe ser precisamente *liquidada* por un árbitro llamado “partidor”. En otras palabras, la liquidación es posterior a la disolución.

Respecto del juicio particional se aplican las normas particulares que contempla el C.P.C. y las normas del C.C. (normas de partición de bienes).

Al hablar de sociedades colectivas civiles, se comprende también a las sociedades civiles de responsabilidad limitada, porque éstas se rigen subsidiariamente por las normas de la sociedad colectiva.

Además, la norma se refiere a sociedades colectivas o en comanditas, civiles, no haciendo referencia a las mercantiles porque cuando éstas se disuelven subsisten como personas jurídicas durante el período de su disolución y no se produce una comunidad entre los socios. Por ejemplo, se disolvió el Banco del Pacífico y se nombraron liquidadores, subsistiendo el banco, hasta que el último bien se enajenó y nunca hubo comunidad.

En el año 2004, la Ley de Matrimonio Civil introdujo una novedad en el sentido los interesados (cónyuges) pueden en el juicio de separación judicial, divorcio o nulidad, solicitarle al juez de familia que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, en su caso (artículo 227 inciso final).

## 2° *La partición de bienes.*

El término “partición de bienes”, históricamente ha sido usado para la partición de bienes hereditarios, en los cuales históricamente el árbitro se ha llamado “partidor o juez partidor”. Las normas de partición de bienes son las que se aplican para la liquidación de las comunidades, entendiéndose que sólo históricamente se distingue entre la partición de bienes y otras formas de liquidación de las comunidades.

## 3° *Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas.*

Tratándose de sociedades comerciales, como se señaló precedentemente, subsisten no obstante su terminación, y son objeto de liquidación por uno o varios liquidadores (artículo 404 Código de Comercio), quienes son mandatarios y como tales deben rendir cuenta de su liquidación.

El artículo se refiere también a los demás juicios sobre cuentas. Están exceptuadas de esta norma las cuestiones sobre cuentas fiscales, pues las resuelve la Contraloría. En consecuencia, la norma se refiere a cuestiones de cuentas de particulares.

Hay que señalar que son dos cosas perfectamente distintas el juicio sobre cuentas que el juicio para que se declare la obligación de rendir cuentas. Se produce el juicio sobre cuentas cuando ambas partes están de acuerdo en que debe rendirse una cuenta por la relación jurídica que ha habido entre ellos. Por ejemplo, un mandato. En cambio el otro juicio se produce cuando hay controversia sobre si existió o no entre las partes aquel vínculo jurídico que ponía a una respecto de la otra en la obligación de rendir cuentas. El juicio donde se declara la obligación de rendir cuenta es de arbitraje permitido, no forzoso, y si se deduce ante la justicia ordinaria el procedimiento aplicable es el sumario (artículo 680 C.P.C.).

Una parte de la doctrina sostenía que cuando surgen cuestiones de cuentas se plantean ante la justicia ordinaria, y que sólo cuando surgían objeciones en las cuentas se recurría a la justicia arbitral. Hoy día, sin embargo, con un criterio de continencia en el respectivo procedimiento, se ha estimado que es de competencia del árbitro, y en consecuencia, ante él se pide que se rinda la cuenta y, naturalmente, él conocerá de las objeciones.

## 4° *Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;*

Todas las cuestiones que se susciten entre socios de sociedades anónimas, sin diferenciar si se trata de una sociedad civil o mercantil, ya que todas se rigen por las normas de las sociedades mercantiles, son de arbitraje forzoso en lo que diga relación con su calidad de socio.

También son de arbitraje forzoso las diferencias entre socios de sociedades colectivas o en comandita mercantiles, y también las cuestiones que surjan entre los asociados de una cuenta en participación, lo que está regulado en el artículo 415 y ss. del Código de Comercio.

*La asociación o cuentas en participación* es una figura típicamente mercantil, pero que también, de acuerdo al principio de la libertad contractual, puede extrapolarse al mundo civil.

Así, si dos personas deciden realizar mancomunadamente una actividad mercantil, pero sólo una de ellas figura ante terceros, este es el “gestor” y el socio oculto es “partícipe”. Esto no es una sociedad sino una asociación o cuenta en participación. En el fondo es una simulación permitida.

**5° *Los demás que determinen las leyes.***

Efectivamente hay varias leyes especiales que señalan materias de arbitraje forzoso, como los seguros, donde las diferencias entre la compañía aseguradora y el asegurado deben ser resueltas por un árbitro.

Que un asunto sea de arbitraje forzoso sólo significa que si se requiere actividad jurisdiccional, ésta debe ser desempeñada por un árbitro, pero no es óbice que los interesados por sí mismos puedan resolver el conflicto (inciso 2° artículo 227).

### **3.2 Materias de arbitraje prohibido**

Se encuentran reguladas en los artículos 229 y 230 C.O.T., y para su interpretación hay que aplicar un criterio extensivo:

**1° *Las cuestiones sobre alimentos o el derecho de pedir la separación de bienes entre marido y mujer* (artículo 229).**

Son de arbitraje prohibido las cuestiones sobre alimentos, cualquiera que sea el alimentante y el alimentario, ya que se entiende que hay un interés social comprometido, y son de competencia exclusiva de los Tribunales de Familia.

También es de arbitraje prohibido el derecho de pedir la separación de bienes entre el marido y la mujer, igualmente por razones de orden público. No cabe el arbitraje respecto de la disolución conyugal pero sí respecto de la liquidación de ésta.

**2° *Tampoco podrán someterse a la decisión de árbitro las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado, y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial* (artículo 230).**

En relación a las causas criminales, hay que tener presente que esta limitación se refiere únicamente a la acción penal, porque la acción civil es posible que sea sometida a arbitraje.

En cuanto a las causas que se susciten entre los representantes legales y sus representados, se debe aclarar que se refiere únicamente a la representación otorgada por ley, ya que la representación por mandato o convención son materias de arbitraje forzoso.

Finalmente, en las causas en que debe ser oído el fiscal judicial debemos remitirnos a las normas que lo regulan, existiendo materias en que debe ser oído y otras en que puede ser oído. Los fiscales judiciales son auxiliares de la administración de justicia y son los fiscales de las Cortes de Apelaciones y el fiscal de la Corte Suprema.

De la numeración de estos dos artículos, se desprende que no pueden ser sometidas a arbitraje todas aquellas cuestiones en que esté envuelto el interés social, y por lo tanto, la enumeración debe ser interpretada latamente. En este sentido, tampoco pueden ser conocidas por árbitros aquellas cuestiones que son de conocimiento de tribunales especiales, por ejemplo, cuestiones laborales, precisamente porque existe interés social comprometido.

### **3.3 Materias de arbitraje permitido**

El resto de las materias que no está dentro del campo del arbitraje obligatorio o necesario o del campo del arbitraje prohibido, está dentro del campo del arbitraje permitido, que es el campo de la libre disponibilidad.

## **4. CAPACIDAD**

### **4.1 Capacidad para designar árbitro**

Para designar árbitro arbitrador, las partes deben ser mayores de edad y libre administradoras de sus bienes. O sea, deben tener plena capacidad. Tal designación, no puede ser realizada por los representantes de incapaces, puesto que es una decisión de enorme envergadura que significa la derogación del ordenamiento jurídico.

La designación de árbitros de derecho, puede ser realizada por los representantes legales de incapaces, porque no se requiere plena capacidad y mayoría de edad. Sin embargo, si al árbitro se le quiere dar el carácter de mixto, independientemente de si son incapaces o no, debe autorizarse expresamente por medio de una resolución judicial (artículo 224).

### **4.2 Capacidad para ser designado árbitro (artículo 225)**

Para ser designado árbitro de derecho y mixto, el nombramiento debe recaer necesariamente en un abogado. Para ser designado árbitro arbitrador basta con ser mayor de edad, tener la libre disposición de los bienes y ser alfabeto.

La norma señala que los abogados pueden ser árbitros aunque sean menores de edad. Esta disposición no tiene importancia ya que para ser abogado se requiere una edad mínima de 20 años (artículo 523 C.O.T.), y cuando fue dictado el C.O.T. la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años.

Tratándose del árbitro partidor de bienes (de la comunidad hereditaria o la comunidad en general), los artículos 1323, 1324 y 1325 C.C. permiten designar partidores que tengan causales de implicancia. Es decir, a personas vinculadas a los interesados en la partición por lazos de parentesco.

Finalmente, hay que señalar que el 317 C.O.T. dispone que los jueces que se encuentran insertos en la jerarquía judicial no pueden ser designados árbitros, salvo que tengan con alguna de las partes un vínculo que autorizara causal de implicancia. Por su parte el artículo 480 hace extensiva esta prohibición a los fiscales judiciales y a los notarios, aunque respecto de los fiscales existe la misma excepción del vínculo de parentesco.

## 5. PACTO DE COMPROMISO Y DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO

### 5.1 Pacto de compromiso

El pacto de compromiso y la designación de árbitro son dos instituciones diferentes aunque estrechamente vinculadas. El código comete el error de tratarlas en una sola disposición. Sin embargo, hay una parte de la doctrina que sostiene que es requisito esencial del pacto de compromiso la designación de árbitro.

*El pacto de compromiso es una convención en virtud de la cual dos o más personas deciden someter al conocimiento y solución, de ciertos y determinados asuntos litigiosos, a la decisión arbitral.*

Se puede destacar del pacto de compromiso lo siguiente:

a) Es una convención, es decir, un acuerdo de voluntades destinado a generar vínculos jurídicos recíprocos que ligan a los pactantes y que, eventualmente, ligan también al designado árbitro cuando éste acepta el cargo.

Esta convención produce esencialmente efectos de carácter procesal, porque sustrae del conocimiento de la justicia ordinaria ciertas y determinadas materias que las entrega a la justicia arbitral. También podrá crear consecuencias de carácter civil, ya que surgirá para las partes la obligación de solventar los honorarios del árbitro y demás intervinientes.

b) Requiere el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, produciéndose el consentimiento necesario. Es importante también subrayar que este pacto de compromiso deben designarse precisa y determinadamente las materias que se entregan a sede arbitral, ya que se sustraen de la justicia ordinaria.

c) Es un acto solemne, y su solemnidad es la escrituración lo que se desprende de los artículos 234 y 235 C.O.T., en donde pareciera que se refiere sólo a la designación de árbitro, pero también es aplicable al pacto de compromiso.

Es importante tener presente que no es necesaria la escritura pública, sino que sólo su escrituración.

El pacto de compromiso puede estar contenido materialmente en un instrumento autónomo, o sea que sea completo en cuanto a los elementos de la esencia. Pero también es posible, y es de muy frecuente ocurrencia, que este pacto de compromiso vaya inserto como una cláusula adicional en un contrato que hayan celebrado las partes, llamándose en este caso “**cláusula de compromiso**” o “**cláusula compromisoria**”.

Es importante esta distinción porque el contrato y la cláusula de compromiso tienen vida propia e independiente, y bien podría ocurrir que la cláusula de compromiso fuera válida, no obstante que el contrato que la contiene sea nulo. Así por ejemplo, si el contrato de compraventa de un bien raíz es anulable por lesión enorme, la cláusula de compromiso subsiste y el propio árbitro puede declarar la validez o nulidad del contrato, sin que esta declaración afecte su génesis.

También puede ocurrir que la causal de nulidad que se invoque, alcance no sólo al contrato sino que también a la cláusula, como por ejemplo la incapacidad absoluta, y en tal evento el árbitro no puede pronunciarse sobre la validez o nulidad porque ésta dice relación con su competencia.

Es conveniente que la cláusula de compromiso o en el pacto de compromiso, se estipule claramente que se podrá recurrir al árbitro cada vez que surgen dificultades entre las partes respecto de las materias que caen dentro de su órbita, y que el plazo de resolución esté estipulado para cada una de las dificultades. Si no es así, se entiende que se agota la posibilidad de arbitraje después de la primera decisión.

La cláusula de compromiso normalmente antecede a la posible dificultad, y de alguna manera toma resguardo de su surgimiento; en tanto que el pacto de compromiso puede celebrarse antes del conflicto o cuando éste ya ha surgido.

### 5.1.1 Elementos del pacto de compromiso

El pacto de compromiso tiene elementos de la esencia y de la naturaleza.

a) **Elementos de la esencia.** Son aquellos sin los cuales se entiende no celebrado el pacto. Estos elementos son:

- i) La individualización de las partes litigantes en el futuro y eventual juicio arbitral;
- ii) El asunto sometido al juicio arbitral. Esto es, la especificación de las materias que caerán dentro de la órbita del árbitro.

b) **Elementos de la naturaleza.** Son aquellos que las partes pueden omitir. En este caso se entiende lo que el legislador en subsidio señala. Son elementos de la naturaleza:

- i) Las facultades que se conceden al árbitro: arbitrador, de derecho o mixto. En silencio de las partes se entiende que el árbitro es de derecho;
- ii) El lugar donde debe llevarse a cabo el juicio arbitral. Si las partes no indican esta mención, se entiende que se llevará a cabo en el lugar donde se convino el pacto;

iii) El tiempo o plazo que se le otorga al árbitro para el desempeño de su cometido. Si las partes nada dicen, se entiende que debe dictar sentencia dentro de dos años contados desde su aceptación. El inciso 4° del artículo 235 dispone que si la sentencia se dictó dentro de plazo, podrá ser notificada válidamente a las partes aun después de los dos años o del plazo estipulado, y también el árbitro está facultado para dictar las providencias pertinentes en relación con los recursos procesales que se interpusiesen ante él. Esta misma disposición consagró una doctrina jurisprudencial, porque sólo había texto expreso respecto de la partición de bienes. Por su parte, el inciso 5° señala que los casos en que el plazo se suspende, por ejemplo, por la interposición de un recurso.

Todos los demás pactos son elementos accidentales, por ejemplo, la renuncia de recursos procesales.

## 5.2 Designación de árbitro

Es el acuerdo de las partes que individualizan a la persona que se desempeñará como tal, o subsidiariamente, la respectiva resolución judicial, en caso de desacuerdo.

La designación por la voluntad de las partes es también un acto solemne, y la solemnidad en primer lugar es la *escrituración*, y en segundo lugar es la *individualización* del árbitro por su nombre y apellido.

Los árbitros deben ser personas naturales, porque el C.O.T. exige que se le individualice por su nombre y apellido. No vale la designación de árbitro si sólo se indica su cargo.

En la designación del árbitro es perfectamente lícito que se designen árbitros sustitutos. Es decir, árbitros que deban desempeñarse a falta del primer árbitro designado o cuando éste no pueda cumplir su cometido. Cuando se produce sustitución de árbitros y el juicio arbitral ya se ha iniciado, el árbitro sustituto continúa el juicio donde lo dejó el primero. La sustitución no acarrea nulidad. Puede haber varios sustitutos, lo que es recomendable para los contratos de muy largo desarrollo.

Puede surgir la pregunta de si es posible que la cláusula arbitral o el pacto de compromiso señalen que el juez de letras, cuando designe el árbitro, haga el nombramiento en una persona que tenga tales o cuales características. Podemos responder negativamente a esta pregunta, porque la potestad del juez reside en él y las partes no lo pueden limitar en cuanto a su decisión.

La relación entre el pacto de compromiso o la cláusula de compromiso y la designación, radica en que normalmente el pacto de compromiso precede en el tiempo a la designación. O sea, la designación es posterior y consecuencial al pacto de compromiso. Sin embargo es de muy frecuente ocurrencia que el pacto de compromiso y la designación arbitral vayan en una misma oración, por ejemplo, en un contrato se dice que: *“cualquier dificultad de las partes será resuelta por un árbitro arbitrador, designándose en tal calidad a...”*. El pacto de compromiso y la designación están unidos, aunque conceptualmente son diferentes.

Se habla de cláusula de compromiso sin designación, si se decide que el asunto sea de competencia arbitral, pero se entrega a la justicia ordinaria la facultad de designarlo. Así por ejemplo, en las Sociedades Anónimas está permitido el pacto de compromiso, pero está prohibida la designación. También puede haber designación sin pacto de compromiso, lo que ocurrirá en los casos de arbitraje forzoso.

### 5.2.1 Mecanismo de designación del árbitro

El mecanismo de designación del árbitro tiene lugar cuando:

- a) Cuando hay pacto de compromiso sin designación;
- b) Cuando hay pacto de compromiso y designación, pero tanto el designado como sus sustitutos se han agotado;
- c) En los casos de arbitraje forzoso.

La designación del árbitro puede surgir espontáneamente entre las partes, en cuyo caso basta que suscriban el documento respectivo. Pero si no surge el acuerdo, la ley contempla todo un sistema en virtud del cual se recurre a la justicia ordinaria para la designación del árbitro (artículo 232 C.O.T. en relación con el artículo 414 C.P.C., el que se refiere al nombramiento de peritos). El trámite se lleva a cabo de la siguiente manera:

- i) Se presenta una solicitud dirigida al juez de letras para que cite a las partes a comparendo.
- ii) El juez cita a comparendo, resolución que se notifica personalmente a todos los interesados (artículo 40 C.P.C.)
- iii) El comparendo se celebra con las partes que asistan. Si asisten todas, el juez las insta a ponerse de acuerdo en un nombre, y si surge acuerdo unánime, éste será el designado. Si no existe acuerdo, el juez designa el árbitro con la limitación que no puede nombrar a ninguno de los dos primeros propuestos por cualquiera de las partes, limitación que sólo es explicable si todos han concurrido.

Se entiende también que no existe acuerdo cuando no concurren todos los interesados.

Por expreso mandato de la ley, cuando la justicia designa el árbitro, esta designación debe recaer en una sola persona, dado que prefiere los tribunales unipersonales a los pluripersonales.

### 5.2.2 Aceptación y juramento

De acuerdo a lo que señala el artículo 236, el árbitro debe aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible. Se ha entendido que ambas actuaciones, que se realizan conjuntamente, son requisitos de la esencia del arbitraje, de manera que su falta



importa falta de jurisdicción, y en consecuencia, incapacidad absoluta para desempeñarse como tal.

El juramento se ha homologado al juramento instalatorio que se exige a los funcionarios de la administración judicial antes de entrar a desempeñar su cometido.

La ley no ha señalado frente a quien debe hacerse el juramento, pero la práctica procesal ha hecho que se entienda suficiente expresarlo ante un Ministro de Fe y, en consecuencia, lo frecuente es que el propio receptor que notifica al árbitro de su nombramiento deje testimonio de su aceptación y juramento. Pero no hay inconveniente en que el árbitro otorgue escritura pública de su aceptación y juramento, compareciendo ante notario.

Habiendo mediado aceptación y juramento, surge para el árbitro la obligación de desempeñar sus funciones. Sin embargo, el artículo 240 C.O.T. señala causales por las cuales el árbitro puede excusarse de seguir cumpliendo el cargo:

- 1° Si las partes concurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros, lo que constituye una revocación tácita de la designación;
- 2° Si fuere maltratado o injuriado por las partes;
- 3° Por enfermedad que le impidiere seguir con sus funciones;
- 4° Si tuviera que ausentarse (por largo tiempo) del lugar donde se celebra el juicio.

## 6. PLURALIDAD DE ÁRBITROS Y EMPATE O DISPERSIÓN DE VOTOS

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 231, 233, 237 y 238 C.O.T.

El fenómeno del empate o dispersión de votos se produce frente a la pluralidad de árbitros, posibilidad que está expresamente contemplada en el artículo 231 C.O.T.

Habiendo pluralidad de árbitros, para la solución de posibles empates existe el mecanismo del “*tercero en discordia*”, que es un tercero que inicialmente no es árbitro, pero que se incorpora al tribunal en caso de no producirse mayoría para dictar sentencia. Este tercero puede ser designado por las partes, o bien pueden las partes facultar a los árbitros para que ellos mismo lo designen (artículo 233).

La regla general es que los árbitros deban concurrir todos a la dictación de todas las resoluciones, pero también es posible que las partes permitan que uno de ellos dicte resoluciones de tramitación, y dejen la concurrencia de todos ellos para la dictación de la sentencia definitiva.

Si no se produce acuerdo entre los árbitros se llama al tercero en discordia si lo hay, y con él se producirá la mayoría necesaria, conforme a las reglas de los acuerdos de las Cortes de Apelaciones (artículo 237). Si no resulta mayoría, ya porque no existe tercero en discordia, ya porque se produce dispersión de votos, hay que distinguir si la resolución de que se trata es o no apelable (artículo 238):

- i) Si la resolución no es apelable y el asunto es de arbitraje voluntario, quedará sin efecto el arbitraje;

ii) Si la resolución de que se trata no es apelable y es de arbitraje forzoso, debe procederse a la designación de nuevos árbitros;

iii) Si la resolución es apelable, se elevan los antecedentes al tribunal de alzada para que resuelva la cuestión que motivó el desacuerdo, conforme a derecho o a equidad según corresponda.

## **7. RECURSOS PROCESALES EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES ARBITRALES**

Para efectos de la procedencia de los recursos procesales, hay que distinguir si se trata de árbitros de derecho, árbitros arbitradores y árbitros mixtos.

### **7.1 Recursos en contra de las resoluciones dictadas por árbitros de derecho**

Tratándose de árbitros de derecho, los recursos procesales son idénticos a los que podrían intentarse si el asunto fuera conocido por un tribunal ordinario. También es posible desistirse de los recursos, esto es, hacer abandono del recurso una vez interpuesto o renunciarlos, lo que significa hacer dejación de la posibilidad de ejercerlos anteladamente.

Como regla general todo recurso es renunciable, pero en relación a la renuncia de un recurso en el juicio arbitral se ha resuelto por la jurisprudencia que aun cuando se diga expresamente que se renuncia a todo recurso, subsiste la posibilidad de deducir el *recurso de queja* y el *recurso de casación en la forma* por las causales de incompetencia del tribunal y ultra petita, por los siguientes argumentos:

i) Porque el recurso de queja está reservado para graves faltas o abusos, y en consecuencia, la grave falta o abuso importa culpa grave, que en derecho civil equivale al dolo, y el dolo futuro no es renunciable;

ii) Porque con la causal de incompetencia y ultra petita, en definitiva se ataca al árbitro por falta de jurisdicción, pues en lo que el árbitro no es competente no es órgano jurisdiccional.

Las reglas analizadas precedentemente son también aplicables a los árbitros mixtos.

### **7.2 Recursos en contra de las resoluciones dictadas por árbitros arbitradores**

Tratándose de árbitros arbitradores:

a) No procede nunca a su respecto el recurso de casación en el fondo.

b) Procede, por regla general, el recurso de casación en la forma por todas las causales, pero si se renuncia no se entienden comprendidas las causales de incompetencia y ultra petita, por lo mismos argumentos señalados precedentemente.

c) Procede el recurso de queja, que es irrenunciable.

Ambos recursos son resueltos por la Corte de Apelaciones respectiva. La resolución que dicta la Corte de Apelaciones conociendo del recurso de queja contra el árbitro arbitrador, es a su vez recurrible de queja ante la Corte Suprema, en virtud de una reiterada jurisprudencia.

d) Respecto de la apelación, como regla general se entiende que no procede, salvo que copulativamente se cumplan dos condiciones:

i) Que el recurso de apelación las partes se lo hayan expresamente reservado en el acto constitutivo del compromiso, y

ii) Que las partes hayan designado un tribunal arbitral de segunda instancia para que conozca de él (artículo 239).

En general, salvo las excepciones mencionadas, los recursos en contra de las resoluciones de los árbitros arbitradores son renunciables. Sin embargo, se ha producido una discusión en torno a que si la renuncia comprende también a los recursos de retracto que se intentan ante el propio árbitro para que modifique sus resoluciones. En general, con la debida reserva por no ser un punto pacífico, se ha aceptado que la renuncia de los recursos no comprende a los recursos de retracto.

## **8. TÉRMINO DEL ARBITRAJE**

Respecto de la terminación del arbitraje hay que distinguir entre terminación normal y extraordinaria.

### **8.1 Terminación normal**

Se produce con el cumplimiento del respectivo cometido. Es decir, con la dictación de la sentencia definitiva.

### **8.2 Terminación extraordinaria**

El C.O.T. contempla esta situación en los artículos 240, 241 y 242.

Cesa la obligación de desempeñar el cargo en los siguientes casos:

a) Si las partes ocurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del negocio;

- b) Si fueren maltratados o injuriados por alguna de las partes;
- c) Si contrajeran enfermedad que les impida seguir ejerciendo sus funciones, y
- d) Si por cualquiera causa tuvieren que ausentarse del lugar donde se sigue el juicio.
- e) Por revocación hecha por las partes de común acuerdo (artículo 241).

El artículo 242 establece que el compromiso no cesa por la muerte de uno o más de las partes, ya que continúa el juicio con sus herederos.

## 9. IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

Respecto de esta materia se aplican las reglas generales. Deben ser reclamadas ante el juez de letras de la comuna o agrupación de comunas del lugar donde se lleva o ha de llevarse el juicio.

El artículo 243 contiene una regla especial en el sentido que los árbitros designados por las partes no pueden ser inhabilitados, sino por causales de implicancia o recusación sobrevinientes o que se ignoraban al momento del compromiso. Sin embargo, esta norma entra en flagrante contradicción con todo el sistema de las implicancias, que importan un grave compromiso del juez con una de las partes o con el conflicto, la que son irrenunciables y deben ser declaradas de oficio, por lo que estimamos que hay una colisión de disposiciones que dificulta su interpretación. En consecuencia, esta norma sólo debería referirse a las causales de recusación.

## CAPÍTULO VI TEORÍA DEL PROCESO

### 1. INTRODUCCIÓN

El proceso arranca de la locución latina *procedere*, y ésta ha sido recogida en el idioma castellano con el verbo *proceder*. El proceso es esencialmente un avanzar en un orden consecutivo.

El proceso es un medio, no un fin en sí mismo, en consecuencia, tiene una característica esencialmente funcional y teleológica, va caminando hacia la resolución del conflicto, cumpliéndose diversas etapas para llegar a la sentencia definitiva firme.

## 1.1 Naturaleza jurídica del proceso

Hay diversas teorías que han tratado de determinar la naturaleza jurídica del proceso, dentro de las cuales encontramos doctrinas históricas y doctrinas modernas.

## 1.2 Doctrinas Históricas

**a) Contractualista.** Hubo una época en la historia del pensamiento (siglo XVIII) que pretendió explicar el fenómeno social a través de una voluntad de compromiso, siguiendo a Rousseau. El Derecho Procesal no escapó a esta línea de pensamiento y así surge la *doctrina contractualista*, donde se mira al proceso como un verdadero contrato.

Las objeciones a esta teoría son evidentes:

i) Si el proceso fuera un contrato, es de la esencia que ligue sólo a las personas contratantes. Entonces ¿cómo se explica que afecte a terceros y establezca relaciones con el órgano jurisdiccional?.

ii) En el contrato es indispensable el concurso de voluntades formador del consentimiento. Sin embargo el proceso, para su nacimiento no necesita el consentimiento de todas las partes.

iii) En los contratos surgen obligaciones para las partes, en tanto que, en el proceso si bien es cierto que surgen también obligaciones, lo que está más presente son las *cargas procesales* que son requerimientos de conducta establecidos en beneficio del propio cargado, donde su el incumplimiento importa sólo perjuicios para él.

**b) Cuasicontractualista.** Abandonada la anterior doctrina, surge casi por descarte esta postura. Los civilistas y canonistas de la época se plantean que el proceso si no es un contrato sería un cuasicontrato, es decir, *un acto voluntario no convencional de las partes generador de derechos y obligaciones*. Esta doctrina invoca ciertos antecedentes romanos que la elevan de alcurnia, y se dijo que la *litis contestatio* romana era en el fondo un cuasicontrato.

Sin embargo esta doctrina es susceptible de algunas críticas:

i) No explica la existencia de cargas procesales, además de las posibles obligaciones;

ii) Tampoco explica porqué terceros pueden verse involucrados;

iii) No se refiere a la naturaleza del proceso penal.

En nuestro país, dado el relativo retraso que sufrieron los estudios procesales, se pueden encontrar sentencias de la Corte Suprema de la década de los años cincuenta donde se habla del cuasicontrato de la *litis contestatio*, cuando en el resto del mundo había pasado un siglo desde que esa teoría fue desechada.

### 1.3 Doctrinas Modernas

Las doctrinas modernas hablan de una relación jurídica procesal, una situación jurídica procesal y una institución.

#### a) Relación Jurídica Procesal

Aquí deben tomarse las enseñanzas de los procesalistas alemanes de mediados del siglo XIX, que son los inspiradores de los procesalistas italianos de comienzo y mediados del siglo XX.

Oskar Von Büllow plantea por primera vez que el proceso es una **relación jurídica procesal autónoma**, siendo esta última característica lo importante, porque es autónoma de la relación jurídica sustancial envuelta en el respectivo conflicto. O sea, el conflicto es normalmente una situación jurídica determinada y el proceso, que tiene como sustrato necesario el conflicto, es una relación jurídica distinta. Dicho de otra manera, el conflicto envuelve siempre una situación jurídica. El conflicto puede desencadenar una segunda situación jurídica, que es la relación jurídica procesal.

En relación a esta doctrina se pueden realizar las siguientes observaciones:

i) No obstante tratarse de una relación jurídica procesal autónoma, la naturaleza del conflicto puede determinar características de esta relación procesal. Así, por ejemplo, si el conflicto es de carácter penal, la relación jurídica autónoma se traducirá en un proceso penal; si el conflicto es de carácter laboral, esta esencia laboral determinará que la relación jurídica procesal autónoma sea un juicio laboral, con sus características propias; si el conflicto es el no pago de obligaciones tributarias, esta relación determinará un proceso tributario;

ii) en cuanto a su naturaleza, la relación jurídica procesal autónoma es siempre compleja y dinámica;

iii) la relación jurídica procesal establece vínculos entre todos los sujetos intervinientes (partes, tribunal, terceros que se vinculan al proceso). Dentro de estos vínculos existen algunos que son de orden privado y caen dentro de la libre disponibilidad de las partes; otros importan una vinculación entre el ciudadano y los órganos del Estado, representados por la magistratura y que, por lo tanto, son de orden público.

Esta doctrina es hoy unánimemente aceptada por los tratadistas y los tribunales, que admiten la existencia de este universo autónomo, complejo, dinámico que crea vínculos de derecho privado y de derecho público.

Dentro de esta visión del proceso como relación jurídica, hay sin embargo tres subescuelas:

i) la primera de ellas dice que existe una relación sólo entre las partes, encontrándose el órgano jurisdiccional sobre ellas en una situación de orden público, pero sin relacionarse con aquéllas;

ii) la segunda escuela plantea que no hay relación directa entre las partes, sino que éstas se vinculan directamente con el órgano jurisdiccional y a través de éste con la parte contraria;

iii) la tercera, a su vez habla de vinculaciones entre las partes y de cada una de ellas con el respectivo órgano jurisdiccional.

El mundo procesal hoy se inclina por la tercera escuela, o sea, por esta relación triangular.

## b) Situación Jurídica

Dentro de la doctrina moderna encontramos también a la **Doctrina de la Situación Jurídica** (Roberto Goldshmidt). Este jurista planteó una doctrina general que se llamó **“Doctrina del Derecho Justicial Material”** y señaló que el derecho en sí mismo no tiene existencia sino a través de las decisiones judiciales. Dicho de otra manera, el derecho está constituido por las decisiones judiciales y no por las normativas abstractas. En consecuencia, el derecho nace de una lucha ante los tribunales que va creando situaciones procesales en evolución, que son las que explican en su esencia la naturaleza del proceso; situaciones procesales compuestas por:

i) Expectativas procesales: son las posibilidades que van, en el desarrollo del tiempo, midiendo las partes en función de la meta, que es el derecho justicial material que resuelva el conflicto;

ii) Cargas procesales: contenido esencialmente adscrito a esta disciplina, que se vinculan con la concepción romanística del *onus probandi*.

Sin embargo esta doctrina lleva las cosas a un extremo que es incompatible con la visión sistemática del derecho, pero su virtud es que incorpora dos términos esenciales: *expectativas* y *cargas*.

La palabra *carga* se vincula a un planteamiento romano republicano, esto es, del *“principio del onus probandi”* que en el fondo se pregunta quién debe probar, o bien, quién debe sufrir las consecuencias por su no cumplimiento. En esta perspectiva, la carga procesal *“es un requerimiento de conducta respecto de la realización de un acto determinado dentro del proceso, cuya no realización acarrea sólo perjuicios a quien no lo realizó”*. De esta definición podemos destacar que:

\* Es un requerimiento de conducta, es decir, es un quehacer de la parte que debe observar una determinada conducta;

\* El incumplimiento de este requerimiento sólo acarrea consecuencias dañosas para el que incumplió, no para la parte contraria.

En el proceso además de cargas procesales, pueden existir *obligaciones procesales*, que son *requerimientos de conducta establecidos en beneficio de la parte contraria, de un tercero o del Estado*. Como por ejemplo pagar las costas de la causa o satisfacer multas.

Tanto la carga procesal como la obligación procesal son requerimientos de conducta consistentes en un deber de hacer o un deber de abstenerse. Sin embargo, presentan dos diferencias: mientras la carga es un requerimiento facultativo y, por tanto, nunca forzado, la obligación es de ejecución necesaria; la segunda diferencia consiste en que en la carga las consecuencias de su incumplimiento o cumplimiento miran al beneficio de la parte, en tanto que en el caso de la obligación el beneficio es para la parte contraria, un tercero o el Estado. Se debe señalar además que la obligación puede abarcar a terceros que accidentalmente se vinculan al proceso, como es el caso del testigo, quien debe acudir a declarar, o del juez, que debe dictar sentencia.

### c) **Institución**

La tercera doctrina moderna es la doctrina del Proceso como *Institución*. Desde esta perspectiva la institución es un fenómeno de regulación de una realidad jurídica compleja, y en tal caso es cierto que el proceso es una institución, en la medida que se regula un fenómeno, pero se extraña el carácter dinámico del proceso, que lo hace crecer e ir ramificándose.

## 2. **CONCEPTO DE PROCESO**

Luego de analizar las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso, se puede reafirmar que proceso: *"es un medio idóneo par dirimir imparcialmente, por acto de juicio de autoridad, un conflicto de relevancia jurídica mediante una resolución que, eventualmente, puede adquirir la fuerza de la cosa juzgada"*.

A veces se producen ciertas confusiones con otros términos, por lo que es necesario hacer precisiones.

a) **Proceso y litigio.** Desde un punto de vista doctrinario, el litigio es el conflicto, ergo anterior al proceso, es más, es perfectamente posible que el litigio no llegue a convertirse en proceso.

b) **Proceso y juicio.** El término juicio es muy usado en la tradición latina y particularmente en la tradición hispana. Doctrinariamente el proceso se desarrolla en algunos de los varios posibles juicios o procedimientos que el legislador contempla.

c) **Proceso y procedimiento.** Es una relación, nuevamente, de género y especie. En tal sentido el procedimiento pasa a ser sinónimo de juicio, porque el procedimiento es un conjunto de ritualidades y formas que miradas en su totalidad terminan en el respectivo proceso.



d) **Proceso y expediente.** Expediente es la materialidad del respectivo procedimiento. Es un conjunto de testimonios escriturados consecucionalmente.

e) **Proceso y pleito.** Esta relación es muy similar a la que señala Carnelutti entre proceso y litigio, porque el pleito es el sustrato del proceso, lo provoca pero no necesariamente, ya que las partes pueden conformarse con los pleitos o buscar otras alternativas.

## 2.1 Elementos del proceso

En el proceso se pueden distinguir dos clases de elementos:

a) Elementos objetivo, el que subyace en todo proceso y es el conflicto, es decir, el enfrentamiento de intereses contrapuestos.

b) Elemento subjetivo. Son los sujetos envueltos en el respectivo proceso, las **partes** o **terceros** que se convierten en partes (sin perjuicio de que hay terceros que se vinculan sin convertirse en parte) y el **órgano jurisdiccional** y sus **auxiliares**.

## 2.2 Las partes

### 2.2.1 Demandante

*Es quien hace valer la acción procesal para satisfacer una determinada pretensión.*

Para que un sujeto pueda ser estimado como demandante debe tener un interés envuelto en el conflicto, y este interés es normalmente de carácter pecuniario, pero no sólo estos intereses legitiman la vinculación entre demandante y conflicto. Así por ejemplo, si alguien se opone a HidroAysén por significar una agresión al medio ambiente, puede no tener un interés pecuniario.

Lo importante es que la vinculación demandante-conflicto es lo que da la legitimidad a su actuar, en consecuencia, quien carece de interés carece de legitimidad para actuar y puede no ser escuchado.

En ciertas y determinadas oportunidades sólo puede ser demandante quien tiene interés. Por ejemplo en un juicio de nulidad de matrimonio sólo tienen interés los cónyuges y no terceros. Lo mismo ocurre con la nulidad relativa que la puede impetrar sólo aquel en cuyo beneficio la ley lo ha establecido, sus herederos o cesionarios.

## 2.2.2 Demandado

*Es el sujeto pasivo de la pretensión.* También es esencial su interés. Si una persona no tiene interés, dirá que el conflicto le es inoponible y no entrará ni tomará parte en la relación procesal.

## 2.3 Subrogación procesal

La *subrogación* es el instituto de carácter jurídico sustancial, en virtud del cual una persona ocupa jurídicamente el lugar de otra, con los mismos derechos y obligaciones. La subrogación también puede ser de objetos o bienes. Por ejemplo, el pago con subrogación o la subrogación en el contrato de seguro donde la cantidad indemnizada pasa a subrogar al bien.

El fenómeno de la subrogación tiene también cabida dentro del proceso y de sus partes. La subrogación procesal *es el reemplazo de una de las partes por otra persona que hasta antes de la subrogación no formaba parte de la respectiva relación procesal.* O sea, es la sustitución de una parte por otra.

Nuestra legislación contempla los siguientes casos de subrogación procesal:

a) Artículo 1677 C.C. Cuando se debe una especie o cuerpo cierto, y ésta perece en manos del deudor sin su culpa, la obligación se extingue. Pero puede ocurrir que la cosa se haya perdido por hecho o culpa de terceros, y quien tenía la cosa en su poder tiene acción indemnizatoria contra el tercero. Si ya se inició el juicio, el acreedor puede exigir que el deudor le ceda sus acciones y en virtud de esto se convierte en demandante. Para que efectivamente se produzca subrogación procesal tiene que haberse iniciado el juicio, pues si no es simplemente cesión de un derecho y no subrogación.

b) Artículo 1608 y ss. CC. El pago con subrogación se produce cuando un tercero paga una obligación ajena, subrogándose en los derechos del acreedor. La subrogación procesal se va a producir sólo si el acreedor ya había iniciado juicio contra el deudor.

c) Citación de Evicción (artículos 1843 CC y 584 y ss. C.P.C.). Si el vendedor comparece al juicio subroga al comprador.

d) Artículo 1911 y ss. C.C. Cesión de derechos litigiosos. Es una subrogación procesal de carácter convencional en virtud de la cual una parte adquiere de otra sus expectativas en un determinado juicio. La cesión de derechos litigiosos es necesariamente una subrogación procesal, porque como lo señala el artículo 1911 se entiende litigioso un derecho desde la notificación de la demanda. Por lo tanto, su enajenación importa subrogación. El legislador mira con malos ojos la cesión de derechos litigiosos, y se ha creado el llamado "*derecho de rescate*" que es la posibilidad del demandado para que frente a la cesión vaya ante el nuevo demandante y le pague lo mismo que él pagó por esos derechos.

## 2.4 Pluralidad de partes

Se pueden dar tres situaciones diferentes: varios demandantes y un demandado; un demandante y varios demandados; varios demandantes y varios demandados.

### 2.4.1 Litis consorcio activa o varios demandantes (artículo 18 C.P.C.).

El legislador para aceptar a varios demandantes requiere:

- a) que varias personas deduzcan la misma acción;
- b) que varias personas deduzcan distintas acciones, pero que emanen de un mismo hecho, directa e inmediatamente;
- c) que la ley autorice proceder por muchos.

a) **Varios ejercitan la misma acción.** En realidad, aquí estamos hablando más bien de pretensión procesal y no de acción. Desde el punto de vista del código, la acción está compuesta por tres elementos:

- Persona accionante: es quien hace valer la pretensión (demandante o reconviniente).
- Cosa pedida: beneficio jurídico que se reclama.
- Causa de pedir: antecedente jurídico inmediato para reclamar el respectivo beneficio.

Lo que da fisonomía a la acción es la cosa pedida y la causa de pedir. Así la *litis consorcio* activa es permitida cuando todos reclaman para sí el mismo beneficio jurídico, y además todos ellos invocan el mismo antecedente jurídico inmediato. Por ejemplo, cuatro herederos fueron preteridos por uno que se presentó como único heredero y que obtuvo la posesión efectiva. Los cuatro herederos tienen la acción de petición de herencia ya que reclaman que se reconozca su calidad de herederos. Así los cuatro pueden ser demandantes conjuntos porque tienen la misma acción.

b) **Varios ejercitan acciones diferentes pero que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho.** Por ejemplo en un incendio por negligencia del arrendatario, el propietario tiene acción indemnizatoria por responsabilidad contractual. Si vivía otro arrendatario en la misma casa, éste tiene acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

La ley exige que las acciones emanen *directa e inmediatamente* de un mismo hecho.

c) **Muchos actúan en virtud de una autorización de la ley.** Por ejemplo, en la acción de petición de quiebra donde los distintos acreedores tienen cada uno sus acciones, pero pueden actuar mancomunadamente, porque la ley permite actuar por muchos en la medida que el juicio de quiebras es de carácter universal.

Cuando hay *litis consorcio* activa, hay que tener presente la institución del *procurador común*, que es el mandatario que todos los demandantes deben designar para estar

representados en juicio por una sola voz (artículo 19 C.P.C.). Sin embargo, se puede separar la procuraduría cuando aparece incompatibilidad de intereses entre los que litigan o litigaban conjuntamente.

Finalmente hay que señalar que la *litis consorcio* activa puede ser inicial o sobreviniente. Es inicial, la que se ha estudiado, es decir, aquella que surge desde el comienzo del juicio.

También la *litis consorcio* puede ser sobreviniente, situación que se encuentra regulada en el artículo 21 C.P.C. Se produce cuando la acción entablada por una persona, ya sea contra uno o más demandados, podría corresponder también a otras personas "determinadas". Entonces el o los demandados pueden pedir que se ponga la demanda en conocimiento de aquellas otras personas, las que dentro del término del emplazamiento pueden asumir diversas conductas:

- Adherirse a la demanda, entonces se produce *litis consorcio* activa y deben comparecer mediante procurador común;
- Expresar su voluntad de no adherirse a la demanda, caso en el cual caducan definitivamente sus derechos;
- No decir nada, en cuyo evento les afectan los resultados del juicio tal como si hubieran sido partes. En todo caso, pueden en cualquier momento comparecer aceptando todo lo obrado, y en tal evento se produce *litis consorcio* activa sobreviniente y requieren de procurador común.

#### **2.4.2 Litis consorcio pasiva o varios demandados (artículo 18 C.P.C.).**

La casuística es la misma que la ya analizada.

- i) Puede haber dos más demandados cuando la acción se dirige en los mismos términos en contra de dos o más personas. Es decir, contra ellas se pretende igual cosa y se invoca la misma causa de pedir. Por ejemplo, si dos o más personas son codeudores solidarios, el acreedor puede demandar a todos por tener la misma cosa y causa de pedir.
- ii) Se puede demandar también a dos o más personas cuando la acción que se entabla emana directa e inmediatamente de un mismo hecho.
- iii) La ley permite proceder contra muchos.

Tratándose de *litis consorcio* pasiva, el legislador también exige procurador común. Específicamente cuando las excepciones o defensas son idénticas. También existe la contraexcepción en la que se puede separar la procuraduría cuando son distintas las defensas y aparezca que haya incompatibilidad de intereses (artículos 19 inciso 2° y 20).

## 2.5 Los terceros

Estimamos que se debe distinguir entre *partes principales* y *partes secundarias o terceros relativos*. La diferencia entre partes principales y secundarias es que las *principales* son aquellas sin cuya presencia no habría relación procesal. En cambio, las *secundarias* son aquellas que llegan a una relación procesal preexistente, y si son aceptadas les afectan en plenitud los resultados del juicio.

También en el juicio se encuentran los *terceros absolutos*, que no tienen ninguna vinculación con la relación procesal y el juicio es para ellos "cosa juzgada entre otros". Estos terceros absolutos pueden accidentalmente verse vinculados al proceso. Por ejemplo, los testigos, peritos o auxiliares de la administración de justicia, pero siguen siendo terceros absolutos.

Otros autores clasifican a los terceros en terceros interesados y terceros intervinientes. Los primeros serían los que llamamos terceros relativos, y los terceros intervinientes, los terceros absolutos.

Los terceros relativos o partes secundarias se dividen en:

a) *Terceros coadyuvantes* (artículo 23 incisos 1° y 2° C.P.C.). Son aquellos que tienen interés en los resultados del juicio, interés que es armónico o congruente con el del demandante o del demandado. Por ejemplo, el comprador que sigue en el juicio como tercero coadyuvante del vendedor (citación de evicción).

El tercero coadyuvante debe comparecer con procurador común, pero puede también, en la medida que no esté de acuerdo con la procuraduría común, realizar alegaciones y probanzas individuales, pero sin entorpecer la marcha del juicio.

Al tercero coadyuvante se le exige interés *actual* para poder intervenir como tal, en el entendido de que actual, jurídicamente es antónimo de mera expectativa.

b) *Terceros excluyentes* (artículo 22 C.P.C.). También tienen un interés envuelto, pero este interés es incompatible o contrario al del demandante, al del demandado o de ambos. Este tercero excluyente debe aceptar todo lo obrado en el juicio y no debe actuar con procurador común. Son ejemplos de estos terceros, el tercerista de dominio y el de posesión en el juicio ejecutivo.

c) *Terceros Independientes* (artículo 23 inciso 3°). Son aquellos que sustentan un interés propio que no necesariamente es incompatible con el interés del demandante o del demandado, pero por economía procesal se acepta su intervención. Por ejemplo, el tercerista del pago. El inciso final del artículo 23 señala que no está obligado a comparecer con procurador común y también debe aceptar todo lo ya obrado.

El artículo 24 consagra el principio en virtud del cual a estos terceros los afectan los resultados del juicio tal como si fueran partes principales: "*Las resoluciones que se dicten en los*

*casos de los dos artículos anteriores producirán respecto de las personas a quienes dichos artículos se refieren los mismos efectos que respecto de las partes principales”.*

## 2.6 El órgano jurisdiccional

En función de los momentos jurisdiccionales son diferentes las funciones que cumple el órgano jurisdiccional, y éstas son:

- a) función receptora;
- b) función inspectiva;
- c) función de proveimiento;
- d) función de juzgamiento;
- e) función de cumplimiento;
- f) función de comunicación.

Las funciones esenciales del órgano jurisdiccional guardan estrecha relación con los momentos jurisdiccionales, y se ha dicho que mirado el quehacer del órgano, le corresponde un *papel receptor* en el sentido de que ante él se hacen las peticiones y se rinde la prueba (recibe los antecedentes y los acumula en los autos o expediente).

Además, le corresponde una *función inspectiva o fiscalizadora* respecto de la admisibilidad de las pretensiones y pruebas de las partes. El juicio de admisibilidad es un juicio de gran importancia y consiste en un análisis de carácter preliminar al fondo del asunto mismo. Así por ejemplo, si se presenta un recurso de apelación el tribunal debe juzgar la admisibilidad de éste, y verá si la resolución admite este recurso, si se ha interpuesto en tiempo y forma, y luego analizará el fondo del recurso.

La *función de proveimiento* significa ir proveyendo, ir despachando las diferentes presentaciones y solicitudes que se vayan deduciendo en el tiempo. Su expresión típica es la "providencia", que no se pronuncia sobre ninguna cuestión de fondo, sino que su objetivo es dar curso progresivo al juicio para que se cumpla con el impulso procesal.

En relación con la *función de juzgamiento* -la más importante de todas-, hay que distinguir el juzgamiento respecto de cuestiones accesorias, que se traduce en resolver los incidentes mediante autos e interlocutorias, o la resolución del respectivo conflicto, reconociendo o aceptando la pretensión de uno o la contrapretensión del otro, lo que se traduce en la sentencia definitiva.

Eventualmente tendrá la *función de cumplimiento* en la medida que la resolución necesite ser cumplida y sólo necesitan cumplimiento las sentencias de condena que no han sido cumplidas voluntariamente por la parte.

Por último, hay que agregar que en las diferentes etapas se producen los *actos de comunicación*, en virtud de los cuales se hace saber a las partes o a terceros las actuaciones judiciales. Dentro de los actos de comunicación se encuentran las *notificaciones*.

### 3. PRINCIPIOS FORMATIVOS DE LOS PROCEDIMIENTOS

Se los ha denominado también, impropriamente, como "principios formativos del proceso" no refiriéndose al proceso todo, abstracto, sino a un específico y determinado procedimiento.

Los procedimientos son clasificables en función también de los principios formativos. De esta suerte, cualquier procedimiento permitirá clasificarlo aplicando los respectivos principios formativos.

La doctrina de los principios formativos es uno de los pocos aportes que debemos en nuestra disciplina un jurista norteamericano, Robert Wyness Miller. *Los principios formativos son características o peculiaridades de ciertos tipos de procedimientos que permiten su agrupamiento y clasificación.*

Es importante destacar que los principios formativos no se dan prácticamente nunca puros, sino que hay un predominio de uno por sobre otro. En general, se plantean en parejas. Sin embargo, hay ciertas categorías donde hay tres o más términos que se combinan.

#### 3.1 Principio de la bilateralidad y unilateralidad de la audiencia

Al principio de la bilateralidad de la audiencia se le ha llamado también "*principio de la igualdad procesal*", en el sentido que todas las partes deben tener la oportunidad de ser escuchados en el respectivo procedimiento.

El principio de la bilateralidad no implica que ambas partes tengan aritméticamente iguales oportunidades. Es posible que, dada la naturaleza del procedimiento, las posibilidades de una parte sean más estrechas que las de la otra. Así por ejemplo, en el juicio ejecutivo el deudor tiene restringidas posibilidades de defensa porque se parte de una presunción en su contra derivada del título ejecutivo. También, existen procedimientos o instituciones donde rige el principio de la unilateralidad de la audiencia. Por ejemplo, los procedimientos tributarios o las medidas prejudiciales precautorias en particular y las medidas prejudiciales en general, que son concedidas o denegadas por el tribunal sin escuchar a la contraparte.

No obstante lo anterior, el bilateralidad de la audiencia es un de los elementos cardinales del debido proceso.

Este principio no sólo se da en función de que las partes sean oídas, sino también en que tengan similares oportunidades de probanzas.

#### 3.2 Principio dispositivo e inquisitivo

Para abordar estos principios es necesario preguntarse quién es el dueño del respectivo procedimiento, en otras palabras, quién está cargado con el impulso procesal. La respuesta es simple: si las partes están cargadas, el principio es el dispositivo; por el contrario, si es el juez, entonces el principio es el inquisitivo.

Para un mejor entendimiento de estos principios es menester hacer un paralelo entre ambos:

a) Respecto de su iniciativa, en el procedimiento dispositivo ésta radica sólo y exclusivamente en las partes. Aquí rige el aforismo "*nemo iure sine actore*" (no hay juez sin demandante). En cambio, en el procedimiento inquisitivo el nacimiento o iniciativa radica exclusivamente en el órgano jurisdiccional.

b) En cuanto a la prueba, en el procedimiento dispositivo las invocaciones fácticas, la iniciativa probatoria y el límite de lo que debe probarse (campo fáctico de la respectiva discusión), lo determinan exclusivamente las partes.

También en el campo de los hechos es relevante determinar si estamos frente a un proceso donde prima el principio dispositivo o el inquisitivo, porque los planteamientos de hecho que fijan las pretensiones de las partes no pueden ser sobrepasados por el tribunal, quien de hacerlo caerá en *ultra petita*. Con todo, es claro que las partes puede limitar sus pretensiones, pero no limitar al juez en cuanto a la aplicación del derecho, ya que dentro del ámbito de la respectiva pretensión el juez es libre para aplicar el derecho que a su parecer corresponde, no quedando ligado por las invocaciones de las partes.

En el procedimiento donde está presente el principio dispositivo es perfectamente posible que surjan acuerdos, expresos o tácitos, entre las partes que digan relación con los hechos de la causa -convenciones probatorias-.

Cuando rige el procedimiento dispositivo, adquiere una enorme importancia el principio del *onus probandi*. En cambio, en los que rige el principio inquisitivo tiene muy poca importancia dicho principio, porque en el primer caso el juez debe resolver no teniendo claridad respecto de los hechos dado que las probanzas no fueron suficientes y por tanto rechazará la pretensión de quien estaba cargado con la prueba. En cambio, en los procedimientos donde rige el principio inquisitivo el juez va tras los hechos y, en consecuencia, gracias a su actividad llegará al esclarecimiento de la verdad.

c) En relación con el impulso procesal, en el procedimiento donde rige el principio inquisitivo, el impulso recae fundamentalmente en el tribunal. En cambio, en el caso contrario el impulso recae fundamentalmente en las partes.

d) En cuanto a la iniciativa de modificación, reforma o intento de recurso procesal, solamente las partes pueden tener esta iniciativa, si se trata de procedimientos donde está presente el principio dispositivo. Pero, en la situación contraria, los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía puede oficiosamente modificar, reformar o anular una decisión judicial.

El que predomine el principio dispositivo o el inquisitivo, guarda estrecha relación con la naturaleza del respectivo conflicto, porque en la medida en que este envuelve gran interés social, se hará más patente el principio inquisitivo. Por el contrario, el principio dispositivo predominará si se trata de un conflicto que cae dentro del campo de la libre disposición. Es por eso que en los procedimientos civiles hay claramente un predominio del principio dispositivo,



en tanto que en los procedimientos penales, donde existe gran interés social, rige principalmente el principio inquisitivo, hoy entregado a un ente distinto de los tribunales: el Ministerio Público.

### **3.3 Oralidad, escrituración y protocolización**

En este caso juegan tres principios que giran en el mismo ámbito. La oralidad tiene lugar cuando el procedimiento se desarrolla en su integridad de manera oral. La escrituración, cuando el procedimiento se desarrolla y se deja testimonio de él por escrito. Y la protocolización, cuando el procedimiento se desarrolla oralmente, pero se deja testimonio escrito, íntegro o resumido, de las respectivas actuaciones procesales.

### **3.4 Concentración y desconcentración**

El principio de la concentración significa que el procedimiento respectivo es especialmente simplificado y, en consecuencia, comparado con la estructura matriz del juicio ordinario de mayor cuantía, son varios los trámites que se eliminan y plazos que se acortan.

El principio de la desconcentración indica exactamente lo contrario, esto es, procedimientos de lato desarrollo.

### **3.5 Inmediación y mediación**

El criterio de clasificación en este caso, es la mayor o menor cercanía entre el órgano jurisdiccional y las partes en conflicto. Así, si hay un directo contacto, hay una relación inmediata entre las partes y el tribunal -procedimientos de primera instancia en materia de familia-, rige el principio de la inmediación. En cambio, si están separados por funcionarios o agentes, rige el principio de la mediación, como es el caso de los tribunales de alzada.

Los principios de oralidad, escrituración y protocolización, concentración y desconcentración, inmediación y mediación, van muchas veces de la mano, íntimamente relacionados. Así un procedimiento oral normalmente será concentrado e inmediato, y un procedimiento escriturado será desconcentrado y mediato.

### **3.6 Publicidad y secreto**

Se ha dicho que el régimen político imperante es preponderante en cuanto al dominio de uno a otro principio. Hoy claramente el principio orientador es el principio de la publicidad, que significa el acceso de las partes, abogados y terceros a las distintas actuaciones procesales.

En nuestro medio la regla muy general es la publicidad de los actos procesales, pero también existen ejemplos de secreto, por ejemplo, algunos procedimientos de familia, o el secreto en la investigación que realiza el Ministerio Público por un determinado plazo.

En este tema hay que tener particular cuidado, porque la publicidad permite una mayor transparencia, pero también un juicio social respecto del desarrollo del procedimiento, lo que puede traer algunas consecuencias negativas, como el que se produzcan juicios adelantados o precipitados.

### 3.7 Consecutivo legal y consecutivo discrecional

Para entender ambos términos insistamos en la dinámica del proceso, que es un ente en marcha que va pasando por diferentes etapas.

El consecutivo legal tiene lugar cuando cada una de las etapas, incluso la organización interna de las distintas fases, está regulada por la ley. En cambio, el consecutivo discrecional tiene cabida cuando es el propio órgano jurisdiccional el que regula cuáles son los estadios o etapas del procedimiento.

En nuestro ordenamiento la regla general es el consecutivo legal.

Se habla también de consecutivo convencional cuando son las partes las que fijan las etapas del respectivo procedimiento, lo que ocurre con los juicios tramitados ante árbitros mixtos o arbitradores.

### 3.8 Prueba legal, libre convicción y sana crítica

Los hechos constitutivos del conflicto ocurren normalmente antes y fuera del proceso. En consecuencia, éstos deben ser revelados dentro de él. Este complejísimo fenómeno probatorio de revelar los hechos tiene diferentes fases: cuáles son los medios de pruebas, cuáles son admisibles, cuál es la forma de producir la prueba, quién está cargado con el peso de la prueba, cómo se valoran las pruebas. Estas preguntas son contestadas por tres vertientes.

El sistema de **prueba legal** significa que en el respectivo procedimiento se valoran los medios de prueba de acuerdo a un criterio preestablecido del legislador, de manera que es éste el que le indica al juez si frente a ciertos y determinados medios, puede dar o no por probado el hecho.

El sistema de **libre convicción** significa que el legislador no da criterios de valorización, sino que le entrega al órgano jurisdiccional y a su discrecionalidad, determinar con absoluta libertad cuál es el valor de los medios de prueba.

El sistema de **sana crítica** le da un alto grado de libertad al juzgador, pero advirtiéndole que queda sometido a las normas de la lógica, la experiencia y los principios científicamente afianzados.

Desde hace mucho que se ha discutido cuál es el sistema más adecuado, enfrentándose entre sí dos principios: la **seguridad jurídica** y la **verdad material**. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, el legislador tiende al criterio de la prueba legal para que adelantamente se

sepa, por ejemplo, que una escritura pública produce plena prueba respecto de ciertos hechos. En un conflicto de carácter penal, resulta muy tentador dar mayores latitudes al juzgador, aunque un criterio más protector para el acusado lleva a dictar ciertas directrices.

En nuestro procedimiento procesal civil, en general, rige el principio de la **prueba legal morigerada**, lo que significa que el legislador ha establecido valores máximos a ciertas y determinadas probanzas.

Dentro de esta gama de posibilidades, hay una cuestión que tiene mucha importancia, el criterio de valoración de la prueba en materia procesal penal. En nuestro sistema el principio generalmente imperante es el de la **prueba legal condenatoria** y el de la **prueba moral absolutoria**. La prueba legal condenatoria significa que para poder condenar necesariamente debe concurrir prueba legal. La prueba moral absolutoria significa que, no obstante la concurrencia de todas las pruebas, el juez siempre puede decir "no se ha producido mi íntima convicción" (no se ha logrado su convicción más allá de toda duda razonable) y, en consecuencia, absuelve. Estos principios son la máxima garantía para el acusado.

Frente a este principio ha surgido también en algunos y determinados casos la posibilidad de apreciar la prueba en conciencia, lo que significa que el juez puede apartarse del valor máximo de la prueba y condenar. Esto es excepcional, sólo cabe en específicos casos en que el legislador lo ha señalado.

## 4. PRINCIPIOS ESENCIALES DENTRO DE LOS PROCEDIMIENTOS

### 4.1 Principio de la preclusión

Este concepto fue recepcionado solamente en la primera mitad del siglo XX, aun cuando es una creación doctrinaria de gran envergadura que data del siglo XIX.

El proceso se va desarrollando en etapas o estadios sucesivos que se van cerrando para dar paso al siguiente, y se van cerrando de una vez y para siempre. Para avanzar hay que conjugar dos principios: el avanzar, dado por el impulso procesal, y el no retroceder, que se asegura por la vía de la preclusión.

El principio de la preclusión rige sólo cuando los actos procesales respectivos se han realizado en forma válida. De lo contrario se vuelve atrás y deben realizarse nuevamente aquellos actos afectados por un vicio de nulidad.

Los procesalistas han acuñado un término feliz: "la cosa juzgada, que emana de la sentencia definitiva firme o ejecutoriada, produce la *summa preclusión*", porque con ésta se cierra para siempre el respectivo proceso.

Eduardo J. Couture ha definido la preclusión como *la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal*. Esta es una definición muy buena ya que indica las vías por las que se llega a ella, pero no se refiere al efecto de sucesiva clausura.

Es importante señalar que hay una cierta similitud entre preclusión y caducidad. Las dos instituciones tienen como rasgo común que producidas ciertas y determinadas circunstancias (normalmente el transcurso del tiempo) irrevocablemente se extingue una posibilidad o

facultad. La caducidad es una institución del derecho sustancial, particularmente del Derecho Civil, en tanto, que la preclusión es una institución solamente aplicable al Derecho Procesal.

En la caducidad el evento extintivo es el transcurso del tiempo, en la preclusión el evento extintivo puede ser el transcurso del tiempo, pero existen otros elementos.

Son fuentes de la preclusión:

a) **Transcurso del plazo.** En general, el legislador ha señalado tiempos u oportunidades para realizar eficazmente los actos procesales.

Cuando el plazo es *fatal* significa que el acto debe necesariamente realizarse en el lapso u oportunidad fijado y no en otra posterior. Su no realización produce automáticamente, de pleno derecho, la preclusión y extingue la posibilidad de efectuarlo en otra oportunidad.

Cuando el término es *no fatal*, no se extingue la oportunidad procesal por el solo transcurso del tiempo, sino que es necesario que se declare la rebeldía. La extinción se produce por la notificación de la resolución que la declara.

b) **Realización de un acto procesal incompatible.** El legislador, por razones de economía procesal o para evitar resoluciones contradictorias, ha señalado que el ejercicio de una facultad procesal conlleva necesariamente al abandono o preclusión de la otra.

c) **Ejecución o realización válida del respectivo acto.** Si ya se realizó válidamente el acto, normalmente no se puede volver a realizarlo ni rectificarlo. Así, por ejemplo, si se recurre de casación en el fondo contra una sentencia, aunque subsista plazo pendiente no puede ser modificado; también está el ejemplo de las excepciones dilatorias, que deben oponerse todas en conjunto y no una después de otra.

Si el legislador nada dice, surge la pregunta de si se puede rectificar o complementar el acto procesal. Al respecto hay que distinguir si la ley lo permite, caso en el que naturalmente se puede, así por ejemplo frente a la demanda, antes de su contestación el demandante puede ampliarla o modificarla. Si el legislador nada dice, estimamos que puede hacerse siempre que se esté dentro de plazo.

d) **Firmeza o ejecutoria de la sentencia definitiva.** La sentencia definitiva válida, una vez firme o ejecutoriada, produce esta *summa* preclusión. Solamente la nulidad procesal podrá modificarla.

## 4.2 Principio de la eventualidad o de la subsidiariedad

Este principio está concebido en función de la economía procesal, concepto que inspira toda la estructura del proceso y significa, en el fondo, *producir el máximo efecto procesal con el mínimo de dispendio*. O sea, que el esfuerzo procesal tenga el máximo de resultados. Así la ley, en ciertos y determinados casos, impone la carga de realizar simultáneamente dos o más actos procesales incompatibles, entendiéndose que uno se ejerce en subsidio del otro. Si no se

realizan estos actos en forma simultánea, se entiende que se extingue o precluye la posibilidad de ejercer el que se silencia. Este principio sólo tiene cabida frente a norma expresa.

Son ejemplos de este principio:

a) Contra la sentencia de primera instancia se puede deducir recurso de apelación (sosteniendo que la sentencia es válida pero errada) y también, el recurso de casación en la forma (sosteniendo que la sentencia es nula). En consecuencia, la apelación y la casación son incompatibles, y el legislador frente a la sentencia de primera instancia, manda que en un mismo acto se deben deducir ambos recursos, pero uno en subsidio del otro, de manera tal que si no se interponen conjuntamente, precluye definitivamente el recurso que no se intenta.

b) Casación en la forma (nulidad formal) y en el fondo (nulidad sustancial) se pueden intentar en contra de una sentencia de segunda instancia dictada por una Corte de Apelaciones, actos que deben deducirse conjuntamente.

### 4.3 Impulso procesal

El proceso se desarrolla en el tiempo y es funcional, es decir, es un medio en sí mismo que camina hacia la resolución del conflicto. El impulso procesal tiene por objeto que el proceso avance.

Los sujetos del impulso procesal pueden ser las partes o el tribunal. Dependerá fundamentalmente de los respectivos principios formativos si son las partes sobre las que recaerá la responsabilidad del impulso, o sobre el órgano. Así, en los procedimientos donde está presente el principio dispositivo, el impulso procesal recae solamente en la partes. En los que está presente el principio inquisitivo la responsabilidad del impulso recae solamente en el órgano. Pero lo normal es que la carga del impulso recaiga tanto en las partes como en el tribunal.

Cuando hablamos que la carga del impulso recae en las partes, en el procedimiento civil nos referimos tanto al demandante como al demandado, aun cuando el incumplimiento de la carga del impulso por parte del demandante tiene consecuencias particularmente serias y graves para él, ya que pueden llevar al abandono del procedimiento.

Se ha dicho también que el impulso procesal tiene como fuente la ley, lo que de alguna manera es cierto por cuanto señala plazos y momentos para realizar los respectivos actos, pero es sólo fuente indirecta del impulso procesal.

No todo acto procesal importa impulso. Dicho de otra manera, hay actos procesales que son inocuos, y tal efecto permite distinguir entre actos procesales útiles y no útiles, lo que tiene gran importancia en función del abandono del procedimiento, porque la realización de actos no útiles durante el período de abandono, no hace perder la posibilidad de declararlo, en tanto que el acto procesal útil interrumpe el plazo del abandono y se entiende reactivado el proceso.

## 5. CLASIFICACIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS

Muchos son los puntos de vista para clasificar los procedimientos, así encontramos las siguientes clasificaciones:

### 5.1 Procedimientos civiles y penales

Es la clasificación más común, se hace en función del conflicto de que se trate y de la pretensión que se hace valer.

En los procedimientos penales, la pretensión es punitiva o de defensa, y el conflicto es en torno a un ilícito penal. En los procedimientos civiles, la pretensión y la contrapretensión son de carácter civil, al igual que el conflicto.

Esta clasificación ha sido criticada porque el concepto “civil” está usado en un término muy extensivo, siendo civil todo aquello que no es penal, v.g., laboral, familia, tributario, etc. Por lo tanto, es mejor hablar de procedimientos penales y procedimientos no penales.

### 5.2 Procedimientos de cognición o conocimiento, de ejecución y cautelares.

a) **Procedimientos de cognición o conocimiento:** aquí se pretende la dictación de una sentencia de carácter declarativo, y las eventuales responsabilidades se harán exigibles entre las partes a partir del momento en que la sentencia esté firme o ejecutoriada, o por lo menos, cause ejecutoria.

Los procedimientos de cognición se subclasifican en:

a.1) **Procedimientos declarativos:** son aquellos que persiguen una determinada declaración judicial. Por ejemplo, si es válido o nulo un contrato. A su vez, dentro de los procedimientos declarativos hay una subespecie que son los “*procedimientos declarativos de mera certeza*” en los cuales se persigue que se declare una determinada situación jurídica, para despejar una posición de duda. Por ejemplo, un tercero duda de la validez de la separación de bienes entre el marido y la mujer y se presenta ante la justicia para que se pronuncie sobre ella.

a.2) **Procedimientos constitutivos:** son aquellos que crean situaciones jurídicas nuevas. Por ejemplo, aquel que tiene por objeto que se declare la calidad de hijo (este ejemplo para algunos es discutible ya que sería declarativo) o la calidad de interdicto. Las sentencias se cumplen normalmente por simples anotaciones administrativas.

a.3) **Procedimientos de condena:** tienen por objeto que la actividad jurisdiccional ponga a una de las partes en situación de dar, hacer o no hacer algo a favor de la otra. Por ejemplo, juicio por indemnización de perjuicios.

**b) Procedimientos de ejecución:** son los que nacen en virtud de un título ejecutivo del cual se encuentra premunido el respectivo demandante, concurriendo los demás requisitos legales (obligación líquida, actualmente exigible y acción ejecutiva no prescrita).

Los títulos ejecutivos dan testimonio, con gran fuerza de convicción, de la existencia de una obligación que *prima facie* no parece discutible. La existencia de este título hace que el procedimiento se inicie, desde luego, con graves medidas de apremio respecto del deudor.

**c) Procedimientos cautelares:** son aquellos que tienen por objeto i) asegurar el resultado de la acción deducida por medio de las llamadas "medidas precautorias", o ii) iniciar un procedimiento cautelar frente a la infracción de ciertas y determinadas garantías constitucionales.

En el primer caso, la acción cautelar (que es anterior a otras acciones) tiene por objeto adscribir ciertos y determinados bienes mediante la prohibición de celebrar contratos, enajenar un bien, depositarlo en manos de un tercero. En el segundo caso encontramos el "recurso de protección" y el "recurso de amparo".

### 5.3 Procedimientos ordinarios y especiales.

Los procedimientos ordinarios son aquellos que se aplican a falta de norma expresa en contrario. El caso típico es el juicio ordinario de mayor cuantía. Los procedimientos especiales son aquellos que se aplican frente a norma legal específica, v.g. juicio ejecutivo, interdictos posesorios, juicios especiales del contrato de arrendamiento.

Los procedimientos ordinarios son también fuente subsidiaria frente a los procedimientos especiales. O sea, a falta de norma expresa en un procedimiento especial se aplican subsidiariamente las normas del procedimiento ordinario respectivo (artículo 3° C.P.C.).

Respecto de esta clasificación se ha suscitado una duda:

¿Un procedimiento especial es renunciable por la persona en cuyo beneficio está establecido?

Aceptamos la renuncia, porque mira al beneficio propio del renunciante.

### 5.4 Procedimientos concentrados y desconcentrados

Los procedimientos concentrados son aquellos en que se han suprimido o refundido trámites, o se han acortado los plazos, de manera que su desarrollo es más simplificado y más acelerado. Los desconcentrados, por su parte, son aquellos que tienen un mayor número de estadios y plazos más largos en cuanto a su desarrollo.

## **5.5 Procedimientos singulares y universales.**

Son procedimientos singulares aquellos donde se ejercitan pretensiones específicas, con accionantes perfectamente individualizados. Estos procedimientos son la regla general.

Los procedimientos universales son aquellos donde se hacen valer pretensiones que pueden afectar a terceros, que en un inicio ni siquiera están individualizados. El más característico es el "juicio de quiebra".

## **5.6 Procedimientos monitorios y bilaterales**

Los procedimientos monitorios son aquellos en que el demandado inicialmente no es escuchado, quien sólo ex-post tiene la posibilidad de serlo, por ejemplo, en procedimiento monitorio laboral. Los bilaterales, son aquellos en que ambas partes tienen similares posibilidades de ser escuchados.

## **5.7 Procedimientos de única, primera y segunda instancia**

Serán procedimientos de única instancia cuando no exista la posibilidad del recurso de apelación; de primera instancia cuando procede apelación en contra de la sentencia; y de segunda instancia cuando se conozca en virtud de un recurso de apelación.

## **5.8 Procedimientos ante juez de derecho y ante juez de equidad**

Como su nombre lo indica, procedimiento ante juez de derecho significa que el órgano jurisdiccional debe apegarse estrictamente a la normativa legal, tanto en la tramitación como en el fallo. El juez de derecho es distinto del juez letrado, que es un juez abogado. Hay tribunales de derecho no obstante no ser letrados (comisión resolutive antimonopolio). El ejemplo clásico de juez de equidad es el árbitro arbitrador, quien falla de acuerdo a lo que su prudencia y sentido de equidad le dictaren.

También se dan formas mixtas, como los árbitros mixtos.



## CAPÍTULO VII LOS PLAZOS PROCESALES

El tiempo es un elemento fundamental en el desarrollo del proceso. La actividad jurisdiccional tiene, necesariamente, un contenido temporal y el conflicto debe ser resuelto en un horizonte razonablemente breve.

Uno de los elementos esenciales que aseguran el ritmo indispensable del proceso es la existencia de los plazos.

El plazo civil es una de las posibles modalidades de las obligaciones, y significa la época fijada para el cumplimiento de una obligación. Se encuentra en el mundo de los contratos, de la sucesión por causa de muerte, de la mora, de los perjuicios, etc. El plazo procesal es una institución diferente y no dice relación con el cumplimiento de obligaciones civiles, sino con el cumplimiento de *cargas procesales, de obligaciones procesales o para la ejecución de un acto procesal*.

### 1. CLASIFICACIONES DE LOS PLAZOS

Los plazos procesales tienen diferentes criterios para su clasificación:

#### 1.1 De acuerdo a su extensión.

Esta clasificación emana del artículo 48 C.P.C. y agrupa los plazos en función de la duración de cada una de las unidades que lo componen, así se distinguen:

**a) Plazos de horas.** Los plazos de horas se cuentan por horas completas, una a una, y no se suspenden ni interrumpen. Si un plazo de 24 horas comienza a correr a las 16 p.m. de un miércoles, terminará a las 16 p.m. del día jueves siguiente.

**b) Plazos de días.** Los plazos de días son también de días completos y se cuentan desde la medianoche del día en que se inicia el plazo, hasta la medianoche del día que se extingue. El plazo de un día en consecuencia, puede ser de 47 horas 59 minutos y 59 segundos.

**c) Plazos de meses.** Se inician en el numeral respectivo del mes correspondiente del inicio y se extinguen en el mismo numeral del mes que expira. En consecuencia, el plazo de un mes puede ser de 28, 29, 30 ó 31 días, según sea la duración del mes en que se inicia o se extingue el plazo.

**d) Plazos de años:** Se inician en el numeral del mes respectivo y terminan en el mismo numeral del mismo mes del año en que se extingue. En consecuencia, el plazo de un año será siempre de 12 meses, pero puede ser de 365 o 366 días.

A propósito de los plazos de meses y años existe una regla aclaratoria en el inciso 3° del artículo 48 C.C.

*Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.*

La importancia de saber la diferencia de los plazos en cuanto a su extensión, radica en que los únicos plazos que se entienden suspendidos durante los feriados en materia procesal civil son los **plazos de días** (artículo 66 C.P.C.), no los plazos de horas, ni los de meses, ni los de años que son siempre corridos. En consecuencia, cuando la ley ha dicho que un plazo es de 6 meses, se cuentan todos los domingos y el feriado judicial, en su caso.

Ergo, en nuestra legislación la regla general es que los plazos de días son de días corridos, así lo establece el artículo 50 C.C.

Cuando hablamos de días feriados, se comprende tanto a los feriados legales como al feriado judicial. Son feriados legales los días domingos y los que se indican como tales en el respectivo calendario. El feriado judicial rige desde el 1° de febrero hasta el primer día hábil de marzo de cada año\*.

*Artículo 313 C.O.T. Las obligaciones de residencia y asistencia diaria al despacho cesan durante los días feriados. Son tales los que la ley determine y los comprendidos en el tiempo de vacaciones de cada año, que comenzará el 1° de febrero y durará hasta el primer día hábil de marzo.*

*Lo dispuesto en este artículo no regirá, respecto de feriado de vacaciones, con los jueces letrados que ejercen jurisdicción criminal, laboral y de familia.*

## 1.2 En cuanto a su origen.

**a) Plazos legales.** Son aquellos establecidos por las leyes, normalmente son contínuos y fatales. Respecto de la fatalidad, ésta siempre debe emanar de la voluntad de la ley.

Los plazos legales son normalmente improrrogables.

**b) Plazos judiciales.** Son los que fija el tribunal, ya sea porque la ley expresamente lo autoriza, ya sea porque es necesario para la marcha del respectivo proceso.

Los plazos judiciales normalmente son continuos, por ende no se suspenden durante los feriados. En consecuencia, es necesario tener gran cuidado para distinguir si se está frente a un plazo legal del C.P.C., caso en el que será discontinuo, o si se está frente a un plazo judicial, que sera de días corridos (artículo 50 C.C.), a menos que la propia resolución diga otra cosa. También por regla general son prorrogables, lo que significa que pueden extenderse más allá de su término inicial de expiración. Y finalmente, no son fatales, salvo que el texto legal que autoriza su establecimiento contemple lo contrario.

---

\* El feriado judicial fue suprimido por la Ley 20.774, por lo que ya no se encuentra vigente.

En relación con la prórroga de los plazos judiciales, hay que tener en vista lo establecido en el artículo 67 C.P.C que señala los requisitos para pedir su prórroga:

- i) Debe solicitarse antes de su vencimiento; y
- ii) Debe alegarse justa causa, la cual será prudencialmente apreciada por el tribunal.

Cuando el plazo judicial tiene como fuente la ley, y ésta su duración máxima, no puede ser prorrogado más allá de ese término.

No pierde su carácter de plazo judicial el que es establecido por el tribunal en virtud de la autorización de una ley, la que puede o no fijar su duración máxima. Si no lo hace, se aplican las reglas generales de la prórroga; pero si fija una duración máxima, el plazo inicial más la prórroga no puede exceder este plazo máximo (artículo 68 C.P.C.).

**c) Plazos convencionales.** Son los acordados por las partes. Pueden ser continuos o discontinuos, prorrogables o improrrogables, según lo hayan convenido las partes. Si nada dicen, se entiende que son continuos porque esta es la regla general. Lo mismo ocurre en relación con la prórroga (por lo tanto, no serían prorrogables).

Nunca son fatales, porque la única fuente de fatalidad es la ley.

### 1.3 Plazos fatales y no fatales.

**a) Plazos fatales.** Son aquellos que extinguen irrevocablemente, por su solo transcurso, la posibilidad de realizar en forma útil el respectivo acto procesal.

**b) Plazos no fatales.** Son aquellos que no extinguen por su solo transcurso la posibilidad de realizar útilmente un acto procesal.

Los plazos fatales emanan sólo de la voluntad de la ley. En el silencio de ella se entiende que no lo son. Esta conclusión se desprende de la interpretación sistemática del artículo 49 C.C., ubicado en el Título Preliminar y, por ende, de general aplicación. Para recalcar este carácter de fatalidad el legislador se vale de los términos *en o dentro de cierto plazo*.

El C.P.C. establece en su artículo 64 que todos los plazos que él señala son fatales, aunque no se usen los mencionados términos, salvo que se trate de plazos para las actuaciones del propio tribunal, los que nunca se entienden fatales.

El plazo no fatal no extingue la posibilidad de realizar útilmente el acto procesal, y para que se produzca este fenómeno extintivo es necesario recurrir a la institución de las rebeldías. De esta manera, los plazos fatales se extinguen por su solo transcurso, en tanto que el plazo no fatal se extingue por la notificación de la resolución que declara la rebeldía o, muy excepcionalmente, por la voluntad de la ley.

#### 1.4 Plazos prorrogables y no prorrogables

Esta clasificación atiende a si el plazo puede o no extenderse más allá de su vencimiento. Los plazos legales por regla generales no son prorrogables, salvo que la misma ley lo autorice.

Los plazos judiciales son normalmente prorrogables conforme a los artículos 67 y 68, y para su prórroga se requiere que se pida antes de que expire el plazo y debe alegarse justa causa.

Los plazos convencionales son prorrogables o no prorrogables según la voluntad de las partes.

#### 1.5 Plazos continuos y discontinuos

Los plazos normalmente son continuos. Es decir, no se suspenden por la interposición de feriados (artículo 50 C.C.), salvo los plazos de días que son los únicos que pueden ser discontinuos sólo cuando la ley así lo señala, como ocurre con el artículo 66 C.P.C. que dispone que los plazos de días se entenderán suspendidos durante los feriados

#### 1.6 Plazos individuales y comunes

a) **Plazos individuales.** Son los que corren individualmente para cada parte, desde el momento de la respectiva notificación.

b) **Plazos comunes.** Son los que corren y se extinguen para todas las partes desde un mismo momento y hasta un determinado día. Empiezan a correr para todos desde que se practica la ultima notificación.

La regla general es que los plazos sean individuales, y sólo serán comunes cuando la ley expresamente lo señale. Así por ejemplo, el plazo para apelar, y en general, todo plazo para impetrar un recurso procesal, es individual; y a su vez el término probatorio es común y se inicia el mismo día; es común también el término de emplazamiento en el juicio ordinario de mayor cuantía.

#### 1.7 Plazos generales y especiales.

a) **Plazos generales.** Son aquellos establecidos para que cualquiera de las partes realice útilmente un acto procesal.

b) **Plazos especiales.** Son aquellos establecidos para que sólo una o alguna de las partes pueda realizar útilmente un acto procesal. Por ejemplo, el término probatorio puede ser

ordinario y extraordinario, y también general y especial. En el término extraordinario y en el especial, sólo puede rendir prueba la parte beneficiada con el término probatorio.

La regla general son los plazos generales, y se requiere norma expresa para que se entiendan que los plazos son esenciales.

## 2. LAS REBELDÍAS

El instituto de la rebeldía está regulado en parte en el artículo 78 C.P.C. y en parte también en los artículos 202 y ss.

La rebeldía tiene por finalidad producir la extinción de los plazos legales no fatales y de los plazos judiciales, y es aplicable también a los plazos convencionales que tampoco son fatales (en nuestra opinión). Sin embargo la redacción de la norma no fue feliz y de su simple lectura se podría desprender que la rebeldía es solamente aplicable a los plazos judiciales.

*La rebeldía es la declaración judicial por la que el plazo se entiende extinguido por la no realización del acto procesal.*

Hay que diferenciar, en función de la rebeldía, dos situaciones: la rebeldía única o primera instancia (artículo 78) y la rebeldía en función del recurso de apelación (artículo 202)

La rebeldía en única o primera instancia, se va declarando trámite a trámite y, en consecuencia, quien ha sido rebelde respecto de un trámite no se entiende que lo es respecto de los demás. En cambio, la rebeldía en función del recurso de apelación no requiere declaración expresa, y se produce por la incomparecencia del apelado a la segunda instancia, a quien se le tiene por rebelde para todos los efectos legales, y produce graves efectos en el sentido que se prescinde de él aunque puede comparecer en cualquier momento posterior, aceptando todo lo obrado en el recurso. Esta rebeldía de la apelación se aplica también, por extensión y remisión, a los recursos de casación en la forma y en el fondo, donde también se puede producir la rebeldía del recurrido.

La rebeldía en primera instancia según el antiguo sistema del Código, debía ser declarada siempre a petición de parte, rigiendo *in integrum* el principio de la pasividad del órgano, salvo situaciones muy excepcionales. Hoy día y de acuerdo al artículo 78, la rebeldía puede ser declarada de oficio por el respectivo tribunal.

*Artículo 78. Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario.*

Del artículo transcrito se puede destacar:

- a) Su texto, en forma equívoca, se refiere sólo a los plazos judiciales, cuando el instituto es aplicable también a los plazos legales no fatales y a los plazos convencionales;
- b) La declaración de rebeldía puede producirse de oficio o a petición de parte;
- c) La rebeldía sólo se refiere al trámite respectivo ("*téngase por evacuado en rebeldía...*");
- d) Para la declaración de la rebeldía no se requiere que el secretario certifique la inconcurrencia.

Una cuestión muy importante es preguntarse cuándo la rebeldía produce sus efectos ¿cuándo se pide, cuándo se declara o cuándo se notifica la resolución que la declara? Es punto pacífico que sólo produce sus efectos a partir del momento que se notifica válidamente la resolución que la declara.

Los artículos 79, 80 y 81 del título de la rebeldía, no se refieren propiamente a este instituto sino a la nulidad procesal consecuencia de la rebeldía de alguna de las partes, materia que se estudia a propósito del incidente de nulidad procesal.

### **3. PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

La paralización del procedimiento es un instituto que no dice relación con la inactividad de las partes, o dicho de otra manera, no es fuente de paralización del procedimiento la inactividad de las partes, la que acarrea otras consecuencias.

La paralización del procedimiento es su suspensión, ya sea por la voluntad de las partes, ya sea por mandato legal, ya sea por resolución judicial.

#### **3.1 Paralización por voluntad de las partes**

Se encuentra regulada en el artículo 64 inciso 2º, que señala que las partes en cualquier estado del juicio pueden acordar su suspensión hasta por un plazo máximo de noventa días. Este derecho puede impetrarse una vez en cada instancia, y una vez ante la Corte Suprema si ésta estuviese conociendo de los recursos de casación y de queja deducidos en contra de la sentencia definitiva.

En virtud del acuerdo de paralización se suspenden los plazos, y produce sus efectos por la sola circunstancia de presentar el escrito en que se solicita. Los plazos seguirán corriendo después de expirado el plazo acordado para la paralización.

Como se trata de una convención procesal, ninguna de las partes puede retractarse unilateralmente.

Cabe destacar que no obstante esta disposición, hay casos en los que la ley prohíbe la suspensión, por ejemplo en el término probatorio.

### 3.2 Paralización por mandato legal

Esta es una institución excepcional, por ende las normas deben ser interpretadas de manera restrictiva. Sin embargo, la suspensión del procedimiento se da tanto en materia procesal civil como en materia procesal penal. En materia procesal civil encontramos:

#### a) Cuando se invoca el beneficio de excusión (N° 5 del artículo 303).

El artículo 303 enumera las excepciones dilatorias que se pueden oponer a la demanda, y es una norma de general aplicación a cualquier procedimiento salvo norma expresa en contrario.

Las excepciones dilatorias no tienen por objeto dilatar el procedimiento, aunque en la práctica se produzca este fenómeno, sino que reclamar la inconcurrencia de presupuestos procesales que deben cumplirse en una relación procesal válida. Quien opone estas excepciones pretende que el proceso no nazca en tanto no se cumpla con el requerimiento procesal del cual se reclama.

El número 5 se refiere al *beneficio de excusión* que es un instituto vinculado a la fianza, que es una caución o garantía que consiste en que un tercero acepta ser deudor subsidiario respecto del deudor principal. La diferencia entre el fiador y el codeudor solidario, es que éste se obliga en las mismas condiciones que el deudor principal. En cambio, el fiador es deudor subsidiario, en el sentido que pagará solamente si el deudor principal no solventa la obligación, teniendo el beneficio de excusión, en virtud del cual solicita que el acreedor se dirija primeramente en contra del deudor principal, y sólo si éste no cumple la obligación, se dirija en contra de él.

Acogida la excepción se paraliza el procedimiento hasta que se agote ese mismo procedimiento u otro en contra del deudor principal.

#### b) Suspensión del procedimiento vinculada a la existencia de un proceso penal (artículo 167 C.P.C.).

*Cuando la existencia de un delito haya de ser fundamento preciso de una sentencia civil o tenga en ella influencia notoria, podrán los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta la terminación del proceso criminal, si en éste se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso.*

*Esta suspensión podrá decretarse en cualquier estado del juicio, una vez que se haga constar la circunstancia mencionada en el inciso precedente.*

*Si en el caso de los dos incisos anteriores se forma incidente, se tramitará en pieza separada sin paralizar la marcha del juicio.*

*Con todo, si en el mismo juicio se ventilan otras cuestiones que puedan tramitarse y resolverse sin aguardar el fallo del proceso criminal, continuará respecto de ellas el procedimiento sin interrupción.*

c) La muerte de la parte que actúa **personalmente** en el juicio suspende el juicio, pero si está representada por un apoderado continúa ya que por mandato legal no se extingue por la muerte del mandante.

### 3.3 Paralización por resolución judicial

Se produce como consecuencia de un fenómeno que nació jurisprudencialmente y que después fue recogido por el legislador. Nos referimos a la *orden de no innovar*.

La orden de no innovar es una resolución que emana de un tribunal de mayor jerarquía de aquel que está conociendo del asunto; importa por regla general que el tribunal de menor jerarquía paralice el respectivo procedimiento, lo que subsiste en tanto se mantenga dicha resolución. También es posible que el superior jerárquico señale efectos más restringidos.

Es muy importante destacar que esta orden, por expreso mandato legal, no suspende los plazos en curso, de manera que, no obstante su dictación, las partes deben realizar los respectivos actos procesales como si la orden no se hubiese dictado.

La orden de no innovar fue recogida por vez primera a propósito del recurso de hecho, y ahora también en el recurso de apelación en los casos en que ésta se concede en el solo efecto devolutivo, en el recurso de queja y en el recurso de protección.

## 4. EXTINCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En este tema se analiza la extinción del procedimiento por causas distintas de la natural, que es obviamente la sentencia definitiva.

Son causas no naturales de la extinción del procedimiento en materia civil:

a) Las instituciones autocompositivas, en la medida que la respectiva autocomposición solucione la totalidad del conflicto y no sólo una parte de éste. En este grupo se encuentran la transacción y el avenimiento.

b) Las expresiones de renuncia, que en materia procesal civil se traduce en el desistimiento de la respectiva pretensión, desistimiento que extingue el procedimiento y hacer perder las acciones y derechos.

c) El sometimiento a arbitraje o viceversa, o sea, que exista un procedimiento arbitral y que las partes decidan someterlo a la justicia ordinaria, o bien a la inversa, es decir, hay un



procedimiento civil y las partes deciden llevarlo ante un árbitro, produciéndose por ende la extinción del primer procedimiento.

d) El abandono del procedimiento, es un instituto que sanciona al demandante por su inacción (incumplimiento de la carga del impulso procesal).

El abandono del procedimiento sólo lo puede impetrar el demandado y jamás el demandante, y el plazo se puede interrumpir por la realización de cualquier gestión útil, destinada a dar curso al proceso, sea del demandante o del demandado.

## CAPÍTULO VIII LA ACCIÓN PROCESAL

### 1. LA ACCIÓN PROCESAL

Para Eduardo J. Couture el Derecho Procesal Moderno, nace con la distinción entre *acción civil* y *acción procesal*. Para estos efectos hay que analizar la concepción clásica de acción y su evolución hasta nuestros tiempos.

La concepción clásica nace de los ius privatistas y se expresa especialmente en el siglo XVIII y XIX con los civilistas franceses, quienes señalan que en el mundo jurídico habría claramente un mundo estático donde cada cual invoca sus derechos, derechos que no le son controvertidos ni desconocidos; y un mundo dinámico, donde estos derechos son controvertidos y desconocidos, lo que hace que se luche por ellos ejerciendo la acción. Por esto, los tratadistas franceses hablan de un "*derecho armado para la guerra*". En consecuencia, la acción no era más que la expresión bélica y dinámica del respectivo derecho subjetivo, existiendo gran ligazón entre ambos.

Debemos referirnos en este punto al **derecho objetivo** que es la norma, la que efectivamente reconoce, de manera abstracta, ciertas y determinadas potestades; y al **derecho subjetivo** que es la convicción de estar protegido por el derecho. De esta suerte, derecho objetivo y derecho subjetivo van normalmente de la mano, y de todo derecho objetivo emanan derechos subjetivos, pero pueden existir derechos subjetivos que no tengan sustento legal o normativo.

En la segunda mitad del siglo XIX se produce una polémica entre dos profesores alemanes de Derecho Romano, quienes empezaron a discutir sobre la naturaleza de la acción romana, discusión en la que uno sostenía una postura clásica (que la acción era dependiente) y el otro la posición contraria (que la acción procesal era autónoma).

Los que veían la acción procesal como indisolublemente ligada al derecho subjetivo, dijeron que la acción procesal era clasificable en función del derecho subjetivo, y así encontramos acciones muebles, inmuebles, reales, personales. Nuestro C.O.T. sigue esta postura.

En tanto, quienes postulan la teoría opuesta –moderna- no aceptan su divisibilidad, y dicen que la acción procesal es una, única y no clasificable, sosteniendo que lo que es clasificable es la pretensión procesal.

Los ius privatistas sostuvieron que como había una vinculación considerable con el derecho sustantivo, había acciones nominadas, es decir, que están vinculadas a derechos subjetivos específicos con denominación propia (acción reivindicatoria, acciones posesorias) y acciones innominadas, o sea, las que se refieren a derechos subjetivos que no están específicamente clasificados. Para la concepción moderna, esta distinción es una herejía ya que la acción procesal es una, única y en consecuencia inclasificable.

Hay muchas razones para sostener la esencial distinción entre acción y derecho subjetivo, pero quizá la más fuerte y obvia es que si hubiese una ligazón indisoluble, siempre el demandante que ejercita la acción ganaría el juicio, en tanto, que es frecuente que el demandante no lo gane y, en consecuencia, no se le reconozca su pretendido derecho subjetivo.

**Giussepe Chiovenda** dice que la acción "*es el derecho potestativo tendiente a modificar un estatuto jurídico existente*". Chiovenda es un procedimentalista y todavía se ve en su concepto un camino de transición, porque habla de "derecho potestativo" que es, de alguna manera, una de las clasificaciones del derecho subjetivo. Así este pensador es un puente entre la concepción clásica y la concepción moderna de la acción.

**Carnelutti** opina por su parte que la acción es "*un derecho subjetivo público que se dirige en contra del juez*"; o sea, es una potestad de que está armado el ciudadano para exigir intervención judicial.

**Alsina** plantea que la acción es "*un derecho subjetivo público mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica*". La virtud de Alsina es que agrega la idea de la "pretensión jurídica", lo que tiene gran valor.

**Eduardo J. Couture** dice que "*la acción es una expresión del derecho constitucional de petición y, naturalmente, absolutamente autónoma, distinta y separada del derecho subjetivo respectivo*". Pueden señalarse como virtudes de esta definición:

- i) Vincula un instituto procesal con un instituto constitucional, el derecho de petición, y en consecuencia le da jerarquía de primera magnitud y consustancial a la acción procesal, y
- ii) Es un planteamiento breve y novedoso respecto de sus antecesores.

Sin embargo, la acción procesal no se extingue con la petición, sino que su característica es la respuesta del órgano. Por otra parte, el derecho de petición va unido al principio de inexcusabilidad que también tiene jerarquía constitucional.

Una definición más o menos aceptada es la que señala que *“la acción es el derecho subjetivo público o potestad de carácter pública, de requerir al órgano el ejercicio de su función jurisdiccional.”*

En materia civil hay algunas instituciones que resultan difíciles de enmarcar dentro de la concepción de acción procesal:

1. **Falta de legitimidad para obrar:** se produce cuando el legislador desconoce a ciertas personas la posibilidad de ejercer útilmente una acción procesal. Por ejemplo:
  - a) La acción de nulidad del matrimonio, por expreso mandato del legislador, durante la vida de los cónyuges solamente corresponde a uno de ellos y no a terceros. Así, si un tercero dice de nulidad, no se admitirá la demanda por falta de legitimidad para obrar;
  - b) la nulidad relativa, por expreso mandato del legislador civil, sólo es declarada a petición de la persona en cuyo beneficio se ha establecido.
  
2. **Cargas para el demandar<sup>5</sup>:** hay casos donde el legislador ha señalado situaciones específicas donde se establece una carga para demandar, y si no la cumple se extingue la posibilidad de recurrir a ella. Por ejemplo:
  - a) En la litis consorcio activa sobreviviente -artículo 21-
  - b) En el caso de la jactancia –artículo 269-..
  - c) Cuando se concede una medida prejudicial precautoria –artículo 280-.
  - d) Cuando el ejecutado hace reserva de sus excepciones para un juicio ordinario posterior –artículo 474-.
  - e) En la citación de evicción –artículo 586-.

**A pesar de todas las excepciones, es punto pacífico que la acción procesal es una potestad pública.**

Hay que tener presente que esta visión moderna no se refleja en nuestra legislación, donde todavía el término "acción" no está tomado en su sentido doctrinariamente aceptado, sino en el sentido clásico de los ius privatistas franceses del siglo XIX. Así, por ejemplo, los artículos 580 y 581 del C.C. dicen que las acciones se dividen en muebles e inmuebles según sea el objeto sobre el cual recaen, y que el hecho que se debe se reputa mueble. También el C.O.T., en función de la competencia, distingue acciones reales y personales, y acciones muebles a inmuebles.

## 2. LA PRETENSIÓN

Se ha dicho que es *“la voluntad del sujeto enderezada a que se le satisfaga, repare o restituya en un derecho subjetivo del que se estima titular y que considera vulnerado”*. Mirada

---

<sup>5</sup> También denominadas “intervención forzada de parte”.

desde esta perspectiva, la pretensión es siempre un estado psicológico, una actitud anímica que se traduce en la voluntad de ser reparado o restituido en un derecho subjetivo.

## 2.1 Derecho objetivo, derecho subjetivo, pretensión y acción

**Derecho objetivo** es la norma de la cual emana la existencia de un derecho subjetivo, advirtiéndose desde luego que hay derechos subjetivos que no tienen norma de sustento y que son autónomos.

**Derecho subjetivo** es la potestad de impetrar la protección de una determinada situación jurídica.

Cuando se está en esta situación de potestad, de facultad, se puede llegar a una situación de **pretensión**, que es la voluntad (actitud subjetiva anímica) de querer ser protegido en un determinado derecho subjetivo, para lo cual se puede ejercer la **acción procesal**.

Se pueden ordenar estos cuatro elementos de mayor a menor de la siguiente manera:

- Derecho objetivo (norma).
- Derecho subjetivo (potestad).
- Pretensión (voluntad de reclamar),
- Acción (actividad encabezada a obtener efectivamente la protección).

Para delinear cada uno de estos conceptos, podemos hacer breves paralelos:

**a) Derecho Subjetivo y Pretensión.** La pretensión o voluntad de ser protegido importa, explícita o implícitamente, la afirmación de ser titular de un derecho subjetivo. Pero esta afirmación puede ser objeto de error y efectivamente quien está en situación de pretensión puede no ser titular del derecho que reclama, lo que implicará que su pretensión será rechazada.

**b) Acción y Pretensión.** Están indisolublemente ligadas, en el sentido de que toda acción es precedida por la pretensión, pero no toda pretensión se traduce en acción, porque bien puede suceder que quien tenía la voluntad de ser protegido no requiera la intervención del órgano jurisdiccional.

**c) Acción y Derecho Subjetivo.** No todo derecho subjetivo amagado se traduce en una pretensión, ya que el titular del derecho puede hacer dejación de él. Por otro lado, no toda pretensión desencadena necesariamente en acción. Puede haber acción procesal sin derecho subjetivo amagado, pero no puede haber acción procesal sin pretensión.

## 2.2 Acción, demanda y libelo

La *demanda* es el vehículo normal de la acción, pero no el único. Existen otras formas como la reconvencción, la petición de medidas cautelares y el ejercicio de los llamados recursos constitucionales, que en realidad son acciones constitucionales (amparo, protección).

El término *libelo* tiene una acepción vulgar y una acepción técnica. La acepción vulgar, que nos da el Diccionario de la Lengua Española, significa escrito ingenioso. En cambio, el libelo en su acepción técnica significa demanda escrita. De esta suerte el libelo, técnicamente hablando, es una especie dentro del género demanda, en la medida que puede haber demandas orales y demandas escritas.

El significado de libelo se desprende del artículo 303 N° 4 C.P.C. que contempla la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, refiriéndose a errores en la redacción de la demanda escrita.

## 2.3 Clasificaciones de las pretensiones

La acción procesal no es clasificable. Es una, única e inclasificable. Sin embargo, lo que sí es clasificable son las pretensiones. En esta perspectiva distinguimos entre:

a) **Pretensiones penales y pretensiones civiles**, las que a su vez admiten diversas clasificaciones en función de distintos puntos de vista, por ejemplo:

- i) de familia, laborales, tributarias, civiles propiamente tales, etc.;
- ii) nominadas e innominadas (nuestra legislación habla de acciones);
- iii) muebles o inmuebles, distinción que es importante desde el punto de vista de la competencia;
- iv) reales o personales, que tienen importancia en función de la cuantía;
- v) públicas o privadas, entendiéndose por pública aquella que se ejercita en nombre de la sociedad toda, y por privada, aquella que se ejercita por o a nombre de persona determinada. Esta distinción es aplicable también en materia penal, donde la acción (pretensión) pública es la que puede ejercitar cualquier persona a nombre de la sociedad, salvo ciertas y determinadas prohibiciones, en tanto que la acción penal privada sólo puede ser interpuestas por ciertas y determinadas personas.

En materia civil, la enorme mayoría de las pretensiones son de carácter privado, pero excepcionalmente hay también pretensiones civiles públicas.

b) **Pretensiones ordinarias, sumarias o ejecutivas**, según sea el procedimiento en el que se desarrollen.

c) **Pretensiones en declarativas, constitutivas, de condena y cautelares**, dependiendo de lo solicitado por el actor.

El artículo 17 C.P.C., siguiendo la antigua y clásica nomenclatura, habla de la pluralidad de acciones en vez de pretensiones. Este artículo permite que en una misma demanda o en un mismo juicio se entablen dos o más pretensiones, siempre que ellas sean compatibles; por ejemplo, demandar la nulidad de un contrato de compraventa junto con demandar la reivindicación del objeto vendido si prospera la acción de nulidad. Permite también que en un mismo juicio se entablen acciones incompatibles pero sólo una en subsidio de la otra. Por ejemplo, demandar de nulidad absoluta subsidiariamente de nulidad relativa y subsidiariamente de inoponibilidad.

### 3. ACCIÓN Y REACCIÓN

La reacción es la forma como actúa el demandado frente a la acción. Cabe destacar:

- i) Que la acción es siempre expresa, en tanto que la reacción puede ser tácita. Por ejemplo, el silencio del demandado o defensa negativa tácita;
- ii) La acción puede tener múltiples causas, en cambio, la reacción reconoce como única causa a la acción;
- iii) La acción siempre precede a la reacción.

Es necesario también fijar con precisión dos términos que están íntimamente ligados, pero que son diferentes: *reacción* y *excepción*.

Una posición, hoy abandonada, establecía una relación de sinonimia diciendo que son dos nombres distintos para un mismo fenómeno. Sin embargo, la opinión mayoritaria es que están en relación de género (reacción) y especie (excepción).

Tiene mucha importancia práctica adoptar una a otra postura, porque el C.P.C. señala entre los requisitos de la sentencia que ésta debe pronunciarse sobre todas las acciones y excepciones que se hagan valer. Si no se cumple con este requisito formal la sentencia es nula y puede ser casable en la forma.

Los que dan al vocablo excepción un sentido restringido, dicen que la sentencia sólo debe pronunciarse sobre las excepciones. En cambio, los que le dan un sentido más amplio dicen que debe referirse también a cualquier otra forma de reacción.

#### 3.1 Contrapretensión

Así como en la acción siempre subyace una pretensión, en la reacción siempre subyace una contrapretensión.

Se entiende por contrapretensión *la voluntad del demandado para que se respete o se le mantenga en el goce de una situación jurídica que estima amenazada por la acción procesal*.

En la contrapretensión se observan los mismos dos elementos que en la pretensión, a saber, **voluntad**, pero en tanto que en la pretensión la voluntad es de cambio, en la contrapretensión la voluntad es de mantención de una determinada situación jurídica; y,

**pretensión**, que es la autoatribución de un derecho subjetivo, y así la voluntad de mantención significa pretender el goce de una situación que protege el derecho.

Es interesante destacar que respecto de la pretensión, las causas pueden ser múltiples. En cambio, en el caso de la contrapretensión la causa precisa e inmediata es la acción. Desde el punto de vista lógico, la pretensión siempre precede a la contrapretensión.

### **3.2 Posibles conductas del sujeto pasivo de la relación procesal**

#### **3.2.1 La reconvencción**

Es la forma que tiene el demandado para hacer valer su pretensión respecto del demandante, con el objeto de que todas las pretensiones recíprocas sean debatidas en un mismo procedimiento y resueltas en una misma sentencia.

La reconvencción no es la única manera que tiene el demandado de hacer valer su pretensión. Podría iniciar un juicio separado que en ciertos casos es necesario porque la reconvencción no es admisible.

En nuestro sistema ha sido recogida con mayor amplitud que en otros ordenamientos jurídicos en función de la economía procesal, y así no se exige que haya una relación lógica entre la pretensión del demandante y la pretensión del demandado, la que puede referirse a materias inconexas.

Las reglas de admisibilidad para admitir la demanda reconvenconal son las siguientes:

a) Competencia relativa, este elemento no se toma en cuenta ya que cualquiera que sea el domicilio del demandante o del demandado, o cualquiera otra situación que influya en la competencia relativa, siempre el juez de la cuestión principal es competente para conocer de la reconvencción (regla de la extensión).

b) Competencia absoluta.

b.1) Elemento persona. No se considera, pues cualquiera que sea la calidad del reconviniente o del reconvenido siempre el juez de la cuestión principal será competente para conocer de la reconvencción.

b.2) Elemento materia. Es muy importante por cuanto no se podrá reconvenir si la materia de la reconvencción no está dentro de la competencia del juez principal.

b.3) Elemento cuantía. Si la cuantía de la reconvencción cae dentro de la competencia del juez que está conociendo de la cuestión principal o le corresponde a uno inferior, puede conocer de la reconvencción. Pero no cuando le corresponde a un juez superior. Cabe señalar que esta regla carece de importancia ya que no hay tribunales de mínima, menor y mayor cuantía, pero sí tiene importancia para el procedimiento aplicable, por ende, la reconvencción

sólo es admisible cuando la acción principal y la acción reconvenzional están sometidas a un mismo procedimiento.

Se ha suscitado la duda de qué ocurre si la acción reconvenzional está sometida a un procedimiento más concentrado que la acción principal. En este caso, es perfectamente posible que el demandante reconvenzional renuncie a este procedimiento más concentrado para someterse a un procedimiento de lata conocimiento, pero no a la inversa.

No es necesario en nuestro sistema que exista relación ni lógica, ni jurídica, ni de ninguna naturaleza entre ambas acciones.

La tramitación de la demanda reconvenzional se analizará en extenso en el juicio ordinario de mayor cuantía.

### 3.2.2 Allanamiento

Está tratado en el artículo 313 C.P.C. a propósito del juicio ordinario de mayor cuantía, pero es norma de general aplicación a falta de norma especial expresa.

El allanamiento se clasifica en:

- a) **Expreso.** Se produce cuando el demandado derechamente reconoce los hechos, y en general, los fundamentos de la pretensión contraria. Por ejemplo, se demanda a Juan de resolución del contrato de compraventa por no haber pagado el precio y Juan señala que no ha podido pagar.
- b) **Tácito.** Tiene lugar cuando el demandado *estando presente* no controvierte en forma substancial y pertinente los hechos que sirven de fundamento a la pretensión. El silencio no es allanamiento.

Tanto el allanamiento expreso como el allanamiento tácito producen el mismo efecto, y significa que el demandado reconoce los fundamentos fácticos que se invocan como apoyo de la pretensión.

Ambos tipos de allanamiento sólo producen efecto en lo fáctico y no en lo jurídico y, en consecuencia, sólo implica que no se recibirá la causa a prueba, pero el juez de todas maneras deberá dictar sentencia, la que puede llegar a ser desfavorable para el demandante si la pretensión no tiene suficiente sustento jurídico. Por ejemplo, si se compra por instrumento privado un inmueble que no se entrega, aunque el demandado se allane la sentencia rechazará la demanda por faltar la solemnidad de la escritura pública.

Aunque el Código no lo dice, por razones sistemáticas se debe concluir que el allanamiento sólo se produce en el campo de lo dispositivo. Si el conflicto de que se trata interesa al cuerpo social todo, el allanamiento no produce el efecto de liberar al demandante de la carga probatoria.



### 3.2.3 Excepciones dilatorias (artículo 303 C.P.C.)

Las excepciones dilatorias miran, en general, al nacimiento y subsistencia de una válida y eficaz relación procesal.

En función de la acción y de la pretensión, la excepción dilatoria se opone a la acción. O sea, se opone a que el proceso nazca, y que haya decisión sobre el fondo, pero no se opone a la pretensión. Como las excepciones dilatorias se plantean para que el proceso no nazca, deben plantearse en el umbral del mismo, así en el juicio ordinario de mayor cuantía se plantean, todas conjuntamente, dentro del término de emplazamiento y antes de la contestación de la demanda.

### 3.2.4 Defensa negativa

La defensa negativa se opone a los hechos. Para entender su mecanismo, hay que tener presente una categorización de los hechos creada doctrinariamente y que distingue:

- a) Hechos constitutivos de la pretensión: son aquellos que sirven de fundamento a la pretensión, por ejemplo, "presté \$ 1.000 y no me los ha devuelto".
- b) Hechos modificativos de la pretensión: son hechos que modifican el contenido de la pretensión, v.g., "es cierto que me prestó y que no se los he devuelto, pero el plazo no se ha cumplido".
- c) Hechos extintivos de la pretensión: estos hechos extinguen la pretensión, v.g., "yo pagué y tengo el recibo".
- d) Hechos contramodificatorios: son aquellos hechos que extinguen al hecho modificadorio, v.g., "el plazo ha caducado porque el deudor cayó en insolvencia".
- e) Hechos contraextintivos: estos hechos dejan sin efecto el hecho extintivo, por ejemplo, "pagó mal, porque le pagó a un mandatario que no era tal".

Esta nomenclatura obedece a la visión dialéctica del proceso, como un conjunto de afirmaciones y negaciones.

La defensa negativa constituye la actitud del demandado que niega los hechos constitutivos que sirven de sustento a la pretensión, sin agregar otras circunstancias. Esta conducta tiene gran importancia en función del desarrollo de la prueba, porque carga con el peso de la prueba al demandante.

### 3.2.5 Excepciones de fondo

Quien las opone no controvierte la eficacia de la relación procesal, pero sí se opone a la pretensión invocando hechos modificatorios o extintivos. De esta manera no importa alegar las fallas fácticas de la pretensión, pero frente a éstas se agregan circunstancias modificatorias o

extintivas. Ejemplo: presté un millón y no me lo ha devuelto, entonces condene al demandado a que me lo devuelva / pague (circunstancia extintiva) o existe un plazo pendiente (circunstancia modificatoria).

El oponer excepciones de fondo también tiene influencia sustancial respecto de la prueba, porque quien las invoca se carga con el peso de la prueba, en la medida que debe acreditar dichos hechos modificatorios y/o extintivos.

Desde el punto de vista procesal, las excepciones de fondo tienen relación con una institución del Derecho Civil que son los modos de extinguir las obligaciones, ya que éstos (pago, prescripción, novación, pérdida de la cosa debida, etc.) se traducen en excepciones perentorias ya que son hechos modificatorios, extintivos o invalidatorios. Pero no todas las excepciones perentorias emanan de los modos de extinguir las obligaciones. Por ejemplo, la inoponibilidad o la excepción de contrato no cumplido. En todo caso, los modos de extinguir tienen la virtud de darle nombre específico a ciertas excepciones, y así el legislador habla de, por ejemplo, excepción de pago o excepción de novación.

### 3.2.6 El silencio

Consiste en que el demandado no comparece al juicio en tiempo y forma, y en consecuencia nada expresa. Contrariamente a lo que ocurre en la vida cotidiana ("quien calla otorga") en Derecho Procesal y en el Derecho en general quien calla nada dice.

Nuestro legislador ha calificado, implícitamente, al silencio como *defensa negativa tácita*, y lo ha hecho equivalente con la circunstancia de controvertir los hechos en que se funda la pretensión, de esta manera es necesario recibir la causa prueba y el demandante quedará cargado con el *onus probandi*.

Esto tiene también un contenido estratégico, ya que es mejor no comparecer a comparecer negando, porque así no se queda como mentiroso y tiene los mismos efectos.

La defensa negativa tácita se desprende del artículo 318 C.P.C. que señala que concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya se proceda con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y **si** estima que hay o *puede haber controversia* –por el silencio del demandado– sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer.

## 4. PRESUPUESTOS PROCESALES

Es un concepto que nace en el siglo XIX gracias al procesalista alemán, Oskar Von Büllow.

Los presupuestos procesales *son aquellos antecedentes necesarios para que el procedimiento tenga existencia jurídica y validez formal*, de manera tal que la inconcurrencia

de algunos significará la inexistencia, y la de otros acarrea la nulidad procesal, entendida como la nulidad del proceso todo y no de un acto específico.

El concepto no es abstracto, sino que debe referirse específicamente a un determinado procedimiento, y frente a éste deberá determinarse si concurren o no los presupuestos procesales.

De acuerdo al pensamiento de Von Büllow los presupuestos procesales miran a cuatro instituciones distintas:

- Presupuestos procesales de la acción.
- Presupuestos procesales de la pretensión.
- Presupuestos procesales de validez del proceso.
- Presupuestos procesales de una sentencia favorable.

Los tres primeros son punto pacífico en la doctrina, sin embargo, el cuarto presupuesto es un punto altamente discutible y muchos estiman que no es precisamente un presupuesto procesal.

#### 4.1 Presupuestos procesales de la acción

La ausencia de uno de estos presupuestos obsta al ejercicio de la acción, y en consecuencia, obsta al nacimiento del proceso.

Se ha estimado que son presupuestos procesales de la acción:

- a) **Capacidad del accionante o cumplimiento de los requisitos habilitantes** que correspondan. Si el accionante no tiene capacidad o no cumple los requisitos para accionar no nace la acción.
- b) **Jurisdicción del órgano.** Si la acción se ejercita ante un órgano que no tiene jurisdicción, naturalmente no nace el proceso y la acción queda "rebotando en el vacío por falta de respuesta".
- c) **Competencia absoluta del órgano.** Su posible incompetencia absoluta que acarrea los mismos efectos que la falta de jurisdicción.

Si un proceso tiene efectivamente existencia corpórea sin que concurren estos requisitos, es sólo una apariencia de proceso y en cualquier momento puede ser desconocida su validez y eficacia. Por lo tanto, se podrá anular, sin que nunca de él arranque la consecuencia de la fuerza de la cosa juzgada, ni regirá tampoco el principio de la preclusión.

## 4.2 Presupuestos procesales de la pretensión

A diferencia de lo que ocurre con los presupuestos de la acción, la omisión de los presupuestos de la pretensión no acarrearán la invalidez del procedimiento, sino que importan una prohibición para decidir sobre el fondo del asunto. De esta manera si no concurren sólo se podrá anular este pronunciamiento y no todo el juicio. Son, por la vía ejemplar:

a) El **agotamiento de la vía administrativa previa**. Frente a ciertos y determinados conflictos entre el Poder Administrativo y el administrado existe la posibilidad de recurrir al amparo jurisdiccional. Pero en ciertas oportunidades se le exige que agote previamente la vía administrativa. Así por ejemplo, frente a un acuerdo municipal ilegal se reclama ante la Corte de Apelaciones, pero su reclamo es admisible sólo si previamente ha pedido a la Municipalidad que deje sin efecto dicho acto.

b) **Previo antejuicio**. En todos los ordenamientos jurídicos existen ciertas autoridades o dignidades que están protegidas frente al ejercicio de acciones en su contra. Especialmente frente a acciones penales, aunque también respecto de acciones civiles. En estos casos, no puede haber pronunciamiento sobre el fondo sin que previamente se de lugar a la formación de causa en un antejuicio. Así encontramos por ejemplo:

- Desafuero de diputados, senadores, intendentes y gobernadores, en materia penal;
- Querrela de Capítulos, para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley;
- Acusación constitucional, en que el Senado no se puede pronunciar sin que previamente la Cámara de Diputados declare que hay formación de causa,

c) Excepciones de **litis pendencia, cosa juzgada** y también, según algunos, el **beneficio de excusión**.

\* Litis pendency significa que el demandado invoca la existencia de un juicio anterior entre las mismas partes, por la misma cosa pedida y por la misma causa de pedir. En este caso hay en la invocación falta de pretensión, ya que reconoce la validez del segundo procedimiento, pero se pretende que no haya pronunciamiento en tanto esté pendiente el primer juicio.

\* La cosa juzgada tiene bastante similitud con la anterior porque también el demandado frente a un nuevo juicio invoca la existencia de un juicio anterior en el que está presente la triple identidad, pero la diferencia radica en que en el primer juicio hubo sentencia firme o ejecutoriada que resolvió el conflicto. En consecuencia, el segundo procedimiento es válido pero no podrá haber un pronunciamiento sobre el fondo.

\* Beneficio de excusión también, según algunos, se produce el mismo fenómeno. No se condena al fiador hasta que no se agoten los procedimientos en contra del deudor principal.

d) **Falta de legitimidad para obrar**, significa controvertir el legítimo interés del accionante. Este cuarto presupuesto arranca de causas sustanciales no procesales, y son ciertos casos donde el legislador señala precisamente quién puede accionar. Así, por ejemplo:

\* Sólo puede demandar la nulidad del matrimonio, durante la vida de los cónyuges, uno de ellos.

\* La declaración de nulidad relativa sólo puede pedirla quien en cuyo beneficio ha sido establecida, sus herederos y cesionarios

\* La petición de nulidad absoluta sólo pueden hacerla aquellas personas que tengan interés en su declaración.

#### 4.3 Presupuestos procesales de validez del proceso

a) Se ha dicho que el primero es el **debido emplazamiento**, lo que significa que el demandado haya sido correctamente notificado de la demanda y que, además, se le haya dado el plazo que fija la ley para deducir su contrapretensión. Si esto no ocurre se puede declarar la nulidad de todo lo obrado en cualquier momento.

b) **Competencia absoluta**, por cuanto la incompetencia absoluta también acarrea la nulidad de todo lo obrado.

Cuando falta alguno de estos presupuestos, el proceso sólo ha tenido una existencia formal, por ende en cualquier instante puede desaparecer por inconcurrencia de los presupuestos de validez.

#### 4.4 Presupuestos procesales de una sentencia favorable

En general no son considerados como presupuestos procesales porque se refieren a la manera de cómo el conflicto es resuelto. Estos presupuestos procesales serían la **debida prueba** y la **correcta invocación del derecho**, ambos presupuestos extraordinariamente dudosos.

#### 4.5 Reclamo por la inconcurrencia de los presupuestos procesales

El legislador no ha señalado específicamente la forma de reclamar por la inconcurrencia de los presupuestos procesales, sino que ha dado una gama de recursos y medios procesales, por ejemplo: excepciones dilatorias, anómalas y mixtas; recursos procesales de toda índole, y muy particularmente el recurso de casación en la forma; invocación de la nulidad procesal.

Así por ejemplo, si falta la capacidad (presupuesto de la acción) se puede reclamar a través de excepciones dilatorias, excepciones de fondo o con nulidad procesal; si hay incompetencia absoluta, a través de excepciones dilatorias o nulidad procesal; en caso de litis

pendencia con excepciones dilatorias; y en caso de cosa juzgada por medio de excepciones anómalas o mixtas.

## CAPÍTULO IX LOS ACTOS JURÍDICOS PROCESALES

### 1. CONCEPTO

Para su estudio primeramente hay que referirse al *hecho*, en su sentido más amplio, luego al *hecho jurídico*, para pasar después al *hecho jurídico procesal*, posteriormente al *acto jurídico*, para llegar finalmente al *acto jurídico procesal*.

Respecto del *hecho* en su sentido más amplio, es el acaecer u ocurrir no encaminado a generar derechos y obligaciones. Puede producir consecuencias jurídicas, pero no va encaminado a producirlas. Los hechos pueden clasificarse en materiales, si producen cambios ostensibles en el mundo de las cosas, o inmateriales, si son estados de carácter psicológico. También podemos distinguir entre hechos del hombre, si son generados por voluntad del ser humano, o de la naturaleza, si son producidos sin la voluntad del hombre.

Un hecho es un *hecho jurídico* cuando tiene influencia en una situación jurídica determinada. Es importante destacar que esta clasificación tiene una enorme utilidad, porque para ciertas situaciones se va a tratar de un hecho jurídico y para otras no.

*Hecho jurídico procesal es el acaecer del hombre o la naturaleza que tiene influencia o se refleja dentro del proceso, como por ejemplo, el tiempo que se traduce en plazos, la muerte o el matrimonio.*

En el *acto jurídico* hay una *manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada*, en consecuencia, la gran diferencia entre el hecho jurídico y acto jurídico, es que en este último necesariamente interviene la voluntad para producir efectos jurídicos a diferencia de lo que ocurre en el hecho. Además el hecho puede ser de la naturaleza o del hombre, en cambio, el acto jurídico es siempre un acto voluntario.

**Acto jurídico procesal** es la especie dentro del género acto jurídico, y podemos decir que es *toda manifestación de voluntad tendiente a crear, modificar o extinguir una situación jurídica procesal, que puede ser una expectativa procesal, una obligación procesal o una carga procesal.*

## 2. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO JURÍDICO PROCESAL

- a) Normalmente está regulado por la ley procesal, pero supletoriamente le son aplicables las normas sustantivas;
- b) Necesariamente va concatenado con otros actos procesales, concatenación que es esencial porque todos ellos persiguen como finalidad de solución del respectivo conflicto. La concatenación tiene enorme importancia desde el punto de vista de la nulidad procesal, porque ésta es una sanción que se aplica cuando un acto procesal no cumple con sus requisitos legales, lo que trae como consecuencia no sólo la desaparición del acto vicioso sino también de todos los otros que son su necesaria consecuencia.
- c) Normalmente son formales. Por ende hay que observar ciertas y determinadas ritualidades, que son más o menos complejas según la naturaleza del acto procesal.
- d) Están precedidos por el principio de la preclusión.

## 3. CLASIFICACIONES DE LOS ACTOS JURÍDICOS PROCESALES

### 3.1 Propiamente tales y acuerdos o negocios procesales

- a) **Propiamente tales.** Son aquellos que surgen de la voluntad de una parte o persona, por ejemplo, la demanda.
- b) **Acuerdo o negocio procesal.** Son aquellos que surgen de la voluntad de dos o más partes o personas, por ejemplo, la prórroga de la competencia. A su vez se subclasifican en:
  - b.1) **Acuerdo Procesal.** Cuando el concurso de voluntades solamente va destinado a producir efectos procesales.
  - b.2) **Negocio Procesal.** Si se producen efectos procesales y extra procesales.

### 3.2 Del tribunal, de las partes y de terceros.

#### 3.2.1 Del tribunal

Estos actos pueden emanar del tribunal mismo o de sus auxiliares.

Los actos del tribunal se pueden subclasificar en:

- a) Actuaciones judiciales.
- b) Resoluciones judiciales.

Las actuaciones y las resoluciones están en relación género a especie, toda resolución es una actuación judicial, pero no toda actuación es una resolución judicial. Por ejemplo, el juez que actúa en un remate de un bien raíz como martillero está realizando una actuación judicial y no una resolución judicial.

A su vez, las actuaciones judiciales se subclasifican en:

a.1) Actuaciones de decisión, se traducen en resoluciones judiciales de decisión reflejando un acto volitivo del tribunal, como una sentencia definitiva, una sentencia interlocutoria o un auto.

a.2) Actuaciones de ordenación, también se traducen en resoluciones de ordenación, donde no se refleja la voluntad de decidir, sino que simplemente regulan la buena marcha del proceso. Por ejemplo, decretos, providencias y proveídos.

a.3) Actuaciones de recepción, consiste en recibir presentaciones de las partes o terceros, v.g., las probanzas que se vayan rindiendo, los encargos del tribunal, etc. En estas actuaciones tampoco hay voluntad de resolver, sino de reunir los antecedentes necesarios para que se complete el proceso y llegar así a la decisión final.

a.4) Actuaciones de comunicación, son aquellas destinadas a poner en conocimiento de las partes o de terceros la realización de un determinado acto procesal, por ejemplo, las notificaciones, carteles, etc.

### 3.2.2 De las partes

Los actos de las partes también son susceptibles de clasificación, distinguiendo así:

a) **Actos de disposición**. Son actos que producen efectos en el proceso. Pueden ser, bilaterales, si se trata de acuerdos o negocios procesales, como la prórroga de la competencia o el pacto de compromiso, y unilaterales, donde interviene una sola parte, como el desistimiento de la demanda o el allanamiento.

b) **Actos de obtención**. Son aquellos encaminados al reconocimiento de la pretensión o de alguna situación jurídica beneficiosa en el proceso.

Los actos de obtención pueden ser:

b.1) **Actos de petición**, consisten en solicitar al tribunal el pronunciamiento frente a un determinado requerimiento. Por ejemplo, la demanda, la contestación de la demanda o las excepciones dilatorias.



b.2) **Actos de afirmación**, tienen una importancia capital precisamente por la estructura dialéctica del proceso, ya que es de la naturaleza de éste que haya afirmaciones seguidas de negaciones. En consecuencia, ambas partes normalmente están cargadas de afirmar los elementos fácticos de la pretensión y contrapretensión respectivamente.

b.3) **Actos de aportación de pruebas**. Son aquellos destinados a aportar pruebas con las finalidades de producir los medios de convicción necesarios para la reconstruir la verdad material o suficiente, según la naturaleza del proceso, de manera tal que coloque al tribunal en situación de asegurar debidamente su decisión. Los actos de aportación de pruebas son de dos tipos: **proposición de pruebas**, es aquel que realiza la parte señalando la forma en que pretende rendirla y, **producción de prueba**, es el acto mismo donde interviene la parte y se produce la materialización probatoria correspondiente.

### 3.2.3 De terceros

Son aquellos que provienen de terceros que no son parte de la relación procesal, por ejemplo, los testigos y los peritos.

En los actos de los terceros se pueden distinguir:

a) **Actos de aportación de prueba**: Son aquellos que producen o contribuyen a producir un medio probatorio.

b) **Actos de cooperación**: Aquellos que prestan su auxilio a las finalidades del proceso. Por ejemplo, que un tercero sea depositario de un bien en litigio.

## 4. ACTOS DE DECISIÓN Y ORDENACIÓN DEL TRIBUNAL

Tanto los actos de decisión como los actos de ordenación, se traducen en resoluciones judiciales.

Se puede definir a las resoluciones judiciales señalando que son *actos procesales del tribunal, o de sus auxiliares, llamados a decidir en torno al conflicto, un elemento accesorio del proceso, o bien llamados a ordenar su desarrollo*.

De este concepto se desprenden las cuatro principales resoluciones judiciales, tres de las cuales son típicos actos de decisión, y la cuarta es sólo expresión de actos de ordenación.

- a) Sentencia definitiva.
- b) Sentencia interlocutoria.
- c) Autos.
- d) Decretos, proveídos o providencias.

Esta clasificación tiene importancia desde diferentes puntos de vista:

- a) En cuanto a los requisitos formales de cada una de las resoluciones.
- b) En cuanto a su forma de notificación. Tratándose de sentencias definitivas de primera instancia, la ley es particularmente exigente en su notificación. También lo es respecto de algunas sentencias interlocutorias y es menos exigentes en relación a los autos y decretos.
- c) Desde el punto de vista de los recursos procesales, porque dependiendo de su naturaleza, serán o no admisibles ciertos recursos.
- d) Desde el punto de vista de la cosa juzgada y el desasimio del tribunal. Así el efecto de la cosa juzgada se da sólo respecto de las sentencias definitivas o interlocutorias firmes o ejecutoriadas y no se produce nunca respecto de autos y decretos. El fenómeno del desasimio se produce respecto de las sentencias definitivas e interlocutorias, sin que importen si están o no firmes.

#### 4.1 Sentencia definitiva

El artículo 158 inciso 2° C.P.C. señala que *sentencia definitiva es aquella que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto de juicio* (la cuestión controvertida).

Para que una sentencia definitiva sea tal, debe:

- a) **Poner fin a la instancia.** Instancia es grado jurisdiccional, lo que significa que en dicho grado jurisdiccional, que es un conjunto de actuaciones, es posible debatir y resolver las cuestiones de hecho y de derecho.

En nuestro sistema, la regla general es el principio de la doble instancia (doble grado jurisdiccional), de manera tal que todas las cuestiones de hecho y derecho que constituyen el asunto, puede ser revisadas por la segunda instancia, la que se abre normalmente con la apelación. El apelante tiene la facultad de plantear o señalar cuáles son las cuestiones que él pretende que sean revistas. En consecuencia, el ámbito de la segunda instancia está determinado por la pretensión del apelante.

La apelación no es la única manera de abrir la segunda instancia, pues también existe la *consulta*, que es un trámite sustitutivo a la apelación, cuando la ley expresamente lo ordena.

Cabe destacar que la casación, particularmente la casación en el fondo, no es instancia, ya que no conoce de los hechos y del derecho, sino que sólo de éste último.

Finalmente hay que señalar que no sólo la sentencia definitiva pone fin a la instancia, por cuanto hay otras resoluciones que también lo hacen, pero que no resuelven el asunto controvertido, ejemplos de ellas son la sentencia interlocutoria que declara el abandono del procedimiento, la interlocutoria que acepta el desistimiento de la demanda, la interlocutoria que acoge la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal.

- b) **Resolver el asunto o cuestión controvertida.** Significa pronunciarse sobre la pretensión y la contrapretensión. O bien, usando el lenguaje del Código, pronunciarse sobre todas las acciones y excepciones, salvo aquellas que sean incompatibles con lo resuelto.

Es interesante constatar que así como existen resoluciones que ponen fin a la instancia sin resolver el asunto controvertido, también existen sentencias que resuelven el asunto controvertido sin poner fin a la instancia. Por ejemplo, la sentencia que dicta la Corte Suprema inmediatamente después de acoger un recurso de casación en el fondo (sentencia de reemplazo), no ponen fin a ninguna instancia porque no es instancia. Sin embargo, resuelve el asunto controvertido. También el recurso de queja contra una sentencia definitiva, si es acogido. En este caso la sentencia que se dicta resuelve el asunto controvertido, pero no es definitiva porque el recurso de queja tampoco constituye instancia.

La sentencia definitiva puede ser de única, primera o segunda instancia, en función de la admisibilidad del recurso de apelación o si la sentencia es dictada en virtud de un recurso de apelación.

## 4.2 Sentencia interlocutoria

Se encuentra regulada en el artículo 158 inciso 3°. *Es la que falla un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes para las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.*

De acuerdo al concepto se desprende que la sentencia interlocutoria puede ser de dos tipos.

### 4.2.1 Sentencia interlocutoria de primera clase.

*Es aquella que resuelve un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes para las partes.*

El primer requisito de este tipo de sentencia interlocutoria es que **resuelva un incidente**. Esto es una cuestión accesoria al juicio que necesita del pronunciamiento especial por parte del tribunal. Cabe hacer notar que no todo incidente es resuelto por una sentencia interlocutoria, sino que hay ciertos y determinados incidentes que por mandato del legislador son resueltos por un auto. La gran diferencia es que la sentencia interlocutoria de primera clase **establece derechos permanentes**, lo que significa que una vez firme o ejecutoriada adquiere la fuerza de la cosa juzgada. En cambio, el auto nunca establece derechos permanentes ni tampoco adquiere el efecto de cosa juzgada. Así, por ejemplo, frente a una escritura pública el tribunal otorga a la parte contraria un plazo de tres días para formularle observaciones, si la parte lo tacha de falsedad porque no fue otorgado por el notario que corresponde, es menester una sentencia interlocutoria que resuelva este incidente.

El legislador en ciertos casos, ordena que un trámite se ciña a las reglas procedimentales de los incidentes. Es decir, que determinadas cuestiones tengan tramitación incidental aun cuando técnicamente no sean propiamente incidentes. Por ejemplo, la tramitación de las excepciones dilatorias en el juicio ordinario de mayor cuantía. Se ha entendido que cuando el

legislador ordena que una cuestión se tramite como incidente, la resolución que lo resuelva será interlocutoria de primera clase o un auto.

#### **4.2.2 Sentencia interlocutoria de segunda clase.**

*Son aquellas que resuelven sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria.*

A diferencia de la sentencia interlocutoria de primera clase, esta interlocutoria no es consecuencia de un incidente, sino que está inserta en la tramitación de la cuestión principal o en la tramitación de otro incidente, porque resuelve acerca de un trámite que va a servir para la dictación de una sentencia definitiva o interlocutoria. Por ejemplo, la resolución que recibe la causa prueba, pues ésta sirve de base para el período probatorio y ulteriormente para la dictación de la sentencia definitiva.

Es interesante destacar que el legislador no ha dicho si esta interlocutoria establece derechos permanentes para las partes, pero la jurisprudencia en forma reiterada ha señalado que una sentencia interlocutoria de segunda clase firme o ejecutoriada, produce el efecto de cosa juzgada.

#### **4.3 Los autos**

El C.P.C. en artículo 158 inciso 4° señala un concepto residual, puesto que es "*la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior*", es decir, *resuelve un incidente sin establecer derechos permanentes para las partes.*

El auto resuelve incidentes, al igual que la sentencia interlocutoria de primera clase, pero no adquiere nunca el efecto de cosa juzgada ni produce el desasimio del tribunal. Por lo tanto, siempre son modificables. Son ejemplos de autos, la resolución que decreta alimentos provisorios; la resolución que concede o deniega el privilegio de pobreza; la resolución que declara la interdicción provisorias; la resolución que concede medidas precautorias.

El rasgo común de estos tres tipos de resoluciones judiciales es la voluntad de decisión del tribunal, hay un querer implícito o explícito, en cambio, en los decretos, providencias o proveídos hay sólo una voluntad de ordenación.

#### **4.4 Decretos, providencias o proveídos**

En su concepto legal también hay un criterio residual, insistiendo en que se persigue a través de éste determinar o arreglar la substanciación del proceso:

*“Se llama decreto, providencia o proveído el que, sin fallar sobre incidentes o trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene solo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso”* (artículo 158 inciso final)

No producen nunca cosa juzgada ni el desasimiento del tribunal.

#### **4.5 Requisitos de las resoluciones judiciales**

Hay que distinguir entre requisitos generales o comunes a toda resolución judicial y requisitos específicos de cada resolución judicial.

##### **4.5.1 Requisitos generales o comunes a toda resolución judicial**

a) Debe expresar en letras el lugar y fecha de su expedición, por ejemplo, Santiago, tres de septiembre de dos mil once (inciso 1° artículo 169).

b) Debe llevar la firma del juez o de los jueces que la dicten o intervengan en el acuerdo (inciso 1° artículo 169). Excepción a esta regla se encuentra en el inciso 2° que señala que si después de acordada una resolución por varios jueces se imposibilita uno de ellos, basta dejar testimonio en el mismo fallo.

c) Debe llevar la firma de un ministro de fe autorizante, exigencia que arranca del artículo 61 inciso final que dispone que tratándose de actuaciones judiciales, es esencial para su validez la firma del ministro de fe.

Este requisito está en las actuaciones judiciales y no en las resoluciones, pero como las resoluciones son un tipo de actuación judicial, se entiende que también les son aplicables.

En relación al ministro de fe autorizante, lo normal es que sea el secretario del respectivo tribunal, o quien lo subrogue o lo reemplace. Sin embargo, hay ciertas resoluciones judiciales que pueden tener otro ministro de fe autorizante:

- las resoluciones que se dicten durante la audiencia de prueba testimonial tendrán como ministro de fe al receptor,
- las resoluciones que dictan los árbitros arbitradores,
- las sentencias definitivas que dictan los árbitros arbitradores que requieren dos testigos de actuación.

Las resoluciones que dictan los demás árbitros (de derecho y mixtos) sí requieren de ministro de fe autorizante, que puede ser un notario o el secretario de un juzgado o tribunal superior y que es designado por el árbitro.

#### 4.5.2 Requisitos de la primera resolución judicial

Son requisitos de esta primera resolución:

a) La indicación de un número de orden: Rol o Ingreso de Corte, el que figurará en el respectivo expediente hasta el término de la causa. Este número es esencialmente importante, porque sirve para individualizar el expediente (y el juicio) cuando se notifiquen resoluciones por el estado diario.

Este número de orden cambia cuando el asunto pasa a ser conocido por otro tribunal. Por ejemplo, cuando hay acumulación de autos, o cuando se deduce algún recurso procesal que debe ser resuelto por el superior jerárquico. Así cuando un expediente ingresa a la Corte de Apelaciones en virtud de un recurso de apelación, aquélla le asigna un “ingreso de corte”. Lo mismo sucede cuando el recurso es conocido por la Corte Suprema.

b) Fue requisito la fijación de la cuantía o la declaración de que el asunto era de cuantía indeterminada. Sin embargo por costumbre se sigue cumpliendo a nivel de los tribunales de letras.

#### 4.5.3 Requisitos de la sentencia definitiva de primera instancia en materia civil

Son fuentes de los requisitos de la sentencia definitiva el artículo 170 C.P.C.; el auto acordado sobre formas de las sentencias, dictado en virtud de una potestad delegada (apéndice del C.P.C.) y los artículos 83 y 85 C.O.T.

La sentencia definitiva tiene tres partes perfectamente distinguibles: expositiva, considerativa y resolutive. Eventualmente encontramos la parte enunciativa y la parte de decisiones accesorias.

##### a) Parte expositiva

El profesor Darío Benavente señala que es la parte *“donde se cuenta el cuento”*, pues es donde se enmarca el conflicto.

El legislador ha señalado cuáles son los elementos integrantes de esta parte. Así el artículo 170 del C.P.C. dispone que la sentencia definitiva de primera instancia contendrá:

##### a.1) La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio (artículo 170 N° 1).

Esto guarda estrecha relación con lo establecido en el auto acordado, designación precisa del as partes, principales y secundarias, su domicilio y su profesión a oficio;

##### a.2) La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos (artículo 170 N° 2).

**a.3) Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el reo (artículo 170 N° 3).**

Los N° 2 y 3 del artículo 170 en relación con el N° 2 del auto acordado señala que en la parte expositiva debe contenerse la enunciación breve de las peticiones y acciones deducida por el demandante. A su vez el N° 3, establece la misma enunciación para las excepciones o defensas deducidas por el demandado.

El auto acordado explicita estas dos menciones y agrega que no deben transcribirse íntegramente todas las solicitudes de las partes litigantes, sino que en forma extractada, salvo aquellas peticiones que por su naturaleza exijan transcripción íntegra para una mejor comprensión.

Los numerales 1, 2 y 3 son importantes porque determinan cuáles son los componentes subjetivos y objetivos de la relación procesal, es decir, las partes y el conflicto compuesto por las acciones y peticiones, que conforman la pretensión del demandante y las excepciones y defensas, que forman la contrapretensión del demandado. Y es esencial fijar este marco porque la cosa juzgada se refiere necesariamente a la triple identidad de partes, cosa pedida y causa de pedir.

El auto acordado complementando el artículo 170 señala, en su N° 3, que debe también indicarse si se recibió o no la causa prueba, además si las partes fueron citadas o no a oír sentencia.

La citación para oír sentencia es la cima del debate en la instancia respectiva y abre el período de sentencia. En primera instancia, es una resolución simple cuya naturaleza jurídica es ser una sentencia interlocutoria de segunda clase; en segunda instancia, es un trámite complejo. Asimismo, es un trámite esencial en todos los procedimientos, de manera tal que si se omite la sentencia puede ser casable en la forma.

**b) Parte considerativa.**

Es la parte más rica jurídicamente y se encuentra regulada en el N° 4 y 5 del artículo 170 del C.P.C. en relación a los números 9 y 10 del auto acordado.

**b.1) Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia (artículo 170 N° 4).**

**b.2) La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.**

Cuando se dictó el auto acordado los ministros de la Corte Suprema insistieron en la estructura lógica que debe tener esta parte considerativa, donde han de señalarse separadamente los hechos de la causa y el derecho aplicable. Para tal efecto debe indicar cuáles hechos se dan por establecidos y en virtud de qué probanzas, y además debe señalar los fundamentos de derecho que permitieron su aplicación específica al caso concreto.

Todo lo anterior se debe ir concatenado lógicamente, de suerte que la sentencia sea una cadena lógica perfecta, donde primero se fijan los hechos y luego se va haciendo el análisis jurídico, de manera que cualquier persona pueda entender cuál fue el raciocinio del juez.

La sentencia definitiva civil de primera instancia es dictada normalmente por un tribunal unipersonal. Sin embargo, los artículos 83 y 85 C.O.T. se refieren a los acuerdos en los tribunales colegiados que van surgiendo de la discusión o enfrentamiento de sus integrantes. Para que esta resolución sea productiva, el legislador ha establecido normas, principios o directrices que están lógicamente contruidos y tanto los tribunales colegiados como los unipersonales deben seguir.

El artículo 83 C.O.T establece que los jueces deben observar las reglas siguientes para dictar el fallo:

- Establecer con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse.
- Resolver por separado cada uno de los hechos sobre los cuales hubo debate en cuanto a su exactitud o falsedad.
- Que las cuestiones resueltas sirvan de base lógica para la decisión de las demás cuestiones.
- La aplicación de las leyes que fueren del caso.
- Resolver por separado las cuestiones de derecho que se hubieren suscitado, y las resueltas deben servir de base para la resolución de las demás.
- La resolución final del asunto.

### c) Parte resolutive

**c.1) La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas (artículo 170 N° 6).**

En principio, la parte resolutive del fallo debe pronunciarse sobre todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer.

Cabe preguntarse si el término **excepciones** se ha usado en sentido estricto o en un sentido lato. La jurisprudencia se ha inclinado por el sentido restringido, por lo tanto, el fallo puede no pronunciarse sobre otras alegaciones o defensas que no sean excepciones.

El principio que exige el pronunciamiento sobre las acciones y excepciones, tiene una muy calificada excepción en el sentido que si el tribunal se pronuncia sobre cierta acción puede omitir pronunciarse sobre otras incompatibles con la resuelta. Lo mismo rige para el caso de las excepciones. En una misma demanda se pueden intentar acciones incompatibles, planteándose unas en subsidio de las otras. Al respecto la sentencia no se pronunciará sobre las acciones incompatibles con la resuelta. Así si se oponen las excepciones de cosa juzgada, de pago y de prescripción, y el tribunal acoge la de cosa juzgada, naturalmente no se pronunciará sobre las otras excepciones porque son incompatibles con lo resuelto.



**d) Parte enunciativa**

Es eventual y sólo tiene cabida en las resoluciones dictadas por tribunales colegiados, y precisamente contiene los votos disidentes y las prevenciones.

**d.1) Voto disidente.** Es la manifestación de uno de los integrantes del tribunal que no concuerda con el voto de mayoría. Es decir, se produce un divorcio entre la mayoría legal del tribunal y el disidente. Cuando éste no concuerda debe señalar las razones en la que sustenta su voto.

**d.2) Voto de prevención.** Quien previene concuerda con la decisión, pero señala razones especiales que refuerzan su decisión o bien hace presente que no coincide con alguno de los racionios de la mayoría.

**e) Parte de decisiones accesorias.**

Las posibles decisiones accesorias son el pronunciamiento sobre las tachas de los testigos y el pronunciamiento sobre costas.

**e.1) Tachas de los testigos.**

La tacha de los testigos se encuentra regulada en los artículos 373 y ss. C.P.C. y tienen lugar cuando estos terceros tienen ciertas y determinadas inhabilidades que les impide testificar, sea porque no pudo percibir los hechos o porque le falta imparcialidad. Entonces, la parte contraria puede invocar a su respecto una tacha. La regla muy general, es que frente a las tachas el tribunal no se pronuncia de inmediato, sino que las deja para resolverla en definitiva.

Esta es una resolución accesoria porque no resuelve el asunto controvertido, sino que una cuestión accesoria al juicio mismo, y técnicamente en esta parte la sentencia definitiva es sentencia interlocutoria de primera clase porque establece derechos permanentes. Lo que tiene gran importancia, porque la jurisprudencia reiteradamente ha fallado que si la sentencia definitiva, por error, no se pronunciará sobre las tachas no es casable en la forma porque no hay falta de decisión del asunto controvertido.

**e.2) Pronunciamiento sobre costas.**

Las costas (artículos 138 y ss. C.P.C.) son desembolsos económicos que realiza cada parte durante el juicio, las que pueden ser personales o procesales.

La parte que ha sido totalmente vencida en el juicio puede ser condenada en costas, salvo que el tribunal declare que ha litigado con motivo plausible. Hay procedimientos en que precisamente debe imponerse el pago de costas. Por ejemplo, el ejecutante o el ejecutado en el juicio ejecutivo. Las costas, en el fondo, constituyen un crédito de una parte contra la otra.

La condenación en costas la impone el tribunal como una decisión accesoria, y se ha dicho por la jurisprudencia (cuestión dudosa) que se puede imponer incluso a falta de petición.

Las costas no sólo proceden en el juicio, sino que también es posible que se den respecto de los recursos procesales, es decir, que la parte vencida en un recurso sea condenada en costas.

#### 4.5.4 Requisitos de la sentencia definitiva de segunda instancia en materia civil

Si el fallo de primera instancia cumple con todos los requisitos formales y este fallo llega al tribunal de segunda instancia en grado de apelación o, muy eventualmente, por la vía de la consulta, hay que distinguir si el fallo es confirmatorio, revocatorio o modificatorio. Es *confirmatorio* si la Corte reitera la decisión del tribunal de primera instancia en su totalidad, y será fallo *revocatorio* o *modificatorio* si las mantiene parcialmente o las elimina en su totalidad fallando en sentido contrario.

Si la sentencia es confirmatoria puede, no necesariamente debe, remitirse en su totalidad a la sentencia de primera instancia y fallar simplemente: *Santiago, cinco de enero de dos mil doce. Vistos. Se confirma la sentencia definitiva de fecha y fojas tanto. Firma de los jueces y rol de la causa.* En este caso hay una remisión completa a la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, aun cuando la sentencia de segunda instancia sea confirmatoria, puede señalar razones adicionales para confirmar o suprimir alguno de los contenidos de la sentencia de primera instancia, o corregir algunos errores o conceptos en los cuales no coincida.

Si la sentencia de segunda instancia es revocatoria o modificatoria debe contener los mismos requisitos de la sentencia de primera instancia, pero está permitido que esta sentencia se remita a ciertas partes de la sentencia revocada o modificada. Por ejemplo, da por íntegramente reproducida la parte expositiva, o por reproducidos algunos de los racionios o considerandos, suprimiendo o modificando sólo otros, y sustituyendo y modificando, necesariamente, la parte resolutive.

Cuando la sentencia de segunda instancia es revocatoria dirá en su parte resolutive: "*se revoca la sentencia apelada y se declara, en cambio...*"; y cuando es modificatoria dirá: "*se revoca la sentencia apelada sólo en cuanto...*", en este caso indica la parte que revoca confirmándose lo demás.

#### 4.5.5 Requisitos de las sentencias interlocutorias

a) Sentencia interlocutoria de primera o única instancia.

a.1) De primera clase. Debe contener los requisitos comunes a toda resolución judicial, y además como resuelve un incidente, debe contener la resolución de la cuestión accesoria que requiere un pronunciamiento especial y las razones de hecho o de derecho que motivaron tal decisión, o en su defecto los principios de equidad. Finalmente, puede contener la decisión sobre las costas.

a.2) De segunda clase. Debe contener los requisitos formales que la ley específica ha señalado y que depende del trámite acerca del cual se pronuncie y también los requisitos comunes a toda resolución judicial.

b) Sentencia interlocutoria de segunda instancia. Se aplican las mismas reglas de la sentencia definitiva de segunda instancia.

#### **4.5.6 Requisitos de los autos**

Son los mismos requisitos de la sentencia interlocutoria de primera instancia (artículo 171 C.P.C.)

#### **4.5.7 Requisitos de los decretos, providencias o proveídos**

No tienen requisitos especiales; sólo los generales de toda resolución judicial.

#### **4.5.8 Efectos de las sentencias definitivas e interlocutorias**

##### **a) Desasimio del tribunal**

El desasimio implica que el tribunal libera la resolución y ésta empieza a tener vida propia, lo que se traduce en una prohibición para el tribunal en el sentido que no puede modificar de manera alguna la sentencia definitiva o interlocutoria, salvo las excepciones legales.

El principio del desasimio, además de tener valor de certeza jurídica, es importante porque da protección al juez para que no sea objeto de presiones de los litigantes o de terceros para que modifique la sentencia.

El desasimio se produce a partir del momento en que se notifica la resolución a *alguna de las partes*, por tanto no es necesario que la notificación sea a las dos partes (artículo 182 C.P.C.).

Este principio tiene dos excepciones:

a) Aclaración o interpretación. Procede sólo a petición de parte cuando la resolución es oscura y se pide al tribunal que interprete o aclare su fallo. No existe un plazo para interponerla y el tribunal puede resolverla de plano, o bien, darle tramitación incidental. Si acoge el “recurso” aclarará la sentencia. Su interposición puede o no interrumpir el trámite de la cuestión principal, según las circunstancias, o suspender o no la ejecución de la sentencia de que se trate.

b) Rectificación o enmienda. Aquí se está ante una resolución que adolece de errores de copia, referencia, cálculo numérico, etc. los que pueden ser corregidos de oficio por el tribunal dentro del plazo de cinco días contados desde la primera notificación, o bien, a petición de las partes, quienes no tienen plazo para solicitarlo. Esta excepción es más aparente que real porque no se sustituye el querer original del juez. No hay un cambio en su voluntad.

## **b) Efecto de cosa juzgada**

*La cosa juzgada es el efecto de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes en virtud del cual se vuelven inmutables, inimpugnables y eventualmente coercibles.*

La cosa juzgada puede hacerse valer como acción o como excepción. Como acción, cuando se insta por el cumplimiento de lo resuelto (coercible) y, como excepción, cuando en valor de su invocación se impide que se abra debate sobre cuestiones ya definitivamente falladas. En todo caso, sea que se alegue como acción o como excepción puede hacerse valer dentro del respectivo proceso o fuera de él, siempre y cuando se dé la triple identidad: personas, cosa pedida y causa de pedir.

### **b.1) Sentencia firme o ejecutoriada**

Se entiende que la sentencia definitiva o interlocutoria está firme o ejecutoriada cuando no es susceptible de ser modificada en razón de recursos procesales, y pasa a ser inmutable e inimpugnable. Lo anterior es válido respecto de sentencias firmes o ejecutoriadas que producen cosa juzgada sustancial, pero si se trata de cosa juzgada formal –puede intentarse la misma acción en otro procedimiento distinto- se dan con menos rigor estas dos características.

Algunos autores sostienen que la inmutabilidad e inimpugnabilidad no es tal ya que siempre proceden recursos procesales, aún contra de sentencias ejecutoriadas, específicamente el recurso de revisión. Sin embargo, hay que entender que el recurso de revisión es más bien una acción procesal y no un recurso procesal.

Para determinar en qué momento la sentencia se encuentra firme hay que distinguir (artículo 174 C.P.C.)

i) Cuando no proceden recursos procesales en su contra, la sentencia se entiende ejecutoriada a partir de que se haya notificado a las partes.

ii) Cuando proceden recursos procesales en su contra:

- No se interponen los recursos. Se entiende firme o ejecutoriada transcurridos que sean los plazos para interponerlos y en el caso de la sentencia definitiva se requiere, además, que este hecho sea certificado por el secretario del tribunal.

- Se interponen los recursos procesales. Estará firme la sentencia a partir de la notificación del cúmplase.

## **b.2) Sentencia que causa ejecutoria**

Es aquella que no obstante proceder en su contra recursos procesales o bien estando pendiente su resolución, puede obtenerse su cumplimiento. En otras palabras, la sentencia que causa ejecutoria es mutable e impugnabile, pero puede cumplirse, no obstante las posibles impugnaciones pendientes.

Para que cause ejecutoria es necesario que el legislador lo señale, ya que la regla general es que las sentencias impugnadas no pueden ser cumplidas. Puede decirlo expresamente "causa ejecutoria", o implícitamente, cuando dispone que la apelación se concede en el solo efecto devolutivo, o que por la interposición del recurso no se suspende el cumplimiento de la resolución recurrida.

En todo caso, el cumplimiento en el "intertanto" es provisional, y quedará firme sólo si los recursos procesales no prosperan. Si tienen éxito quedará sin efecto el cumplimiento y se retrotraerá la situación a la anterior a dicho cumplimiento.

El motivo de que existan estas resoluciones que causan ejecutoria es la desconfianza del legislador, pues la interposición del recurso podría ser sólo con fines dilatorios. No obstante lo anterior, existen contra excepciones, como la orden de no innovar en virtud del cual la sentencia impugnada, a pesar de que causa ejecutoria, no puede ser cumplida mientras el recurso no sea resuelto.

## **4.5.9 Otras resoluciones judiciales**

### **a) Sentencia de término**

Es aquella que pone fin a la última instancia. En consecuencia, la sentencia de término es aquella que no es apelable ni revisable por la vía de la consulta. Son sentencias de término las sentencias de única o segunda instancia.

Sentencia de término no significa sentencia ejecutoriada o irrecurrible, por cuanto puede ser objeto de otros recursos procesales distintos de la apelación. Por ejemplo, casación en la forma o en el fondo.

La sentencia de término es una acepción de carácter doctrinario y legal.

**b) Sentencia de casación**

Es aquella que resuelve un recurso de casación en la forma o en el fondo o se dicta de oficio en los casos de casación de oficio.

Esta sentencia no puede ser clasificada en sentencia definitiva ni interlocutoria, pero por práctica judicial tiene la misma estructura que la sentencia definitiva.

**c) Sentencia de queja**

Recae en un recurso de queja o cuando la Corte, en materias propia del recurso de queja, actúa disciplinariamente de oficio. La sentencia de queja tiene forma muy abreviada cuando se rechaza el recurso, y una forma más completa cuando se acoge.

**d) Sentencia de reemplazo**

Es aquella que dicta la Corte de Apelaciones o Suprema cuando acoge el recurso de casación, resolviendo la cuestión que es materia de conflicto.

La sentencia de reemplazo se dicta siempre que se acoge el recurso de casación en el fondo; también cuando se acoge el recurso de casación en la forma y no procede el reenvío. También se dictará sentencia de reemplazo, cuando sea procedente, en la casación de oficio.

**4.6.0 Unidad o complejidad de las resoluciones judiciales**

La complejidad de las resoluciones judiciales surge muchas veces en el curso del proceso se dictan resoluciones que aparentemente tiene una calidad o categoría, pero si se analizan detenidamente se pueden hacer distingos. Por ejemplo, cuando la sentencia definitiva en su parte final dice "archívese en su oportunidad", en esta parte esa resolución es un decreto, providencia o proveído.

La diversidad de resoluciones judiciales tiene gran importancia teórica y práctica en función de los recursos procesales, así en el ejemplo analizado procedería recurso de reposición y no apelación.

**5. ACTUACIONES JUDICIALES**

Las *actuaciones judiciales* son *actos jurídicos procesales realizados durante el proceso por el órgano jurisdiccional, sus auxiliares, las partes o terceros.*

Hay que recordar que entre las actuaciones judiciales y las resoluciones judiciales hay una relación género a especie. Pero hay otros puntos de comparación, así las resoluciones

judiciales son generalmente más solemnes que las actuaciones judiciales, además, en las resoluciones sólo interviene el órgano jurisdiccional. En cambio en las actuaciones judiciales pueden ser realizadas por el órgano jurisdiccional, por las partes o por terceros.

## 5.1 Modalidades y características

a) El artículo 59 C.P.C. establece que las actuaciones judiciales *deben practicarse en días y horas hábiles*.

Son días hábiles los no feriados y son feriados aquellos a que la ley les da esa calidad. También es inhábil el feriado judicial que comprende del 1° de febrero al primer día hábil de marzo. Cabe hacer notar que el feriado judicial sólo es aplicable a las materias que la ley señala. Así por ejemplo, no procede en materia laboral y penal\*.

Son horas hábiles las comprendidas entre las 8 y las 20 horas.

De acuerdo al artículo 60 C.P.C., los tribunales a petición de parte pueden habilitar días y horas inhábiles para la práctica de actuaciones judiciales, cuando la causa sea urgente, esto es, aquellas cuya dilación puede provocar grave daño al interesado, a la buena administración de justicia, o hacer ilusoria una providencia judicial. El tribunal aprecia la urgencia de la causa y resuelve sin ulterior recurso.

b) El artículo 61 C.P.C. dispone que *de toda actuación debe dejarse testimonio escrito en el expediente*, con indicación del lugar, día, mes y año en que tenga lugar. Señala además, que deben ser firmadas por todas las personas que hayan intervenido; y si alguna no sabe o se niega a hacerlo, se expresará esa circunstancia.

El inciso final contiene una norma de gran relevancia, ya que señala que la autorización del ministro de fe es un requisito esencial para la validez de la actuación.

c) Hay actuaciones judiciales en las que es necesario tomar juramento a alguno de los concurrentes. Por eso el artículo 62 se refiere a la forma en que debe practicarse, señalando las frases sacramentales respectivas: ¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar? (testigo), o bien, ¿Juráis por Dios desempeñar fielmente el cargo que se os confía? (perito, árbitro). El interrogado debe responder: "Sí juro".

Como se desprende de la lectura de este artículo hay una invocación a la divinidad, sin embargo, los nuevos procedimientos permiten "prometer" y no jurar.

d) El artículo 63 del C.P.C. se refiere a la necesidad de intérprete. En estos casos se recurre en primer lugar, al intérprete oficial, y a falta de éste, al que designe el tribunal.

Los intérpretes deben reunir los mismos requisitos que los peritos y tienen el carácter de ministros de fe en la actuación, además deben prestar juramento para el fiel desempeño de su cargo.

---

\* El feriado judicial fue suprimido por la Ley 20.774, por lo que ya no se encuentra vigente.

## 5.2 Forma de decretar las actuaciones judiciales (artículo 69 C.P.C.)

### 5.2.1 Con citación

Decretar una actuación judicial *con citación*, significa que el tribunal accede a la solicitud, pero la parte contraria tiene un plazo de tres días para oponerse. Si no se opone se puede llevar a cabo la actuación. Por el contrario, si se opone surge un incidente que deberá ser resuelto por una sentencia interlocutoria o un auto, según corresponda. Por ejemplo, se solicita la apertura de un término extraordinario para rendir prueba dentro de la República, el tribunal proveerá "*como se pide, con citación*".

La citación es un trámite esencial, tanto en primera como en segunda instancia, y su omisión puede ser causal del recurso de casación en la forma.

### 5.2.2 Con audiencia

Esta situación no se encuentra regulada en el artículo 69 C.P.C.

Decretar *con audiencia* significa que el tribunal da traslado por tres días a la parte contraria. Evacuado el traslado o en su rebeldía, el tribunal dicta la interlocutoria o el auto, accediendo o no a la actuación judicial.

En otras palabras, el tribunal no se pronuncia sobre la solicitud, sino que espera la reacción de la contraparte y luego resuelve. Por ejemplo, cuando se solicita la apertura de un término extraordinario para rendir prueba fuera de la República, el tribunal proveerá "*traslado*".

La gran diferencia entre ordenar una actuación con citación a ordenarla con audiencia es que en el primer caso el incidente es eventual. Sólo tendrá lugar si la contraparte se opone, en cambio, si se ordena con audiencia, el incidente es necesario y deberá fallarse mediante un auto o una sentencia interlocutoria.

La jurisprudencia ha dicho que cuando una actuación judicial se ordena con citación, no procede recurso de reposición en contra de esa resolución, ya que el plazo para reponer es de cinco días y si se aceptara se estaría ampliando el plazo fatal de tres a cinco días.

### 5.2.3 Con conocimiento

Cuando un tribunal decreta una actuación *con conocimiento* significa que accede a la solicitud, pero sólo se puede cumplir a partir de que la resolución que la ordena ha sido notificada a la parte contraria.

Hablar de "con conocimiento" o "previa notificación" es lo mismo, ya que es un término sacramental.



#### 5.2.4 De plano

Esta hipótesis tampoco se encuentra regulada en el artículo 69, pero es ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y significa que ante la solicitud de la parte el tribunal accede de inmediato y para llevarla a cabo no es necesario ni siquiera notificar a la contraparte. Por ejemplo, cuando el tribunal concede una medida precautoria.

### 6. ACTOS DE COMUNICACIÓN. LAS NOTIFICACIONES.

#### 6.1 Los actos procesales de comunicación.

Los actos procesales de comunicación son aquellos *actos procesales del tribunal o de sus auxiliares, que tienen por objeto poner en conocimiento de las partes, de otros tribunales, de una autoridad o de un tercero, la realización de un determinado acto procesal.*

De este concepto hay que destacar que el acto procesal que se comunica ya puede haber tenido lugar, o bien, está por realizarse. Por ejemplo, si se notifica una resolución judicial versus se notifica la fecha de un remate, respectivamente.

Los actos de comunicación constituyen el género, pudiéndose distinguir diversas especies, a saber, las notificaciones, los exhortos, los oficios, los avisos y otros actos menores como los carteles, los pregones y el llamado a viva voz.

#### 6.2 Las notificaciones

Se encuentran reguladas en los artículos 31 y ss. C.P.C. dentro de las reglas comunes a todo procedimiento. De esta suerte esta normativa es aplicable a todos los procedimientos civiles, penales y especiales, salvo norma expresa en contrario.

Aun cuando el objeto esencial de la notificación es poner en conocimiento de las partes o de terceros una resolución judicial, hay una diversa variedad de notificaciones, por ejemplos, las fictas donde no se pone en conocimiento la resolución sino que dan la posibilidad de tener conocimiento de ella.

*La notificación es el acto procesal del tribunal o de sus auxiliares de justicia, mediante el cual se pone en conocimiento de las partes o de un tercero la dictación de una resolución judicial o excepcionalmente de la realización de otro acto procesal.*

De esta definición se puede destacar que la notificación es un acto que emana del tribunal o de sus auxiliares (que integran el tribunal). Sin embargo, la notificación tácita no es propiamente acto del tribunal ni de sus auxiliares. Además es importante señalar que el notificado puede ser alguna de las partes del juicio, que es la regla general, o un tercero. Por

último, lo normal es que con la notificación se pongan en conocimiento resoluciones judiciales, pero excepcionalmente se pueden notificar otros acto procesales, como por ejemplo, en el antiguo proceso penal la notificación de la certificación de que el término probatorio se encontraba vencido.

### 6.2.1 Características o principios comunes a toda notificación

a) El artículo 38 C.P.C. establece un principio cardinal del derecho procesal, *las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de su notificación conforme a la ley*, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.

Lo anterior es una garantía del proceso de primera magnitud, porque sólo en virtud de la notificación y el eventual conocimiento que deriva de ella, se pueden hacer valer derechos en contra de una resolución que se estima agravante. Sin embargo, existen excepciones en sentido de que hay resoluciones que no requieren notificación e igualmente producen efectos para las partes, por ejemplo:

a.1) Artículo 201 C.P.C. Señala que si el apelante no comparece a la segunda instancia se declarará desierto el recurso, lo importante es que la resolución que declare la deserción producirá sus efectos respecto de aquél desde que se dicte y sin necesidad de notificación;

a.2) Si el apelado no comparece a la segunda instancia, se le tiene por rebelde por el solo ministerio de la ley para toda la instancia y le afectarán todas las resoluciones que se dicten sin necesidad de notificación (artículo 202).

a.3) Antes de la presentación de la demanda o antes de su notificación el demandante puede solicitar que se le concedan medidas precautorias con el objeto de asegurar el resultado de la acción deducida o que pretende deducir, si le son concedidas se pueden llevar a cabo aun antes de su notificación a la parte contraria, pero después de cumplidas necesitan ser notificadas a la parte a la que afectan (artículo 302 inciso 2°).

a.4) Auto de quiebra. La resolución que declara la quiebra es una sentencia definitiva, la que por razones sistemáticas y por ir envuelto un interés general de cautela respecto de todo el patrimonio del fallido, produce sus efectos en relación a éste sin necesidad de que le sea notificada.

a.5) Artículo 152 C.P.C. Se refiere al abandono del procedimiento, que es la sanción que se impone al demandante por haber incumplido con la carga del impulso procesal. El plazo para declararlo se cuenta desde la fecha de la última resolución recaída en una gestión útil, aun cuando no haya sido notificada.

- b) Salvo la notificación tácita y la notificación tácita especial, las notificaciones *son actos solemnes*, pues requieren de la intervención de un ministro de fe y el cumplimiento de los requisitos que la ley establece en cada caso en particular.
- c) La notificación *no requiere aceptación o consentimiento del notificado*. La notificación es un acto procesal propiamente tal que nace de la voluntad de quien lo realiza. No es una convención.
- d) Salvo la notificación tácita y la tácita especial, todas las otras formas de notificación requieren la *intervención de un ministro de fe* que normalmente es un receptor judicial y excepcionalmente el secretario del tribunal o el oficial primero bajo la responsabilidad del secretario.
- e) La *forma más perfecta de notificación sustituye a la menos perfecta*. Dentro de las distintas clases de notificación hay algunas más perfectas que otras, en el sentido que aseguran con mayor fuerza el real conocimiento de la resolución de que se trata. Así, si la ley exige, por ejemplo, que la notificación sea por cédula, es válido si en vez de realizarla por cédula se realiza personalmente.
- f) El ministro de fe *no debe recoger declaraciones del notificado* (artículo 57). Sin embargo hay ciertos y determinados casos en materia civil donde se recogen las declaraciones del notificado. Por ejemplo, cuando la notificación reviste forma de requerimiento.
- g) Las notificaciones deben realizarse en *días y horas hábiles o habilitables*. Son días hábiles los no feriados, y horas hábiles las comprendidas entre las 8 y las 20 horas. Sin embargo, la ley en esta materia se ha flexibilizado enormemente porque respecto de horas hábiles ha establecido, para ciertas formas de notificación personal, la posibilidad de realizarla entre las 6 y las 22 horas.

En relación a los lugares hábiles la regla general es que todos los lugares sean hábiles.

## 6.2.2 Clasificaciones de las notificaciones

### a) De acuerdo a su finalidad

- a.1) Simples notificaciones.** Son aquellas que se limitan a poner en conocimiento de las partes, o de un tercero la dictación de una resolución judicial, dejando entregada a su voluntad la reacción correspondiente.
- a.2) Emplazamiento.** Es una notificación seguida de una orden expresa o tácita para realizar cierto y determinado acto procesal (carga procesal). Por ejemplo, la notificación de la demanda, donde va implícita la orden de tener frente a ésta una determinada reacción de libre elección.

**a.3) Requerimiento.** Es la notificación en que va explícita la orden de realizar un determinado acto (obligación procesal). Por ejemplo, el mandamiento de ejecución y embargo, donde el ministro de fe debe requerir al deudor para que pague. Si no paga se le embargan bienes.

**a.4) Citación.** Son aquellas donde la resolución que se notifica contiene la orden de comparecer ante el tribunal o eventualmente ante otra autoridad, dentro de cierto plazo u oportunidad. Por ejemplo, la citación de los testigos.

## **b) En cuanto a su forma**

En cuanto a su forma las notificaciones pueden ser personal, sustitutiva de la personal, por cédula, por avisos, por el estado diario, tática general y tática especial.

### **6.3 Notificación personal** (artículos 40 a 43 C.P.C.)

Es la más perfecta de las notificaciones porque se practica *vis à vis*, cara a cara, y consiste en que el notificante entrega, frente a frente al notificado, copia íntegra de la resolución de que se trata y copia íntegra de la solicitud en que ésta haya recaído.

La jurisprudencia ha declarado que no basta con entregar copia íntegra de la resolución y de la solicitud. Además se requiere copia íntegra de todas las solicitudes y resoluciones anteriores, así como los datos para la perfecta individualización del expediente (número de rol y tribunal), lo que es lógico, porque normalmente es la primera notificación y por tanto debe informarse debidamente al notificado para que esté en situación de actuar debidamente.

#### **6.3.1 Personas y lugares habilitados para notificar personalmente**

a) El secretario del tribunal, sólo en su despacho y en días y horas hábiles. Esta misma regla se aplica al oficial primero del tribunal, quien notificará bajo responsabilidad del secretario, por disposición del artículo 58.

b) El receptor judicial. El receptor es un auxiliar de la administración de justicia y tiene el carácter de ministro de fe para las diligencias que practica (notificaciones, embargos, retiro de especie, pruebas testimoniales, etc.) y puede desempeñar tal función en calidad de titular dentro del respectivo territorio jurisdiccional; ad hoc, que son aquellos especialmente nombrados para una determinada diligencia, lo que se produce cuando el número de receptores no es suficiente o se encuentran ausentes, inhabilitados o imposibilitados; y los que leyes especiales le den ese carácter.

Los receptores pueden actuar en todo el territorio jurisdiccional del tribunal donde se encuentren adscritos. Además dentro del territorio de otros tribunales siempre que se encuentren en el ámbito de la respectiva Corte de Apelaciones.

El receptor puede notificar personalmente:

- i) En la casa donde funcione el tribunal.
- ii) En sus oficinas.
- iii) En cualquier lugar o recinto de libre acceso al público, cualquier día y a cualquier hora, tratando de causar la menor molestia al notificado. Sin embargo, tratándose de juicios ejecutivos puede notificar la demanda, pero no puede en estos lugares efectuar el requerimiento de pago en público (artículo 41 inciso 1°).
- iv) En la morada o lugar donde pernocta el notificado; en el lugar donde ordinariamente ejerce su industria profesión o empleo; o en cualquier recinto privado donde se encuentre y se permita el acceso al ministro de fe; cualquier día entre las 6 y 22 horas. Los jueces no pueden ser notificados en el local donde desempeñan sus funciones.

El inciso 3° del artículo 41 señala que si la notificación personal que se realiza en día inhábil, los plazos comienzan a correr desde el día hábil siguiente.

El artículo 42 del C.P.C. permite al tribunal habilitar otros lugares posibles cuando el notificado no tenga habitación conocida en el respectivo lugar, lo que se puede acreditar con la certificación del ministro de fe.

El artículo 43 del C.P.C. dispone que: *“La notificación se hará constar en el proceso por diligencia que subscribirán el notificado y el ministro de fe, y si el primero no puede o no quiere firmar, se dejará testimonio de este hecho en la misma diligencia.*

*Se expresará, además, el lugar en que se verificó el acto y la fecha con indicación de la hora, a lo menos, aproximada”.*

De este modo, el ministro de fe debe señalar: fecha, hora, lugar, circunstancia de realizarse personalmente la notificación y como el ministro de fe comprobó la identidad del notificado.

### **6.3.2 Resoluciones que se notifican personalmente**

a) El artículo 40 establece que en toda gestión judicial (contenciosa y no contenciosa), la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados debe practicarse en forma personal.

Si bien la norma señala que la primera notificación a las partes debe ser personal, tiene la excepción de que al demandante se le notifica por el estado diario, lo que es lógico porque él está pendiente del asunto (artículo 40 inciso 2°).

b) Es muy importante también tener presente, y conforme lo indica la primera parte del artículo 47 C.P.C., que esta forma de notificación debe emplearse siempre que la ley disponga que se notifique a una persona para la validez de ciertos actos, salvo que la ley especial indique otra cosa. Por ejemplo, en la cesión de créditos al deudor cedido, a fin de que le sea oponible la cesión.

c) Cuando el tribunal expresamente así lo disponga, lo que se encuentra expresado en el artículo 47 inciso 1°. El inciso 2° del mismo artículo señala que la notificación “*podrá, además, usarse en todo caso*” y esto porque la forma de notificación más perfecta sustituye a las menos perfecta.

d) Cuando el juicio ha estado paralizado por más de 6 meses, la primera notificación después de ese lapso debe practicarse personalmente o por cédula (artículo 52).

e) Se notifica o personalmente o por cédula a los terceros a quienes no afecten las resultados del juicio.

f) Cuando se solicita el cumplimiento incidental del fallo respecto de un tercero, también se le debe notificar personalmente.

#### **6.4 Notificación sustitutiva de la personal o por el artículo 44.**

En general la notificación sustitutiva de la personal produce los mismos efectos que la notificación personal, pero es eventualmente más vulnerable, por la vía de la nulidad procesal, ya que no se produce cara a cara entre el notificante y el notificado. En la normativa del C.P.C. sólo puede practicarla el receptor.

##### **6.4.1 Requisitos de procedencia**

El artículo 44 inciso 1° se refiere a las circunstancias que deben cumplirse para practicar esta notificación:

*Si buscada en dos días distintos en su habitación, o en el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo, no es habida la persona a quien debe notificarse, se acreditará que ella se encuentra en el lugar del juicio y cuál es su morada o lugar donde ejerce su industria, profesión o empleo, bastando para comprobar estas circunstancias la debida certificación del ministro de fe.*

a) Debe buscarse al notificado dos días distintos, en su morada o donde ejerce habitualmente su industria, profesión o empleo, y no ser habido.

b) Acreditar que se encuentra en el lugar del juicio.

Cabe preguntarse ¿qué se entiende por lugar del juicio? Significa que el notificado debe estar dentro del territorio jurisdiccional del tribunal, de manera tal que si no lo está debe notificársele por exhorto.

c) Acreditar que el lugar donde se le buscó corresponde a su morada o lugar donde ejerce su industria, profesión o empleo,

Acreditadas las tres circunstancias, el ministro de fe lo certifica, a este estampado en jerga judicial se le llama “búsquedas positivas”.

Para acreditar los puntos b) y c), basta con la certificación del ministro de fe, quien previamente deberá indagar esos hechos. Antes del año 1995 la ley era mucho más exigente ya que exigía información sumaria de testigos para su acreditación.

¿Qué pasa si el receptor no tiene elementos suficientes? ¿Se puede recurrir a otra prueba?

Aunque la cuestión es dudosa, creemos que por una razón histórica debemos optar por la afirmativa, porque antes de establecer el sistema de prueba por certificado del receptor existía la posibilidad de acreditar estos extremos fácticos sumariamente por medio de testigos, y como la modificación apunta a hacer más fácil la notificación, se puede acudir a certificar estos hechos por testimonio de terceros o por cualquier otra prueba que lo lleve a este convencimiento.

#### **6.4.2 Forma de practicarla**

Una vez acreditadas las circunstancias ya analizadas, la parte interesada debe presentar un escrito al tribunal donde pide que se practique la notificación de acuerdo al artículo 44. El tribunal analizará los antecedentes y resolverá *“como se pide, practíquese la notificación conforme al artículo 44”*.

Luego, el receptor se dirigirá al mismo lugar donde practicó las búsquedas y entregará las copias a cualquier persona adulta que se encuentre en el lugar. Con copias el legislador se refiere a los mismos antecedentes que en el caso de la notificación personal, esto es, copia íntegra de todas las solicitudes anteriores, copia íntegra de todas las resoluciones dictadas y los datos necesarios para la debida individualización del expediente y del respectivo juzgado.

Si no hay nadie en el lugar o no hay personas adultas, el receptor debe fijar en la puerta un aviso que dé noticia de la demanda, con especificación exacta de las partes, materia de la causa, juez que conoce en ella y de las resoluciones que se notifican, es decir, los mismos antecedentes a que ya se ha hecho referencia.

Si el notificado tiene su domicilio en un edificio o recinto al que no se permite libre acceso, el aviso y las copias se entregarán al portero o encargado del edificio o recinto, dejándose testimonio de ello en el expediente.

Después de practicada la diligencia el receptor debe dejar testimonio pormenorizado en el expediente (artículo 45), estableciendo la identidad de la persona que recibió la notificación y si firmó o no. No es requisito de validez que la persona que recibió la notificación haya firmado, pero el receptor debe dejar constancia de esa situación.

Finalmente, el receptor debe dar aviso por correo certificado, que debe enviarse dentro del segundo día de practicada la notificación. Este aviso puede ser en tarjeta abierta (estableciéndose el nombre y domicilio del receptor, tribunal, número de ingreso de la causa y nombres de las partes) y debe adherirse el certificado que entrega Correos al expediente. Si la notificación se realiza en día inhábil, debe enviarse la carta el segundo día o al momento más cercano que se abran las oficinas de Correos. El no envío de este aviso no invalida la notificación, pero hace responsable al funcionario de los perjuicios que causare, imponiéndole el tribunal medidas disciplinarias establecidas por el legislador en el C.O.T. (artículo 46 C.P.C.).

¿La notificación sustitutiva de la personal puede realizarse en día inhábil?

De acuerdo con la sistemática general no se podría porque las actuaciones judiciales deben realizarse en días hábiles. Sin embargo, en el artículo 46, a propósito de la carta certificada que debe enviar el receptor dice “si la notificación se hubiere efectuado en domingo o festivo”. Otro argumento es que las búsquedas del notificado deben practicarse en el lugar donde vive o donde trabaja, y como la notificación del artículo 44 es sustitutiva de la personal, lo lógico es que se le apliquen las mismas reglas, de tal manera que el receptor en estos lugares puede notificar cualquier día entre las 6 y las 22 horas.

## 6.5 Notificación por cédula (artículo 48 C.P.C.)

La notificación por cédula se practica entregando en el domicilio del notificado por parte del receptor, único habilitado para realizarla, copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia.

A diferencia de la notificación personal y de la sustitutiva de la personal, donde se entrega copia íntegra de la solicitud misma y de la resolución, y de todas las solicitudes y resoluciones dictadas con anterioridad que no hayan sido eficazmente notificadas, en la notificación por cédula es mucho más simple porque el receptor entrega sólo copia de la resolución que hay que notificar, agregando o extrayendo los datos necesarios para su acertada inteligencia. Éstos son aquellos antecedentes razonables para que la resolución de que se trata sea perfectamente entendida por el notificado.

Esta forma de notificación es más simple en cuanto a su contenido, ya que no es necesario realizarla *vis à vis*, sino que en el domicilio del notificado a cualquier persona adulta, o se dejarla fijada en la puerta (el artículo 48 se remite al inciso 2° del artículo 44 en relación a quien puede entregar la notificación sustitutiva de la personal).

Hay que hacer notar una manifiesta omisión del legislador, una falta de armonía en el sentido que sólo se remite al inciso 2° del artículo 44 y no al inciso 3°, que fue agregado en 1995, el que precisamente se refiere a la situación de un recinto privado con portero.

Esta notificación debe practicarse en el domicilio que haya fijado la parte que litiga personalmente o en el domicilio que haya fijado su apoderado dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione el tribunal respectivo. Esta designación se considerará subsistente mientras no haga otra la parte interesada, aun cuando de hecho la cambie (artículo 49 inciso 1°).

Respecto de esta forma de notificación se debemos subrayar que:



a) Es carga del litigante, en su primera gestión judicial, fijar domicilio. Si no la cumple luego de ser apercibido, las resoluciones que deberían ser notificadas por cédula se le notifican por el estado diario. Es más la norma señala que esta notificación se hará sin necesidad de petición de parte y sin previa orden del tribunal (artículo 53 C.P.C.).

b) Si la parte ha fijado domicilio y también su apoderado, la jurisprudencia ha dicho que es solamente domicilio hábil para practicar la notificación por cédula el fijado por el apoderado.

c) El domicilio fijado no necesariamente tiene que ser el real. Puede ser sólo para los efectos de este tipo de notificación.

El artículo 49 inciso 2° contiene una norma que casi no tiene aplicación (tal vez si ante los jueces de policía local). Se refiere a los juicios seguidos ante los jueces inferiores (subdelegación y distrito) donde si el domicilio fijado quedaba a considerable distancia del juzgado el tribunal puede ordenar sin más trámite y sin ulterior recurso que se fije otro dentro de límites más próximos.

Practicada la notificación por cédula debe dejarse testimonio en el expediente del día y el lugar en que se notifica y de la individualización de la persona que la recibió (nombre, edad, profesión y domicilio) más la firma del ministro de fe (artículo 48 inciso 3°). En todo caso, a diferencia de la notificación personal no es necesario que el receptor envíe aviso alguno al notificado.

### **6.5.1 Resoluciones que se notifican por cédula**

Las resoluciones que deben ser notificadas por cédula se encuentran enumeradas en el inciso 1° del artículo 48:

a) Sentencia definitiva. La ley habla en general, es decir, dice sólo sentencia definitiva de manera que se podría pensar que toda sentencia definitiva debe ser notificada por cédula, sin embargo no es así, en primer lugar porque la norma es sólo aplicable en materia civil y en procedimientos especiales que no tengan regla particular y sólo respecto de los tribunales unipersonales, porque tratándose de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema la sentencia definitiva se notifica por el estado diario, aunque sean sentencias de primera, segunda o única instancia. Por el contrario, las sentencias definitivas de primera, segunda o única instancia, deben ser notificadas por cédula cuando son dictadas por tribunales unipersonales.

b) La resolución que recibe la causa a prueba, el mal llamado "auto de prueba", que en realidad es una sentencia interlocutoria de segunda clase. Cuando esta resolución es dictada por un tribunal unipersonal se notifica por cédula, ya que si es dictada por un tribunal

colegiado se notifica por el estado diario. Cabe hacer notar que la resolución que recibe un incidente a prueba se notifica sólo por el estado diario, por expreso mandato del artículo 323.

c) La resolución que ordena la comparecencia personal de las partes. Por ejemplo, la resolución que ordena la citación para exhibir un documento o la que cita a audiencia de conciliación.

d) La resolución que se dicta en un proceso en que durante seis meses no se haya dictado resolución alguna. En este caso puede notificarse personalmente o por cédula (artículo 52 C.P.C.).

e) Las resoluciones dirigidas a los terceros que no sean parte en el juicio o a quienes no afecten su resultado (puede ser notificada también personalmente);

f) Cuando el tribunal expresamente así lo ordene, aun cuando no se encuentre en las situaciones de excepción del artículo 48.

## **6.6 Notificación por avisos (artículo 54 C.P.C.)**

No es lo mismo notificación por avisos que los avisos. Los avisos son formas de comunicación respecto de actuaciones judiciales realizadas o por realizarse. Por ejemplo, cuando se comunica la realización de un remate, en tanto que la notificación por avisos es una forma de notificación de las resoluciones judiciales.

### **6.6.1 Requisitos de procedencia**

La notificación por avisos es sustitutiva de la notificación personal y de la notificación por cédula. Las circunstancias en virtud de las cuales el tribunal puede ordenarla son las siguientes:

a) Cuando haya de notificarse personalmente o por cédula a personas cuya individualidad sea difícil determinar.

Esta norma aparece como criticable o asistemática porque la notificación tiene por objeto crear la relación procesal, lo que resulta difícil imaginar con personas que resultan difícil de individualizar. Esta norma debe ser interpretada en relación con gestiones no contenciosas donde si cabe esta posibilidad, por ejemplo, la citación a confeccionar inventario de una persona fallecida, donde se llama a todos aquellos que tengan bienes del causante o sean sus acreedores. Excepcionalmente, esta forma de notificación tiene cabida en gestiones contenciosas. Así en la quiebra es difícil individualizar a todos los acreedores del causante, por lo que se les notifica por avisos.

b) Cuando haya de notificarse personalmente o por cédula a personas cuya residencia sea difícil determinar.

Esto es de bastante ocurrencia, teniendo lugar cuando la persona con la que se quiere litigar desaparece.

c) Cuando haya de notificarse personalmente o por cédula a personas que por su número dificulten considerablemente la diligencia.

Cualquiera que sea el motivo por el cual se notifica por avisos, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que esta forma de notificación no es eficaz si el notificado se encuentra en el extranjero, pues no es una notificación ficta, sino que debe haber real posibilidad de conocimiento de la resolución.

### **6.6.2 Forma de practicarla**

La parte interesada en notificar por esta vía debe presentar una solicitud al tribunal invocando alguna de las circunstancias que la hacen procedente. El tribunal resuelve con conocimiento de causa, lo que significa que debe realizar todas las investigaciones tendientes a acreditar esta situación.

Si se accede, se determina el diario o periódico donde debe practicarse la publicación, este diario debe ser del lugar donde se sigue el juicio, o de la cabecera de la provincia o de la capital de la región. Si se trata de la primera notificación, debe publicarse además, por una vez en el Diario Oficial el día 1° o el 15 de cualquier mes o al día siguiente hábil.

El aviso debe contener las mismas menciones que la notificación que sustituye. Con todo, si resulta demasiado dispendiosa, el tribunal puede autorizar notificación en extracto, que debe ser redactada por el secretario del tribunal.

La notificación por avisos, aunque la ley no lo dice expresamente, se entiende practicada cuando se publica el último de los avisos, comenzando a correr desde ese momento los plazos.

### **6.7 Notificación por el estado diario (artículo 50 C.P.C.)**

Esta notificación es ficta o simbólica porque no importa un efectivo conocimiento de la resolución, ya que sólo se informa a las partes que se ha dictado una resolución judicial.

El estado diario es un listado que, por mandato de la ley, se pone en la secretaría de los tribunales con las debidas precauciones para que no sea alterado, se publica el mismo día en que se realiza la notificación y debe quedar a la vista por tres días hábiles, debiendo contener las menciones siguientes:

- a) Individualización del tribunal del cual emana el estado diario;
- b) Apellido de los litigantes tal como aparece en la carátula;
- c) Número de rol de la respectiva causa, expresado en letras y en números. Para estos efectos el artículo 51 señala que a todo juicio debe asignarse un número de orden en la

primera resolución que se dicte y este número subsiste hasta su terminación en el respectivo tribunal;

- d) El número de las resoluciones que se notifican por el estado diario;
- e) Firma y sello del secretario.

En el expediente se deja testimonio de haberse notificado la resolución por el estado diario, pero los errores u omisiones en el testimonio no anulan la notificación, pero pueden sancionarse con multas de ½ a 1 UTM, a petición de parte.

La regla general es que todas las resoluciones se notifican por el estado diario, salvo las expresamente exceptuadas por la ley o por orden del tribunal. También las que debieron ser notificadas por cédula respecto de quien no cumplió con la carga de fijar domicilio.

## 6.8 Notificación tácita general y tácita especial (artículo 55 C.P.C.)

Cabe mencionar que la doctrina llama a la notificación tácita general, simplemente *tácita*, y a la notificación tácita especial, ficta o presunta legal.

Ambas notificaciones tienen los mismos supuestos y dependerá de la actitud del notificado, si se está ante la notificación tácita general o ante la especial.

Los supuestos que ameritan estas notificaciones son que *no se haya notificado una resolución o se haya practicado en forma distinta a la legal*.

a) **Notificación tácita general o tácita** (artículo 55 inciso 1°). En derecho lo tácito siempre significa la realización de una determinada conducta que importe el conocimiento o ratificación de un acto anterior.

En la notificación tácita general se aplica el mismo principio y se produce cuando la persona que debió ser notificada realiza *en el juicio cualquier gestión que importa conocimiento de la respectiva resolución*. Por ejemplo, la parte no fue notificada de la sentencia definitiva, pero deduce recurso de apelación. Se entiende verificada en el momento en que se practica la respectiva gestión en el juicio.

La notificación tácita general es sustitutiva de cualquier otra forma de notificación.

b) **Notificación tácita especial, ficta o presunta legal** (artículo 55 inciso 2°). Este tipo de notificación fue incorporada por una modificación de 1988 y a diferencia de la notificación tácita general que precisamente supone realizar una gestión que supone su conocimiento, en la notificación tácita especial *el notificado reclama la nulidad de la notificación o la falta de la misma*.

Antes si se declaraba la nulidad de una notificación se debía practicar nuevamente. En cambio ahora, en virtud del principio de economía procesal si es acogido el incidente de nulidad de una notificación *la parte que lo promovió se entiende notificada desde el momento en que se le notifica por el estado diario la resolución que acoge el incidente*.

Si el tribunal de primera instancia desecha el incidente y la parte apela, y es la Corte de Apelaciones, quien declara la nulidad de la notificación, entonces la parte se entenderá notificada desde el momento en que se le notifique el *cúmplase* de dicha resolución (lo dicta y lo notifica el tribunal de primera instancia, en virtud de la regla de la ejecución).

El legislador no se puso en la hipótesis de qué ocurre si el tribunal de primera instancia acoge la nulidad, luego la contraparte apela dicha resolución y la Corte revoca la sentencia y declara la validez de la primitiva notificación. En este caso se entiende practicada la notificación, siguiendo la consecuencia lógica, cuando originariamente se realizó.

## 6.9 Nulidad procesal de las notificaciones

Las notificaciones son actos solemnes, a excepción de las notificaciones tácitas, y en consecuencia, la omisión de las respectivas solemnidades acarrea su nulidad. Sin embargo, para reclamar de la nulidad de una notificación es menester que se cumplan dos requisitos contemplados en los artículos 80 y 83 C.P.C.:

a) La necesidad de agravio, que significa que aun cuando la notificación se haya practicado sin la estricta observancia de sus solemnidades legales, no podrá declararse la nulidad si dichas omisiones no acarrean perjuicios a la parte. Por ejemplo, se notifica personalmente la resolución en el domicilio de la parte a las 23 horas. Aunque se infringen las normas legales esta omisión no causa perjuicio si efectivamente la parte tuvo conocimiento de la notificación.

b) Posibilidad de convalidación. Significa que aunque haya ocurrido una omisión de los requisitos legales y haya acarreado perjuicios a la parte, la nulidad procesal debe alegarse oportunamente dentro de quinto día desde que se acredite o conste el conocimiento del vicio. La convalidación se produce si no se alega la nulidad dentro del plazo, salvo que el vicio sea la incompetencia absoluta del tribunal.

## 7. OTROS ACTOS DE COMUNICACIÓN

### 7.1 Los exhortos

Los exhortos se encuentran regulados en los artículos 71 a 77 C.P.C., pero hay otras reglas complementarias, por ejemplo:

a) El auto acordado sobre competencia de exhortos en materia penal, que se refiere a los exhortos que deben ser tramitados por los juzgados, especialmente de Santiago;

b) En materia de exhortos internacionales encontramos el Código de Bustamante, que contiene normas sobre tramitación de exhortos que son aplicables a los países vinculados a

dicho tratado; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1976 y otros tratados bilaterales.

*Exhorto o carta rogatoria es un encargo que realiza un tribunal a otro tribunal para que éste lleve a cabo ciertas y determinadas actuaciones procesales, sea por el mismo o por o algún auxiliar suyo.*

### 7.1.1 Clasificación de los exhortos

#### a) Nacionales e internacionales

a.1) Nacionales. Son aquellos que se dirigen por un tribunal nacional a otro tribunal nacional, sean tribunales ordinarios, especiales o arbitrales. Asimismo estos exhortos se mandan directamente de tribunal a tribunal, y no a los superiores jerárquicos respectivos (artículo 75).

a.2) Internacionales. Son aquellos que se remiten desde Chile para ser cumplidos en el extranjero o viceversa. Como regla muy general, quien debe cumplir el exhorto es el tribunal competente del respectivo país (artículo 76).

La tramitación de los exhortos internacionales y la de los nacionales es distinta, porque los exhortos nacionales son directamente de tribunal a tribunal, en tanto que en el caso de los exhortos internacionales se reciben por la vía diplomática y pasan por la Corte Suprema, que califica la procedencia del exhorto que se envía o del que se recibe.

#### b) Directos y circulantes

b.1) Directo. Es aquel que se envía de un tribunal a otro para que se cumplan ciertas actuaciones judiciales con el encargo de devolverlo cuando aquéllas hayan sido cumplidas.

b.2) Circulantes. Es aquel en que se encargan sucesivamente diferentes actuaciones judiciales a distintos tribunales, de manera que se envía a un tribunal quien lo remite al siguiente, hasta que se complete el encargo (artículo 74).

### 7.1.2 Contenido de los exhortos

Las diligencias que debe llevar a cabo el tribunal exhortado son determinadas por el tribunal exhortante, para lo cual se copian las piezas del expediente que sean necesarias para su correcto cumplimiento. Además debe insertarse la personería de las partes, ya que para tramitar el exhorto debe hacerlo quien sea apoderado en juicio, o bien, un apoderado especial para su tramitación o quien presente el exhorto si así se ha señalado en la petición.

Es muy importante señalar que el tribunal exhortado sólo puede realizar las actuaciones especialmente encomendadas, no pudiendo realizar otras actuaciones, salvo las que sean necesarias para el cumplimiento del exhorto. Por ejemplo, si se encomienda la notificación de la demanda, el tribunal está facultado para acceder a su notificación por el artículo 44.

Hay ciertas actuaciones donde la contraparte puede hacer valer ciertos derechos, en consecuencia, ésta puede pedir al tribunal exhortante que la actuación ante el tribunal exhortado sólo se pueda realizar previa notificación por cédula.

El artículo 72 señala que los exhortos deben ser firmados por el tribunal, y si este es colegiado, por su presidente, agrega que a estas mismas personas se dirigirán los exhortos que emanen de otros tribunales.

A su vez el artículo 73 se refiere a quien está autorizado para diligenciar el exhorto, pudiendo intervenir el encargado de la parte que solicitó el exhorto, siempre que en éste se exprese el nombre de dicho encargado o se indique que puede diligenciarlo el que lo presente o cualquiera otra persona.

El artículo 77 se refiere al envío de los exhortos, la regla general es que sea por correo, pero en la práctica se entregan a la persona que lo haya solicitado.

## 7.2 Los oficios

Corresponden a una práctica que tiene manifestaciones en el campo administrativo y judicial. *Los oficios son comunicaciones que se dirigen las autoridades entre sí, o entre autoridades administrativas y judiciales con el objeto de poner en conocimiento ciertas y determinadas actuaciones o solicitar ciertas y determinadas informaciones.*

En principio, los oficios se remitían sólo entre autoridades, pero la práctica ha llevado también a que se envíen a particulares. Por ejemplo, cuando se requiere información a un banco o a una compañía de teléfonos.

Es interesante señalar que dentro de los oficios hay tres categorías en cuanto a la divulgación de su contenido:

- a) Ordinario, si es de libre contenido.
- b) Reservados, si es de conocimiento reservado.
- c) Secretos, si sólo puede tener conocimiento el respectivo destinatario.

El tema no se encuentra legislado sistemáticamente, sino que es una expresión que la práctica y la costumbre han ido plasmando, señalando su forma y perdiendo su carácter estrictamente formal.

### 7.3 Los avisos

En este caso nos estamos refiriendo a los avisos de prensa, los que tampoco se encuentran regulados sistemáticamente.

Como ya se anticipó no deben confundirse los avisos con la notificación por avisos. Los avisos son en general publicaciones en la prensa donde se da cuenta de una actuación procesal ya realizada o por realizarse.

Tratándose de avisos, el tribunal señala el periódico en que deben publicarse, el número de veces que debe aparecer y la forma de publicación (en extracto, si es necesario).

### 7.4 Los carteles

Los carteles son ciertos escritos de características particularmente desarrolladas que se fijan en determinados lugares por mandato de la ley. Esta forma de comunicación ha ido desapareciendo ya que ha sido sustituida por los avisos.

### 7.5 Los pregones

Es una forma de comunicación tremendamente arcaica que prácticamente ya no se usa. Sin embargo, hay una reminiscencia en los anuncios de la vista de la causa en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema.

## CAPÍTULO X CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

### 1. GENERALIDADES

Para entrar al análisis de esta materia hay que recordar que la capacidad es uno de los presupuestos procesales, en el sentido que solamente en virtud de una real capacidad se puede crear la relación procesal eficaz que haga lícito el respectivo procedimiento.

Clásicamente, los civilistas han distinguido entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, significando la primera la capacidad de adquirir derechos y la segunda la capacidad de ejercitarlos, sin el ministerio o autorización de otro. Desde el punto de vista doctrinario, la primera es un atributo de la personalidad y, por lo tanto, se entiende que todo sujeto es capaz.

Para realizar actos procesales se requiere capacidad de ejercicio, ya que éstos son una especie dentro del género actos jurídicos. Sin embargo, también se requiere de una *capacidad*



*adicional* que se denomina el *ius postulandi* que significa la *capacidad para realizar actos procesales en juicio o en gestiones judiciales no contenciosas*. La regla es que las personas no estén revestidas del *ius postulandi* y por ende, no pueden ejecutar por sí mismos actos procesales, debiendo recurrir a personas que sí la tengan.

Los que están revestidos del *ius postulandi* están taxativamente señalados por la ley:

- a) Los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión.
- b) Los estudiantes desde el tercer año y hasta tres años después de egresados.
- c) Los procuradores del número.
- d) Los postulantes de las corporaciones de asistencia judicial para el solo efecto de su práctica profesional.

El sistema nacional contempla una doble y necesaria forma de estar representado en juicio: el **patrocinio** y el **poder**. Ambas expresiones son, técnicamente hablando, formas de mandato y, en consecuencia, envuelven un encargo, pero tiene ámbitos diferentes.

El patrocinio sólo puede ser conferido a un abogado habilitado, en tanto que el poder puede ser otorgado a todos los que tengan el *ius postulandi*. La gran diferencia entre uno y otro es que el patrocinante asume la responsabilidad de la defensa de su parte, aun cuando no realice personalmente el respectivo acto procesal. En cambio, el mandatario es quien representa al mandante en los actos procesales específicos y sólo tiene responsabilidad por estos actos.

Es importante destacar, que es perfectamente posible que coexista en una misma persona el doble carácter de patrocinante y apoderado, pero también es perfectamente posible que ambas funciones estén divididas.

La ley para ciertas y determinadas actuaciones, exige la intervención de abogado patrocinante (recurso de casación de forma y de fondo) donde se requiere un patrocinio específico para el recurso mismo, no obstante el patrocinio general. Además existen casos excepcionales donde es permitido actuar sin patrocinio.

## 2. REPRESENTACIÓN PROCESAL O REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Como su nombre lo indica, la representación procesal o judicial *es la facultad de representar a otro en juicio*.

Las fuentes de la representación son:

a) **Patrocinio**, es el mandato que se otorga necesariamente a un abogado para que asuma la responsabilidad del juicio, o como dice el C.O.T. para que asuma la defensa de los derechos en juicio de su patrocinado.

b) **Mandato**, es un contrato en virtud del cual una persona encarga a otra representarla en juicio o en una gestión no contenciosa. El mandatario judicial, como regla muy

general, debe estar revestido del *ius postulandi* y si no lo está debe en su primera actuación designar o delegar su mandato en una persona que reúna este atributo.

c) **Agencia oficiosa.** Desde el punto de vista civil es un cuasicontrato. En materia procesal está particularmente restringida y sólo puede ser agente oficioso quien esté revestido de *ius postulandi* y cumpliéndose los demás requisitos legales.

d) **Ley.** En ciertos casos la representación judicial emana de un mandato legal. Cuando el representante no está revestido de *ius postulandi* debe designar o delegar su mandato en una persona que reúna este atributo.

### 3. MANDATO JUDICIAL

El artículo 395 C.O.T. indirectamente lo define señalando que *“el acto por el cual una parte encomienda a un procurador la representación en juicio es un mandato”* Esta norma debe complementarse con la ley 18.120 sobre Comparecencia en Juicio (apéndice del C.P.C.).

El mandato judicial puede ser genérico o específico. Será genérico cuando se encarga la representación en toda clase de juicios o actos judiciales no contenciosos; será específico, cuando se encomiende la representación en un juicio o una gestión determinada.

#### 3.1 Fuentes y características del mandato judicial

Son fuentes del mandato judicial:

- i) C.O.T. que señala qué se entiende por mandato.
- ii) C.P.C. que regula el mandato en diferentes aspectos.
- iii) C.C. como fuente supletoria.
- iv) Ley 18.120 sobre comparecencia en juicio de 1982.

El mandato judicial es un contrato y como tal se caracteriza porque es bilateral, oneroso y solemne. Bilateral, significa que ambas partes se obligan recíprocamente. Oneroso, ya que cede en utilidad de ambos contratante; el mandante obtiene la representación que necesita y el mandatario su remuneración. Además de oneroso es conmutativo, ya que las prestaciones se miran como equivalentes (la única excepción es el beneficio de pobreza). Solemne, pues para perfeccionar el contrato deben cumplirse las formas que la ley establece.

## **3.2 Capacidad para celebrar el contrato de mandato**

### **3.2.1 Capacidad del mandante**

Se requiere capacidad de ejercicio. En consecuencia, los incapaces deben celebrar este contrato debidamente representados. Sobre el particular hay una disposición interesante (artículo 136 C.C.) que señala que los cónyuges son obligados a suministrarse los auxilios necesarios para la defensa judicial, y el marido casado en sociedad conyugal debe proveer a su mujer las expensas para la litis que ésta siga en su contra.

### **3.2.2 Capacidad del mandatario**

Como regla general debe estar revestido de *ius postulandi*, o sea, debe tener la capacidad para representar a otro en juicio. En los casos que no goce de esta capacidad, debe otorgar un mandato al efecto, o bien, delegar su mandato.

El mandatario puede ser un relativamente incapaz, y específicamente el C.C. acepta que el menor adulto sea mandatario (artículo 2128). En consecuencia, el mandatario judicial y los actos que él ejecute obligan en plenitud a su mandante si actúa a nombre de éste. Sin embargo, respecto de las relaciones entre el mandante y el mandatario, o si actúa a nombre propio con terceros, se siguen las reglas generales.

Todo lo anterior se ve alterado si es que el mandatario menor adulto actúa dentro de su peculio profesional.

El inciso 1° del artículo 6° del C.P.C. exige que quien comparece en juicio a nombre de otro, ya sea en desempeño de un mandato, ya sea en ejercicio de un cargo que requiera especial nombramiento, debe exhibir el título que acredita su representación.

El artículo 28 del C.P.C. señala las cargas pecuniarias a que están sujetos los litigantes. Los procuradores judiciales responden personalmente del pago de las costas judiciales durante todo el período que haya durado su desempeño, sin perjuicio de la responsabilidad del mandante.

## **3.3 Constitución del mandato judicial**

El artículo 6° C.P.C. dispone que quien comparece en juicio a nombre de otro, ya sea en desempeño de un mandato, ya sea en ejercicio de un cargo que requiera especial nombramiento, debe exhibir el título que acredita su representación, y luego señala la forma en que se puede constituir el mandato judicial:

**a) Escritura Pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil.**

La escritura pública es especie dentro del género instrumento público. Es un instrumento otorgado ante notario competente con las solemnidades legales e incorporado a un protocolo público. No es agregado, porque las escrituras forman el protocolo. Los documentos que se agregan al final del protocolo son los instrumentos "protocolizados".

En el otorgamiento de la escritura pública necesariamente debe comparecer el mandante y señalar el nombre del mandatario y las facultades que se le otorgan. No es necesario que comparezca el mandatario, el que aceptará el encargo -y se perfeccionará el contrato- cuando realice actos en cumplimiento de dicho mandato.

De la escritura pública se obtienen cuantas copias se quiera, debidamente autorizadas por el notario otorgante o eventualmente por otro funcionario que lo reemplace legalmente.

La escritura pública, excepcionalmente, se puede otorgar ante el Oficial del Registro Civil en las comunas donde no tenga asiento un notario. También puede otorgarse en el extranjero ante Cónsules de Chile, o ante un notario local, la que para ser presentada en nuestro país debe ser legalizada, siguiendo el trámite establecido en el artículo 345 C.P.C.

**b) Acta extendida ante un juez de letras o ante un juez árbitro, y suscrita por todos los otorgantes.**

Esta forma de otorgar mandato judicial es de muy rara aplicación frente a los jueces de letras, pero sí es común tratándose de jueces árbitros.

A esta acta deben concurrir todos los que están presentes, debe ser suscrita por el juez y por el ministro de fe, siempre que el tribunal respectivo cuente con éste.

Los jueces árbitros arbitradores pueden prescindir del ministro de fe, al igual que los árbitros mixtos. No así los árbitros de derecho ni los jueces de letras.

**c) Declaración escrita del mandante, autorizada por el secretario del tribunal que esté conociendo de la causa.**

Esta es la forma más frecuente de otorgar mandato judicial y se traduce en un escrito o presentación ante el juzgado, o bien, en un otrosí de un escrito o presentación más extensa.

Esta declaración escrita no necesita llevar la firma del mandatario. Sólo requiere la firma del mandante. Pero para que el poder se entienda constituido debe ser autorizado por el secretario del respectivo tribunal.

En la práctica se va ante el secretario del respectivo tribunal y se le pide que "autorice el poder". Éste pedirá que se acredite el *ius postulandi* del mandatario y una vez acreditado el secretario lo autoriza.

El secretario del respectivo tribunal es donde se hace la presentación y no necesariamente el del tribunal de origen. Por ejemplo, si en la segunda instancia se quiere

sustituir al mandatario, se autorizará el nuevo poder ante el secretario de la Corte de Apelaciones.

El artículo 4° de la Ley 18.120 dispone que el secretario del respectivo tribunal, antes de autorizar el poder, debe cerciorarse que el mandatario tenga la capacidad que habilita para comparecer en juicio.

#### **d) Endoso en comisión de cobranza.**

Tratándose de letras de cambio, pagaré o cheques existe una forma especial de constituir el mandato judicial y que es el endoso en comisión de cobranza, señalando el nombre de la persona a quien se otorga dicha autorización. Si el poder otorgado por endoso se confiere a una persona que no tenga el *ius postulandi*, ésta debe otorgar poder especial o delegarlo.

El mandato otorgado por endoso es suficiente para iniciar todas las acciones para el cobro y para percibir el pago (artículo 29 de la Ley 18.092).

Constituido el mandato judicial por alguna de estas cuatro formas se entiende vigente para todas las instancias y para todos los tribunales intervinientes.

### **3.4 Facultades del mandato judicial**

#### **3.4.1 Facultades de la esencia**

Son aquellas que en ningún caso pueden ser limitadas y se entienden incorporadas al mandato por el solo hecho de otorgarse. Cualquier limitación se entenderá por no escrita. Se encuentran señaladas en el artículo 7° inciso 1° y es básicamente el *poder para litigar* que se entiende conferido para todo el juicio en que se presente, y aun cuando no exprese las facultades que se conceden, *autoriza* al mandatario para tomar parte en todos los *trámites e incidentes* del juicio y en todas las cuestiones que por vía de *reconvención* se promuevan, hasta la *ejecución completa de la sentencia definitiva*.

La norma contempla dos excepciones al poder para litigar. En primer lugar, lo dispuesto en el artículo 4°, y en segundo lugar, cuando la ley exige intervención personal de la parte misma. La remisión al artículo 4° no es excepción ya que este artículo señala que toda persona que deba comparecer en juicio a su propio nombre o como representante legal de otra, deberá hacerlo en la forma que determine la ley.

La que sí es excepción es la que se refiere a la intervención personal de la respectiva parte, no pudiendo actuar el apoderado. Por ejemplo:

i) En la absolución de posiciones, cuando la parte contraria exige que su colitigante absuelva personalmente posiciones.

ii) En el requerimiento de pago en el juicio ejecutivo. En este sentido se ha entendido que el deudor (ejecutado) debe ser requerido personalmente y no a través de su apoderado.

Cuando la gestión judicial se inicia con una tramitación preparatoria, por ejemplo cuando se intenta una medida prejudicial, cabe preguntarse si el poder otorgado en ésta es suficiente para el juicio posterior. La cuestión es dudosa, pero se ha entendido que debe haber poder suficiente y específico para actuar en el juicio posterior.

Otra cuestión que se presenta es si la tercería de dominio en el juicio ejecutivo debe ser notificada a las partes mismas o basta notificar a su apoderado. En general se ha resuelto que la tercería de dominio debe mirarse como un incidente, y en consecuencia, es posible notificarla a los apoderados respectivos.

### 3.4.2 Facultades de la naturaleza

Son aquellas que se entienden otorgadas sin necesidad de expresa mención, pero que el mandante puede específicamente no otorgar.

Es sólo una, la **facultad de delegar el mandato** (artículo 7° inciso 1° parte final).

Aunque la ley no ha sido tan explícita, la delegación del mandato debe realizarse con las mismas solemnidades que su otorgamiento (artículo 6°) y debe recaer en alguien que tenga *ius postulandi*. Tal vez podría ser dudoso que la forma del endoso permita delegación por otro endoso, pero esta es una cuestión opinable.

El principio anterior tiene una calificada excepción, recogida en la ley 18.120 y que dice relación con los exhortos. Si en un exhorto se indica a la persona autorizada para tramitarlo, y tal persona es un mandatario judicial especial, no requiere que a su respecto se hayan cumplido las solemnidades iniciales.

El delegado no puede, a su vez, delegar.

Respecto de la delegación, hay una cuestión que no ha sido totalmente resuelta por la ley, pero que la jurisprudencia se ha inclinado por la afirmativa, en el sentido de que cuando un apoderado delega el poder, se entiende implícita la facultad de reasumirlo, dejando o no subsistente la delegación.

En la delegación se produce la concurrencia de tres personas: mandante, mandatario y delegado. Respecto de esta nueva relación se ha entendido que, producida la delegación, se crea un vínculo nuevo y directo entre el delegado y el mandante. Por lo tanto, el delegado responde directamente al mandante surgiendo obligaciones recíprocas: debido cumplimiento del encargo y el pago de las prestaciones.

En relación al mandatario cabe preguntarse si asume alguna responsabilidad con la delegación. Aunque la cuestión es dudosa, se ha entendido que sólo responderá si ha delegado en una persona manifiestamente poco idónea.

### 3.4.3 Facultades accidentales

Son las que sólo se entienden otorgadas cuando expresamente se indica la voluntad de concederlas. Como son varias es resorte del mandante decidir cuáles concede y cuáles no.

Se encuentran mencionadas en el artículo 7° inciso 2°.

i) **Desistirse en primera instancia de la acción deducida:** la norma no dice desistirse de la demanda sino de la acción deducida, término que es más amplio que el primero. Hay una expresa remisión al desistimiento en primera instancia, con lo cual se debería concluir que es lícito el desistirse, sin expresa autorización, en segunda instancia o en los juicios de única instancia.

ii) **Aceptar la demanda contraria:** aquí se refiere al allanamiento, que es una de las posibles formas de reacción del demandado y sólo tiene efectos en lo fáctico.

iii) **Absolver posiciones:** la absolución de posiciones es una forma de provocar la confesión y consiste en que una parte exige que la parte contraria comparezca, normalmente de manera personal, al tribunal y conteste una serie de preguntas que se le plantean en un sobre cerrado que se abre al momento de iniciarse la diligencia. Tiene mucha importancia la confesión porque los hechos que reconozca el absolvente producen plena prueba en su contra y normalmente no es posible retractarse. En cambio, los hechos que invoca en su beneficio no producen plena prueba. Se puede pedir también respecto del apoderado, pero sólo por los hechos de él.

iv) **Renunciar a los recursos:** los recursos son los medios de impugnación de las resoluciones judiciales. Renunciar un recurso significa manifestar anteladamente la voluntad de no ejercitarlo. Son dos instituciones diferentes la renuncia y el desistimiento del recurso. Éste consiste en abandonar un recurso ya deducido, para lo que no se requiere poder especial.

v) **Renunciar a los términos legales:** la ley procesal normalmente otorga plazos o términos para realizar ciertas actuaciones. Las partes pueden renunciar a todo o parte de un término. Esta renuncia importa un acto de disposición y requiere poder con mención especial.

vi) **Transigir:** el término está usado en su exacta y debida acepción, es decir, celebrar un contrato de transacción -contrato de carácter civil con efectos procesales, en virtud del cual las partes extrajudicialmente ponen fin a un litigio pendiente o precaven uno eventual-. Este acto solamente se puede celebrar por el mandatario expresamente autorizado al respecto. Debemos extender este requisito para otras formas de autocomposición, como el avenimiento o la conciliación.

vii) **Facultad de comprometer:** término tomado en el sentido técnico como la facultad de celebrar el pacto de compromiso -acuerdo de las partes para someter un determinado asunto

a resolución arbitral-. Debe tratarse de materias de arbitraje permitido, porque en materias de arbitraje forzoso no es necesario comprometer, y en materias de arbitraje prohibido el compromiso no resulta eficaz. Aunque el pacto de compromiso y la designación de árbitro son dos instituciones distintas, el legislador las trata conjuntamente. De acuerdo con esta sistemática podemos concluir que también para designar árbitro el apoderado debe estar premunido de facultades especiales.

viii) **Facultad de otorgar a los árbitros la calidad de arbitradores.**

ix) **Facultad de aprobar convenios:** expresión de carácter técnico ya que no se trata de cualquier convención entre las partes, sino que hay que entenderla remitida a la legislación de quiebras, donde para evitar o poner término a una quiebra, existen convenios que celebran el deudor y sus acreedores.

x) **Potestad de percibir:** expresión técnica que significa recibir el pago.

### 3.5 Término del mandato judicial

El artículo 10 inciso 1° C.P.C. señala que en tanto no conste en el expediente la expiración del mandato, se entiende éste vigente. Esta disposición tiene mucha importancia y puede acarrear graves consecuencias para el mandatario, de manera tal que cuando efectivamente su mandato ha expirado, debe empeñarse en que el hecho conste en el proceso.

El mandato judicial se rige, por expresa remisión del artículo 395 C.O.T., por las normas del C.C. en todo lo que no este reglado por los Códigos de Procedimiento respectivos, por lo tanto, respecto del término del mandato judicial hay que remitirse a las reglas del artículo 2163 C.C.:

1. **Por el desempeño del negocio para que fue constituido.** Este numeral es plenamente aplicable al mandato judicial. Efectivamente si el juicio ha terminado el mandato no subsiste por haber sido desempeñado el encargo.

2. **Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato.** El legislador del C.C. autoriza conferir el mandato por cierto y determinado plazo, o para cierto y determinado evento. Sin embargo, en virtud de disposiciones constitucionales (derecho a ser representado y a la asistencia judicial) caben serias reservas sobre si efectivamente esta causal sea particularmente aplicable al mandato judicial.

3. **Por la revocación del mandante.** Este acto tiene que guardar ciertas precauciones para que produzca efectos respecto de terceros. Así si el mandato ha sido otorgado por escritura pública el mandante deberá revocar también por escritura pública (contraescritura) y anotarla al margen de la matriz. Tratándose del mandato procesal, la revocación debe constar en autos.



4. **Por la renuncia del mandatario.** Tratándose del mandato judicial la renuncia está regulada por el legislador imponiendo obligaciones al mandatario, quien debe ponerla en conocimiento de su mandante, junto con el estado del juicio. Además, se entiende vigente hasta que haya transcurrido el término de emplazamiento contado desde la notificación de la renuncia. Por práctica esta notificación se efectúa por cédula.

Si con antelación a la expiración del término de emplazamiento, el mandante ha designado nuevo mandatario, no subsiste la responsabilidad del primer mandatario.

5. **Por la muerte del mandante o del mandatario.** Sobre el particular rige íntegramente la causal de la muerte del mandatario, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en materia civil, la muerte del mandante no extingue el mandato por expresa disposición del artículo 396 C.O.T., lo que significa que el vínculo subsiste y se entiende que se mantiene respecto de los herederos del mandante.

6. **Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro<sup>1</sup>.** Respecto de esta causal hay que distinguir. En caso de quiebra del mandatario, se extingue el mandato judicial. Sin embargo, por razones de sistemática se ha entendido que ni la insolvencia ni la quiebra del mandante acarrearán la extinción del mandato judicial.

7. **Por la interdicción del uno o del otro.** Esta situación es similar a la anterior. Cuando la interdicción por demencia o prodigalidad afecta al mandatario, naturalmente que se extingue el mandato judicial. Sin embargo, nuevamente por sistemática es más que dudoso que la interdicción del mandante pueda afectar al mandato judicial, quien puede ejercitar ciertos y determinados derechos frente a una petición de interdicción que estime improcedente.

8. Derogado.

9. **Por la cesación de las funciones del mandante.** Se ha estimado que el mandato judicial no se extingue por esta causal, ya que podría causar indefensión de la parte.

Esta norma se debe vincular, aunque es diferente, a la situación a la que se refiere el artículo 9 C.P.C. que se pone en el caso de que una persona represente en juicio a otra por mandato legal.

Finalmente, hay que señalar que hay una causal propia de extinción del mandato judicial, la **pérdida del *ius postulandi* por parte del mandatario.**

---

\* De acuerdo a la nueva Ley de Quiebras, la causal de término del mandato es “Por tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, el mandante o el mandatario”.

### 3.6 La agencia oficiosa (artículo 6° incisos 3° y 4°).

El C.C. la trata en los artículos 2286 y ss. como un cuasicontrato. Es decir, como un acto lícito, no convencional, generador de derechos y obligaciones. Este cuasicontrato en la legislación civil está ampliamente aceptado y se denomina "gestión de negocios ajenos" y consiste en que una persona asume la representación de otra para realizar ciertas y determinadas actuaciones en beneficio de su representado. De acuerdo a las reglas generales de los actos jurídicos, normalmente estos actos no obligan al representado, a menos que los ratifique.

En Derecho Procesal es una institución más restringida, debiendo cumplirse ciertos requisitos para que tenga aplicación.

- a) El agente oficioso debe estar revestido de *ius postulandi*. Si no lo tiene, debe conferir poder o patrocinio a quien corresponda (artículo 6° inciso 4°).
- b) El tribunal debe:
  - i) Autorizar expresamente su ejercicio, calificando las circunstancias del caso.
  - ii) Calificar la garantía ofrecida.
  - iii) Fijar un plazo para la ratificación del agente. Como es un plazo judicial, es de días corridos.
- c) El agente debe rendir caución (fianza de rato) de que el interesado ratificará lo obrado.

Se ha entendido que el agente oficioso puede actuar en un juicio ya iniciado, como en la iniciación de un litigio.

*Podrá, sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se haya obrado en su nombre. El tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida, y fijará un plazo para la ratificación del interesado.*

*Los agentes oficiosos deberán ser personas capacitadas para comparecer ante el respectivo tribunal, en conformidad a la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, o, en caso contrario, deberán hacerse representar en la forma que esa misma ley establece.*

### 3.7 Mandato legal

En esta materia hay que señalar que las normas de representación de la legislación sustantiva son aplicables también en materia procesal. Así quien tiene la patria potestad representará al hijo menor, y el tutor o curador representará a su pupilo. Sin embargo, si el

representante respectivo no está investido del *ius postulandi*, tendrá que instituir mandatario con esta calidad y, además, designar abogado patrocinante.

El artículo 8 C.P.C. contempla reglas específicas de representación cuando se trata de personas jurídicas, refiriéndose al gerente o administrador de sociedades civiles o mercantiles, y al presidente de las corporaciones y fundaciones. Esta disposición quiere englobar todas las posibilidades de personas jurídicas que pueden actuar en el mundo económico. Así, dispone que el gerente o administrador de sociedades civiles o comerciales o el presidente de las corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica, se entienden autorizados para actuar a nombre de ellas con las facultades de la esencia del mandato judicial, no obstante cualquier limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación.

Si el administrador, gerente o presidente no tienen *ius postulandi* debe designar un abogado patrocinante y delegar el poder a quien corresponda.

Se debe tener presente que esta representación no es excluyente, ya que los estatutos pueden establecer otros posibles representantes o mandatarios. En tal evento es válido que ellos puedan ser emplazados o realicen actos procesales.

Según la ley de sociedades anónimas, las sociedades anónimas abiertas deben tener un registro de sus representantes para así poder emplazarlos válidamente. Este registro debe ser entregado a la respectiva Superintendencia y mientras no sea modificado mantiene su vigencia.

El artículo 9 se refiere al cese de la representación legal: *“Si durante el curso del juicio termina por cualquiera causa el carácter con que una persona representa por el ministerio de la ley derechos ajenos, continuará no obstante la representación y serán válidos los actos que ejecute, hasta la comparecencia de la parte representada, o hasta que haya testimonio en el proceso de haberse notificado a ésta la cesación de la representación y el estado del juicio. El representante deberá gestionar para que se practique esta diligencia dentro del plazo que el tribunal designe, bajo pena de pagar una multa de un cuarto de sueldo vital y de abonar los perjuicios que resulten”*.

### 3.8 Muerte de quien litiga personalmente

El artículo 5 C.P.C. se refiere a la muerte de **quien litiga personalmente**. En este caso quedará en suspenso el procedimiento hasta que los herederos comparezcan a hacer uso de su derecho dentro del término de emplazamiento.

Esta norma presenta algunos problemas. Por ejemplo, quién debe hacer la gestión para notificar a los herederos. No es carga del tribunal por el principio de pasividad. Por lo tanto, es de cargo de la parte contraria, la que si es el demandante sin duda lo hará, pero en el caso de ser el demandado es más dudoso. Pero en todo caso si no hace el requerimiento a los herederos posteriormente no podrá pedir el abandono del procedimiento.

### 3.9 Emplazamiento del ausente

El artículo 11 se refiere a cómo emplazar al ausente. El ausente es aquel que no se encuentra en el territorio nacional y cuyo paradero es desconocido. Si la persona se encuentra en el territorio nacional, pero se desconoce su paradero, se puede trabar válidamente la relación procesal a través de la notificación por avisos. Si la persona no está en el territorio nacional pero se conoce su paradero, técnicamente no es un ausente y se puede formar la relación procesal por medio de la notificación por exhortos.

El ausente propiamente tal puede haber constituido o no mandatario en Chile.

Si no lo constituyó o lo hizo con facultades insuficientes, asumirá su representación el defensor público. La ley expresamente autoriza que al mandatario se lo limite en sus facultades, y se puede no autorizarlo para ser notificado en nombre del mandante (inciso 2° artículo 11).

Si el ausente ha dejado mandatario y hay testimonio de que éste ha aceptado, el mandatario puede ser debidamente emplazado en nombre de su representado. Si el mandato es suficiente, pero se refiere a negocios particulares, el emplazamiento solamente se podrá realizar respecto de dichas actividades.

### 3.10 Designación y revocación del procurador común (artículos 12 a 16)

La ley exige en ciertas y determinadas circunstancias que se designe procurador común. Por ejemplo, cuando dos o más personas entablan idénticas acciones o idénticas defensas. Lo normal es que si desde el inicio se produce esta *litis consorcio*, en el primer acto procesal se proceda a la designación del procurador común, pero puede ocurrir que no se haga o que el *litis consorcio* sea sobreviviente.

No obstante esta designación de procurador común, cada una de las partes representadas por éste puede, con ciertas limitaciones, ejercitar particularmente sus derechos procesales. Pero la ley impone límites, por ejemplo, los plazos u oportunidades son los mismos de que goza la parte con la cual se encuentra asociada (artículo 16).

El artículo 12 se remite al artículo 19 que se refiere al *litis consorcio* inicial. Si no se ha designado procurador común, el nombramiento debe hacerse dentro del término que señale el tribunal. Si las partes no proceden al nombramiento, lo hace el juez, debiendo rcaer tal designación en un procurador del número o en una de las partes que haya concurrido siempre que esa parte tenga *ius postulandi*. Si alguna de las partes concurre al nombramiento, ésta designación es válida para todas las partes (artículo 13).

El artículo 14 señala que puede revocarse el nombramiento del procurador común si hay acuerdo unánime de las partes, o bien por el tribunal, si lo solicita alguna de las partes cuando haya motivos que justifiquen la revocación.

En todo caso, la revocación sólo produce efectos una vez que se haya nombrado a un nuevo procurador.

Todo lo anterior se tramita en cuaderno separado y no suspende el curso del juicio.

El procurador común es un mandatario y, por lo tanto, debe ajustar su actuar a las instrucciones de las partes. Si las partes no se ponen de acuerdo, puede proceder por sí solo y como lo aconseje la prudencia (artículo 15). Si comete un error se aplican las reglas generales del mandato civil. Responde de culpa leve y deberá indemnizar perjuicios.

### **3.11 Excepciones a la necesidad de la representación**

El artículo 2 de la ley 18.120 señala que ninguna persona, salvo los casos de excepción, podrá comparecer en juicio sin ser debidamente representada por quien goce de *ius postulandi*.

Las excepciones a este principio son de dos tipos, de carácter genérico y de carácter específico.

#### **a) Excepción de carácter genérico (inciso 3° artículo 2°).**

El tribunal, atendida la naturaleza y cuantía del litigio y demás circunstancias, puede autorizar la comparecencia y defensa personal. Sin embargo, en cualquier momento puede exigir la intervención de abogados. Las resoluciones que se dicten en esta materia son apelables en el solo efecto devolutivo.

#### **b) Excepciones de carácter específico.**

b.1) Artículo 2° inciso 9. Se refiere a aquellos departamentos (comunas o agrupaciones de comunas) en que el número de abogados en ejercicio sea inferior a cuatro, hecho que determina la Corte de Apelaciones correspondiente.

b.2) Artículo 2° inciso 10. Solicitudes de pedimentos de minas. La propiedad minera se concede por una tramitación judicial que termina con las inscripciones que hace el dueño de la pertenencia. Todos los trámites de pedimentos de minas se pueden hacer por el propio interesado, sin ser representado. Esto siempre que los trámites continúen como una gestión voluntaria o no contenciosa.

b.3) Artículo 2° inciso 11, señala que ante determinados tribunales no se requiere comparecer debidamente representado. Por ejemplo, los jueces de subdelegación y de distrito (hoy no existen); los alcaldes en la comunas que por su tamaño no es necesario designar juez de policía local; juzgados de policía local, salvo en asuntos de daños y perjuicios de una cuantía superior a 4 UTM; juzgados de menores (hoy no existen); árbitros arbitradores; ante el Servicio de Impuestos Internos, salvo casos de cierta y determinada cuantía, la Contraloría; la Cámara de Diputados y el Senado, en el juicio político; en caso del recurso de amparo y de protección.

En todos estos casos la parte puede comparecer personalmente, pero si se designa mandatario, debe hacerse de acuerdo a las reglas generales.

### **3.12 Sanción por la falta de constitución de representación**

*“Si al tiempo de pronunciarse el tribunal sobre el mandato este no estuviera constituido, el tribunal se limitará a ordenar la debida constitución de aquel dentro de un plazo máximo de tres días. Extinguido este plazo y sin otro trámite se tendrá la solicitud por no presentada, para todos los efectos legales. Las resoluciones que se dicten sobre esta materia no serán susceptibles de recurso alguno.”*  
(inciso 4° artículo 2 Ley 18.120)

Esta norma se aplica respecto de las delegaciones de mandato y de las autorizaciones para diligenciar exhortos, entendiéndose que estas últimas deben realizarse ante el tribunal exhortado (inciso 5).

## **4. EL PATROCINIO**

El patrocinio es una creación original del sistema legal chileno, que distingue entre patrocinio y otras formas de representación. Sin perjuicio de que el patrocinio puede ser también forma de representación judicial. La razón de esta dicotomía es que el legislador diferencia entre la responsabilidad de la defensa, que asume el patrocinante, y la representación, de suerte tal que el patrocinante tiene la carga u obligación de vigilar el desempeño de los distintos apoderados o representantes, sea que él actúe o no en el respectivo acto procesal.

### **4.1 Naturaleza jurídica del patrocinio**

*El acto por el cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus derechos en juicio, es un mandato, que se halla sujeto a las reglas establecidas en el Código Civil sobre los contratos de esta clase, salvo la modificación establecida en el artículo siguiente* (artículo 528 C.O.T.)

Por expresa disposición de la norma transcrita el patrocinio es un mandato que se rige por las normas del C.C., salvo modificaciones expresas de la ley procesal.

El patrocinio no termina por la muerte del mandante. Así se puede concluir que las causales de término del mandato civil no son del todo aplicables al patrocinio (artículo 529 C.O.T.).

En relación al patrocinio es importante tener presente el artículo 527 C.O.T. en el sentido que las defensas orales ante cualquier tribunal de la República, sólo pueden hacerse por abogados habilitados y excepcionalmente por los postulantes de las corporaciones ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Marcial.

Al hablar de "defensas orales" se puede entender en sentido amplio, incluyendo incluso actuaciones orales en primera instancia. Sin embargo, la práctica ha restringido este concepto sólo a los alegatos ante las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema y otros tribunales especiales.

## 4.2 Constitución del patrocinio

El patrocinio está regulado en el artículo 1° de la ley 18.120 y los siguientes incisos se refieren a diferentes materias.

El inciso 1° dispone que en la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos y ante cualquier tribunal de la República, debe comparecer patrocinado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. En consecuencia, para comparecer se requiere designar abogado patrocinante y apoderado, aunque ambas calidades pueden recaer en una misma persona (abogado).

Cabe señalar que los Procuradores del Número no son abogados habilitados dentro del territorio de la Corte de Apelaciones donde son designados. Además en su actuar deben limitarse estrictamente a los términos de su mandato.

El artículo 398 C.O.T. contiene una regla especial señalando que ante la Corte Suprema sólo se puede comparecer representado por el procurador del número o abogado habilitado, y ante las Cortes de Apelaciones sólo se puede comparecer personalmente, representado por un procurador del número o por abogado habilitado. Agrega la norma en su inciso 2° que el litigante rebelde sólo podrá comparecer ante las Cortes de Apelaciones representado por abogado habilitado o por procurador del número.

A la constitución del patrocinio se refiere el inciso 2° señalando que la obligación se entiende cumplida por el hecho de poner el abogado su firma en el respectivo escrito, entendiéndose que esta firma es aceptación del patrocinio, señalándose además el nombre, apellidos y domicilio del abogado. El patrocinio no requiere autorización.

Si el patrocinio no se constituye en esta forma, la sanción es aún peor que la falta de la debida constitución del mandato, porque la presentación no se proveerá y se tendrá por no presentada por el solo ministerio de la ley para todos los efectos legales, y no es susceptible de recurso alguno.

El patrocinio se entiende vigente para todo el procedimiento, mientras no haya testimonio de su cesación. El abogado patrocinante puede tomar la representación de su patrocinado en cualquiera de las actuaciones o gestiones del juicio.

El artículo 7° señala que los funcionarios de la administración del Estado no pueden negarse a aceptar la intervención de un abogado como patrocinante o mandatario, en los asuntos que ante ella se tramiten.

#### **4.3 Excepciones a la obligación de constituir patrocinio**

Son exactamente las mismas excepciones que se trataron a propósito de la constitución del mandato judicial.

#### **4.4 Extinción del patrocinio**

Son las mismas causales del mandato judicial, pero el legislador reguló de forma especial la renuncia del abogado patrocinante, con las mismas prevenciones que la renuncia del mandato judicial. El abogado debe ponerla en conocimiento del patrocinado, junto con el estado del negocio, y conserva su responsabilidad hasta que haya transcurrido el término de emplazamiento, desde la notificación de su renuncia, salvo que antes se haya designado otro abogado patrocinante (inciso 4° artículo 1°).

El inciso final del artículo 1° se refiere a la muerte del abogado. En este caso el mandante debe designar un nuevo abogado en su primera presentación, bajo la sanción que indica el inciso segundo. Es decir, tener por no presentado el escrito.

#### **4.5 Ejercicio ilegal de la profesión**

El artículo 3° de la ley 18.120 sanciona el ejercicio ilegal de la profesión indica su inciso 1° que el que sin ser abogado ejecutare cualquiera de los actos a que se refiere esta ley, será sancionado con presidio mínimo a medio, e incurrirá en la misma pena quien sin tener el *ius postulandi* represente a otro, salvo las excepciones legales.

## **CAPÍTULO XI FORMACIÓN DEL PROCESO**

Referirnos a la formación del proceso significa, en materia civil, a la materialidad que se va formando por las distintas actuaciones, que van tomando una existencia corpórea y que se traducen en el expediente o autos.



Los expedientes muchas veces tienen cuadernos principales y accesorios, y esto ocurre porque por expresa disposición de la ley; un mismo procedimiento puede ser tramitado en cuadernos diferentes dependiendo de las actuaciones de que se traten; lo normal es que en la carátula del expediente se indique de qué cuaderno se trata. La carátula tiene gran importancia porque es el elemento que se tiene a la vista para la confección del estado diario, y contiene la individualización del demandante, del demandado, el tribunal, el número de rol y el procedimiento, junto a otras menciones como la fecha de ingreso de la causa, su cuantía y el nombre de los apoderados.

## 1. FORMACIÓN DEL PROCESO

El artículo 29 señala que se formará el proceso con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio. Además, dispone que ninguna pieza del proceso podrá retirarse sin que previamente lo decrete el tribunal que conoce de la causa. En materia procesal civil es perfectamente posible que se solicite que determinados documentos se separen del expediente y se guarden en custodia, por ejemplo, un pagaré, una letra de cambio, entonces sólo se procederá a su separación una vez que el tribunal lo ordene por resolución judicial (“custódiese”).

Asimismo, esta agregación de presentaciones y actuaciones es en estricto orden cronológico. Para evitar que las fojas sean arrancadas, se cosen al expediente y se enumeran en letras y cifras, exceptuándose aquellas piezas que deben estar separadas, como los videos (artículo 34).

*Todas las piezas que deben formar el proceso, en conformidad al artículo 29, se irán agregando sucesivamente según el orden de su presentación. Al tiempo de agregarlas, el secretario numerará cada foja en cifras y en letras. Se exceptúan las piezas que, por su naturaleza, no puedan agregarse o que por motivos fundados se manden reservar fuera del proceso.*

El artículo 35 abunda en esta materia y señala que siempre que se desglosen una o más fojas del proceso, deberá colocarse en su lugar una nueva foja con la indicación del decreto que ordenó el desglose y del número y naturaleza de las piezas desglosadas, y no obstante el desglose se mantiene la numeración original. Si las fojas desglosadas pasan a formar parte de otro expediente, mantendrán su número anterior y el que les corresponda en este nuevo expediente.

## 2. FORMA DE LAS PRESENTACIONES JUDICIALES (artículos 30 a 33 C.P.C.)

El artículo 30 dispone que todo escrito deberá presentarse al tribunal de la causa por conducto del secretario respectivo y se encabezará con una suma que indique su contenido o el

trámite de que se trata. Si el escrito es presentado fuera del horario de funcionamiento de los tribunales, debe ser entregado en la casa del secretario<sup>6</sup> u oficial primero si lo está subrogando.

Entregado un escrito al secretario deberá éste en el mismo día estampar en cada foja la fecha y su media firma, o un sello autorizado por la respectiva Corte de Apelaciones y que designe la oficina y la fecha de la presentación. Deberá, además, dar recibo de los documentos que se le entreguen, siempre que lo exija la parte que los presenta, sin que pueda cobrar derecho alguno (artículo 32).

Una vez recibido el escrito por el secretario, deberá ingresarlo el mismo día, o al día siguiente hábil, en su caso, a despacho con la finalidad que sea resuelto, es decir, que se dicte la respectiva resolución judicial que lo provea (artículo 33 inciso 1°).

El inciso 2° de la norma en comento señala que los secretarios letrados, es decir, abogados, de los juzgados civiles, dictarán por sí solos los decretos, providencias o proveídos, resoluciones que serán autorizadas por el oficial primero; y si se dedujere recurso de reposición en contra de aquellas resoluciones, debe ser resuelta por el juez

### 3. REQUISITOS DE LOS ESCRITOS JUDICIALES

Por tradición y una mínima regulación legal, los escritos tiene una determinada estructura: suma, vocativo, individualización, fundamentación de la petición y parte petitoria.

a) **Suma.** Es la indicación resumida de lo que se plantea en el escrito; se pueden plantear varias cuestiones o una sola. Si se plantea sólo una se indica abreviadamente su contenido, por ejemplo, acompaña documentos, con citación. Si las peticiones son varias la suma pasa a ser compleja y hay una petición principal y otras accesorias ("en lo principal... y en el otrosí...").

b) **Vocativo.** Es la indicación abreviada en letras capitales o iniciales de la jerarquía del respectivo tribunal:

- \* S.J.L.: Señor Juez de Letras
- \* ILTMA.: Ilustrísima Corte de Apelaciones
- \* EXCMA.: Excelentísima Corte Suprema

c) **Individualización.** Es la individualización del peticionario y la del expediente, indicándose por quien se comparece. Por ejemplo, "*Juan Pérez Sánchez, abogado, en representación*

---

<sup>6</sup> Actualmente muchos tribunales para evitar que los escritos sean presentados en la casa de los secretarios han habilitado "buzones" que funcionan hasta las 24 horas de los días hábiles.

de xxxx, demandada en autos ordinarios sobre resolución de contrato caratulados xxxx, Rol xxxx-xx, a US. respetuosamente digo”:

d) **Fundamento de la petición.** En esta parte el solicitante desarrolla los fundamentos de su presentación, por ejemplo, “Dado que el demandante de autos no ha evacuado el traslado de las excepciones dilatorias y el plazo para hacerlo se encuentra vencido., vengo en solicitar...”

e) **Parte petitoria.** Aquí se contiene la petición específica que se somete a la decisión del tribunal. Por una vieja costumbre va antecedita por las palabras *Por Tanto* y, en su caso, la enunciación de las disposiciones legales que la parte cree aplicables. Luego, continúa con la petición propiamente tal donde dirá *Ruego a US.*<sup>7</sup>

#### 4. COPIAS DE LOS ESCRITOS (artículo 31)

Cuando la parte presenta un escrito, junto con él debe acompañar tantas copias simples como cuantas sean las partes a quienes debe notificarse la resolución que en él recaiga. Dichas copias se confrontan con el original por el secretario, y se les da sello de conformidad con el timbre de cargo respectivo<sup>8</sup>, y se entregarán a la otra u otras partes, o se dejarán en la secretaría a disposición de ellas cuando la notificación no se haga personalmente o por cédula.

Esta regla tiene excepciones, así no se debe acompañar copia de los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, acusar rebeldías, pedir apremios, prórroga de términos, señalamiento de visitas, su suspensión y cualesquiera otras diligencias de mera tramitación.

Si no se entregan las copias o si resulta disconformidad substancial entre aquéllas y el escrito original, no le correrá plazo a la parte contraria y deberá el tribunal, de plano, imponer una multa de un cuarto a un sueldo vital. El tribunal ordenará, además, que la parte acompañe las copias dentro de tercero día, bajo apercibimiento de tener por no presentado el escrito.

Agrega el inciso final que todas las resoluciones que se dicten serán inapelables.

---

<sup>7</sup> **POR TANTO**, según lo dispuesto por los artículos 89, 90 y 307 del Código de Procedimiento Civil,

**RUEGO A US.** se sirva tener por evacuado en rebeldía el traslado indicado y proseguir con la tramitación de estos autos, ya sea, recibiendo la incidencia a prueba, o bien, procediendo derechamente a su fallo, según SS. lo estime pertinente.

<sup>8</sup> Cada tribunal tiene timbre de cargo con el nombre del tribunal, la fecha de la confrontación y en el caso de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema se indica además la hora de presentación.

## 5. CUSTODIA DE LOS EXPEDIENTES

El legislador preocupado por la integridad de los expedientes, le encarga su cuidado al secretario del tribunal quien debe mantenerlos en secretaría y sólo pueden retirarse en los casos y por las personas que expresamente autoriza la ley (referencia al artículo 393 C.O.T.: receptores autorizados). Esta es la llamada "custodia simple".

Pero en ciertos casos cuando se teme que un expediente pueda desaparecer o los que se han reconstituido después de una pérdida, se puede pedir "custodia especial" que es decretada por el tribunal quedando así particularmente resguardado.

*Artículo 36. El proceso se mantendrá en la oficina del secretario bajo su custodia y responsabilidad. Los autos no podrán retirarse de la secretaría sino por las personas y en los casos expresamente contemplados en la ley. Corresponderá al secretario velar por el estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 393 del Código Orgánico de Tribunales.*

## 6. ENVÍO, RETIRO Y REMISIÓN DEL EXPEDIENTE (artículo 37)

Cada vez que los tribunales permitan el retiro del expediente se exige recibo que se estampa en un libro, y si el funcionario respectivo o quien lo ha retirado retarda su devolución, podrá el tribunal señalarles un plazo razonable para que la efectúen, y ordenar a su vencimiento que se recojan por el secretario los autos.

El inciso 3° fue modificado a favor de la tramitación judicial, y hoy cada vez que se pide la remisión del expediente por parte de otro tribunal o de una autoridad, se hace enviando fotocopia del mismo a cargo del peticionario o la parte que hubiera intervenido, fotocopias que deberán ser debidamente certificadas.

Sin embargo, deben enviarse los expedientes originales cuando no haya fotocopadoras, lo que será certificado por el secretario, también cuando sea urgente, cuando el tribunal lo estime necesario o cuando el expediente tenga más de doscientas cincuenta fojas.