

NÚMERO 1  
ISSN 2735-7538

redp  
udp

# Revista Estudiantil de Derecho Procesal

Universidad Diego Portales  
FACULTAD DE DERECHO

udp FACULTAD  
DE DERECHO

DIC 2021





# Revista Estudiantil de Derecho Procesal

Universidad Diego Portales  
FACULTAD DE DERECHO

**REDP** es una publicación anual gestionada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, que reúne artículos de investigación de distintos autores nacionales y extranjeros, relacionados al área del Derecho Procesal. Los artículos se organizan en tres categorías: *comentarios jurisprudenciales*, *tesis* y *artículos de investigación*. La Revista es una publicación sin fines de lucro que busca fomentar el conocimiento, estudio e innovación a través de la difusión de la investigación en el área de Derecho Procesal. Tiene como fin acercar la experiencia del Derecho Procesal a todo público, ya sea dentro o fuera del área universitaria, y tiene como compromiso respetar y promover la diversidad, los derechos de las minorías, la libertad de expresión y la perspectiva de género de acuerdo con las nuevas formas de justicia tanto en el derecho nacional como internacional.



*Fotografías: Equipo editorial e integrantes de la Revista Estudiantil de Derecho Procesal UDP 2021*

udp FACULTAD  
DE DERECHO



Facultad de Derecho Universidad Diego Portales  
Republica 105, Santiago, Región Metropolitana  
[semillero.derechoprocesal.udp.cl/revista-estudiantil](http://semillero.derechoprocesal.udp.cl/revista-estudiantil)  
[revistaderechoprocesal@mail.udp.cl](mailto:revistaderechoprocesal@mail.udp.cl)

#### **Director**

Juan José Martínez Layuno

#### **Comité Editorial**

Antonio Andrés Valenzuela Iturriaga  
Catalina Thamara Valenzuela Mejías  
Danitza Pérez Cáceres  
Diego Andrés Moreno Godoy  
Lorena Espinosa Olgún  
Macarena Vargas Pavez

#### **Equipo de Revisión**

Camila Esperanza Palominos Rodríguez  
David Enrique Guzmán Meneses  
Josefina Gouhaneh Brinck  
Laura Aránguiz Mühlenbrock  
Mónica Angélica Maureira Castillo  
Sofía Belén Caravantes Palomo

#### **Equipo de Redacción**

Alonso Ignacio Asenjo Henríquez  
Diego Azócar Lobos  
Kevin Aaron Gutiérrez Parra  
Leandro Ignacio Ortega Núñez  
Marco Sebastián Triviño Cid  
María Fernanda Toledo Vásquez

#### **Equipo de Edición y Diseño**

Alinne Camila Llanos Carreño  
Carol Manque Rozas  
Clemente Charme Camprubí  
Javiera Andrea Christoforou  
Javiera Andrea Plaza Marín  
Javiera Belén Patiño Nahuel  
Javiera Paz Silva Riquelme  
Katalina Alessandra del Canto Rivera  
Manuel Alejandro Sepúlveda Contreras  
Vicente Ignacio Kast Trefault

#### **Diseñador**

Miguel Angel Cortez Olivares

#### **Tipografías**

Skolar Sans Latin  
Utopia Std

#### **Universidad Diego Portales**

Carlos Peña González. **RECTOR**

#### **Facultad de Derecho**

Jaime Couso Salas. **DECANO**

*Ira. edición digital*  
*Santiago, región Metropolitana, Chile*  
*Diciembre 2021*  
ISSN 2735-7538

# Sumario

---

**Pág. 6 →**

Editorial

**Pág. 8 →**

**Cecilia Andrea Díaz Alcocer y Juan Cristóbal Fernández Sanz**

La pertinencia de notificar el reparo en el juicio de cuentas dentro del plazo de caducidad.  
Comentario a la última sentencia de la corte suprema clara en la materia.

**Pág. 18 →**

**Macarena Soledad Soto Vásquez**

La falta de regulación sistemática de los mecanismos procesales para terceros al juicio.

**Pág. 48 →**

**Esteban Torres CH.**

Examen crítico a la prohibición del abandono del procedimiento en la jurisprudencia laboral y constitucional.

**Pág. 71 →**

**Santiago Teixido Balbontin**

Análisis jurisprudencial del principio iura novit curia y el problema de las decisiones sopesivas en el proceso civil chileno.

**Pág. 100 →**

**Cristián Santa Cruz Jaramillo**

Inmediación en los tribunales de familia. El uso de la videoconferencia en audiencias reservadas con niños, niñas y adolescentes.

**Pág. 127 →**

**Victoria Fabiola Godoy Marchant**

Case management y problema del atochamiento de causas post pandemia: Análisis de la experiencia chilena.

**Pág. 148 →**

**Víctor Beltrán Román**

¿Pueden realizar diligencias de investigación funcionarias o funcionarios municipales de seguridad ciudadana?

**Pág. 157 →**

Instrucciones para publicar en la revista



### Director REDP

---

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ LAYUNO

---

*Máster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford  
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Diego Portales  
Director, Revista Estudiantil de Derecho Procesal*

## Editorial

En un proceso continuo y a lo largo de varias décadas, la comunidad legal de la Universidad Diego Portales ha acompañado al país en diversos esfuerzos de reforma a los procesos judiciales. Gracias a su tradición de cambio e innovación, nuestra comunidad ha podido contribuir a dar forma e instalar ideas que, originando nuevas instituciones, han impactado profundamente la cultura legal nacional.

Esta revista es fruto de dicha tradición, y del esfuerzo de una colectividad unida por el propósito de mejorar la justicia en Chile. Como publicación, su principal fortaleza yace no solo en el enfoque sistémico con el que aborda el fenómeno de la resolución de conflictos, ni en el énfasis en debates teóricos y empíricos con impacto en el mundo fuera de las aulas. Fundada por un equipo de estudiantes pioneros, se diferencia de otras revistas debido a que su principal fortaleza proviene de ser gestionada enteramente por los propios estudiantes, el cuerpo y alma de la comunidad universitaria.

Una colección de siete piezas académicas de alto rigor compone esta primera entrega, que aborda diversos debates jurídicos de relevancia actual. La primera de ellas, de los autores Díaz Alcocer y Fernández Sanz, se trata de un comentario jurisprudencial en materia de contencioso-administrativo en los juicios de cuentas, que, desde la clásica noción de presupuestos

procesales, destaca la relevancia de la notificación para hacer efectivo el reparo.

Un segundo artículo se trata de la publicación inédita de la tesis de la autora Soto Vásquez, que aborda el debate –cada vez más relevante en Chile– sobre intervención de terceros en el juicio civil y la ineficiente regulación local desde una perspectiva del debido proceso. El tercer artículo, correspondiente al trabajo del autor Torres Chinchilla, presenta la discusión sobre la prohibición del abandono del procedimiento en la jurisprudencia laboral y constitucional, considerando su interacción con la idea de tutela judicial efectiva y, en definitiva, la tensión generada entre el principio dispositivo y el impulso procesal de oficio.

¿Qué criterios utiliza la Corte Suprema para afrontar el problema de las decisiones «sorpresa» dictadas por tribunales inferiores amparados en el aforismo *iura novit curia*? Esa es la pregunta que busca responder el trabajo inédito que compone la cuarta pieza de esta edición, del autor Teixido Balbontin, enfocado en el proceso civil. Un quinto trabajo está compuesto por la tesis del autor Santa Cruz Jaramillo, que a partir de los cambios procesales puestos en marcha por los tribunales familia para seguir en funcionamiento durante la pandemia, analiza la experiencia práctica de las

audiencias telemáticas y las tensiones que genera el uso de videoconferencias para el principio de intermediación.

El sexto trabajo se compone de la tesis de la autora Godoy Marchant y aborda una cuestión de profunda relevancia para el debate procesal chileno y latinoamericano: el Case Management. Orientada a lo empírico, la investigación analiza las medidas que se han tomado a nivel local y profundiza no solo en la clásica idea de eficiencia asociada a las técnicas de Case Management, sino también en la noción –primordial en este ámbito– de proporcionalidad. La séptima pieza y final que compone esta primera edición es un comentario jurisprudencial del autor Beltrán Román que refleja la forma en que se ha modificado la fisonomía de la seguridad en nuestro país en los últimos 20 años, a partir de la irrupción de las funcionarias y funcionarios municipales de seguridad ciudadana. El autor indaga respecto al rol que estos juegan en materia de diligencias de investigación, a la luz del debido proceso y la evidencia acumulada en materia de condenas erróneas.

Como fuera mencionado, este primer número es posible gracias al liderazgo comunitario de los propios estudiantes –y particularmente los coordinadores de esta revista– y su interés por generar una comunidad vibrante que, especialmente en tiempos de cambio constitucional, pueda contribuir al debate nacional.

Aquellos que compartimos la pasión por la pedagogía jurídica, esperamos también que la revista sea una ventana de exposición para nuevos talentos y que participar en su gestión y funcionamiento suponga nuevas formas de aprender haciendo. Esperamos que en este espacio tanto profesores, estudiantes, egresados y todas aquellas mujeres y hombres que componen nuestra comunidad legal puedan debatir a la misma altura y podamos contribuir así a un procesalismo con raigambre en el mundo real, el de los conflictos y necesidades cotidianas de las personas.

# La pertinencia de notificar el reparo en el juicio de cuentas dentro del plazo de caducidad. Comentario a la última sentencia de la Corte Suprema clara en la materia

*The requirement of notifying the objection in the accountability trail within the expiration period. commentary on the latest clear ruling of the supreme court on this issue*

## Comentario Jurisprudencial

CECILIA ANDREA DÍAZ ALCOCER\* Y JUAN CRISTÓBAL FERNÁNDEZ SANZ\*

\* LL.M. IN INTERNATIONAL TRADE AND COMMERCIAL LAW, U. de Durham (2018). Abogada, U. Adolfo Ibáñez (2014). cecidial@gmail.com.

\* MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO, U. de los Andes (2020). Abogado, U. de Chile (2013). fdzsanz@gmail.com.

**Resumen:** A través del análisis del criterio adoptado por la Corte Suprema en su sentencia de 31 de enero de 2019 (causa Rol N° 2842-2018), se busca demostrar que el reparo -demanda que se formula en un juicio de cuentas- debe ser notificado dentro del plazo de caducidad de un año establecido en la ley, no bastando su sola presentación dentro de dicho periodo, puesto que la notificación es el presupuesto procesal que determina la eficacia jurídica del reparo, quedando en ese momento trabada la litis y afinado el acto administrativo que determina el rechazo de la cuenta.

**PALABRAS CLAVE.** Notificación - Caducidad - Juicio de Cuentas - Reparos - Recursos Públicos - Responsabilidad Funcionarios Públicos.

**Abstract:** Through the analysis of the decision adopted by the Supreme Court in its ruling of January 31, 2019 (case No. 2842-2018), it seeks to demonstrate that the objection -a claim formulated in an accountability trial- must be notified within the expiration of the term established by law, corresponding to a year. Therefore, the mere presentation of the objection within that period is not enough, since the notification is the decisively procedural budget that set the legal effectiveness of the objection, being at that moment locked the litis and refined the administrative act that determines the rejection of the account.

**KEYWORDS.** Notification - Expiration - Accountability Trial - Accountability Objection - Public Resources - Accountability of Public Servants.



## Sumario

1) Introducción, 2) Nociones de juicio de cuentas, reparo y caducidad, 3) Contexto jurídico de la tramitación de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N°2842-2018, 4) Conclusiones

### 1) Introducción

El propósito de este artículo es analizar el criterio adoptado por la Corte Suprema en su sentencia dictada en la causa Rol N° 2842-2018, de 31 de enero de 2019, última sentencia clara en establecer que el reparo -demanda en un juicio de cuentas- debe ser notificado dentro del plazo de caducidad de un año establecido en la ley, no bastando su sola presentación dentro de dicho periodo. Ello es relevante por las consecuencias procesales que derivan de entender la vigencia del reparo como parte esencial del régimen de extinción de la responsabilidad patrimonial de los gestores de los fondos públicos, según expondremos en este trabajo.

Antes de entrar al fondo del asunto que se estudiará en este artículo, cabe señalar que el *juicio de cuentas* es un procedimiento contencioso-administrativo regulado en el Título VII de la Ley N° 10.336, sobre «Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República» (en adelante, «Ley N° 10.336»), el cual tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria de funcionarios, exfuncionarios o personas que tengan a su cargo bienes o recursos públicos y que por su negligencia o dolo provoquen un perjuicio al patrimonio fiscal<sup>1</sup>.

El juicio de cuentas, por disposición del artículo 107 de la Ley N° 10.336, se inicia por el *reparo* («demanda») emanado del Jefe de la División de la Contraloría General de la República (en adelante, la «Contraloría») o del Contralor Regional que corresponda ante el juez del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, quien, de conformidad con el artículo 27, letra d), de la Ley N° 10.336, es el Subcontralor General de la República.

El artículo 96 de la Ley N° 10.336 establece que «[t]oda cuenta será examinada, finiquitada o reparada en un plazo que no exceda de un año, contado desde la fecha de su recepción por la Contraloría». Ello significa que, dentro del plazo de *un año*, la cuenta no solo debe ser examinada por la Contraloría, sino que, además, de resultar la cuenta rechazada, se debe formular el reparo por esta última.

Según el precepto legal aludido, el citado plazo de un año se contará «desde la fecha en que oficialmente hayan sido recibidas [las cuentas] por el funcionario de la Contraloría encargado de su examen», debiendo para estos fines la Oficina de Partes de la Contraloría «certificar la fecha de la recepción de cada rendición de cuentas».

En el marco de este proceso contencioso-administrativo, la caducidad de la acción que contiene el reparo en contra del cuentadante se encuentra asociada al término del plazo de un año para la presentación del mismo, pues el artículo 96 de la Ley N° 10.336 señala que «[v]encido este plazo, cesará la responsabilidad del cuentadante y la que pueda afectar a terceros».

<sup>1</sup> Según Bermúdez, el *juicio de cuentas* constituye un «procedimiento contencioso-administrativo, aunque ambas instancias se llevan a cabo ante un tribunal que podría denominarse como administrativo puro, dado que se realiza ante el Subcontralor (en primera instancia) y un tribunal colegiado, integrado por dos jueces y el Contralor General que lo preside (segunda instancia). La Corte Suprema sólo podría entrar a conocer por la vía del recurso de queja» [BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2014). «Derecho Administrativo General». 3ra edición. Santiago de Chile: Thompson Reuters. 794 pp. pp. 518-519].

En este orden de ideas, la Contraloría comunica el reparo al cuentadante solo cuando es notificado en el juicio de cuentas, quedando en ese momento trabada la litis y afinado el acto administrativo que determina el rechazo de la cuenta. Es por tal razón que el referido reparo no solo debe presentarse dentro del plazo de un año, sino que además debe ser notificado dentro de ese tiempo, pues su eficacia, en cuanto acto administrativo terminal del procedimiento del examen de cuentas así lo determina.

En la sentencia analizada en este trabajo, la Corte Suprema determina la procedencia jurídica de la institución procesal de la caducidad del reparo cuando aquel haya sido notificado fuera del plazo legal de un año, toda vez que una correcta interpretación legal de las normas aplicables hace exigible que el reparo sea notificado dentro de ese plazo, no siendo suficiente la sola formulación de este al funcionario cuentadante por parte de la Contraloría dentro de aquel término legal.

Lo resuelto por la Corte Suprema es de especial relevancia, puesto que, junto con la formulación del reparo, se exige que este sea notificado dentro del plazo legal de un año, lo que ofrece a la Contraloría un periodo de tiempo determinado para perseguir la restitución de los fondos negligentemente dispuestos por los funcionarios públicos al Fisco.

Cordero ha destacado recientemente esta disyuntiva de la siguiente manera:

*«¿Por qué un caso aparentemente trivial tiene implicancias en la resolución de los asuntos de Derecho Administrativo? Esencialmente porque lo que está en juego es el régimen de extinción de responsabilidad de los gestores de los fondos públicos, cuestión que, además, permite demostrar cómo operan los acuerdos y desacuerdos en el Derecho Público»<sup>2</sup>.*

En este sentido, tras la sentencia dictada en causa Rol N° 2842-2018, de 31 de enero de 2019, la Corte Suprema no se ha atrevido a dirimir esta disyuntiva y así, en causa Rol N° 28192-2019, de 24 de julio de 2020, sostiene que únicamente es necesaria la formulación del reparo y no así, la notificación, con lo que facilita y extiende el periodo de persecución de la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios cuentadantes.

Hechas estas indicaciones, se expondrá en este trabajo, primeramente, una breve descripción de las nociones de juicio de cuentas, reparo y caducidad; para después pasar a la descripción del caso que dio origen a la sentencia que aquí se comenta, analizándose posteriormente el razonamiento contenido en la sentencia de la Corte Suprema, junto con un análisis crítico de dicho fallo y sus consecuencias, demostrando que la notificación del reparo es un requisito esencial para la validez procesal del mismo, porque de lo contrario, si solo fuera suficiente la formulación del reparo sin su notificación dentro del término legal, se afectarían gravemente los derechos del cuentadante, ya que esto implicaría que la responsabilidad contable de este último nunca cesaría.

**2 CORDERO VEGA, LUIS** (2020) «La caducidad en el juicio de cuentas». El Mercurio Legal. 29 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=908776&-Path=/oD/DD/> [fecha de visita 09 de julio de 2021].

## 2) Nociones de juicio de cuentas, reparo y caducidad

Tal como señalamos en la introducción de este artículo, el *juicio de cuentas* tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios públicos, ex funcionarios públicos o personas que tengan a su cargo bienes o recursos públicos y que por su negligencia o dolo provoquen un perjuicio al patrimonio público, puesto que la responsabilidad que se demanda en el juicio de cuentas es de naturaleza civil extracontractual propia de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, para lo cual deben concurrir la totalidad de los elementos que la configuran: daño, imputabilidad y relación de causalidad entre los dos primeros elementos<sup>3</sup>. En este procedimiento contencioso-administrativo, el demandado es uno o más funcionarios cuentadantes a los cuales se le cuestiona «la veracidad, integridad y completitud de una cuenta»<sup>4</sup>.

El *reparo* «constituye el resultado negativo final del procedimiento administrativo de examen de una cuenta contable. Surge si ésta merece observaciones de fondo o si habiendo existido observaciones subsanables, ellas no se hubieren salvado en el plazo otorgado al efecto»<sup>5</sup>. El reparo se formula cuando la rendición del cuentadante presenta «tan serias anomalías que justifican que en su contra se ventile un juicio de cuentas para hacer efectiva su responsabilidad contable»<sup>6</sup>.

La *caducidad* se define como la «extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley»<sup>7</sup>. Lo que caracteriza a la caducidad es que la ley ha puesto un límite temporal para el ejercicio de una facultad, la que se extingue, por inactividad, al no haberse ejercido esta dentro de un plazo de carácter fatal que la misma ley establece, la que no admite suspensión ni interrupción de ninguna especie.

La *caducidad* se diferencia de la *prescripción*<sup>8</sup>, debido a que esta última concierne al ejercicio de derechos subjetivos de contenido patrimonial, mientras que «las acciones que inciden en el control de legalidad de la administración están comúnmente sujetas a plazos de caducidad, cuyo vencimiento supone la imposibilidad de ejercerlas»<sup>9</sup>. Según Cordero, la *caducidad* en el juicio de cuentas «logra especial relevancia porque delimita los espacios del procedimiento administrativo (examen de cuentas) del jurisdiccional (juicio de cuentas), para efectos de eximir de responsabilidad civil al funcionario objeto del reproche»<sup>10</sup>.

En lo atinente a la caducidad y a la forma en que esta opera en el reparo, aquella se trata de una:

«competencia reglada en cuanto a la esfera temporal de su ejercicio según lo dispone el artículo 96 de la Ley N° 10.336. De este modo cuando aquel lapso anual expira, la entidad fiscalizadora queda despojada de su competencia para pronunciarse en el caso de la revisión de cuentas [...] competencia sólo puede ser actuada válidamente por el órgano respectivo en la ocasión que se ha prefijado en la norma habilitadora respectiva»<sup>11</sup>.

3 **CFR. CAUSA ROL INGRESO CORTE SUPREMA N° 2842-2018** (Civil – Queja). «Miguel Ángel Becker Alvear», en Poder Judicial (Chile), *Oficina Judicial Virtual* [en línea]. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [fecha de visita 31 de diciembre de 2021].

4 **BERMÚDEZ** (2014) 519.

5 **JARA SCHNETTLER, JAIME** (2012) «Caducidad y notificación del reparo en el juicio de cuentas». *Revista de Derecho Público*. Vol. 77, pp. 135-162, p. 144.

6 **JARA** (2012) 144.

7 **DIÉMER, ENRIQUE; CERDA, OLGA** (2008). «Diccionario jurídico chileno y de ciencias afines» 2da edición. Santiago de Chile: Legal Publishing. Vol. I (A-O), p. 169.

8 **DIÉMER, CERDA** (2008). pp. 169-170.

9 **VALDIVIA OLIVARES, JOSÉ MIGUEL** (2018). «Manual de Derecho Administrativo». Valencia: Tirant lo Blanch. 448 pp. pp. 392-393.

10 **CORDERO** (2020). En línea.

11 **JARA** (2012). p. 147.

En el acápite siguiente se expondrá el razonamiento que adopta la Corte Suprema para declarar caduco el reparo y cómo estos tres conceptos aludidos operan en el caso en estudio.

### 3) Contexto jurídico de la tramitación de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2842-2018

La controversia materia de este fallo se inicia en agosto de 2012<sup>12</sup>, cuando la Contraloría formuló reparo por la suma de 4.314,61 UTM (Unidades Tributarias Mensuales) en contra de cuatro cuentadantes de la Municipalidad de Temuco, por haber autorizado pagos a trabajadores municipales con cargo al incremento previsional establecido en el Decreto Ley N° 3.501, de 1980, que fija Nuevo Sistema de Cotizaciones Previsionales, «aplicando una base de cálculo para su determinación que incluyó asignaciones que no se encontraban afectas a imposiciones al 28 de febrero de 1981, como exige la norma»<sup>13</sup>. El propósito de este incremento previsional deriva del cambio del sistema de cotizaciones previsionales de los trabajadores que antiguamente cotizaban en las antiguas Cajas de Previsión Social.

El Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, por medio de sentencia de 22 de mayo de 2017, dictada en autos Rol N° 44.283-2012, resuelve que los trabajadores municipales no debían gozar del aumento previsto por el legislador con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo sistema de previsión social, determinando que los funcionarios cuentadantes de la Municipalidad de Temuco son civilmente responsables de pagar el monto de 4.314,61 UTM fijado como indemnización por el perjuicio fiscal<sup>14</sup>, declarando dicho Juzgado que:

*«se certificó la recepción de las cuentas para su examen por parte de dicha entidad edilicia, el día 3 de agosto de 2011 [...] formulándose el presente reparo el día 3 de agosto de 2012, antes del plazo de un año conforme lo prevé la norma del artículo 96 de la ley N° 10.336»<sup>15</sup>.*

Esta sentencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia fue confirmada por el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia de la Contraloría, por medio de fallo de 8 de enero de 2018<sup>16</sup>. En contra de la sentencia de este Tribunal de Alzada, los cuentadantes interpusieron recurso de queja para ante la Corte Suprema.

En la sentencia de la Corte Suprema de 31 de enero de 2019, recaída en causa Rol 2842-2018, se rechaza el recurso de queja, sin perjuicio de no compartir la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho efectuada por los jueces recurridos<sup>17</sup>, por lo que el Máximo Tribunal -de oficio- deja sin efecto el fallo pronunciado por el Tribunal de Alzada, revocando la sentencia del Juzgado de Cuentas de Primera Instancia que acogió el reparo y declara que se rechaza el mismo, por haber sido el reparo notificado fuera del plazo de caducidad legal de un año que establece el artículo 96 de la Ley N° 10.336, produciéndose con ello el cese de la responsabilidad contable atribuida a los cuentadantes. La Corte Suprema indica en su sentencia que:

**12 CFR. CAUSA ROL INGRESO CORTE SUPREMA N° 2842-2018**

(Civil – Queja). «Miguel Ángel Becker Alvear», en Poder Judicial (Chile), *Oficina Judicial Virtual* [en línea]. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [fecha de visita 31 de diciembre de 2021].

**13 CFR. CAUSA ROL INGRESO CORTE SUPREMA N° 2842-2018**

(Civil – Queja). «Miguel Ángel Becker Alvear», en Poder Judicial (Chile), *Oficina Judicial Virtual* [en línea]. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [fecha de visita 31 de diciembre de 2021].

**14 JCPI.** Rol N° 44.283-2012. Considerandos 19°, 26° y 29°. Según su parte resolutive, la cantidad de 4.314,61 UTM equivalían a la época de dictación de la sentencia a \$201.263.613.- pesos chilenos (US\$ 300.259.-).

**15 JCPI.** Rol N° 44.283-2012. Considerando 23, énfasis añadido.

**16 TCSI.** N° Ingreso 38-2017. Parte resolutive.

**17 CS.** Rol N° 2842-2018. Considerandos séptimo a noveno.

18 CS. Rol N° 2842-2018. Numeral 7).

*«En la especie, la autoridad comunica el reparo sólo cuando es notificado en el juicio de cuentas, quedando en ese momento no solo trabada la litis, sino que afinado el acto administrativo que determina el rechazo de la cuenta. Es por tal razón que, a juicio de esta Corte, el referido reparo no sólo debe presentarse dentro del plazo de un año, sino que además debe ser notificado dentro de ese tiempo, pues su eficacia, en cuanto acto administrativo terminal del procedimiento de examen de cuentas, así lo determina<sup>18</sup>.*  
[...]

19 CS. Rol N° 2842-2018. Numeral 8).

Como se observa, en el caso concreto la autoridad administrativa no cumplió con la exigencia de reparar la cuenta dentro del plazo de un año, toda vez que la notificación, que determina la eficacia en tanto acto administrativo que debe ser puesto en conocimiento del afectado, se realizó una vez transcurrido el término previsto en el artículo 96 de la Ley N° 10.336, produciéndose la caducidad de la facultad de la Administración, produciéndose el cese de la responsabilidad contable atribuida al cuentadante<sup>19</sup>».

Como es posible apreciar, la Corte Suprema reconoce que la notificación dentro del plazo de caducidad del artículo 96 de la Ley N° 10.336 es un trámite esencial del reparo, toda vez que:

*«para resolver la materia, se debe atender al carácter especial del reparo que, como se dijo, es un acto administrativo que cierra el periodo de examen de cuenta y a la vez equivale a la demanda con que se inicia el juicio de cuentas. Es así, como, en su carácter de acto administrativo de efectos particulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley N° 19.880<sup>20</sup>, debe ser notificado al afectado. Asimismo, como demanda inserta en el juicio de cuentas, debe igualmente ser notificado, según lo establece el artículo 108 de la Ley N° 10.336<sup>21</sup>»<sup>22</sup>.*

20 «Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro [...]».

21 «La notificación de la demanda [reparo] se hará personalmente en conformidad con lo establecido en los artículos 40 y 41 del Código de Procedimiento Civil [...]».

22 CS. Rol N° 2842-2018. Numeral 7).

Lo recientemente expuesto permite inferir que la notificación del reparo dentro del plazo de caducidad es un presupuesto esencial para hacer efectiva la responsabilidad contable del cuentadante, puesto que la notificación es una formalidad de publicidad cardinal que debe ser cumplida por la Contraloría al momento de iniciar un juicio de cuentas. Ello, se debe a que el reparo es un acto administrativo como cualquier otro, que debe cumplir con los requisitos que aquellos deben tener para poder producir efectos jurídicos, requisitos dentro de los cuales se encuentra la notificación.

Si no fuese así, Jara enseña con precisión lo que ocurriría si el reparo no tuviese necesidad de ser notificado dentro del plazo de caducidad:

*«[Se] dejaría a la voluntad de la propia autoridad administrativa la determinación de la oportunidad de la eficacia jurídica de actuaciones que han debido ejercerse dentro de un lapso de tiempo claramente previsto por el ordenamiento jurídico. En circunstancias que dicho efecto no queda a merced del ente administrativo, sino que es determinado previamente en la regla jurídica que ha otorgado la competencia temporal a la autoridad respectiva»<sup>23</sup>.*

23 JARA (2012). 149.

Además, el reparo es un acto que debe ser notificado dentro del juicio de cuentas, ya que, como hace hincapié la Corte Suprema, aquel no tan solo es un acto administrativo, sino que también constituye el acto procesal -demanda- que traba la litis en el juicio de cuentas, por tanto, no puede quedar solo al arbitrio de la Contraloría el momento en el cual estimase iniciar el juicio de cuentas, ya que el Ente de Fiscalización debe dar cumplimiento al plazo de caducidad del reparo, plazo dentro del cual se debe notificar el mismo. De lo contrario, la Contraloría podría iniciar el proceso de cuentas cuando estimase pertinente, lo cual afectaría gravemente los derechos del cuentadante, ya que implicaría en el fondo que la responsabilidad contable de este último nunca se extinguiría.

Asimismo, la misma Contraloría da por establecido que se extingue la acción persecutoria de la responsabilidad del cuentadante por el solo transcurso de este lapso de caducidad de un año establecido en el artículo 96 de la Ley N° 10.336, periodo en el cual debe notificarse el reparo, en los siguientes términos:

*«En ese contexto, y en relación al artículo 96 de ese texto legal, la jurisprudencia administrativa de este Ente de Control contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 26.868, de 2007; 47.775, de 2010; 75.901, de 2011 y 63.576, de 2012, previene que si se dedujere la responsabilidad civil de un servidor por medio del respectivo proceso sumarial, corresponde hacerla efectiva a través del juicio de cuentas, para cuyo efecto la ley establece un plazo de caducidad de un año para perseguirla, lapso que se contabiliza desde el momento en que tal procedimiento se encuentra totalmente afinado, esto es, cuando se notifica personalmente al afectado la resolución que le pone término»<sup>24</sup>.*

Entonces, llama profundamente la atención que la Contraloría, en el juicio de cuentas materia de este trabajo, insista contumazmente que el reparo tenga validez jurídica con su sola formulación dentro del plazo de caducidad sin notificar el mismo; lo que equivale a sostener que la presentación de la «demanda» de la Contraloría al cuentadante ante el Juzgado de Cuentas de Primera Instancia, dentro del plazo de un año, pero sin notificarla legalmente a este último, tiene plena aptitud procesal de trabar la litis en contra del cuentadante demandado.

Semejante planteamiento no puede tener cabida, dado que el reparo notificado fuera de plazo legal, lisa y llanamente, no tiene la capacidad de producir el efecto jurídico de activar la acción pecuniaria contra el cuentadante, ya que el plazo de caducidad, que extingue la responsabilidad contable, como ha enseñado la Corte Suprema y la misma Contraloría en su jurisprudencia administrativa, se cuenta desde la notificación del reparo al afectado.

Ello, porque fuera de ese término anual se acaba indefectiblemente, por mandato de la ley, la competencia de la Contraloría para activar la jurisdicción de cuentas en contra el cuentadante. Esto es importante desde un punto de vista práctico, puesto que los litigantes deben estar muy atentos al momento en el cual el reparo es formulado y notificado, toda vez que, si se hace presente como defensa la caducidad del reparo en estrados, por haber

**24** CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013). 24 de abril de 2013. Dictamen N° 25.088. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictámenes/025088N13/html> [fecha de visita 09 de julio de 2021].

sido notificado este allende el plazo de un año, es posible que se exonere así de responsabilidad al funcionario o exfuncionario afectado.

Este tema, si bien parece trivial, como hizo hincapié Cordero en la cita que se colocó en la introducción, no es menor, dado que la Corte Suprema, en fallo dictado en causa Rol N° 28192-2019, de fecha 24 de julio de 2020, desecha un recurso de queja presentado en el marco de un juicio de cuentas argumentando que «lógico resulta concluir que es suficiente la formulación del reparo para poner término a la inactividad propia de tal figura [...] apto para interrumpir la prescripción de la acción especial de responsabilidad del funcionario»<sup>25</sup>.

Sin embargo, en el voto de la disidencia, los Ministros Sandoval y Zepeda «no comparten lo expuesto [...], toda vez que, a su juicio, la acción para deducir el reparo debe ser deducida y notificada dentro del plazo previsto en el artículo 96 de la Ley N° 10.336 [...] tal como se resolvió en los autos 2842-2018»<sup>26</sup>. Con ello, queda de manifiesto que la controversia no se encuentra zanjada, existiendo incerteza jurídica respecto de la materia en cuestión, en momentos en que la Sociedad Civil exige un mayor control de las personas que reciban, custodien, administren o paguen fondos públicos y en que los cuentadantes requieren también un marco regulador claro para poder defender sus derechos.

#### 4) Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en el presente trabajo, es posible destacar la relevancia del acto procesal de la notificación del reparo en el juicio de cuentas, ya que dicha notificación es el presupuesto que determina la eficacia del mismo en su calidad de acto administrativo que declara el rechazo de la cuenta del cuentadante.

A modo de conclusión, en la sentencia de la Corte Suprema analizada, se reconoce que el reparo que se formula en un juicio de cuentas debe ser notificado dentro del plazo de caducidad de un año establecido en el artículo 96 de la Ley N° 10.336, no bastando su sola presentación dentro de dicho lapso de tiempo.

Por lo tanto, el reparo -que equivale a la demanda en el juicio de cuentas- debe ser notificado al cuentadante para efectos de que quede trabada la litis en este proceso judicial, en los términos del artículo 108 de la Ley N° 10.336. Asimismo, el reparo -en su condición de acto administrativo de la Contraloría- debe ser puesto en conocimiento del afectado, según el requisito de notificar todo acto emanado de un órgano de la Administración del Estado, el cual aparece consagrado en el artículo 45 de la Ley N° 19.880.

Lo resuelto por la Corte Suprema permite concluir que la notificación del reparo dentro del plazo de caducidad legal es un presupuesto para hacer efectiva la responsabilidad contable del cuentadante, dado que la notificación es una formalidad de publicidad esencial que debe ser cumplida por la Contraloría al momento de activar la jurisdicción de cuentas. Ello, se debe a que el reparo es un acto administrativo como cualquier otro, según lo señalado por el Máximo Tribunal, el cual debe cumplir con los

**25 CFR. CAUSA ROL INGRESO CORTE SUPREMA N° 28192-2018** (Civil – Queja). «Yáñez Maldonado Yolanda Tránsito», en Poder Judicial (Chile), *Oficina Judicial Virtual* [en línea]. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [fecha de visita 31 de diciembre de 2021].

**26 CS.** Rol N° 28192-2019. Prevenición de los Ministros Ma Eugenia Sandoval Gouet y Jorge Zepeda Arancibia.

requisitos que aquellos deben tener para poder producir efectos jurídicos, requisitos dentro de los cuales se encuentra la notificación.

La notificación del reparo, como acto administrativo dentro del juicio de cuentas, es esencial puesto que consiste en la demanda que traba la litis, por ende, no puede quedar a merced de la Contraloría el momento en el cual esta estimase iniciar el juicio de cuentas, ya que el Órgano de Control debe ajustarse al plazo de caducidad del artículo 96 de la Ley N° 19.880, plazo dentro del cual debe notificar el mismo, no bastando su sola formulación dentro de aquel término. De lo contrario, quedaría al solo arbitrio de la Contraloría el momento en que se activaría la jurisdicción de cuentas, lo cual afectaría gravemente los derechos del cuentadante, ya que implicaría que la responsabilidad contable de este último nunca cesaría.

A su turno, es dable remarcar el hecho que la Contraloría, en el juicio de cuentas materia de este trabajo, con contumacia, persiste en su posición que el reparo tenga validez jurídica con su sola formulación dentro del plazo de caducidad haciendo caso omiso a la necesidad de notificar el mismo, no obstante que se ha reconocido la importancia de la notificación como presupuesto esencial para que el reparo, como acto procesal contencioso-administrativo, produzca sus efectos. En este ámbito, la Contraloría olvida que el reparo notificado fuera de plazo legal no tiene la aptitud de producir el efecto jurídico de trabar la litis contra el cuentadante, dado que el plazo de caducidad, que extingue la responsabilidad contable, se cuenta siempre desde la notificación del reparo, según ha resuelto la Corte Suprema y la misma Contraloría en sus dictámenes.

Lo anterior, se debe a que fuera de ese término anual de caducidad se acaba, por mandato de la ley, la competencia de la Contraloría para activar la jurisdicción de cuentas en contra el afectado. Por ello, los litigantes deben tener muy presente la fecha en que se formula y notifica el reparo, puesto que, si este es notificado más allá del plazo de un año, es posible liberar, de esta manera, de responsabilidad al cuentadante si se arguye dicha defensa en estrados.

El tema materia de este trabajo, nos hace recordar la importancia que tiene el acto procesal de la notificación y los efectos tan controversiales que tiene en proceso contencioso-administrativo del juicio de cuentas, ya que, dependiendo de la decisión que se adopte por la magistratura, será posible aumentar o restringir el plazo para determinar y hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual que le asiste a los funcionarios públicos que negligentemente dispusieron pagos, excediendo las normas legales aplicables al gasto, derivándose con ello un perjuicio para el erario fiscal.



## 5) Referencias bibliográficas

- BERMÚDEZ SOTO, JORGE** (2014). «*Derecho Administrativo General*». 3ra edición. Santiago de Chile: Thompson Reuters. 794 pp.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** (2013). 24 de abril de 2013. Dictamen N° 25.088. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/025088N13/html> [fecha de visita 09 de julio de 2021].
- CORDERO VEGA, LUIS** (2020). «*La caducidad en el juicio de cuentas*». El Mercurio Legal. 29 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908776&Path=/oD/DD/> [fecha de visita 09 de julio de 2021].
- CFR. CAUSA ROL INGRESO CORTE SUPREMA N° 2842-2018** (Civil - Queja). «*Miguel Ángel Becker Alvear*», en Poder Judicial (Chile), *Oficina Judicial Virtual* [en línea]. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [fecha de visita 31 de diciembre de 2021].
- CFR. CAUSA ROL INGRESO CORTE SUPREMA N° 28192-2019** (Civil - Queja). «*Yáñez Maldonado Yolanda Tránsito*», en Poder Judicial (Chile), *Oficina Judicial Virtual* [en línea]. Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [fecha de visita 31 de diciembre de 2021].
- DIÉMER, ENRIQUE; CERDA, OLGA** (2008). «*Diccionario jurídico chileno y de ciencias afines*», 2da edición. Santiago de Chile: Legal Publishing. Vol. I (A-O).
- JARA SCHNETTLER, JAIME** (2012). «*Caducidad y notificación del reparo en el juicio de cuentas*». *Revista de Derecho Público*. Vol. 77, pp. 135-162, p. 144.
- VALDIVIA OLIVARES, JOSÉ MIGUEL** (2018) *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 448 pp. pp. 392-393.

# La falta de regulación sistemática de los mecanismos procesales para terceros al juicio\*

*The lack of systematic regulation of procedural mechanisms for third parties to trial*

## Tesis

MACARENA SOLEDAD SOTO VÁSQUEZ\*

\* El presente trabajo es una tesis elaborada para efectos de obtener el grado de Magíster en Derecho Procesal, en la Universidad Central de Chile, bajo la supervisión del profesor Andrés Saldivia Wellmann. Aprobada con mención máxima en enero de 2021.

\* ABOGADA MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL de la Universidad Central de Chile, ms.sotovasquez@gmail.com.

**Resumen:** El siguiente artículo, mediante una metodología dogmática-teórica, busca abordar la problemática de los mecanismos de intervención de los terceros en el juicio civil, tanto en la etapa declarativa como de ejecución, en atención a los efectos que pueden proyectar las sentencias sobre ellos. En Chile esa regulación es deficiente y ello arriesga incumplir las condiciones de un debido proceso. Resulta necesario exponer el deficiente tratamiento en materia procesal, y así identificar, describir y analizar los mecanismos procesales que otorga la normativa actual a las personas que no han sido consideradas para ser parte de un juicio debiendo serlo o aquellas que durante el transcurso de un juicio sus derechos se vean afectados, por ejemplo porque adquirieron un bien inmueble que es objeto del juicio. Sobre esta base es posible concluir que la normativa procesal civil permite la comparecencia de terceros en un juicio en tramitación incluso permite oponerse a una sentencia firme que lo afecta. Pero se trata solo de algunas menciones dentro del Código de Procedimiento Civil, presentando una regulación ineficiente que termina afectando las condiciones mínimas del debido proceso y la función jurisdiccional.

**PALABRAS CLAVE:** Terceros, Efecto Relativo de la Sentencia, Inoponibilidad, No Empecerle.

**Abstract:** *The following article, by means of a dogmatic-theoretical methodology, seeks to address the problem of the mechanisms of intervention of third parties in civil proceedings, both in the declaratory and execution stages, in view of the effects that the sentences may project on them. In Chile, this regulation is deficient and this risks breaching the conditions of due process. It is necessary to expose the deficient treatment in procedural matters, and thus identify, describe and analyze the procedural mechanisms granted by current regulations to people who have not been considered to be part of a trial and should have been or those who during the course of a trial their rights are affected, for example because they acquired a real estate that is the subject of the trial. On this basis it is possible to conclude that the civil procedural regulations allow the appearance of third parties before a trial in process, even allows opposing a final judgment that affects them, but they are mentioned within the Code of Civil Procedure, presenting an inefficient regulation that ends affecting the minimum conditions of due process and the jurisdictional function.*

**KEYWORDS:** *Third Parties, Relative Effect of the Sentence, Unavailability, Not Hinder.*

## Sumario.

El presente artículo se divide en cinco secciones. En la primera se desarrolla la introducción del presente trabajo, para posteriormente en la segunda sección abordar la noción de terceros y su condición en el proceso. En las secciones tercera y cuarta se examina el régimen procesal de la intervención de terceros en el juicio civil declarativo, tanto cuando se encuentra en tramitación, como cuando se ha dictado la sentencia definitiva. Esta última sección se divide en dos partes: entre el momento en que se dicta la sentencia y se encuentra firme y ejecutoriada, y la etapa posterior a la certificación de la ejecutoria, para finalizar con el análisis del incidente de nulidad procesal que pueden interponer los terceros. En la quinta sección, se trata la inoponibilidad en perspectiva procesal, analizando en particular el lanzamiento judicial, para mostrar una excepción a la inoponibilidad de las sentencias. Por último, en el apartado sexto y séptimo se exponen las discusiones y conclusiones que se desprenden del análisis de las materias tratadas.

### 1) Introducción.

Dentro de las normas procesales que regulan el actual Procedimiento Civil Chileno (en adelante CPC) llama la atención un tema que no ha sido tratado extensamente por los autores y mucho menos desarrollado por la jurisprudencia: los terceros ajenos al juicio. Por regla general, el CPC es el cuerpo normativo que por excelencia regula la mayoría de los procedimientos civiles, incluso se aplica de forma supletoria<sup>1</sup> en otras ramas del derecho frente a materias no reguladas de forma específica. El CPC se encuentra estructurado en Cuatro Libros: el Primero, con XX títulos, el Segundo con XII títulos, el Tercero con XX títulos, el Cuarto con XV títulos; y un Título Final. Nuestra materia de estudio se encuentra regulada en el Libro Primero, sobre «Disposiciones comunes a todo procedimiento», entre los artículos 22 y 24.

La problemática a tratar por este artículo, se centra en la falta de regulación sistemática del procedimiento para que un tercero ajeno al juicio pueda comparecer en éste, ya sea por no haber sido inicialmente considerado o porque, a medida que avanza el procedimiento, ve afectados sus derechos, por tener interés en el objeto del juicio.

Todo abogado que litigue en materia civil debe saber que al momento de demandar deberá considerar diversos factores, de los que dependerá el éxito o fracaso de su labor. Entre esos factores, es determinante la claridad en la identificación del demandado. Tan relevante es este requisito que puede ser controlado de oficio por el tribunal, el que no dará curso a la presentación que lo omita o exprese en términos vagos o imprecisos.

La exigencia de una correcta identificación del demandado no es un mero capricho del legislador, ya que la sentencia proyectará diversos efectos, según la naturaleza de la pretensión: declarativa, constitutiva o de condena.<sup>2</sup> Dicho de otra forma, el tipo de demanda determinará los efectos que proyectará la decisión jurisdiccional. Un caso típico es el procedi-

**1** EL ARTÍCULO 3° CPC: Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.

**2** ROMERO, A (2012) p. 29.

miento para la restitución de inmuebles, sea que se funde en el término de una relación contractual previa (por ejemplo, el arrendamiento) o en una tenencia u ocupación aparentemente contraria a derecho. En estos casos, la falta de claridad respecto de las personas que efectivamente ocupan el bien a desalojar podría ocasionar que se rechace la demanda o, incluso, que, habiéndose dictado sentencia firme y ordenado el lanzamiento de los ocupantes, quede sin valor todo el procedimiento.

Siguiendo una definición clásica es posible definir el proceso judicial como «la serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión».<sup>3</sup> Lo diferenciamos del procedimiento, que consiste en el conjunto de ritualidades en que debe desenvolverse el proceso judicial y son reguladas por el legislador, es decir, en normas sobre el orden, la forma y la oportunidad (a veces incluso el lugar) de los actos procesales.

Para que se comprendan los límites de la intervención de terceros en el proceso es relevante identificar las etapas o actividades típicas del proceso declarativo civil<sup>4</sup>, a saber: «discusión, prueba, conciliación y sentencia»<sup>5</sup>. En la primera etapa «discusión», tiene por función fijar el objeto del juicio, centrada exclusivamente en la contraposición de la presentación del demandante y del demandado; la segunda etapa, «probatoria», es función de las partes proponer y producir todos los medios o antecedentes que posean para sustentar su posición jurídica y así demostrar las afirmaciones de la discusión; luego, una tercera etapa de conciliación, en que el juez llama a las partes a conciliación, esto es, a celebrar un acuerdo presentado las bases necesarias para ello; y, finalmente, una cuarta etapa, de sentencia, que contiene la decisión del juez fundada en el análisis de la prueba rendida y la convicción que ella provoca en él, emitiendo un pronunciamiento a favor o en contra de las pretensiones de las partes. En opinión de la autora, si la pretensión es de condena (demandas de prestación), se debe agregar una quinta etapa, de cumplimiento, a través de la cual se lleva al mundo de los hechos la decisión jurisdiccional.

Las demandas de condena (o de prestación) pueden derivar en una fase de ejecución o cumplimiento, que pretende hacer realidad la decisión jurisdiccional. Existe discusión sobre la naturaleza jurisdiccional de la ejecución, pero en Chile está confiada a los tribunales, y la ejecución de sentencias puede obtenerse por dos vías procedimentales: el denominado cumplimiento incidental desarrollado en los artículos 231 al 241 del CPC o el procedimiento ejecutivo en los artículos 434 al 529 del CPC, estructurado para el cobro de obligaciones contenidas en sentencias y títulos no jurisdiccionales.

Como puede advertirse, la delimitación del objeto del juicio tiene lugar en la fase de discusión, lo que determina que el derecho de petición del tercero en que exponga su defensa o alegación debiera quedar subordinado a esa etapa procesal.

La doctrina chilena considera que la individualización de las partes constituye un requisito de existencia del proceso, junto con «la existencia de un conflicto de relevancia jurídica y la existencia de un tribunal absolutamente competente».<sup>6</sup> Por lo tanto, su omisión o defectuosa configu-

3 JIMÉNEZ, T (2004) p.11.

4 En adelante juicio, proceso o procedimiento.

5 CORTEZ, G (2014) p. 125.

6 OTERO, M (2010) p. 43.

**7 ARTÍCULO 3 INCISO 2 CÓDIGO**

**CIVIL:** Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

**8** Del latín, significa «cosa realizada entre otros».

ración acarrea la máxima sanción de nuestro ordenamiento jurídico, la inexistencia. Por regla general en los procesos judiciales sólo intervienen las personas a quienes les afecta la contienda, en calidad de demandante o de demandado, pudiendo estar conformados por una o más personas. De ello se sigue como consecuencia que los efectos de las resoluciones y de la sentencia definitiva que resuelve la contienda se proyectarán únicamente sobre ellos. Este es el sentido de la regla dispuesta en el artículo tercero inciso segundo del Código Civil, y que recoge el *principio del efecto relativo de las sentencias*.<sup>7</sup>

Todo aquel que no es parte del proceso es denominado *tercero*, y siguiendo lo expresado anteriormente, a éste la sentencia no lo alcanza, le resulta indiferente o «*no le empece*» porque, a su respecto, la sentencia le es ajena o *res inter alios acta*.<sup>8</sup>

Sin embargo, en la realidad los procesos o sentencias judiciales pueden afectar los intereses de personas que no han sido «parte» de un juicio, es decir, a terceros. Esto es fácil de comprender si se considera que las alegaciones que integran el objeto de decisión de un juicio no necesariamente coinciden con la realidad. Por esto es que se encuentra arraigado desde tiempos antiguos la distinción entre la relación o situación material (lo que realmente ocurre o ha ocurrido) y la relación procesal, es decir, el conjunto de alegaciones planteadas en un juicio respecto de la relación o situación material. La realidad abarca y afecta, usualmente, a más situaciones y más personas de las que son objeto de un juicio. Así, por ejemplo, es posible que en un accidente hayan tenido participación dos personas, y, sin embargo, el actor decide demandar solo a una de ellas. En otro ámbito, también es posible que el actor demande la restitución de un inmueble y que, no obstante, el bien esté ocupado no solo por el demandado sino que por un tercero que no fue emplazado. Lo anterior se explica en atención a que las personas se desarrollan en el plano social, creando diferentes tipos de relaciones, las cuales a su vez también se interrelacionan con otras, abarcando y afectando a más individuos/sujetos de las que se pueden tener en consideración.

Aparentemente, ya sea por la época en que se escribió el Código de Procedimiento Civil o la evolución constante del ordenamiento jurídico chileno, existe una omisión respecto a la regulación sobre la intervención de terceros que se ven afectados por los resultados del proceso, careciendo totalmente de un estatuto que los regule como sujetos procesales.

La falta de regulación sistemática de los terceros en la relación procesal puede llegar a ser considerada una infracción al debido proceso o proceso justo. Una de las condiciones que hacen posible la decisión jurisdiccional es la audiencia al que será potencialmente afectado por los efectos de la sentencia, y es esa garantía la que puede afectarse gravemente por una regulación deficiente de la intervención en juicio.

La ausencia de reglas ha sido subsanada por la jurisprudencia y la doctrina, las que han ido desarrollando una doctrina sobre los terceros y su intervención en el proceso.

De acuerdo a lo señalado es que surgen dos interrogantes: (i) ¿cuál es el actual mecanismo procesal que permite a los terceros ajenos intervenir,

ya sea en un juicio en tramitación, o en su defecto, cuando la sentencia se encuentra firme?; y (ii) no obstante la ausencia de una regulación sistemática al respecto, ¿cumplen los mecanismos actuales los estándares mínimos del debido proceso?

La hipótesis que sostengo es que hay mecanismos de intervención de terceros tanto en procesos pendientes como afinados, pero que esa regulación no se ajusta al estándar denominado *debido* proceso.

Para demostrar esa hipótesis se examinará el régimen de intervención de terceros, distinguiendo si el juicio se encuentra en tramitación o está terminado. Ese examen se detendrá en la *excepción de no empecerle la sentencia* a terceros, propia de la fase de cumplimiento de la sentencia, precisando su naturaleza y su régimen procesal. Finalmente, se busca proponer una posible solución a las falencias que se advierten.

## 2) Los terceros como presupuesto procesal

Para Couture «los presupuestos procesales son los antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal».<sup>9</sup> Uno de los presupuestos procesales de existencia lo constituyen las partes, es decir, solo hay proceso allí donde hay partes. La idea es más abarcadora de lo que aparenta: «una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión»<sup>10</sup>, es decir, el proceso es un conjunto de condiciones que hace posible la decisión jurisdiccional del caso particular conforme a la ley.

Esas condiciones de bilateralidad e imparcialidad surgen de una realidad indudable: los jueces deciden casos que plantean las partes, de forma que el proceso tiene una condición *binaria* ineludible: el proceso y la decisión son relativas a dos partes que constituyen dos posiciones con intereses en conflicto. Esas dos posiciones pueden estar ocupadas por una o más personas (litisconsorcio). Pues bien, no es posible hablar de proceso sin aludir a las partes, y eso determina todo lo que el proceso significa.

Existe consenso en la dogmática que el concepto de tercero se elabora por defecto o en oposición a la idea de parte: es tercero aquel que no es parte. La dogmática, reconoce, sin embargo, que hay terceros que pueden tener comprometido en el proceso un interés.

En cuanto a la noción entregada por el legislador en el CPC, que establece «los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados»<sup>11</sup>. Igualmente una definición en sentido más técnico «comprende a todos aquellos que sin ser parte se encuentran respecto del objeto del proceso en una determinada posición, que el ordenamiento jurídico considera o debe considerar en alguna hipótesis de intervención voluntaria o forzada».<sup>12</sup>

De lo expuesto se colige que los presupuestos para admitir la intervención de un tercero ajeno al juicio son: a) no haber sido considerados en la presentación de la demanda como partes del proceso; b) tener un interés actual en el objeto del juicio y c) un juicio que se encuentre pendiente, es decir, en tramitación<sup>13</sup>; aunque cabe precisar que puede tratarse de un pro-

<sup>9</sup> OTERO, M (2010) p. 43.

<sup>10</sup> OTERO, M (2010) p. 41.

<sup>11</sup> ARTÍCULO 23 Código de Procedimiento Civil.

<sup>12</sup> ROMERO, A (2010) p.14-15.

<sup>13</sup> ROMERO, A (2010) p. 17.

14 ROMERO, A (2002) p. 112.

15 SEPÚLVEDA MUÑOZ LUIS CON MUÑOZ SALINAS MANUEL (2018).

16 ARTÍCULO 29 INCISO 2° LEY N°18.287: Sin embargo, la sentencia condenatoria no surtirá sus efectos respecto del tercero civilmente responsable que no hubiere tomado conocimiento de la denuncia o querrela seguida ante el Juez de Policía Local por notificación efectuada en conformidad con el artículo 8°, antes de la dictación de la sentencia.

17 ARTÍCULO 454: Cuando la cosa embargada se halle en poder de un tercero que se oponga a la entrega alegando el derecho de gozarla a otro título que el de dueño, no se hará alteración en este goce hasta el momento de la enajenación, ejerciendo mientras tanto el depositario sobre la cosa los mismos derechos que ejercía el deudor.

Lo cual se entiende sin perjuicio del derecho que corresponda al tenedor de la cosa embargada para seguir gozándola aún después de su enajenación.

18 TORRES (2017) p. 45.

19 TORRES (2017) p. 65.

20 CASARINO, M (2005) p.29

21 CASARINO, M (2005) p.30.

ceso declarativo o de la ejecución de una sentencia firme. Esto es necesario de aclarar porque la intervención podría tener lugar una vez firme la sentencia, es decir, durante su cumplimiento o ejecución forzosa.

Algunos ejemplos que la doctrina proporciona son el caso de la «litisdenunciación»<sup>14</sup> o denuncia del litigio necesaria, tales como: (i) Se dicta sentencia (en un juicio entre A y B) y ordena la restitución de una propiedad ocupada por C; (ii) Se dicta sentencia de restitución de una propiedad arrendada con subarrendatario (cumpliéndose o no la certificación del receptor); (iii) Se dicta sentencia de restitución de una propiedad y después de la sentencia y antes del lanzamiento, se había constituido un usufructo sobre ella<sup>15</sup>; (iv) El caso de responsabilidad del tercero civil responsable, al existir sentencia infraccional dictada por el Juez de Policía Local contra el chofer conforme al artículo 29 inciso 2° Ley N°18.287<sup>16</sup>; (v) El mero tenedor en el caso del artículo 454 CPC<sup>17</sup>; (vi) el caso más usual, donde se dicta sentencia ordenando la restitución de una propiedad arrendada o en un precario, respecto del demandado y de todos los «*ocupantes, familiares y dependientes*».

En principio es el demandante quien decide quiénes serán las partes en un juicio, al considerar la acción que presentará y los efectos que pretende producir con su ejercicio. Sin embargo, una vez iniciada la contienda, la ley reconoce sólo al demandado la facultad de impugnar esa determinación inicial, por la vía de «oponer excepciones dilatorias (la de ineptitud del libelo, si estima que la determinación de las partes es vaga o imprecisa; o la de corrección del procedimiento, si lo que reclama es una indebida determinación del litisconsorcio)»<sup>18</sup> o de una «excepción perentoria (falta de legitimación)»<sup>19</sup> ya sea al señalar que la acción carece de legitimación pasiva, o si ésta es incompleta; e incluso el incidente de nulidad procesal.

Entonces, existe un monopolio de las partes en la determinación de quienes deben ser consideradas partes en el proceso.

Sin embargo, dado que puede ocurrir que se tramite el proceso en ausencia de un sujeto que ha debido ser considerado, se reconoce la posibilidad a ese sujeto para comparecer y alegar derechos sobre el objeto del juicio, introduciendo nuevos hechos a discutir y ser valorados por el juez.

Como se mencionó, los terceros «son aquellas personas que intervienen en un juicio, diversas del demandante y del demandado, sosteniendo pretensiones concordantes con las de éstos o bien, independientes o contradictorias con las de los mismos»<sup>20</sup>, dependiendo del interés que tengan en el juicio podrán clasificarse en coadyuvantes, excluyentes o independientes conforme a lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del CPC.

Los terceros coadyuvantes «son aquellos que hacen valer derechos armónicos con los ejercidos por alguna de las partes directas, esto es, demandante o demandado; los terceros excluyentes son aquellos que hacen valer derechos incompatibles con los de las partes directas y finalmente los terceros independientes que, como el nombre lo indica, hacen valer un interés independiente del que corresponde en el juicio a las dos partes directas».<sup>21</sup>

La hipótesis sostenida se refiere a los terceros excluyentes e independientes, dado que el coadyuvante es un sujeto cuya posición es dependiente

**22 TAVOLARI, R** (2010) p.422.

**23 ARTÍCULO 261:** Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes.

Estas modificaciones se considerarán como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda.

**24 ROMERO, A** (2010) p.17.

de la parte a la que auxilia y, necesariamente, los efectos del proceso para este tercero serán los que se produzcan para la parte a la que coadyuva.

La cuestión que plantea la intervención de terceros con interés en el objeto del proceso es ésta: ¿puede esta intervención alterar el objeto de la litis ya trabada?

El objeto de la litis consiste en el asunto controvertido sometido a decisión del tribunal, a efecto de que ejerza jurisdicción resolviéndolo, y se determina por los contendientes en la demanda y la contestación.<sup>22</sup> Excepcionalmente, el objeto puede alterarse en la ampliación de la demanda (art. 261 CPC)<sup>23</sup> o en la réplica y la réplica (arts. 311 y 312 CPC).

Las normas citadas, que permiten modificar la pretensión o defensa, no autorizan alterar el objeto de la Litis ya trabada. En consecuencia, si el tercero comparece en la etapa para contestar la demanda podría presentar alegaciones pertinentes, que deben ser resueltas por el juez, ya sea como incidente o en la sentencia definitiva, pero después no.

Actualmente, si una persona ajena a las pretensiones de las partes, pretende comparecer en un proceso iniciado, debe respetar los límites que le impone la ley, como ocurre en el litisconsorcio adhesivo (art. 21 del CPC); en la intervención de terceros (arts. 22 al 24 CPC); la excepción de no empecerle la sentencia a terceros ajenos al juicio (art. 234 inciso tercero CPC); las tercerías del proceso ejecutivo (arts. 518 al 529 del CPC); las reglas sobre cumplimiento de sentencias arbitrales (arts. 635 y 656 CPC); sobre cumplimiento de resoluciones respecto de terceros (art. 233 inciso segundo CPC); y, la regla común que ordena notificar personalmente a un tercero ajeno al juicio (art. 56 CPC).

Esta dispersión de normas permite constatar que nuestro Código de Procedimiento Civil no regula sistemática e integralmente la definición e intervención de los terceros ajenos al juicio.

La afectación de los derechos de terceros puede darse en dos supuestos: (i) un litis consorcio necesario en que se ha omitido un litis consorte; y (ii) la intervención de terceros cuya existencia se conoce una vez firme la sentencia.

La intervención de terceros ajenos al juicio no es un caso aislado, sino una situación frecuente que, sin embargo, no fue prevista por el legislador. Corolario de lo anterior, es que resulta totalmente ineficiente la regulación de la intervención procesal<sup>24</sup>, al punto que podría considerarse como una falta grave al debido proceso y el derecho a la acción o defensa.

En efecto, se autoriza al tercero a comparecer, pero siempre estará limitado por lo obrado con anterioridad, teniendo especial consideración en la etapa procesal que se encuentre el juicio. El derecho a comparecer no se traduce en una decisión sobre la pretensión, sino que resulta ser un factor validante de un juicio que ya se ha llevado a cabo.

Cabe entonces preguntarse sobre la calidad de los terceros como intervinientes del juicio: ¿el tercero puede ser considerado como parte dentro del juicio? En un primera aproximación, y según lo que se podría razonar en base al tratamiento jurídico que da el CPC acerca de los terceros, la respuesta sería que el tercero no es parte, sino más bien un sujeto procesal



**25 ARTÍCULO 153:** El abandono podrá hacerse valer sólo por el demandado, durante todo el juicio y hasta que se haya dictado sentencia ejecutoriada en la causa.

**26 ROMERO, A** (2010) p. 22.

**27** Herrera (2016) p. 16.

**28 ROMERO, A** (2010) p. 22

sui generis, puesto que las resoluciones dictadas en el procedimiento van producir efecto sobre él, no pudiendo alegar ignorancia al respecto, de la misma forma que a las partes, pero sin la posibilidad de hacer las mismas pretensiones o defensas como pudiera ser el caso del demandante o demandado en el proceso. A modo de ejemplo, cabe preguntarse ¿puede un tercero presentar un incidente alegando el abandono del procedimiento? Del tenor literal de la ley<sup>25</sup>, la respuesta es no.

Sin embargo, en el juicio ejecutivo, el tercero puede utilizar un procedimiento conocido como tercería permitiéndole hacer alegaciones al ver afectado sus derechos o bienes por el cobro de un crédito que no es suyo, el ejecutante (demandante en el juicio ejecutivo) puede pedir el abandono de esa tercería. En cambio, en el juicio ejecutivo el tercero no puede pedir la misma alegación en contra del demandante. Evidenciando con más fuerza, la inferioridad con la que es considerado el tercero, dejando conteste una situación completamente vulneradora del derecho que tienen todas las personas de acceder a la justicia.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, resulta necesario analizar las herramientas existentes en el ordenamiento jurídico chileno y que se enfocan en la defensa de este interviniente, estudiando en forma concreta cómo deben realizarse las presentaciones a la luz del derecho procesal.

### 3) Intervención de los terceros durante el juicio civil.

La actual legislación chilena permite la intervención de terceros ajenos al juicio en la medida que tengan un interés comprometido en el proceso. Ese es el fundamento que justifica su actuar: «el interviniente principal deduce una nueva acción, dando lugar a una ampliación sobrevenida del objeto del proceso (una acumulación de acciones)»<sup>26</sup>, debiendo acompañar en su solicitud medios que justifiquen su comparecencia para así evitar que sea una forma de dilatar el proceso. Así se desprende del artículo 16, 22 y 23 del CPC, porque como ya se ha señalado, cabe la posibilidad de que una sentencia tenga efectos más allá de las partes litigantes en el proceso, por lo mismo, se advierte que algo de esto tuvo el legislador en la mira al momento de estructurar la tramitación en materia civil.

Sin embargo, la gran limitación en su actuar y presentaciones, atán-dolo de manos al momento de realizar alegaciones, consiste en que deberá aceptar todo lo obrado con anterioridad al momento en que se presenten, conforme lo dispone el artículo 22 del CPC. En consecuencia, no podrán revivir etapas del juicio que hayan cerrado o precluido, «el principio de preclusión importa la pérdida o extinción de una facultad procesal, la imposibilidad de retornar a etapas procesales ya extinguidas y consumadas».<sup>27</sup>

Abordando la regulación procesal propiamente tal, se establece que si durante la tramitación de un juicio una persona toma conocimiento sin haber sido previamente notificado o emplazado para tales efectos, podrá antes que el tribunal cite a las partes a oír sentencia «interponer un incidente en que solicite hacerse parte y se le reconozca su calidad tercera en juicio»<sup>28</sup>, cumpliendo las exigencias legales sobre postulación procesal, es

decir, contar con el patrocinio y poder de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y las reglas procesales del escrito.

La solicitud se tramitará conforme a las normas generales de los incidentes, debiendo el tribunal apreciar los fundamentos y antecedentes señalados por el interviniente y recibir a prueba en caso de considerarlo necesario, para finalmente resolverlo a través de una sentencia interlocutoria. El tribunal puede acoger o rechazar la solicitud por resolución susceptible del recurso de reposición y apelable en el sólo efecto devolutivo, por ser una interlocutoria de primer grado.

La importancia de esta presentación radica en que el tercero debe concentrar todas sus alegaciones, es decir, oponer todas las excepciones que estime pertinentes tanto dilatorias como perentorias, pero siempre en lo principal de su escrito solicitar que se reconozca su calidad de tercero, fundamentado como el juicio afecta sus derechos o en qué consiste el interés actual comprometido, de tal forma que el tribunal tendrá la obligación de resolverlo, a través de una sentencia interlocutoria o en la sentencia definitiva.

En cuanto a «los efectos procesales que tiene el reconocimiento de un tercero en la tramitación podemos mencionar»<sup>29</sup>: la obligación de ordenar notificarle todas las resoluciones que se vayan dictando progresivamente, adquieren el derecho a hacer presentaciones, alegaciones o interponer excepciones, presentar medios de prueba en el término probatorio, presentar recursos en contra de las resoluciones, y el más importante de todos es que las resoluciones producen efectos sobre ellos, pero siempre limitándose a la etapa procesal en que se encuentre.

En consecuencia, los terceros autorizados a intervenir pueden solicitar el cumplimiento de las resoluciones judiciales ejecutoriadas y oponer la excepción de cosa juzgada en caso de ser demandados en un nuevo juicio, según lo dispuesto en los artículos 24 y 177 del CPC. El efecto de cosa juzgada se explica en que al comparecer el tercero durante esta etapa procesal, le afectará todas las resoluciones que se vayan dictando, no pudiendo alegar ignorancia de ellas.

Un detalle que no debe perderse de vista es el efecto privado que tienen las resoluciones en el proceso civil: la decisión más favorable sólo beneficia al tercero que impugnó la decisión, es decir, «si la sentencia falla una excepción personal, ese fallo no puede afectar a los codeudores que no han intervenido en el juicio».<sup>30</sup> Por lo tanto, en caso de existir otro tercero o un grupo de ellos y no comparecieron, encontrándose en la misma situación o siendo titulares de la misma alegación, la sentencia definitiva sí los afectará, no pudiendo extraerse de los efectos o su cumplimiento.

El principal defecto de esta forma de intervención es que los terceros deberán respetar todo lo obrado con anterioridad, no pudiendo reabrir las etapas procesales que se encuentren cerradas. En otras palabras, sus derechos o alegaciones están subordinadas a la fase en que se encuentre el juicio, a saber, si la etapa de discusión se encuentra precluida no podrán oponer defensa propiamente tal ni excepciones, pudiendo simplemente acompañar medios probatorios y hacer descargos en la etapa de observaciones a la prueba.

<sup>29</sup> ROMERO, A (2002) p. 110.

<sup>30</sup> STOEHLER, A (2010) p. 133.

Respecto a la conveniencia de su intervención, es decir, a la estrategia de litigación que debe considerar el tercero sería sólo durante la contestación de la demanda, en atención a que el tribunal tendrá la obligación de resolverla, quedando incluida en el objeto de la litis y así incluso poder impugnar ante los tribunales superiores, en caso de rechazar su alegación. Cualquier etapa posterior no sería útil, incluso sería hasta perjudicial porque sólo podría acompañar medios probatorios pero no presentar una defensa propiamente tal, pudiendo hacer simples observaciones a la prueba y nada más.

Una posible solución a lo anterior sería que el legislador, al regular la intervención de los terceros al juicio, estableciera como límite de comparecencia hasta el llamado a conciliación que hace el tribunal, porque reconocería un plazo lo suficientemente amplio para poder concurrir a defenderse y el juez podrá considerarlo en las bases de un posible arreglo.

#### **4) intervención de los terceros después de la dictación de la sentencia.**

Ya se analizó la comparecencia de los terceros durante la tramitación del juicio, y como está totalmente subordinado a la etapa procesal en la que se encuentre el proceso. Ahora corresponde estudiar el caso en que se haya dictado sentencia, habiendo sido resuelto el conflicto jurídico sometido a la decisión del tribunal.

Resulta útil considerar dos supuestos: la intervención entre la sentencia y su firmeza, y la intervención posterior a la ejecutoriedad de la sentencia.

##### **4.1. Intervención entre fase de impugnación de la sentencia**

Si el tercero realiza su presentación cuando el tribunal ya ha dictado la resolución que cita a las partes a oír sentencia, deberá esperar a que se falle derechamente y se resuelva la contienda sometida a su conocimiento, al encontrarse el impulso procesal radicado en el órgano jurisdiccional llamado a resolver la contienda. En consecuencia, las partes no se encuentran facultadas para efectuar presentaciones de ningún tipo.

La comparecencia del tercero tendrá lugar de la misma forma señalada anteriormente: «como incidente»<sup>31</sup>, siguiendo las reglas procesales generales y respetando lo obrado con anterioridad, así lo regula el artículo 22 del CPC.<sup>32</sup> Sin embargo, si la sentencia lo agravia, cabe dilucidar si puede impugnar la sentencia emanada de un juicio en que, inicialmente, se desarrolló en su ausencia.

En primer lugar, se abordará el recurso de apelación definido por la doctrina como «aquel medio de impugnación cuyo titular es la parte agraviada por una resolución judicial, destinado a obtener una segunda revisión de los puntos de hecho y de derecho que comprende el asunto, por el tribunal superior al que lo dictó, con el fin de que éste la revoque o modifique con arreglo a derecho, subsanando los agravios que le cause a la parte que lo entabla.»<sup>33</sup>

**31** ROMERO, A (2010) p. 22.

**32** ARTÍCULO 22: Si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cosa litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el tribunal sus gestiones en la forma establecida por el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre.

**33** TORRES, L (2017) p. 99.

34 ROMERO, A (2010) p. 22.

Por cierto, los terceros pueden apelar, en atención a que el agravio estaría constituido porque se dictó una sentencia que lo afecta en su ausencia. Sin embargo, al no poder hacer presentaciones que modifiquen lo obrado con anterioridad, es decir, «no admite la introducción de nuevas acciones»<sup>34</sup>, no podrán alegar que la sentencia se deje sin efecto por haber sido tramitada en un proceso al que no se le llamó a comparecer.

Asimismo, la competencia para conocer de la corte de apelaciones respectiva está determinada por las exposiciones que constan en las acciones presentadas por el demandante y las excepciones y/o defensas del demandado hechas valer ante el tribunal de primera instancia, por consiguiente el fundamento del recurso de apelación del tercero está limitado por este principio de congruencia.

En definitiva, el tercero a pesar de verse agraviado, porque se ha dictado una sentencia que lo afecta en su ausencia no podrá interponer un recurso de apelación en contra de la sentencia, porque se entiende que el juicio fue tramitado dentro de los parámetros legales y si la corte respectiva accediera a su petición excedería en los márgenes de su competencia.

En segundo lugar, al desarrollar el recurso de casación debemos distinguir si este es de forma o fondo. El recurso de casación en forma consiste en «un recurso extraordinario destinado a permitir a la parte agraviada por una resolución judicial, a solicitar y obtener que el tribunal superior respectivo, la invalide o anule, por haber sido dictada por el tribunal inferior con omisión de ciertos requisitos procesales establecidos para ella por la ley o por formar parte integrante de un proceso viciado, o por haberse incurrido en determinadas irregularidades en su ritualidad»<sup>35</sup>. Como su descripción lo dice, sus causales están enumeradas taxativamente por el legislador en el artículo 768 CPC y consisten en vicios o irregularidades dentro del proceso, ya sea porque se omitió algún paso o etapa o se realizó erróneamente. También se exige que debe estar debidamente preparado, es decir, se debe haber alegado la causal previamente, de forma oportuna y en todos sus grados, por ende al momento que el tercero presente su escrito para hacerse parte, deberá además alegar el vicio como incidente de nulidad.

35 TORRES, L (2017) p. 136.

En cambio el recurso de casación de fondo «busca invalidar, a petición de la parte agraviada, determinadas resoluciones judiciales por haber sido dictadas con infracción a la ley y siempre que dicha infracción haya influido en lo dispositivo de ella».<sup>36</sup> El límite de interposición se encuentra establecido por haber sido dictado con infracción a la ley, por lo que el tercero deberá enmarcar su alegación en ese sentido. A diferencia del recurso anterior, este no requiere ser preparado pero debe señalar los errores de derecho que adolece la sentencia recurrida y de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, siempre contando con el patrocinio de abogado habilitado.

36 TORRES, L (2017) p. 156.

En resumen, se podría presentar un recurso de casación de forma o fondo, según la infracción que corresponda, pero la alegación del tercero atendida su naturaleza de independiente a las partes, debería ser rechazada por los tribunales superiores, en atención a que se estaría introduciendo una alegación nueva, es decir, una que no fue discutida ni fallada en

la sentencia definitiva, excediendo también la competencia de revisión de estos recursos.

Cabe destacar, que la Corte Suprema ha permitido la intervención de terceros independientes, en un proceso de reclamación de una resolución de calificación ambiental, casando de oficio una sentencia dictada sin el emplazamiento de todos quienes han debido intervenir. En este caso, una sociedad intervino como tercero independiente una vez dictada la sentencia de primera instancia, antes de la vista de la causa en la corte de apelaciones que conoció el asunto, solicitando en la primera presentación la nulidad procesal de lo actuado, solicitud que le fue denegada. Tras dictarse sentencia, recurrió de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema sostuvo que es un principio general del derecho la inoponibilidad de los efectos de una sentencia dictada en una reclamación judicial intentada para impugnar la legalidad de un acto «respecto de quien, teniendo derecho a intervenir en lo concerniente a lo pedido en ese acto, no estuvo en condiciones de hacerlo».<sup>37</sup>

Cerrada la etapa de impugnación de la sentencia definitiva la sentencia se encontrará firme y ejecutoriada, pudiendo exigir su cumplimiento ante el mismo tribunal, a través del cumplimiento incidental de la sentencia, o en su defecto, iniciando un nuevo juicio, presentando una acción ejecutiva.

A continuación, desarrollaremos el caso en el que se pida el cumplimiento ante el mismo tribunal que dictó la sentencia definitiva.

#### 4.2. Intervención posterior a la ejecutoriedad de la sentencia

Por regla general, las sentencias sólo deben afectar a las partes que participan del juicio, conforme al principio del efecto relativo de las sentencias. Sin embargo, ya adelantamos que en la realidad, no es así.

Primeramente, se distinguirá los efectos de las sentencias judiciales, comenzando con su distinción como «un acto y hecho jurídico, en el primer caso es la declaración de voluntad del juez sobre el objeto sometido a su decisión, resolviendo la controversia jurídica se deriva una serie de efectos queridos y previstos por el juez y las partes, siendo los efectos directos, esto es, los constitutivos, declarativos o de condena, dependiendo de la pretensión ejercitada, así como el efecto de cosa juzgada. En cambio, al entenderla como hecho jurídico, la mera existencia de un pronunciamiento judicial se constatan determinados efectos no queridos ni previstos por el juez en la resolución, ni perseguidos directamente por las partes al promover el proceso. Son los efectos indirectos, colaterales, secundarios o reflejos, cuando van referidos a los terceros».<sup>38</sup>

Lo anterior nos permite explicar porque la mayoría de las veces las sentencias definitivas terminan por afectar a personas no consideradas en el juicio, porque pueden ir surgiendo circunstancias no previstas por el demandante o situaciones de hecho que se van concretando a lo largo de la tramitación del juicio, como por ejemplo saber que más personas habitan el bien objeto del juicio o si éste fue enajenado mientras se tramitaba el juicio.

37 ASOCIACIÓN CANAL DE LAS MERCEDES CON TORO LABBE IGNACIO (2017) p. 8.

38 ROSENDE, C (2001) p. 494.

En el proceso civil chileno, una vez que el demandante obtiene sentencia favorable, la ley lo faculta para pedir el cumplimiento de ésta ante el mismo tribunal, pasando de una etapa declarativa a una de cumplimiento. El proceso judicial llevado a cabo goza de una presunción legal, de haberse tramitado conforme a derecho, siendo válido para todos los efectos. Pero tampoco puede dejar de considerarse que aparezcan terceros afectados por la sentencia, lo que obliga a preguntarnos ¿qué mecanismo otorga el ordenamiento jurídico chileno a un tercero para oponerse al cumplimiento de la sentencia?

La respuesta es la «excepción de no empecerle la sentencia» establecida en el artículo 234 inciso tercero del CPC. En opinión de la doctrina «este derecho constituye una potestad que se puede ejercer si el tercero ha optado por no intervenir en el juicio del que resulta la sentencia perjudicial»<sup>39</sup>. La excepción no ha sido desarrollada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, razón por la cual será analizada en profundidad a continuación.

El asunto controvertido ya fue resuelto, por lo tanto, no se puede volver a abrir la discusión del juicio declarativo, así que, es necesario estudiar la eficacia de la sentencia propiamente tal, en atención a que «lo que afecta al tercero titular de la acción diversa es la eficacia refleja de la sentencia, derivada del hecho jurídico de la misma».<sup>40</sup>

De lo anterior, se puede deducir que los terceros se ven «afectados por un fenómeno de repercusión de unas relaciones sobre otras, y encuentra su fundamento en la eficacia que otorgan las normas jurídicas a la mera existencia de un pronunciamiento judicial con un determinado contenido»<sup>41</sup> y «a pesar de no haber intervenido en el proceso, la eficacia de dicha sentencia le alcanza, al punto que tal decisión habrá adquirido los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad»<sup>42</sup>. Lo mencionado explica porque la excepción de no empecer la sentencia no genera cosa juzgada al momento de resolverse, pudiendo volver a discutirse en otro juicio diverso.

Pues bien, ya se puede ir dilucidando la importancia de la excepción de no empecer la sentencia, no sólo porque en opinión de la autora es el último momento para que el tercero realice alguna alegación, sino también, porque en caso de ser acogida tiene como consecuencia que la sentencia pierde eficacia frente al tercero, volviéndose un inútil trozo de papel. Es necesario desarrollar dicha excepción ante su deficiente regulación y se asumirá el desafío de desarrollarla como es debido.

#### 4.2.1. Noción

Primeramente, conviene entender el significado de la palabra empecer. Al respecto, la Real Academia Española define empecer como «dificultar, estorbar, obstaculizar». La doctrina y la jurisprudencia chilena no han elaborado una definición de la excepción mencionada, pero siguiendo el tenor literal del artículo 234 del CPC, podría definirse como un *mecanismo de protección otorgado a terceros para evitar que una sentencia firme y ejecutoria obstaculice sus derechos adquiridos de forma previa*.

39 ROMERO, A (2002) p. 117.

40 ROSENDE, C (2001) p.495.

41 ROSENDE, C (2001) p.496.

42 ROMERO, A (2002) p.105-106.

**43 ARTÍCULO 56:** Las notificaciones que se hagan a terceros que no sean parte en el juicio, o a quienes no afecten sus resultados, se harán personalmente o por cédula.

Actualmente se contemplan dos hipótesis de notificación a terceros: (i) una general, consistente en la exigencia de notificar personalmente o por cédula a terceros que no sean parte o a quienes no afecten sus resultados, como por ejemplo el caso del martillero, perito, testigos, conforme a lo dispuesto por el artículo 56 CPC<sup>43</sup>; y (ii) una particular, en el artículo 233 CPC, es decir, cuando el cumplimiento de la sentencia se pide contra un tercero viendo afectados sus derechos.

Como se ha descrito anteriormente, la hipótesis del tercero ajeno al juicio puede darse dentro de dos situaciones. La primera en que el tercero no es considerado como demandado, debiendo serlo (Litisconsorcio pasivo necesario) y la segunda, a quien en el transcurso del juicio se van afectando sus derechos, o que la sentencia le exija prestaciones o actuaciones (por ejemplo, subarrendatarios, meros tenedores, tercero civil responsable). En ambos casos podrá alegar la excepción de no serles oponible la sentencia. A modo de ilustración, podemos mencionar el caso del subarrendatario, a quien se exige notificarle la demanda para que la sentencia le sea oponible, dependiendo del demandado reconocer su existencia, conforme al artículo 11 de la Ley N°18.101; el mero tenedor en el caso del artículo 454 del CPC; el tercero civil responsable en un accidente de tránsito, conforme al artículo 29 inciso 2° de la Ley N°18.287.

Conforme a lo expuesto, y siendo tan acotada la regulación que tiene la excepción de no empecer la sentencia, reduciéndose a un artículo en el CPC, resulta completamente necesario una sistematización del régimen procesal de esta excepción, que será llevada a cabo a continuación.

#### 4.2.2. Naturaleza de la alegación

En cuanto a la naturaleza jurídica de la excepción, en opinión de esta autora y siguiendo la definición anterior, es un mecanismo de protección establecido por el legislador que sustraer a los terceros absolutos del proceso de los efectos de una sentencia firme<sup>44</sup>, siendo la última instancia para realizar alegaciones y evitar que la sentencia se lleve a cabo, tramitándose incidentalmente. Por ende, la legitimación está reservada para aquellas personas que no han sido parte<sup>45</sup>, en atención a que tienen un interés propio distinto al de las partes, ya que si de alguna forma éstos pudieran ser representados por el demandado no cabría discusión como excepción, así ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia.

#### 4.2.3. Oportunidad

La ley dispone que el plazo para alegar esta excepción es de 10 días hábiles. Sin embargo, para contabilizar desde cuando comienza a correr debemos distinguir nuevamente dos hipótesis: (i) si se solicitó el cumplimiento al tercero, el cual debe ser notificado personalmente, se contará desde ese momento y (ii) cuando no solicitándose el cumplimiento en contra del tercero, toma conocimiento por casualidad o a través de sus propios medios, caso en el cual el plazo se cuenta desde la notificación por cédula del cumplimiento incidental al demandado, entendiendo que el ter-

**44 ROMERO, A** (2002) p. 117.

**45 PONCE LEROU JULIO CESAR  
CON REYES ACHURRA ROSARIO  
MARIA** (2007) p. 5.

**46 ARTÍCULO 55 INCISO 1°:** Aunque no se haya verificado notificación alguna o se haya efectuado en otra forma que la legal, se tendrá por notificada una resolución desde que la parte a quien afecte haga en el juicio cualquiera gestión que suponga conocimiento de dicha resolución, sin haber antes reclamado la falta o nulidad de la notificación.

**47 SEPÚLVEDA MUÑOZ LUIS CON MUÑOZ SALINAS MANUEL (O)** (2018) p. 5.

**48 SEPÚLVEDA MUÑOZ LUIS CON MUÑOZ SALINAS MANUEL (O)** (2018) p. 5.

**49 RETES DASSORI CARMEN ANA MARÍA LUISA CON CANTILLANO BRENDA ANN** (2015) p. 2.

cero está notificado tácitamente (artículo 55 inciso 1° del CPC)<sup>46</sup>, pudiendo declararse inadmisibles de plano por el Tribunal, por extemporáneo.

Como puede apreciarse en el segundo caso, el tercero nuevamente se ve limitado en su actuar e intervención procesal, porque la contabilización del plazo se hará desde la notificación al demandado, pudiendo en teoría enterarse cuando ya está expirado o encontrándose con el plazo muy encima y no poder preparar adecuadamente su defensa.

#### 4.2.4. Alegación y trámite

Al analizar la presentación y fundamentos de ésta, debe existir certeza respecto al derecho afectado que otorga legitimidad al tercero para comparecer, no pudiendo ser una mera expectativa, lo cual se explica atendida la etapa de cumplimiento que se encuentra, no se puede volver a abrir la discusión del asunto fallado, debiendo respetar lo obrado con anterioridad, limitando el derecho del tercero a defenderse.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad del escrito que presenta la excepción, debe estar fundado en un antecedente escrito en hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia<sup>47</sup>, sin perjuicio, de que en la etapa probatoria del incidente se admiten otros medios probatorios. Esta exigencia importa que si se permitiera la alegación de hechos anteriores a la sentencia, se arriesga autorizar el abuso de derecho, porque se entendería que este tercero tomó conocimiento del proceso antes y no formuló ningún tipo de alegación.<sup>48</sup> En este caso, se sigue el régimen común de alegaciones incidentales del CPC (arts. 85, 86, 305 inc. 2°) para evitar esos abusos.

Los requisitos mencionados deben cumplirse de forma copulativa, y en el caso de omisión de cualquiera de ellos, la sanción establecida por el legislador es rechazarla de plano. Todos estos límites realzan la importancia de que no se busca revivir etapas procesales, es decir, bajo ningún parámetro el fondo del objeto del juicio puede volver a discutirse.

La excepción de inoponibilidad se somete a la tramitación incidental, otorgando el traslado respectivo a la contraparte. Vencido el plazo, el tribunal deberá examinar los antecedentes que constan en la causa y evaluar si se debe recibir el incidente a prueba. En opinión de la autora, para evitar una posible casación por omisión de trámites esenciales, debería recibirse a prueba siempre. Cabe destacar que en la etapa probatoria incidental, «el tercero debe crear convicción en el juez sobre los presupuestos fácticos de la excepción, es decir, la titularidad de sus derechos y cómo éstos se ven afectados de forma concreta por la sentencia ejecutada en su contra»<sup>49</sup>.

#### 4.2.5. Impugnación

En lo referente a los recursos que proceden en contra de la resolución que resuelve la excepción, de las disposiciones de los arts. 235 y 241 del CPC aparece que es procedente el recurso de apelación. En efecto, el encabezado del artículo 235 al mencionar que podrá ser desestimada la alegación por sentencia de primera o segunda instancia, es una clara alusión de que



**50 ARTÍCULO 235:** Si no ha habido oposición al cumplimiento de la sentencia solicitado conforme al artículo 233 o ella ha sido desestimada por sentencia de primera o segunda instancia, se procederá a cumplirla, siempre que la ley no haya dispuesto otra forma especial.

es absolutamente procedente el recurso de apelación, ya sea en caso de que se acoja o rechace la excepción.<sup>50</sup>

Asimismo, el artículo 241 del CPC regula el efecto en que deben concederse las apelaciones que se deduzcan contra las resoluciones que se dicten en conformidad a lo dispuesto en los artículos precedentes de este título, lo que incluye la resolución que decide las excepciones que se opongan al cumplimiento incidental.

En contraposición, podría afirmarse que se debe acudir a las normas generales del derecho procesal, en atención a que el legislador no se pronunció de forma específica, dependiendo de la naturaleza jurídica de la resolución que resuelve la excepción, si es que acoge o no la alegación del tercero. Por cuanto si se acoge es una interlocutoria de primer grado; en cambio si se rechaza, consistiría en un auto o decreto, la distinción mencionada importa por cuanto en el primer caso sería apelable, pero en el segundo sólo reponible.

En opinión de la autora, lo más adecuado y ajustado a los estándares internacionales de justicia, sería seguir la primera teoría planteada, siendo reponible y apelable en subsidio, para así asegurar una revisión de los hechos, medios probatorios y alegaciones del tercero, postura seguida por nuestros Tribunales Superiores en la actualidad.

#### 4.2.6. Efectos de la resolución que decide la excepción

Finalmente, debemos analizar el alcance que tiene la excepción, es decir, ¿beneficia a los terceros que no participaron en la interposición?, y ¿produce cosa juzgada en juicios declarativos posteriores?

La primera pregunta debe responderse negativamente siguiendo el lineamiento ya mencionado, por lo que si otras personas se encuentran en la misma situación o teniendo la misma calidad, y no presentan alegación en contra de la sentencia, deberán cumplirla. Ahora bien, al resolver la duda sobre la cosa juzgada, compartimos el criterio de la mayoría de la doctrina que establece que «la cosa juzgada sólo la producen las sentencias firmes definitivas o interlocutorias que resuelven sobre el fondo del objeto del proceso, pero debe resolver un derecho de orden sustancial y no meramente procesal».<sup>51</sup>

La excepción en comento vendría a reconocer un presupuesto procesal, es decir, que la sentencia no puede ser exigida respecto del tercero que no ha participado del juicio en que se dictó, por lo que no produciría cosa juzgada, reforzando esta idea el que al ser tramitada de forma incidental no correspondería quitar la posibilidad de verlo a través de un juicio ordinario y tener una verdadera resolución sobre el fondo de las alegaciones del tercero.

#### 4.3. El incidente de nulidad del procedimiento interpuesto por terceros

Siguiendo al profesor Miguel Otero, la nulidad se define como «una sanción que impone la ley a todo acto que no cumpla con los requisitos que ésta

**51 ROMERO, A** (2002) p. 21 y 23.

52 OTERO, M (2010) p. 24.

53 TORRES, L (2017) p. 26.

54 ARTÍCULO 83 INCISO 1º Y 2º:

La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroge a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad.

La nulidad sólo podrá impetrarse dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal. La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad.

55 OTERO, M (2010) p. 69-72.

56 OTERO, M (2010) p. 69.

57 ASOCIACIÓN CANAL DE LAS MERCEDES CON TORO LABBÉ IGNACIO (2017).

58 ROMERO, A (2012) p. 105.

59 TORRES, L (2017) p. 29-31.

ha establecido para que éste produzca plenos efectos legales, cualquiera sea la materia de que se trate para su validez». <sup>52</sup> En el sentido puramente procesalista, «la nulidad procesal es la sanción de ineficacia que afecta a los actos procesales realizados con falta de alguno de los requisitos previstos por la ley» <sup>53</sup>, al respecto el artículo 83 del CPC es el artículo encargado de consagrar el derecho de alegar la nulidad procesal de un acto dentro de un juicio. <sup>54</sup>

Conforme a lo señalado anteriormente, se desprende que los requisitos para impetrar una nulidad procesal son: «a) Existencia de un vicio que invalide el acto jurídico-procesal; b) Ser parte en el proceso; c) impetrar la nulidad dentro de plazo; d) Quien reclama de la nulidad no debe haber originado el vicio o concurrido a su materialización; e) No haber convalidado tácita o expresamente el acto nulo». <sup>55</sup>

De los requisitos nombrados precedentemente, el segundo se relaciona directamente con el tema a tratar en el presente artículo, por lo tanto exige un análisis más exhaustivo, a efecto de saber si los terceros son considerados como parte y si se encuentran facultados para impetrar un incidente de nulidad. La respuesta es afirmativa y en favor de los terceros, porque la calidad de parte puede ser directa (demandante, demandado, ejecutante o ejecutado), o indirecta (terceros con interés actual comprometido en los resultados de la litis), sea como coadyuvante o independientes <sup>56</sup>. Tal deducción es reafirmada de la lectura de los artículos 80 y 83 del CPC, al usar el vocablo se refieren al *litigante*, a la *parte* y a quien deba reclamar la nulidad.

En consecuencia, el tercero podrá interponer el incidente de nulidad, pero limitado a respetar lo obrado con anterioridad, alegando la nulidad de una actuación posterior a su comparecencia. Sin embargo, la Corte Suprema conociendo un recurso de casación de forma y fondo, anuló de oficio una causa al considerar que no se había respetado el litisconsorcio necesario pasivo, reconociendo como la única hipótesis que permite a un tercero anular actuaciones o resoluciones previas a su comparecencia. <sup>57</sup>

Como mencionamos, la hipótesis que cobra vital importancia es el caso del litisconsorcio necesario, pues «se trata, en esencia, de una única relación sustancial para los varios sujetos, que en sede jurisdiccional necesita el concurso de estos a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos. Por lo mismo, el objetivo final del litisconsorcio necesario será obtener una resolución única para todos los litisconsortes, por tratarse de una única pretensión, con referencia a la cual el concepto de legitimación activa o pasiva está integrado por todas dichas personas, esto es, a todas les alcanza conjunta, pero no separadamente, la legitimación activa o pasiva». <sup>58</sup> Dependiendo del efecto que tendrá la sentencia podrá determinarse si se genera o no el caso de un litisconsorcio necesario.

Ahora bien, los presupuestos fácticos necesarios para que sea posible la interposición del incidente para la posterior declaración de nulidad procesal son los siguientes <sup>59</sup>: a) que exista un proceso, actos procesales singulares o algún equivalente legitimado; b) existencia de un vicio; c) que el vicio cause un perjuicio sólo reparable con la declaración de la nulidad; d) existencia de una relación causal entre el vicio y el perjuicio; e) la nulidad sea declarada por el tribunal, de oficio a petición de parte. El vicio mencio-

nado debe afectar las garantías del debido proceso, es decir, la actuación no ha cumplido con las exigencias legales para producir efectos y esto produce un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, en consecuencia la comparecencia extemporánea no lo es, o en el caso de que la actuación cumpla el fin, a pesar de no cumplir los requisitos legales tampoco podrá viciar el proceso.

En cuanto al plazo para interponer el incidente, es de cinco días hábiles desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, esta limitación temporal respecto de los hechos en que se funde el vicio alegado cobra importancia al momento de ser apreciado y resuelto por el juez, porque si constituye una medida dilatoria deberá ser desechada totalmente, condenado en costas al tercero. Resulta necesario volver a recordar, que la no consideración del tercero para ser parte de la litis, no constituye una causal de nulidad, porque el procedimiento tramitado con anterioridad a la comparecencia se considera válido para todos los efectos legales.

En resumen, el tercero por regla general se verá limitado en su actuar, como ya hemos dicho anteriormente, por la etapa del proceso en que comparezca, no pudiendo revivir etapas anteriores, salvo que se produzca la hipótesis del litisconsorcio pasivo necesario, ya que es el único caso que nuestra jurisprudencia reconoce como un elemento esencial en la relación procesal, permitiendo incluso que se anule todo lo obrado con anterioridad a la comparecencia, o la sentencia en su caso.

## 5) Acción y excepción de inoponibilidad.

Para abordar el último capítulo del presente artículo resulta conveniente en primer lugar buscar una forma de definir en qué consiste la inoponibilidad. Desde la perspectiva civil consiste en la sanción de ineficacia jurídica respecto de los terceros ajenos al acto o contrato, y en cuya virtud se les permite desconocer los derechos emanados de ellos.<sup>60</sup> En cambio desde un ámbito procesal implica que puede existir proceso, juicio y litis, pero si la parte o el tercero contra el cual se pretende hacer valer el acto jurisdiccional no han sido debidamente emplazados en el juicio, la decisión jurisdiccional les es inoponible, o sea, no puede hacerse valer a su respecto.<sup>61</sup> Se puede apreciar que es una sanción íntimamente relacionada con el principio del efecto relativo de las sentencias, consagrado en el Código Civil<sup>62</sup>, la inoponibilidad puede perseguir dos finalidades: a) la protección de los terceros de los efectos de un acto válido y b) la protección de los terceros de los efectos de la declaración de nulidad de un acto.<sup>63</sup>

En cuanto a sus manifestaciones suele distinguirse en inoponibilidad de forma y fondo. Hay inoponibilidad de forma si se omiten actos de publicidad que habrían permitido al tercero enterarse de la existencia del acto o contrato con el que puede verse afectado; es de fondo, por la falta de concurrencia de una persona al otorgamiento de un acto que debió participar, o por fraude.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> ABELIUK (2009) p.169.

<sup>61</sup> OTERO, M (2010) p. 25.

<sup>62</sup> ARTÍCULO 3 INCISO 2º: Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

<sup>63</sup> ROMERO, A (2011) p. 252.

<sup>64</sup> ROMERO, A (2011) p. 252.

65 BRANTT (2015). P.78

El fundamento de la inoponibilidad descansa en la protección de la apariencia jurídica, la seguridad del tráfico, junto a la anterioridad o los derechos adquiridos.<sup>65</sup>

El tratamiento procesal de la inoponibilidad pasa por identificar su forma de alegación (acción o excepción), porque en este caso el acto jurídico que afecta al tercero es la sentencia judicial, acto celebrado válidamente y que tiene pleno efecto sobre las partes, pero no exigible respecto del tercero.

El legislador chileno, a pesar de no regular sistemáticamente los mecanismos de protección que tengan los terceros frente a un proceso judicial que pueda afectarlos, siguiendo el principio de buena fe y certeza jurídica, reconoce en ciertos artículos de nuestro ordenamiento la existencia de casos o situaciones en que personas que pueden verse afectados.

Ahora bien, corresponde tratar el régimen procesal de tramitación de la inoponibilidad en el ámbito procesal, es decir, preguntarse ¿cómo se obtiene la declaración de inoponibilidad en un juicio?

La doctrina mayoritaria suele decir que la declaración se obtiene presentando la reclamación como excepción, ya que debe configurarse como un mecanismo de protección ante algún acto o contrato que lo afecte. Las excepciones son, conceptualmente, motivos que un sujeto opone en el proceso para impedir sus efectos. En ese sentido, el tercero se defiende frente a un «ataque» (y no por algo que «podría ocurrir o no»). Una consecuencia de esto es que, si prospera la declaración de inoponibilidad, el acto o contrato dejará de ser eficaz sólo respecto de quien la alega.

La doctrina afirma que la pretensión de inoponibilidad, promovida como acción, suele plantearse conjuntamente con otras, como la acción pauliana (art. 2468 CC) o la acción de nulidad absoluta simulación.<sup>66</sup> Planteadas como acción, lo que persigue es impedir los efectos del acto respecto de quien presenta la demanda, pero no necesariamente tiene por objeto privarlo de validez. En ese sentido, la autora estima que la inoponibilidad no es una acción o una excepción, sino el fundamento que se esgrime para evitar la extensión de los efectos de la sentencia a un tercero.

En cuanto a la oportunidad procesal para promover la declaración de inoponibilidad, ya sea la acción, excepción o alegación de inoponibilidad, dependerá de la etapa en que se presente. Durante el proceso, el tercero podrá comparecer invocando el interés que lo habilita y reclamará incidentalmente la inoponibilidad. En cambio, si ya se citó a las partes a oír sentencia, deberá ser el fundamento de la excepción de no empecerle la sentencia a terceros.

La inoponibilidad no es una acción o excepción propiamente tal, sino que, constituye el fundamento en que se basa un tercero para reclamar que se declare el acto como ineficaz en su contra.

Aclarado lo anterior, es evidente la falta de regulación sistemática del actuar de terceros, lo que constituye una vulneración a los estándares del debido proceso: no hay un procedimiento racional y justo para obtener la declaración de inoponibilidad.

66 ROMERO A (2011) p. 253.

La intervención de terceros en el proceso no constituye una rareza y suele ser algo recurrente, especialmente en las reclamaciones sobre la restitución de un bien inmueble, lo que justifica abordar una institución útil para llevarlo a cabo, conocida como el lanzamiento judicial con fuerza pública.

### 5.1. El lanzamiento judicial con fuerza pública

Lo típico de las demandas declarativas de condena es la declaración de un derecho y la condena del demandado a una prestación dineraria o no dineraria (de dar, hacer o no hacer) y, en base a la sentencia declarativa firme exigir un comportamiento. Un caso habitual en la práctica es el de aquellas acciones que buscan recuperar la tenencia u ocupación material de un bien inmueble que ha sido ocupado por terceros, como es el caso de los juicios de arrendamiento, precario o de reivindicación, con o sin título.

Se trata de casos que eventualmente afectan a personas indeterminadas, pese a que la demanda se dirige solo contra una persona, porque el demandante sólo toma conocimiento de una de las personas que ocupan el inmueble no pudiendo demandarlos a todos, incluso en el caso de la toma ilegal de terrenos puede que no tengan conocimiento de la identidad de ninguno.

Conforme a lo señalado hasta ahora, el lanzamiento pone en evidencia casos en que cabe cuestionar la configuración inicial de los sujetos de la litis: cuando uno desea desalojar un bien inmueble, ¿es necesario demandar a todos quienes lo habitan?

Nuestra actual doctrina procesal no se ha cuestionado hasta ahora el hecho que cuando un tribunal acoge la solicitud de lanzamiento con fuerza pública, ésta se concede en contra del demandado, y todos los ocupantes, familiares o dependientes sin importarle que éstos no hayan sido llamados a comparecer y mucho menos a defenderse.

El litisconsorcio necesario encuentra entre sus fundamentos: «1º en el principio de la bilateralidad de la audiencia; 2º en la protección de los derechos de terceros de los efectos de cosa juzgada; 3º en una posible inutilidad de la sentencia; y 4º en la legitimación procesal»<sup>67</sup>, y son efectivamente estos principios los que se pasan a llevar al momento de ordenar el lanzamiento en contra de los ocupante de una propiedad.

Es común que los litigantes soliciten al juez que, al momento de acoger la demanda, ordene la restitución de la propiedad al demandado, empleando la expresión forense «libre de todo ocupante, familiar o dependiente». Y es habitual que las sentencias así lo ordenen. Nos encontramos frente a una excepción al principio del efecto relativo de las sentencias, como hemos mencionado hasta ahora. Cabe preguntarse ¿por qué es aceptado sin cuestionamientos que se desaloje a personas que no han sido demandadas directamente? ¿Es entonces, el lanzamiento, una excepción al efecto relativo de las sentencias?

Al investigar sobre el lanzamiento judicial, nos encontramos con una falta de desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legal al respecto, por lo que resulta necesario acudir a la RAE para definirlo como «despojo de una posesión o tenencia por fuerza judicial». En nuestras propias palabras es la

67 ROMERO, A (2012) p. 106.

orden emitida por el juez, dirigida al demandado y a los ocupantes de un inmueble, para que lo desocupen y restituyan, bajo la sanción de llevarlo a cabo por la fuerza pública (Carabineros) en caso de no cumplir. A primera vista entenderíamos que estamos frente a una clara excepción al efecto relativo de las sentencias ya mencionado, ya que la orden de restitución se hace respecto de los «ocupantes», es decir, personas indeterminadas y no partes del juicio.

En algunas leyes se ha buscado solucionar el problema mencionado. Por ejemplo, en el juicio de arrendamiento regulado en el artículo 11 de la Ley N° 18.101, al establecer como requisito de oponibilidad a los subarrendatarios su previa notificación. La regla, no obstante, presenta una deficiencia: es el receptor judicial el encargado de preguntarle al demandado, al momento de notificar la demanda, sobre la existencia de subarrendatarios, dejando al arbitrio del arrendatario reconocer o no el subarrendamiento. Incluso, puede ocurrir que el arrendatario haya hecho abandono del hogar en el juicio y como se le considerará en rebeldía, puede llegar a provocar la indefensión de su familia al privarlos de poder comparecer a defenderse.

## 6) Discusión.

Durante la exposición que antecede se ha intentado plasmar una problemática no tratada por el derecho procesal moderno, esto es, el caso de una parte no considerada como tal, que ha cobrado gran protagonismo a lo largo del último tiempo: los terceros ajenos al juicio. Tanto para los procesalistas tradicionales y modernos, siempre ha sido el objeto de estudio y desarrollo las partes del juicio, el demandante y demandado propiamente tal, entendiendo que son «uno de los elementos constitutivos del juicio»<sup>68</sup>, pero ha sido la práctica la que nos lleva a entender que los terceros ajenos al juicio son una realidad más común de lo pensado y deben ser tomados en cuenta tanto para desarrollarlos, estudiarlos y analizarlos desde el ámbito procesal.

La regulación actual resulta completamente deficiente al momento de abordar a los terceros, siendo el CPC el único cuerpo normativo que los menciona, pero sin desarrollarlos como es debido, al respecto son los artículos 16, 22, 23 y 24 los encargados de expresar en breves líneas algunas ideas para dilucidar en qué consisten, siendo nuestra doctrina la encargada de desarrollarla en lo posible, pero no pudiendo suplir la falta de regulación sistémica que exige los estándares judiciales a la fecha, tanto nacionales como internacionales.

Como se comentó anteriormente, ya ha sido reconocido por algunos autores, destacando entre ellos a doña Cecilia Rosende, que «la sentencia como hecho jurídico tiene efectos reflejos sobre personas que no participaron en el juicio llevado a cabo»<sup>69</sup>, no siendo posible ejecutarla en contra de una persona que no ha participado en la tramitación, por lo tanto resulta necesario relacionar el principio del efecto relativo de la sentencia y el efecto reflejo de ésta y transportar el análisis a la etapa previa de la sentencia, es decir, la tramitación del juicio propiamente tal y en su caso la oposición durante la etapa de cumplimiento.

68 CASARINO, M (2005) p. 22.

69 ROSENDE, C (2001) p. 495.

70 CASARINO, M (2005) p. 25.

71 **ARTÍCULO 174:** Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites.

72 ROMERO, A (2010) p. 22.

73 **ARTÍCULO 22:** Si durante la secuela del juicio se presenta alguien reclamando sobre la cosa litigada derechos incompatibles con los de las otras partes, admitirá el tribunal sus gestiones en la forma establecida por el artículo 16 y se entenderá que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre.

Conforme a lo desarrollado hasta ahora, las partes del juicio son la o las personas entre quienes se desarrolla la contienda, y la doctrina suele clasificarlas «según la oportunidad en que adquieren tal calidad como: a) partes directas, son las que originariamente han iniciado el juicio, sea por voluntad propia o han sido llamados forzosamente; y b) partes indirectas, son aquellas personas que advienen al juicio en forma voluntaria, una vez que éste ha sido iniciado»<sup>70</sup>. Se entiende que el fundamento de la comparecencia es la certeza de que sus derechos o intereses pueden verse afectados por el juicio llevado a cabo en su ausencia, lo que se busca es plasmar las instancias de comparecencia reconocidas por el ordenamiento jurídico chileno para que los terceros puedan comparecer para hacer valer sus alegaciones, destacando el momento que puede resultar más conveniente para actuar.

La clasificación de los terceros dependerá de la calidad en que comparecerá en un juicio atendido el interés o derecho que busca defender, pudiendo ser coadyuvantes, excluyentes o independientes, según lo tratado en el primer capítulo. Ahora bien, se entiende que la omisión del demandante al no considerar a todos los demandados al momento de interponer la demanda o si el objeto del juicio cambia de manos, no es una falta procesal que esté consciente, porque si así fuera, la sanción de nulidad está más que merecida.

Sin embargo, no puede dejarse de lado la falta grave al debido proceso que consiste la omisión mencionada, careciendo a criterio de la autora, el principio básico para que la sentencia sea válida y tenga fuerza obligatoria y de ejecución.

El deber del legislador se traduce en que debe regular en el futuro la intervención de terceros a través de un nuevo título en el CPC, estableciendo etapas procesales de intervención, mecanismos de intervención, etc. El principio del debido proceso no sólo debe ser interpretado como lineamiento que debe seguir las partes o el tribunal, sino que, debe obligar a otros órganos, como el órgano legislativo, y entender que hoy los terceros no posean claridad en cómo deben comparecer y las grandes limitantes que establece el actual ordenamiento chileno, es necesario darle el protagonismo, ya que el dinamismo de las relaciones humanas y jurídicas va en aumento y configurar la idea de un proceso que sólo considere o afecte a las partes resulta es irreal y poco práctico.

En primer lugar, la intervención de primera instancia comienza con la presentación de la demanda hasta la citación a oír sentencia, incluso hasta antes de encontrarse firme y ejecutoriada la sentencia conforme al artículo 174 del CPC<sup>71</sup>, permitiéndole poder actuar con la debida representación de un abogado sin advertir exigencias adicionales a las pedidas al demandado, a través de la presentación de un incidente<sup>72</sup>, solicitando que se le reconozca su calidad de tercero como parte indirecta y la alegación respectiva.

Sin embargo, la única y gran limitación que tiene procesalmente hablando es la determinada por el artículo 22 del CPC<sup>73</sup> que exige respetar todo lo obrado con anterioridad, por lo tanto, no podrá reabrir etapas procesales ya cerradas ni presentar alegaciones si la oportunidad ya se encuentra precluida, es decir, si presenta su alegación durante el plazo para contestar la demanda podrá hacer alegaciones de cualquier tipo, asimismo

podrá adherirse a la demanda si comparte los intereses con el demandante, siendo éste, el momento más conveniente. En cambio, en cualquier momento posterior sólo se permitirá que solicite que se le reconozca como tercero y adquiera la calidad de parte indirecta en el juicio, lo que le permitirá en su caso presentar medios probatorios y vías de impugnación en caso de ser procedentes. Cuando el tribunal reconozca la calidad del tercero permitiéndole comparecer, a éste le afectarán todas las resoluciones dictadas en lo sucesivo no pudiendo abstraerse de cumplir lo ordenado por la magistratura, por lo tanto lo resuelto sobre su alegación el juicio produce cosa juzgada, no pudiendo volver a discutirlo en un juicio posterior.

Ahora bien, cuando el demandante quiera exigir el cumplimiento del fallo dictado a su favor debe presentar un escrito solicitando el cumplimiento incidental de la sentencia, el cual será notificado por cédula al demandado y otorgando un plazo para oponerse en caso de ser procedente. En el caso del tercero tendrá a su disposición todas las excepciones consagradas en el artículo 234 del CPC, y adicionalmente de forma exclusiva podrá oponer la excepción de no empecerle la sentencia, que también será tramitado incidentalmente.

La excepción de no empecerle la sentencia es una institución procesal que a la fecha no ha sido desarrollada en lo absoluto, carencia que busca ser suplida por el presente artículo.

En atención a lo señalado se configura como un mecanismo procesal de protección que tienen los terceros ajenos al juicio para oponerse al cumplimiento de una sentencia, que afecta sus derechos, por no haber comparecido o participado en su tramitación. La finalidad consiste en que la sentencia carecerá de eficacia ante el tercero en atención a la ausencia de litigación para defenderse. Al analizar el objeto de esta alegación se debe tener a la vista que el objeto del juicio o la controversia jurídica propiamente tal ya fue resuelta por la sentencia definitiva «la relación jurídica debatida en el proceso habrá quedado definitivamente juzgada también para los terceros interesados en la misma, sin posibilidad de que la decisión alcanzada sobre la misma pueda ser replanteada en un juicio posterior».<sup>74</sup> Por lo que resulta improcedente volver a revivir esa discusión, entonces, sólo debe discutirse sobre si el tercero compareció o no para presentar una alegación sobre la afectación de sus derechos, debiendo haber sido llamado por la ley, teniendo como consecuencia que la sentencia no tiene eficacia en su contra.

Al estudiar los requisitos de interposición de la excepción se menciona primeramente el plazo de 10 días desde que se notificó el cumplimiento incidental por cédula al demandado o la notificación personal al tercero, en caso de pedirse el cumplimiento en su contra. Asimismo, la presentación deberá estar fundada en antecedente escrito, bajo hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia, revestido de fundamento plausible, pudiendo el tribunal desecharlo de plano si no se reúnen copulativamente los requisitos mencionados, así se encuentra consagrado por el artículo 234 del CPC.

Por último, la resolución que resuelve la oposición al cumplimiento incidental en virtud de la alegación que resuelve, por su naturaleza jurídica es posible categorizarla como una sentencia interlocutoria de primera

<sup>74</sup> ROSENDE, C (2001) p. 495.



clase, siendo susceptible de impugnación por recurso de reposición y apelación, atendido el principio de economía procesal debería presentarse de forma subsidiaria. En cuanto a los efectos de la misma resolución, ésta no aprovecha a otros terceros que no han comparecido, sin perjuicio de ser titulares de la misma alegación y no produce cosa juzgada, pudiendo volver a discutirse en un juicio ordinario posteriormente.

Ahora bien corresponde analizar la última instancia procesal que tiene un tercero para comparecer en un juicio civil, que consiste en el incidente de nulidad de todo lo obrado que permitiría dejar sin efecto actuaciones que se llevaron a cabo en ausencia del tercero, bajo el fundamento de haber tenido que ser llamados a comparecer. Se trata de «la ausencia de llamamiento de alguno de ellos a juicio deriva en la exclusión del debate jurídico del omitido y la subsecuente imposibilidad de imponer los efectos derivados de cualquier pronunciamiento al que no ha sido emplazado. Entonces, es menester llamar a juicio a todos los titulares pasivos de la relación, que pudieran verse alcanzados por los efectos de la sentencia que en aquél se dictare».<sup>75</sup>

La figura procesal mencionada se conoce como litisconsorcio necesario pasivo, la cual «se justifica por la singular naturaleza o especiales características que presentan los derechos deducidos en juicio, o bien, porque la declaración que el actor solicita del juez es de carácter indivisible o único para todos los litisconsortes, ya sea que ello venga establecido por la ley o la naturaleza misma de la relación de derecho material, situación que requiere, en consecuencia, que concurren todos ellos al proceso, siendo además la sentencia que se dicte única para todos ellos».<sup>76</sup>

Lo anterior tiene su explicación en que uno de los pilares esenciales en que se basa la sentencia judicial como acto jurisdiccional es el fundamento de haber sido tramitado legalmente, respetando las garantías del principio del debido proceso en su tramitación. Por lo tanto, si atendida la naturaleza del objeto del juicio o los efectos reflejos que puede llegar a tener la sentencia exige que comparezcan todos los posibles afectados, el demandante debe preparar su acción, ya sea realizar una búsqueda de posibles demandados a través de un medida prejudicial precautoria o notificar a través de avisos en un diario de circulación nacional y el Diario Oficial, conforme al artículo 54 del CPC.

Por lo tanto, el fundamento de la nulidad procesal se traduce en que «toda vez que la vinculación jurídico procesal, para ser eficiente, debe ser intentada por el titular del derecho y en contra de quien o quienes se formule la pretensión o interés, esto es, de quienes resulten ser los obligados a soportar los efectos de la decisión»<sup>77</sup>, es tan importante el debido emplazamiento a los afectados, que la ley permite declarar la nulidad sea a petición de parte o de oficio por parte del tribunal.

En consecuencia, «el litisconsorcio pasivo necesario no es un mero ejercicio de la voluntad del actor, sino que una situación procesal necesaria, es exigible para la eficacia del proceso»<sup>78</sup>, siendo la única razón por la cual se permite anular todo lo obrado con anterioridad a la comparecencia del tercero, sin importar en qué etapa procesal se encuentre el juicio civil, sea declarativa o de cumplimiento.

**75** ASOCIACIÓN CANAL DE LAS MERCEDES CON TORO LABBÉ IGNACIO (2017) p. 7.

**76** ROMERO, A (2012) p. 105.

**77** ASOCIACIÓN CANAL DE LAS MERCEDES CON TORO LABBÉ IGNACIO (2017) p. 6.

**78** ASOCIACIÓN CANAL DE LAS MERCEDES CON TORO LABBÉ IGNACIO (2017) p. 9.

En el presente trabajo se ha buscado desarrollar y analizar una institución procesal tan importante, conocida como «los terceros ajenos al juicio», estudiando la tramitación a que deben someter sus presentaciones y actuaciones y dejar en evidencia la ausencia de regulación sistemática que tiene el ordenamiento jurídico chileno al respecto, y como esto no puede dejar de ser considerado como una falta grave a las reglas del debido proceso, es decir, el hecho que actualmente los únicos artículos que mencionen a los terceros sean el 16, 22, 23 y 24 del CPC, más allá de ser una regulación escueta e incompleta se configura como una falta al principio de igualdad ante la ley, el principio de acceso a la justicia y al efecto relativo de las sentencias.

Al respecto no podemos dejar de mencionar la inoponibilidad, que como ya se comentó es una sanción de ineficacia del acto jurisdiccional (sentencia), pero que «no produce efecto legal alguno respecto de un tercero que no ha sido parte en el acto (juicio)»<sup>79</sup>. Al ser estudiada desde el ámbito estrictamente procesal, consiste en el fundamento que autoriza que un tercero pueda comparecer en un juicio que no ha sido llamado o considerado como demandado, y así proteger el cumplimiento del principio del efecto relativo de las sentencias y así abstraerse de los efectos que pueda producir en su contra. Por lo tanto, no se configura como una acción o excepción procesal propiamente tal, sino que como el fundamento o razón por la cual no se puede ejecutar una sentencia en contra del tercero, quedando subordinados a los mecanismos ya estudiados, como incidente en el juicio declarativo civil, como excepción de no empecerle la sentencia o incidente de nulidad de todo lo obrado.

Finalmente, resulta necesario abocarse a la aplicación práctica en que se desarrolla las situaciones expuestas anteriormente, a saber, el caso de aquellas acciones civiles declarativas que se ejercen para recuperar un bien inmueble que se encuentra ocupado por otras personas, por ejemplo, a través de la acción de precario, de arrendamiento y/o de reivindicación, no siendo las únicas al respecto pero sí la más usadas en la actualidad. La ocupación mencionada se refiere a la «tenencia material sobre el bien inmueble»<sup>80</sup>, siendo una situación de hecho, es decir, cómo es posible tener la certeza absoluta de la totalidad de las personas que se encuentren ahí y en su caso, ¿corresponde entablar una demanda en contra de solo una persona para así desalojar a la totalidad de los ocupantes de ésta?, esa es la interrogante que más atención genera.

La institución procesal que permite llevar a cabo el desalojo de ocupantes de un bien inmueble por considerarse ilegítimo o ilegal, es conocido como lanzamiento, el cual puede ser llevado a cabo a través de la fuerza pública (con el auxilio de Carabineros), y destaca de sus elementos que dirige en contra del demandado y todos los ocupantes, a pesar de que estos no hayan sido considerados en la tramitación de la causa.

Atendido el mérito de lo discutido a lo largo del presente trabajo se ha logrado establecer que conforme al principio del efecto relativo de las sentencias, no es posible exigir el cumplimiento de una sentencia a un tercero que no ha participado de su tramitación, sin embargo, como se indicó en el párrafo anterior el lanzamiento es una institución que lo permite, la cual es la más utilizada en la actualidad.

79 OTERO, M (2010) p. 25.

80 SELMAN, A (2018) p. 342.

Entonces, ¿puede concebirse al lanzamiento como una excepción al efecto relativo de las sentencias? o ¿es un caso de litis consorcio necesario no reconocido como tal? La respuesta predominante sería acoger la segunda pregunta y debería entenderse como un ejemplo de litis consorcio necesario pasivo, que permitiría a los demandados no emplazados a oponerse al desalojo en su contra, incluso se les permitiría presentar el incidente de nulidad y así dejar sin efecto todo el juicio llevado a cabo. Puede ser que el litisconsorcio necesario pasivo es una institución procesal no muy desarrollada pero es un presupuesto de validez necesario, incluso se han dejado sin efecto la tramitación completa de un juicio, de oficio por la Corte Suprema, a saber, la causa bajo el Rol N°5982-2017. Eso puede evidenciar un cambio jurisprudencial importante que puede repercutir en la tramitación en el futuro, y el reconocimiento que el litisconsorcio se merece.

## 7) Conclusión.

Lo expuesto a lo largo de este trabajo permite arribar las siguientes conclusiones:

### 7.1. Respecto a la falta de regulación sistemática de un procedimiento para que terceros ajenos al juicio

La actual regulación del sistema procesal actual sobre los terceros ajenos al juicio se encuentra limitado a la mención de los artículos 16, 21, 22, 23 y 24 todos del Código de Procedimiento Civil, a pesar de ser un presupuesto procesal de gran importancia y aplicación en el sistema procesal actual el legislador chileno no le ha dado el protagonismo que se merece, es decir, la simple mención en un par de artículo no es suficiente por cuanto se limita a establecer que la solicitud de comparecencia se tramitará de forma incidental y se debe tener un interés actual como fundamento, pero una vez aceptada su comparecencia le afectarán todas las resoluciones que se dicten en lo sucesivo como a las partes.

En cuanto al momento más conveniente para actuar, sería durante el plazo para contestar la demanda (desde la notificación personal o subsidiaria del artículo 44 CPC hasta el término de emplazamiento de los artículos 258 y 259 inciso primero del CPC<sup>81</sup>), y así presentar sus alegaciones y defensas propias, no estando subordinada su acción a la del demandado, especialmente en el caso que el demandado no comparezca y se mantenga en rebeldía.

Asimismo, no se puede dejar de lado el hecho que la falta de regulación sistemática ya mencionada se configura como una falta grave al principio del debido proceso, a la igualdad ante la ley y al derecho a la defensa. Debido a que el artículo 16 del CPC establece la gran limitación que todo lo obrado con anterioridad a la comparecencia del tercero, por lo tanto no podrá presentar excepciones dilatorias o defensa propiamente tal.

Una regulación adecuada para los terceros ajenos al juicio que asegure una adecuada defensa y reconocimiento, conforme a los estándares internacionales sería en primer lugar darle un título propio en el Código de Pro-

**81 ARTÍCULO 258:** El término de emplazamiento para contestar la demanda será de quince días si el demandado es notificado en la comuna donde funciona el tribunal.

Se aumentará este término en tres días más si el demandado se encuentra en el mismo territorio jurisdiccional pero fuera de los límites de la comuna que sirva de asiento al tribunal.

**ARTÍCULO 259:** Si el demandado se encuentra en un territorio jurisdiccional diverso o fuera del territorio de la República, el término para contestar la demanda será de dieciocho días, y a más el aumento que corresponda al lugar en que se encuentre. Este aumento será determinado en conformidad a una tabla que cada cinco años formará la Corte Suprema con tal objeto, tomando en consideración las distancias y las facilidades o dificultades que existan para las comunicaciones.

cedimiento Civil, en que sea definido y clasificado conforme al estudio de la doctrina chilena, es decir, como terceros coadyuvantes, independientes y excluyentes y su procedimiento de comparecencia podría seguir siendo como incidente y exigir que fundamente su actuación al tener derechos que pueden ser afectados durante la tramitación del juicio, exigiendo antecedentes al momento de su interposición, y permitiendo que presente alegaciones o defensas hasta el llamado de conciliación de las partes, porque al ser la etapa previa a la probatoria, se aseguraría el derecho para hacer todo tipo de alegaciones y defensas, sin encontrarse subordinado a la actuación del demandado, especialmente se podría proponer bases de arreglo que incluya al tercero.

En opinión de la autora, la ley debiera, de forma general, regular un procedimiento común que abarque los supuestos no previstos en disposiciones especiales como las mencionadas, y que disponga reglas de orden, forma y oportunidad para que terceros que no son parte en el juicio y a quienes vayan de afectar sus resultados, puedan ejercer sus derechos.

## **7.2. En cuanto a la excepción de no empecer la sentencia**

Ya no queda duda que se presenta y se infiere que consiste en un mecanismo de protección de terceros ajenos al juicio para oponerse al cumplimiento incidental de una sentencia que se encuentra en etapa de cumplimiento, le pertenece de forma exclusiva al tercero independiente o excluyente pudiendo presentarlo dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación del cumplimiento incidental.

El objetivo principal es quitarle eficacia a la sentencia, no pudiendo exigirse al tercero que realice una conducta, en atención a que no fue llamado ni participó durante la tramitación de ese proceso. Al igual que la tramitación en fase declarativa se tramita de forma incidental, siendo susceptible de medios de impugnación la resolución que resuelva la excepción, no generando cosa juzgada al respecto, por lo tanto nada obsta para que el demandante pueda demandar en otro juicio derechamente al tercero.

Esta excepción pareciera ser la herramienta más útil y conveniente que tiene un tercero para poder evitar cumplir una sentencia, porque el objeto de discusión no se centra en el objeto de la Litis, en atención a que es la sentencia definitiva la encargada de resolver la controversia entre demandante y demandado, sino que, el centro de la oposición al cumplimiento incidental es el análisis de si la sentencia puede ser eficaz o no en contra del tercero, en atención si se ven sus derechos afectados por no haber sido llamado a comparecer.

## **7.3. En relación a la falta de regulación del principio de inoponibilidad**

Como ya se ha mencionado en nuestro sistema procesal civil, la inoponibilidad se configura como una sanción de ineficacia de un acto jurídico, fundada en el hecho que no puede exigirse a terceros que no compare-

cieron a celebrarlo, o para el caso en comento, una sentencia que no compareció durante la tramitación el juicio.

Al igual que la falta de regulación sistemática de los terceros ajenos al juicio, la inoponibilidad como institución jurídica no ha sido desarrollada y consagrada dentro del derecho procesal. Por lo mismo, resulta necesario que se le reconozca como una acción o excepción propiamente tal y no como el fundamento para justificar la petición de ineficacia que presente un tercero. Así se entregaría un mecanismo procesal de protección al tercero que puede ser utilizado durante la fase de discusión.

#### **7.4. En lo referente al lanzamiento judicial con fuerza pública**

No puede dejarse de lado que es la única institución procesal que permite desalojar a personas que ocupen un bien inmueble de forma ilegítima, herramienta esencial para proteger el dominio frente a otras personas. Si bien, la ocupación de un inmueble es una situación de hecho o de facto, que se configura por los hechos desarrollados en la realidad, es decir, puede ser que el demandante tenga antecedentes que informen o den cuenta que es una persona quien habita un lugar, y el demandante ejerza su acción en su contra para así recuperar la posesión de dicho bien, pero a lo largo del tiempo hubo un cambio y sea otra persona quien viva ahí, no tomando conocimiento el demandante al respecto.

La situación descrita anteriormente, es lo más común que ocurre hoy en día, por lo mismo es muy necesario analizar la pregunta mencionada anteriormente, ¿es el lanzamiento judicial una excepción al principio del efecto relativo de las sentencias?, o ¿debe configurarse como un caso de litisconsorcio necesario pasivo?, en la opinión de la autora es sin lugar a dudas un caso de litisconsorcio necesario pasivo, por lo tanto el demandante debería entablar su acción en contra de todos los que habiten el bien que buscar recuperar, o en su defecto por lo menos el juez debe autorizar la comparecencia de un tercero ajeno al juicio a efecto de que alegue o presente las defensas que estime pertinente.

Que el litisconsorcio necesario pasivo sea una institución que tenga poco desarrollo o reconocimiento, no le resta su importancia y se destaca lo extremadamente necesario que es que el Código de Procedimiento Civil lo considere y reforme, creando un título especial para los terceros.

#### **Bibliografía**

- ABELIUK, RENE** (2009). «*Las Obligaciones*» (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.
- BORDALÍ, ANDRÉS; CORTEZ, GONZALO; PALOMO, DIEGO** (2014). «*Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*» (2a ed.). Editorial Legal Publishing Chile.
- BRANTT, MARÍA** (2015). «*La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno*» (N°24: p. 59-117). Revista Chilena de Derecho Privado.

- CASARINO, MARIO** (2005). «*Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*» (Tomo III). Editorial Jurídica de Chile.
- OTERO, MIGUEL** (2010). «*La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público*». Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, ALEJANDRO** (2002). «*La cosa juzgada en el proceso civil chileno*». Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, ALEJANDRO** (2010). «*Curso de Derecho Procesal Civil*» (Tomo III). Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, ALEJANDRO** (2011). «*Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich. La acción para la declaración de inoponibilidad de un acto o contrato*». Publicado por Universidad Católica Andrés Bello.
- ROMERO, ALEJANDRO** (2012). «*Curso de Derecho Procesal Civil*» (Tomo I) Editorial Jurídica de Chile.
- ROSENDE, CECILIA** (2001). «*Efectos directos y reflejos de la sentencia*» (Vol.28, N°3: p. 489-507). Revista Chilena de Derecho.
- SELMAN, ARTURO** (2018). «*Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista*» (N°24-2: p. 341-392). Revista Chilena Ius et praxis.
- STOEHLER, CARLOS** (2010). «*De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*». Editorial Jurídica de Chile.
- TAVOLARI, RAÚL** (2010). «*Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil*» (Tomo III). Editorial Jurídica de Chile.

## Normas citadas

- LEY N°18.101** (07/01/1982), Fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos.
- LEY N°18.287** (18/01/1984), Establece procedimiento ante los juzgados de policía local.
- LEY N°20.720** (09/01/2014), Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY** (30/0/2000), Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la ley n°4.808, sobre registro civil, de la ley n°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley n° 16.618, ley de menores, de la ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley n°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

## Jurisprudencia

- ASOCIACIÓN CANAL DE LAS MERCEDES CON TORO LABBE IGNACIO** (2017). Corte Suprema, 09 de enero de 2018, Libro Civil. Rol N°5982-2017, (recurso de casación forma y fondo).

**PONCE LEROU JULIO CESAR / REYES ACHURRA ROSARIO MARIA** (2007). Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de diciembre de 2008, Libro Civil, Rol N°4865-2007 (recurso de apelación de incidente).

**NARVAEZ PARRA ROBERTO CON MARGAS GARETTO MIGUEL** (2015). Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de septiembre de 2015, Libro Civil, Rol N°1122-2015 (apelación de incidente).

**RETES DASSORI CARMEN ANA MARÍA LUISA CON CANTILLANO BRENDA ANN** (2015). Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, Libro Civil, Rol N°17230-2015, (acción de reivindicación).

**HERRERA REYES, ALICIA** (2016). Corte Suprema, 29 de marzo de 2017, Libro Civil Rol N°41044-2016 (recurso de queja).

**SEPÚLVEDA MUÑOZ LUIS CON MUÑOZ SALINAS MANUEL** (2018). Corte Suprema, 26 de diciembre de 2018, Libro Civil, Rol N°1084-2018 (acción de reivindicación).

### **Apuntes Citados.**

**ORREGO, JUAN** (2015). Apunte de Teoría General del Contrato.

**TORRES, LEONEL** (2016). Apunte de Derecho Procesal II.

**TORRES, LEONEL** (2017). Apunte de Derecho Procesal IV.

**JIMÉNEZ, TOMÁS; PINEDA, MAGDALENA Y SALMONA, FRANCISCO** (2004). Apunte de Derecho Procesal IV. Tomo I.

# Examen crítico a la prohibición del abandono del procedimiento en la jurisprudencia laboral y constitucional

## *Critic Exam To The Prohibition Of The Abandonment Of Action In The Labor And Constitutional Jurisprudence*

### Tesis

---

ESTEBAN TORRES CH.\*

---

\* EGRESADO DE DERECHO por la Universidad Católica del Norte. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal y miembro del Semillero de Derecho Procesal por la misma casa de estudios. Correo electrónico: esteban.torres@alumnos.ucn.cl.

**Resumen:** Con la entrada en vigencia de la reforma al Código del Trabajo se prohibió la aplicación del abandono del procedimiento (artículo 429). La justificación para dicha prohibición es que el abandono del procedimiento encuentra sustento en el principio dispositivo, pues recae sobre las partes la carga de instar al juez la realización de gestiones durante el proceso, lo cual encontraría dificultades para conciliarse con los procedimientos donde rige el impulso procesal de oficio, en los cuales dicha carga recaería solo en el juez.

Sin embargo, recientes fallos del Tribunal Constitucional en materia laboral han determinado que vulnera el derecho a un procedimiento racional y justo dejar al demandado en una situación de completa inseguridad jurídica al no posibilitar que se declare abandonado un procedimiento cuando el juez ha incumplido con el deber de impulsar de oficio el procedimiento hasta su término, eternizando el juicio.

Así las cosas, el objetivo del presente trabajo será demostrar a través de un análisis jurisprudencial de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, que el abandono del procedimiento debe ser aplicable en materia laboral ya que no resulta incompatible con el principio inquisitivo y, por eso, el actor debe soportar el riesgo de la pasividad del juez.

**PALABRAS CLAVES:** Abandono del procedimiento – Proceso Laboral – Jurisprudencia – Tutela Judicial Efectiva

**Abstract:** *When the reformed for the Labor Code entered into force, it was forbidden the motion for the Abandonment of the Action (article 429). The justification for such prohibition was that the abandonment is based on the Disposition Principle since the burden of the process prosecution relies on the parties, which would find difficulties to conciliate with a structure procedural based on the inquisitorial system, since the burden of the process prosecution relies on the judge and not on the parties.*

*However, recent decrees from the Constitutional Court have determined that such law breaks the Due Process of legal proceedings when the prohibition of that motion puts the defendant on an uncertain position for being tried within a reasonable time when the judge does not urge the process ex officio until its conclusion.*

*With that in mind, the objective of this paper will be demonstrating through an analysis of the sentences dictated by the Supreme Court and the Constitutional Court on the matter, that the motion of Abandonment of Action must be permitted because it does not enter in conflict with the inquisitorial principle, and because of that, the actor has to support the risk of the inactivity of the judge.*

**KEYWORDS:** Abandonment of Action – Labor Procedure – Jurisprudence – Due Process of Legal Proceedings



## Sumario

1) Estado de la cuestión; 2) El abandono del procedimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; 2.1) Los razonamientos del TC para inaplicar la prohibición del abandono; 2.1.1.) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y la seguridad jurídica frente a la irrenunciabilidad de los derechos laborales; 2.1.2.) Igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria; 2.1.3.) Derecho a defensa: ¿presunta inconstitucionalidad?; 2.2) Problemas al inaplicar la prohibición del abandono; 2.2.1.) El riesgo de ineficacia de las sentencias del TC al inaplicar una norma; 2.2.2.) Asunción del riesgo de la pasividad del juez; 3) Conclusiones

### 1) Estado de la cuestión

Hasta antes de la reforma laboral de 2006 que introdujo el nuevo Código del Trabajo (en adelante CT), existía un problema doctrinario y jurisprudencial relativo a la aplicación del abandono del procedimiento en los juicios laborales. Si bien la Corte Suprema ya había asentado su *opinio iuris* en torno al tema, no era del todo conteste en las Cortes de Apelaciones ni en los tribunales de instancia. De hecho, la Corte Suprema conoció por vía del recurso de casación en el fondo innumerables peticiones para revocar sentencias en donde se acogían o rechazaban incidentes de abandono del procedimiento en sede laboral, pero su jurisprudencia era sólida en estimar que sí era una institución aplicable a pesar del vacío normativo.

El debate se centraba en que la ley no regulaba el incidente de abandono del procedimiento, debiendo remitirse a las reglas del proceso civil en conformidad al artículo 426 del antiguo Código del Trabajo, quedando su aplicación sujeta a la posición jurídica que se tuviera al respecto sobre los alcances del principio inquisitivo en materia laboral.<sup>1</sup>

Esto último resultó problemático, pues el antiguo código laboral, como al día de hoy, regulaba el impulso procesal de oficio, mientras que el proceso civil tiene un sistema basado en el principio dispositivo, lo que llevo a gran parte de la jurisprudencia laboral y civil a preguntarse si ambos procedimientos eran compatibles o no.

Para la Corte Suprema, por un lado, el abandono del procedimiento civil era plenamente compatible con el proceso laboral porque «*bien es efectivo que el juez de la causa tiene un rol activo, estando revestido de facultades para obrar de oficio, no es menos cierto que las partes no han sido liberadas de la obligación de instar por su término, debiendo ejercer los recursos, para que prime la certeza jurídica que las partes requieren*». <sup>2</sup> Además, «*es posible observar que en estos aspectos, vinculados a facultades, cargas y motivos de abandono del procedimiento no existen, en la actualidad, mayores diferencias entre el proceso laboral y el civil (...)*». <sup>3</sup>

Por otro lado, un sector estimaba que no era aplicable el abandono del procedimiento entendiendo que la naturaleza de los derechos laborales es irrenunciable y de carácter público, recayendo en el juez la obligación de instar el proceso mediante el impulso de oficio. Sin embargo, en términos generales no existía mayor debate, ya que tanto los tribunales de instancia

<sup>1</sup> LANATA FUENZALIDA, GABRIELA (2011) Manual de proceso laboral. 2da Edición. Chile: Abeledo Perrot, 273 pp., p. 66

<sup>2</sup> Jurisprudencia citada en: Thayer, William; Novoa Fuenzalida, Patricio (2009) Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo (continuación) y derecho procesal del trabajo. Tomo IV. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 327 pp., p. 269.

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA. 11 de abril de 2002. Rol N°583-02. «Velásquez Tabilo, Julio y otros con Sociedad Constructora e Inmobiliaria Campanario R.» (Recurso de casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales N°2-2002 (junio de 2002), p. 50.

4 Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Temuco. 22 de mayo de 2007. Rol N°397-2007. (Recurso de apelación) Disponible en: Id. Vlex: 563915466; y Corte de Apelaciones de Santiago. 14 de marzo de 2003. Rol N°7.265-2002. (Recurso de apelación). Disponible en: Id. Vlex: 516336878

5 Por acoger: Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 11 de enero de 2008. Rol N°20-2007. «Hipermercado Valdivia Ltda. con Dirección Regional del Trabajo» (Recurso de hecho). Por rechazar: Corte de Apelaciones de San Miguel. 11 de diciembre de 2006. Rol N°71-2005. «Sociedad Educacional e Investigaciones Pedagógicas Ltda.» (Recurso de hecho). Disponible en: Id. Vlex: 564114278 y Corte de Apelaciones de Santiago. 1 de junio de 2007. Rol N°1880-2007. «Compañía Minera Nevada Ltda.» (Recurso de hecho).

6 **MENSAJE DEL EJECUTIVO**, Ley 20.087, p. 4

7 Transcritas y comentadas en: Jara Castro, Eduardo (s/a) Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 244 pp., pp. 79-82.

8 **BARRIENTOS GRANDON, JAVIER** (2020) Código de la familia. Tomo II. Séptima Edición actualizada. Chile: Thomson Reuters, s/p

como las cortes de apelaciones seguían medianamente la tesis de la Corte Suprema (uniforme en ese sentido), habiendo solo algunos casos excepcionales que rechazaban el incidente de abandono del procedimiento en materia laboral.<sup>4</sup>

Hay que tomar en cuenta, además, que cuando un juez rechazaba el incidente de abandono, este no podía ser apelado, ya que inmediatamente se declaraba inadmisibile por no tener la naturaleza de sentencia definitiva o interlocutoria que pusiera término al procedimiento en virtud del artículo 465 del antiguo Código del Trabajo, lo que suscitó algunos recursos de hecho.<sup>5</sup>

Por lo tanto, el problema interpretativo no era menor, pues la incertidumbre jurídica solo podía ser solucionada vía recursiva lo que encarecía y hacía más lento e ineficiente el proceso.

De allí que el nuevo Código del Trabajo, entre todas las modernizaciones que hizo, resolvió el problema interpretativo prohibiendo la aplicación del incidente de abandono del procedimiento, curiosamente en un sentido contrario al asentamiento jurisprudencial mayoritario de la época.

Esto se ve claramente en el mensaje del ejecutivo de la ley 20.087 que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, al sostener que el mal funcionamiento de la judicatura laboral, la lentitud de los procesos y la desprotección de los derechos sustantivos eran la causa de que las partes abandonen los procesos.<sup>6</sup> De allí que la redacción del artículo 429 se redactó en términos silogísticos (...y, en consecuencia...) poniendo énfasis en que el incidente de abandono es incompatible con el impulso procesal de oficio.

En este orden de ideas, la solución del legislador de prohibir el abandono del procedimiento no surge como una cuestión jurídica (de técnica procesal), sino político-administrativa de las causas laborales. Político en la sobre-protección de los derechos del trabajador, y administrativo en lo atingente al funcionamiento de los tribunales.

Si vemos, por ejemplo, el procedimiento de familia (con predominancia del impulso procesal de oficio), allí es admisible el abandono del procedimiento como regla general (art. 21 de la Ley 19.968) con ciertas excepciones. Dentro de la discusión parlamentaria que hubo al respecto y que recoge el profesor Eduardo Jara, en general, no existió debate sobre su procedencia o improcedencia, sino más bien en cómo se regularía.<sup>7</sup>

Así, tal como también rescata el profesor Barrientos la jurisprudencia en ese sentido, el abandono del procedimiento en materia de familia tiene particularidades muy distintas al civil<sup>8</sup>, pues para que proceda ninguna de las partes debe comparecer a alguna de las audiencias fijadas por el tribunal. Sin embargo, podemos notar que las partes sí deben soportar una carga de iniciativa mínima para que el juez pueda continuar con el proceso, pudiendo decretar apercibimientos de continuar el proceso y resolver (art. 21 inc. 2°) o decretando el archivo provisional cuando procediere y, transcurrido un año sin actividad de las partes, declarar el abandono (art. 21 inc. 3°).

Este contraste se explica porque el legislador laboral se basó en la mala sana lógica de que la imposición de una norma prohibitiva absoluta parece

resolver el problema, cuando en realidad solo es un parche temporal. Al hacer esto cerró la puerta a un mecanismo alternativo para terminar el proceso, cuya justificación última -como se verá más adelante- es la de resguardar determinadas garantías procesales de orden constitucional que sirven para un *racional y justo procedimiento*.

Ahora bien, la solución del legislador en imponerle al juez la labor de impulsar de oficio las causas de su competencia también apunta al *racional y justo procedimiento* mencionado anteriormente, ya que otorga mayor dinamismo al proceso y saca de la completa pasividad al juez. El problema viene con la prohibición del abandono del procedimiento al estimar que es incompatible con el impulso procesal de oficio, cuando no lo es. Esta errada interpretación conllevó a que el legislador no tomara en cuenta las implicancias procesales que podía tener (y está teniendo) esta norma, sino que solo tuvo en mente la sesgada idea de que con esto se avanzaba en la protección de los derechos del trabajador, como finalidad principal -y casi única- de la tutela laboral.

Y es que, en efecto, desde hace dos años, paulatinamente se han venido interponiendo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC), los cuales serán objeto de este trabajo, solicitando que se inaplique el art. 429 CT en lo pertinente al abandono del procedimiento, justificadas por verse vulnerados una serie de derechos contenidos en la Tutela Judicial Efectiva, como el ser juzgado dentro de un plazo razonable. Estos requerimientos, aunque acogidos en su totalidad (con una excepción), han constatado que la elección del legislador de prohibir este incidente no ha sido de lo más acertado.

En las líneas que siguen me centraré en describir brevemente los razonamientos seguidos por nuestra judicatura laboral una vez iniciada la reforma para luego analizar los lineamientos que ha seguido el Tribunal Constitucional desde que comenzaron los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. De este análisis sostendré que el abandono del procedimiento es aplicable en materia laboral por cuanto los argumentos que estiman su rechazo no son suficientes en atención a que esta institución procesal cumple un rol fundamental en la adecuada tutela efectiva de los derechos de las personas que no puede ser inobservada so pretexto de principios de orden sustantivo como el *in dubio pro operario*.

## **2) El abandono del procedimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Para entrar en contexto debemos hacer un distingo entre la jurisprudencia laboral de causas anteriores a la reforma, pero falladas una vez entró en vigencia, de aquellas que se iniciaron después de la entrada en vigencia de la ley 20.087. Ello, pues aunque el Código del Trabajo nuevo no era en sí mismo aplicable para las causas anteriores, veremos que sí tuvo una fuerte influencia en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

## a) Causas iniciadas con anterioridad a la ley 20.087

Precisamente por la lentitud de estos procedimientos, han existido causas que -debiendo tramitarse conforme a las reglas de entonces- llegaron a fallarse definitivamente (después de todos los recursos intentados) una vez entró en vigencia la reforma. En este contexto, durante los primeros años de la reforma el lineamiento de la Corte Suprema no varió, manteniendo la tesis de la admisibilidad del abandono del procedimiento en materia laboral.<sup>9</sup>

Sin embargo, en un reciente fallo el máximo tribunal cambió de parecer. En sentencia del 7 de marzo de 2017, pronunciándose en recurso de casación en el fondo sobre un juicio laboral seguido desde el año 2002, señaló, en su considerando octavo que (...) *en el procedimiento laboral prevalece una inspiración protectora del trabajador, para lo cual el legislador ha integrado el principio de la oficiosidad en grado mayor al del resto de las gestiones (...)*.<sup>10</sup> Con esta apertura de los considerandos resolutivos vemos la tendencia del tribunal hacia el rechazo del abandono del procedimiento.

En su considerando noveno explica que el antiguo Código del Trabajo, aunque no regulara expresamente la materia del abandono, dejaba claro la intención del legislador de encargarle al juez -y no a las partes- el impulso del proceso, ya que *se funda en la conveniencia de reforzar el principio de oportunidad* que aquí se entiende como *celeridad* para otorgarle mayor eficacia a la progresión consecutiva del proceso<sup>11</sup>. Posteriormente, en su considerando décimo refuerza la idea al señalar que de acuerdo con la naturaleza jurídica del procedimiento laboral *«inspirado en la protección de los derechos del trabajador, resulta que el impulso procesal corresponde al tribunal y no a las partes, siendo el juez quien debe hacer avanzar el proceso hasta su resolución definitiva»*.<sup>12</sup>

Así, concluye diciendo que *«es claro que la institución del abandono del procedimiento pugna con el carácter inquisitivo que informa el antiguo procedimiento laboral»* (considerando undécimo), acogiendo el recurso de casación<sup>13</sup>.

Más allá del sorpresivo cambio jurisprudencial, pareciera ser -tal como se extrae de la lectura del fallo- que se pretende alinear y coincidir el espíritu del actual art. 429 CT con los principios informadores del antiguo proceso laboral, haciendo parecer ficticiamente que *siempre* fue la intención del legislador prohibir el abandono del procedimiento en sede laboral, pero sin hacerse cargo de toda la jurisprudencia uniforme que se había asentado por años.

Esto puede interpretarse bien como una contradicción de la Corte Suprema o como un simple cambio de doctrina que, según la postura que se sostenga, puede significar, además, un *avance* o un *retroceso* en el razonamiento del máximo tribunal. No obstante, podemos establecer que más allá de la existencia de norma expresa en la materia, nuestra Corte Suprema está de acuerdo en que el abandono del procedimiento es incompatible con el principio inquisitivo, especialmente ante tutelas de derechos materiales forales, como el laboral.

**9** A pocos años de iniciada la reforma, el máximo tribunal falló: Que esta Corte reiteradamente ha sostenido que el instituto del abandono del procedimiento es aplicable en materia laboral..., Corte Suprema. 16 de agosto de 2011. Rol N°6.866-11. «AFP Habitat S.A. con Instituto Particular Subvencionado Manuel de Salas» (Recurso de casación en el fondo), considerando cuarto; y lo mismo en Corte Suprema. 16 de agosto de 2011. Rol N°6.870-11. «AFP Santa María S.A. con Instituto Particular Subvencionado Manuel de Salas» (Recurso de casación en el fondo); Corte Suprema. 9 de mayo de 2013. Rol N°904-2013. «M.R.R.R. y otros profesores con CORESAM» (Recurso de casación en el fondo); y Corte Suprema. 9 de julio de 2015. Rol N°24.841-2014. «M.J.V.M. con Club Lota Schwager SADP» (Recurso de casación en el fondo).

**10** CORTE SUPREMA. 7 de marzo de 2017. Rol N°21.731-16. «Tenorio Alvear, Samuel Rupercio con Concha y Gana Ltda.» (Recurso de casación en el fondo)

**11** CS. ROL N°21.731-16.

**12** CS. ROL N°21.731-16.

**13** CS. ROL N°21.731-16.

## b) Causas iniciadas con posterioridad a la ley 20.087

Habiendo norma expresa que regula el asunto, los juzgados laborales, así como las Cortes de Apelaciones han aplicado el artículo 429 CT sin ningún tipo de comentario adicional. No obstante, pareciera que los abogados descontentos con esta medida han salido en defensa del derecho del empleador-demandado a obtener la declaración de abandono del procedimiento cuando fuese aplicable, especialmente en causas ejecutivas. Desde finales del año 2019 nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto -hasta el momento del envío de este trabajo- 12 requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 429 del Código del Trabajo<sup>14</sup>, y uno a propósito del artículo 4 bis inciso segundo de la ley 17.322 que tiene la misma proscripción del abandono del procedimiento en juicios de cobranza previsional.<sup>15</sup>

De estos, 11 requerimientos fueron acogidos aunque todos con votos disidentes. El único requerimiento rechazado se produjo por empate en la votación, lo que constata la división de opinión jurídica sobre el tema. A continuación, pasaré a exponer los conflictos constitucionales esgrimidos y los razonamientos que los magistrados del TC de cada lado han sostenido para estimar y rechazar los requerimientos, y luego se analizarán a la luz de la doctrina procesal.

### 2.1. Los razonamientos del TC para inaplicar la prohibición del abandono

Está más o menos asentada la idea de que la textura abierta de lo que nuestra Constitución denomina *un procedimiento racional y justo* es un llamado al legislador a que regule cada procedimiento en función de las necesidades de la tutela que se quiere dar.<sup>16</sup> En materia laboral no ha sido fácil esta tarea, ya que abundan las acusaciones de que ciertas reglas procedimentales vulneran garantías procesales, como ocurre, por ejemplo, con la sentencia definitiva en el procedimiento monitorio (artículo 501 CT) el cual puede omitir el análisis de toda la prueba rendida y el razonamiento que condujo a la convicción del tribunal<sup>17</sup>.

Sobre esta materia, el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse una vez, y dijo: «*Que, en consecuencia, la exigencia de fundamentación no implica que todas las sentencias deben tener un exhaustivo y completo análisis de los antecedentes. [...] Tratándose de procedimientos orales y concentrados, basta que exista un razonamiento, aunque sea mínimo y entendible, de la forma en que el juez respectivo alcanzó el grado de convicción que la ley exige y consideró las alegaciones de las partes. [...] Ello se cumple con la exigencia de «consideraciones jurídicas» que contempla el artículo 459 n°6 del Código del Trabajo, sin que ello implique hacer equivalente esta exigencia con la de analizar toda la prueba.*»<sup>18</sup>

Con esto el TC dejó claro que las exigencias sobre un procedimiento racional y justo son adaptaciones a las necesidades concretas de la tutela pretendida, algo que en la técnica monitoria es lo adecuado, pues la celeridad requerida para su tramitación y fallo implica que el juez, sea que

<sup>14</sup> En varios casos se pide inaplicar el art. 429 junto con el art. 162 del CT, en especial los incisos quinto, sexto y séptimo, pues al subsistir indefinidamente el proceso el término de la relación contractual nunca se convalidaría y se seguirían debiendo las prestaciones de seguridad social.

<sup>15</sup> Señala el precepto: Acogida la acción, e incoada en el tribunal, no podrá alegarse por ninguna de las partes el abandono del procedimiento.

<sup>16</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA (2006) Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II. Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 591 pp., p. 350

<sup>17</sup> Señala la norma que el juez dictará la sentencia definitiva debiendo contener las menciones de los numerales 1, 2, 5, 6 y 7 del art. 459 CT, que se refiere a los requisitos de la sentencia definitiva laboral ordinaria. Por lo tanto, el juez podrá omitir el numeral 3 (síntesis de los hechos y alegaciones de las partes) y el numeral 4 (análisis de toda la prueba rendida, los hechos probados y el razonamiento que conduce a esa estimación).

<sup>18</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 12 de octubre de 2010. Rol n°1514-09. «Valdés Cáceres, Víctor Hernán con Bravo González, José Humberto» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), considerando quinto. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1577>

**19** Aquí debo aclarar que no es lo mismo exigir un razonamiento acabado que exigir un grado de convicción alto. Razonar significa poner en términos objetivos la justificación de su decisión, mientras que convencerse es el elemento subjetivo del fallo; la decisión misma. Así, un juez puede convencerse completamente y justificar de manera somera su decisión, o puede estar en duda y justificar su decisión por un razonamiento completo.

**20** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 29 de octubre de 2019. Rol N°5822-19. «Super 10 S.A. con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de San Miguel» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5454>, considerandos 20-28

**21** TC. ROL N°5822-19, voto disidente, considerandos 18-21

alcance un grado de convicción alto o bajo, ofrecerá un *razonamiento* mínimo, entendible y suficiente para comunicar a las partes su decisión.<sup>19</sup>

En razón de lo anterior, hay que tener cuidado al momento de cuestionar la constitucionalidad de una norma procedimental, pues bien es sabido que el legislador puede prescindir de determinados derechos o principios en atención de otros, según la técnica que prefiera. De allí que la estructura procedimental así como los actos procesales que lo componen pueden variar en uno u otro caso.

Así, tal como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, el legislador optó por vetar la aplicación del abandono del procedimiento por las razones expuestas, lo que forma parte de este llenado de contenido de lo que para el legislador es un juicio racional y justo.

Ahora bien, ¿prohibir la aplicación de esta institución realmente fue la mejor idea? Para responder a esta pregunta pasaremos a revisar críticamente los lineamientos seguidos por nuestro Tribunal Constitucional todas las veces que se ha pronunciado sobre este tema; se analizará su elemento constitucional y se propondrá una solución al problema.

### 2.1.1. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y la seguridad jurídica frente a la irrenunciabilidad de los derechos laborales

La primera sentencia en salir a la luz señaló que el no ejercicio de la potestad de impulsar de oficio para terminar el procedimiento daña la seguridad jurídica, ya que permite que una deuda se liquide constantemente aunque ya haya sido pagada.<sup>20</sup> En este caso, la sentencia condenatoria al empleador estableció el pago de unas prestaciones adeudadas que este pagó completamente, y así constó en el proceso. Sin embargo, 8 años más tarde la demandante solicitó el desarchivo de la causa y reliquidación del crédito a lo que el tribunal accedió, lo que generó que se impetrara el requerimiento de inaplicabilidad en su gestión pendiente ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de San Miguel.

Hay que aclarar que en concepto de la demandante no se había solventado la totalidad de la deuda, algo que ni el tribunal ni la parte ejecutante observaron cuando el empleador consignó, generando la creencia de que el juicio había terminado. Esto mismo lo recogió el voto disidente al señalar que había cotizaciones pendientes y dado que no se pueden convalidar las sentencias, esto es, que con el paso del tiempo dejen de tener efecto estando firmes y ejecutoriadas, no es posible sostener su abandono.

Por otra parte, -continúa la disidencia- el carácter público de las normas sustantivas en materia laboral las hace irrenunciables, lo que significa que los mecanismos que franquea la ley para ayudar a la persecución de las prestaciones que el empleador le deba al trabajador no pueden devenir en ineficaces, esto es, que no se persigan.<sup>21</sup> Y es precisamente uno de los objetivos que tuvo el legislador de la época al querer proteger los derechos sustantivos de los trabajadores mediante esta prohibición de que se abandonen las causas, porque también uno de los problemas que tenía la antigua jurisdicción laboral era la ejecución de esos créditos que quedaban

**22 MENSAJE DEL EJECUTIVO**, Ley 20.260, p. 5

**23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**. 3 de marzo de 2020. Rol N°7400-19. «Carnes Nuble S.A. con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsio-nal de Santiago» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucio-nalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6097>, considerando 29° del voto disidente. Esta fue la primera en innovar en este sentido, lineamiento que se siguió en Tribunal Constitucional. 12 de no-viembre de 2020. Rol N°8843-20. Rendic Hermanos S.A. con Corte de Apelaciones de Santiago» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=7269>; Tribunal Constitucional. 5 de noviembre de 2020. Rol N°8907-20. Salcobrand S.A. con Corte de Apelaciones de Valparaíso» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=7227>; y Tribunal Constitucional. 7 de enero de 2021. Rol N°8995-20. Transportes Los Maitenes S.A. con Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucio-nalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=7534>

**24 TC. ROL N°7400-19**, considerando 30° del voto disidente

insolutos. De hecho, el procedimiento monitorio, junto con la modificación del procedimiento ejecutivo vinieron en auxilio de esa ineficacia de las prestaciones laborales.<sup>22</sup>

En consecuencia, la justificación subyacente del inciso primero del artículo 429 CT es la protección de los derechos del trabajador, en especial, de los créditos en su favor. Por lo tanto, razonan los votos disidentes del TC, la inaplicabilidad del abandono obedece al espíritu del legislador y dicha opción no es un debate constitucional porque: i) no se ve afectada ninguna garantía constitucional; ii) el juez posee las herramientas para evitar la dilación innecesaria del juicio (art. 430 CT) no correspondiéndole al TC hacerse cargo de una cuestión que no es su función; y iii) tampoco es su labor resolver quién debe asumir el riesgo de la pasividad del juez.<sup>23</sup>

De lo anterior podemos extraer que se pretende desvincular al TC de la resolución de este tipo de causas, ya que no es un *conflicto constitucional*, sino estrictamente jurisdiccional de los jueces del fondo. En palabras de los ministros disidentes, «*el juez laboral está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que la falta de diligencia del tribunal genere consecuencias que no se avienen con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como por ejemplo declarar la prescripción, en el caso que se hubiera alegado, de las remuneraciones generadas post despido (...) o bien, evaluar si se está frente a una situación jurídica consolidada*».<sup>24</sup>

Esta idea es grave y un poco contradictoria, porque por un lado admite que este tipo de situaciones lleva a que el proceso se dilate innecesariamente afectando una garantía constitucional (art. 19 n°3 CPR), pero interpreta que en realidad es un tema de facultades jurisdiccionales (art. 430 CT), siendo el juez de fondo el llamado a solventar esa problemática.

A propósito conviene tener presente que, si bien el juez de la causa se ha puesto en la propia situación de un proceso excesivamente dilatado, tampoco ha hecho nada por impedirlo o repararlo, aun advirtiéndole que el proceso se encuentra materialmente *abandonado* por las partes, especialmente el ejecutante; de hecho, esa es la razón para impugnar su proceder.

Asimismo, ofrece soluciones alternativas como la alegación de la prescripción, la cual no procede de oficio en materia laboral, por lo que debemos asumir que está recriminando al recurrente por no encontrar una estrategia de litigación adecuada. Pero como las reglas de la lógica nos dictan la solución más simple siempre es la mejor: si un proceso lleva años sin que se realice ninguna gestión útil, lo que procede es examinar si el juez *debía realizar alguna gestión para continuar con el proceso o declararlo terminado*. Y, siendo que por propio mandato del art. 429 y 430 él tenía la *obligación* de culminar el proceso, entonces a las partes no se le puede recriminar la no incoación de alguna solicitud determinada porque no le pesaba la carga procesal.

Si el juez se pone en la situación descrita y no hace nada, entonces no se puede esperar que el asunto quede allí, debiendo buscarse soluciones, sino en el mismo tribunal, en instancias superiores. Lo lógico es declarar abandonado un procedimiento por propia negligencia de la parte ejecutante (y del juez), pero el obstáculo es normativo, porque el juez tiene la obligación

de rechazar los incidentes de abandono a menos que el TC le ordene no aplicar esa norma.

En este sentido, el TC cumple una función esencial al vislumbrar el verdadero conflicto constitucional concreto, pues la norma en sí misma ha sido abusada y ha afectado el núcleo esencial de varias garantías de orden procesal fundamentales, tal como lo expresó la reciente sentencia rol N°8995-20 de enero de este año: «*Tal vulneración queda expuesta como consecuencia de la restricción contemplada en el precepto legal contenido en el artículo 429 del Código del Trabajo y la evidencia de que -en el caso concreto- tal limitación se ha traducido en la imposibilidad de ejercer en plenitud el derecho a un debido proceso y a un tratamiento igualitario entre las partes del juicio*»; idea que pone de relieve que el art. 429 CT está dirigida plenamente al juez quien tiene la obligación de proseguir el decurso del procedimiento, de manera que el no ejercicio de esta norma daña el núcleo esencial del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

### 2.1.2. Igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria

Otro de los argumentos que consideró el TC es la afectación a la igualdad ante la ley, pues al prohibir el abandono del procedimiento se pone en un estado de desigualdad al ejecutado como único interesado en el abandono del procedimiento al punto de tornarse injusto.

En consecuencia, el estado de incerteza jurídica que provoca la norma *in comento* afecta el núcleo esencial de la igualdad ante la ley, y pone en excesiva desventaja a la parte ejecutada transgrediendo lo que se entiende por un juicio racional y justo.<sup>25</sup>

Recordemos en este punto que el proceso laboral se yergue sobre una situación material de facto, que es la desigualdad entre trabajador y empleador en el plano contractual. De allí que la sustanciación del proceso laboral supone reglas que pretende balancear ese desequilibrio que se produce en la realidad. Lo que se alega en este punto es que al impedir declarar abandonado el procedimiento genera un desequilibrio desproporcionado que pone en un peligro concreto de abuso al empleador.<sup>26</sup>

En este sentido, tal como señaló el TC en uno de sus últimos fallos al respecto: «*entonces resulta forzoso entender que la exigencia de igualdad ante la ley ha quedado superada por las circunstancias y, por tanto, la imposibilidad de alegar el abandono del procedimiento se transforma en un beneficio para la parte negligente -procesalmente hablando- y en un perjuicio para la parte diligente, generando un tratamiento diferenciado carente de fundamento razonable que lo justifique*».<sup>27</sup>

En la misma sentencia el voto disidente señaló, a propósito de la igualdad ante la ley, que: «*(...) esta no reviste una irracionalidad que la haga contraria a los requerimientos que dicha garantía exige, pues, todas las personas que teniendo la calidad de demandados en un juicio ejecutivo laboral están sujetos a la misma restricción que el requirente*».<sup>28</sup>

La idea de poner al requirente frente a todos los demás que tienen la calidad de demandados (en abstracto) es contrario al razonamiento que debe tener el órgano constitucional, el cual debe efectuar un análisis «*según*

**25** TC. ROL N°5822-19; TC. Rol N°5151-18

**26** Que, la situación referida al caso concreto no sólo implica una desigualdad desde la perspectiva formal, sino que afecta el principio de igualdad material en cuanto la Constitución impone la obligación al Estado de asegurar el derecho a las personas de participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, y que se infringe por las disposiciones censuradas al coartar al ejecutado que ya ha dado cumplimiento a lo ordenado por la sentencia judicial, de paralizar la renovación de la ejecución, que lo afecta patrimonialmente en forma indebida, tornándose tales disposiciones legales, en cuanto a su aplicación, en irracionales. TC. Rol N°8843-20, considerando vigésimo.

**27** TC. ROL N°8995-20, considerando décimo sexto

**28** TC. ROL N°8995-20, considerando 20° del voto disidente



**29 VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA** (2014) Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo III. Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 543 pp., p. 333

**30 TC. ROL N°8843-20**, considerando vigésimo segundo

**31 VIVANCO** (2014) 348

**32** Un resumen en: García Yzaguirre, José Víctor David (2020) La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart. Revista Ius et Praxis, 26(2), 125-146 pp.

**33 BRAVO-HURTADO, PABLO** (2013) Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria. Revista Chilena de Derecho Privado, 21. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=50718-80722013000200002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-80722013000200002)

**34 HAGE, JAAP** (2005) "Chapter I: Law and defeasibility". En Hage, Jaap (autor): Studies in legal logic, Law and philosophy library. Vol. 70. Dinamarca: Springer, Dordrecht, 25 pp.

la aplicación concreta que, de acuerdo con hechos particulares definidos, tenga una norma determinada<sup>29</sup>.» Así, la desigualdad no se genera entre el demandado en la gestión pendiente y todos los demás empleadores en calidad de demandados, sino concretamente solo entre las partes de la gestión pendiente.

De hecho, aquí el TC aparentemente confunde la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 93 n°6 CPR) con la inconstitucionalidad misma (art. 93 n°7 CPR).

### 2.1.3. Derecho a defensa: ¿presunta inconstitucionalidad?

Como elemento integral de un procedimiento racional y justo, el derecho a defensa solo fue usado una vez por el TC, pero su mención no pasa desapercibida, pues puede ser tomada como una manifestación clara de disconformidad con la norma. En efecto, esta magistratura señaló que (...) «al prohibir en los juicios ejecutivos laborales promover el incidente de abandono del procedimiento, entraba el derecho a defensa, y con ello tal procedimiento adolece de la característica de justicia que constitucionalmente debe contener, añadiendo más adelante (...) el tiempo ha demostrado que la regla procesal se ha convertido en un impedimento perjudicial que lesiona la existencia de un proceso de las características señaladas por la Constitución».<sup>30</sup>

¿Podemos estar ante un reconocimiento expreso del TC sobre la directa inconstitucionalidad del precepto? En todos los otros requerimientos siempre tuvo cuidado en mencionar que la inconstitucionalidad se concebía en esa gestión pendiente, pero esta fue la primera y única vez en la que declaró que se vulnera directamente el mandato constitucional, al menos, en los juicios ejecutivos laborales por el hecho de causar indefensión.

Para comentar el razonamiento del TC, en mi opinión esta norma no es abiertamente inconstitucional, pues no se afecta el núcleo esencial de ninguna garantía en abstracto, esto es, no existe un peligro generalizado de que su aplicación sea manifiestamente contraria a la Constitución en todos los casos.<sup>31</sup> Sin embargo, sí creo que es una norma abiertamente derrotable, pues representa un peligro de abuso del derecho que, en casos concretos, es inconstitucional o trae consecuencias injustas e indeseadas, ya que la imposibilidad de alegar el término del procedimiento por esta vía causa indefensión.

Con derrotable me refiero a lo que H.L.A. Hart entendió en su momento como *defeasibility* (derrotabilidad), que si bien su aplicación original se refiere a la definición de conceptos jurídicos<sup>32</sup>, ciertamente ha tenido una evolución muy enriquecida con aplicación en diversas materias, como la carga de la prueba,<sup>33</sup> el razonamiento judicial y en las reglas jurídicas.<sup>34</sup>

La derrotabilidad es una guía de interpretación dirigida al juez y pensada para situaciones excepcionales no previstas en el supuesto normativo, donde en la mayoría de los casos la regla funciona bien, pero en otras situaciones afecta un principio, un valor, una garantía, o -como en este caso- un derecho constitucional, sea de orden material o de orden procesal. Este es, de hecho, una de las fallas de las normas jurídicas (en concreto,

35 Jaap Hage ofrece un comentario a la tesis de Bayón sobre la derrotabilidad de las reglas: Hage (2005) 21-23.

36 No obstante, tal como apuntaron los profesores Kamel Cazor y Rodrigo Pica, cuando se requiere inaplicar una norma que, en el caso concreto, es decisoria litis, genera un efecto que los autores denominan amparo imperfecto por el cual la inaplicación de una norma en concreto obligaría al juez del fondo a acoger o rechazar la pretensión de manera inmediata. Cazor Aliste, Kamel; Pica Flores, Rodrigo (2009) Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto? Revista General de Derecho Constitucional, Iustel (7), 14-39 pp.

del *civil law*) pues la aplicación general de una norma supone el problema de la extensión de sus excepciones, es decir, que exista un hecho que se encuadre dentro del supuesto normativo, pero no forme parte del valor o principio que protege la norma; o, no pudiendo encuadrar el hecho dentro del supuesto normativo, sí pueda afectar el valor o principio que protege la norma<sup>35</sup>.

Siguiendo la línea anterior, el problema de la derrotabilidad de la regla jurídica plantea que si dicha regla no admite ninguna excepción, pero luego surgen circunstancias excepcionales que hacen indeseable su aplicación (*no desirable*) entonces, ¿podría el juez *crear* una regla excepcional, es decir, derrotar la norma? Aunque el problema es discutible a nivel general (y en el cual no pretendo detenerme) podría decirse que el rol del Tribunal Constitucional de *inaplicar* una regla normativa por ser contraria a los preceptos constitucionales se circunscribe en el margen de la derrotabilidad, ya que finalmente encuentra una razón excepcional (fundada en la Constitución) para que el juez del fondo no aplique una norma jurídica en una situación determinada. En otras palabras, el TC está expresamente facultado para derrotar una norma en el caso concreto, aunque no está facultado para *crear* una excepción<sup>36</sup>, de manera que podemos hablar de una *cuasi derrotabilidad* o *derrotabilidad imperfecta*.

Y es que, como dije, es difícil concebir que la prohibición de este incidente sea en todo caso inconstitucional, pero sí ha quedado en evidencia que en determinados casos dicha prohibición puede resultar abusiva si se combina mal con una pasividad del juez en el impulso procesal de oficio. Por lo tanto, es necesario entender que una regla prohibitiva tan absoluta y sin que el legislador dimensione posibles situaciones de excepción debiera permitir que el juez admita excepciones en ciertos casos; pero -insisto- no pretendo hacerme cargo de ese problema sino más bien proponer como base que la potestad de inaplicabilidad del TC es muy semejante a derrotar una norma aunque su disvalor se reduzca a lo estrictamente constitucional, siendo el único expresamente facultado para resolver este tipo de controversias.

Precisamente no podría el juez desobedecer un mandato legal tan claro y obvio como lo establece el art. 429 CT, de manera que la inaplicabilidad de la norma es -hasta el momento- el único remedio procesal para solventar esta situación, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.

## 2.2. Problemas al inaplicar la prohibición del abandono

De todo lo ya mencionado podemos resumir que la doctrina mayoritaria del TC condena las dilaciones indebidas vulnerando lo que la Constitución llama un procedimiento racional y justo por afectar la igualdad ante la ley, el derecho a defensa y la seguridad jurídica, ya que ninguna norma puede poner en peligro a una parte situándolo en la incerteza, indefensión y desigualdad.

En este sentido, es sumamente relevante el rol que juega el Tribunal Constitucional en la denuncia y declaración de estos preceptos cuando las

consecuencias de su aplicación son manifiestamente injustas e inconstitucionales.

Sin embargo hay dos problemas latentes que surgen precisamente de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a propósito del abandono del procedimiento.

El primero de ellos tiene que ver con el efecto que produce la sentencia del TC y el riesgo de futilidad de las mismas, ya que al inaplicar una norma el juez del fondo tiene toda facultad de aplicar otra distinta que, aun así, puede ser contraria a los lineamientos de la propia sentencia tornándola ineficaz, según veremos.

El segundo guarda relación con la causa o fundamento al inaplicar una norma como el art. 429 CT, pues pone la carga del impulso procesal al actor en circunstancias que es el juez el facultado para ello. Por lo tanto, resultaría impropio que se declare abandonado un procedimiento cuando la parte no puede asumir el riesgo de la inactividad del juez.

Analizaré cada uno de estos problemas y propondré una solución.

### 2.2.1. El riesgo de ineficacia de las sentencias del TC al inaplicar una norma

En todos los votos disidentes de estos requerimientos se dejó caer el mismo reproche: «*Si se declara inaplicable, no habría disposición expresa sobre la institución del abandono del procedimiento, por lo que habría que recurrir a las normas supletorias de los procedimientos laborales*».<sup>37</sup> En otras palabras, volveríamos al mismo problema anterior a la reforma como en un constante *déjà vu*, debiendo analizar si la naturaleza del procedimiento civil se aviene a los laborales en lo atinente al abandono del procedimiento.

Sin embargo, entramos en el problema sobre quién debe interpretar esa naturaleza, ¿el propio TC o el juez de fondo? En el mismo voto disidente citado, se descartó de plano la avenencia entre el proceso civil y laboral poniendo de relieve que el principio dispositivo y el principio inquisitivo son incompatibles. No obstante, en voto preventivo (por acoger) en la misma sentencia se estimó que *será resorte del juez del fondo estimar la compatibilidad de preceptos reñidos con los principios formativos del procedimiento laboral*<sup>38</sup>, de manera que la inaplicabilidad del art. 429 CT no supone necesariamente la aplicación del abandono del procedimiento.

Y es que, procesalmente hablando, este tipo de recursos solo habilita al TC para *inaplicar* una norma, no *aplicar otra*, lo cual le está vedado. En este sentido, comparto la opinión de que no es dable al TC interpretar la naturaleza de los procedimientos para estimar o desestimar la solicitud, sino ceñirse estrictamente al valor constitucional de la norma impugnada y no a un análisis legal como pretende el voto disidente.<sup>39</sup> Para estos casos, la ley siempre otorga una salida interpretativa al juez de fondo para suplir la falta de norma, bien sea recurriendo a reglas supletorias (art. 432 CT) o bien a principios generales del Derecho para integrar la norma (art. 170 n°5 CPC).

El problema es que, como se vio en el primer apartado de este capítulo, la jurisprudencia laboral y en especial la Corte Suprema han modificado su opinión con respecto a lo que anteriormente se había interpretado. Por

37 TC. ROL N°5151-18 considerando 23° del voto disidente

38 TC. ROL N°5151-18, considerando 3° del voto preventivo de los ministros García Pino y Pozo Silva.

39 De hecho, resulta conveniente que en las mismas sentencias critiquen que este es un problema de fondo, no correspondiéndole al TC resolver estos asuntos, y a la vez ellos mismos interpreten la compatibilidad de la naturaleza de los procedimientos en conflicto, que claramente no es un problema constitucional.

lo tanto, a pesar de todas las consideraciones que haya hecho el Tribunal Constitucional puede resultar completamente fútil su razonamiento constitucional si los jueces del fondo interpretan el vacío normativo en contra del abandono del procedimiento.

Para despejar las dudas sobre las sentencias analizadas hasta el momento, se hizo un rastreo de todas las gestiones pendientes y, en general, los tribunales de instancia optaron por declarar abandonado el procedimiento, salvo en la última causa seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo que sí realizó una interpretación con base en la compatibilidad de los principios informadores del proceso laboral frente al proceso civil, y así dijo: «*Sin embargo, el segundo presupuesto [que aquella no sea contraria a los principios que informan el procedimiento laboral], no se cumpliría, siendo la esencia de esta institución contraria a uno de los principios que rigen en materia laboral, como lo es el del impulso procesal de oficio (considerando séptimo)*».<sup>40</sup>

Continuó reflexionando el tribunal sobre el principio *pro operario* que rige en materia laboral que funda y justifica la improcedencia del abandono del procedimiento, finalizando: «*Que por lo señalado lo anterior, es improcedente y fuera de la lógica laboral aplicar en materia de cobranza laboral una institución que busca castigar a la parte ejecutante, es decir, al trabajador al haber cesado en sus gestiones, pues justamente el impulso corresponde al órgano jurisdiccional*» (considerando octavo, parte final)<sup>41</sup>.

Como corolario, la apelación a esa resolución fue declarada inadmisibles en virtud de los artículos 470 y 474 CT lo que viene a cumplir la profecía antes dicha y pone en duda la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Si el TC ha hecho un acucioso razonamiento sobre la notable inconstitucionalidad que surge en la gestión pendiente por la prohibición del art. 429, resulta en una completa burla al ordenamiento jurídico que el juez del fondo interprete el vacío normativo contrario a la misma Constitución; esto es, acatar una orden del TC solo formalmente sin considerar los aspectos materiales o de fondo convierte a todo el aparato de protección de los Derechos Fundamentales en un mecanismo *derrotable*, fútil, y carente de contenido.

Sin ir más lejos, en la gestión pendiente ante el Juzgado de Letras de Calama donde se declaró inaplicable no solo el art. 429 sino también el art. 162 inc. 5° y siguientes del CT, el juez de la instancia no obstante reliquidó la deuda y ordenó continuar con la ejecución haciendo caso omiso al efecto *ex tunc* que tiene la sentencia del TC al acoger un requerimiento de esta naturaleza.<sup>42</sup> Así lo manifestó la Corte de Apelaciones al conocer de la resolución impugnada y rechazada vía reposición: «*Cuestión distinta ocurre con la petición subsidiaria de la ejecutada solidaria, en cuanto a reliquidar el crédito de autos excluyendo las prestaciones derivadas de la Ley Bustos, la que deberá acogerse*».<sup>43</sup>

Si consideramos, entonces, que las resoluciones del Tribunal Constitucional tienen un contenido formal (la orden prohibitiva) y también uno material (la interpretación constitucional), los jueces del fondo deben

**40 JUZGADO DE LETRAS DE SAN BERNARDO.** 9 de febrero de 2021. Rol N°127-2014. «Gómez con Transportes Los Maitenes Limitada» (Incidente de abandono del procedimiento)

**41 JLT SAN BERNARDO.** Rol N°127-2014.

**42 JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CALAMA.** 6 de abril de 2020. Rol N°101-2015. «Villaruel con Patricio Lillo Benítez Servicios Externos E.I.R.L. y otra» (Ejecución laboral)

**43 CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA.** 19 de mayo de 2020. Rol N°178-2020. «Villaruel con Patricio Lillo Benítez Servicios Externos E.I.R.L. y otra» (Recurso de apelación)

**44 CORTEZ MATCOVICH, GONZALO** (2021) «Primera Parte: Cuestiones Preliminares». En Cortez Matcovich, Gonzalo; Delgado Castro, Jordi; Palomo Vélez, Diego (autores): Proceso Laboral. Chile: Thomson Reuters, s/p

**45 CORREA SELAMÉ, JORGE DANILO** (2010) El abandono del procedimiento. Doctrina – Jurisprudencia. Chile: Thomson Reuters, 300 pp., p. 23

**46 LANATA** (2011) 65

**47 BESSER VALENZUELA, GÜNTHER; HIDALGO MUÑOZ, CARLOS** (2018). «Séptima parte: Los incidentes». En Cortez Matcovich, Gonzalo; Palomo Vélez, Diego (directores): Proceso Civil: Normas comunes a todo procedimiento e Incidentes. Chile: Thomson Reuters, s/p

seguir ambos lineamientos y no solo el primero, pues de lo contrario sería posible para el juez del fondo defraudar a la propia Constitución.

Este problema surge por la pretendida idea de que el impulso procesal de oficio que consagra el art. 429 CT tiene una estrecha relación con la prohibición del abandono del procedimiento, tanto porque este principio busca asegurar la celeridad del proceso y evitar dilaciones innecesarias<sup>44</sup>, y más concretamente porque las partes no tienen disposición sobre el control direccional del proceso; como también por el rol protector de los trabajadores que cumple el Derecho del Trabajo<sup>45</sup>.

Lo primero se explica desde la óptica del interés privado del proceso, propio de nuestro Código de Procedimiento Civil decimonónico, donde el Estado -en su visión liberal- debe abstenerse de invadir la esfera de libertad de las personas lo que también irradia a los ritos procedimentales en tanto son las partes los únicos interesados en que el juicio llegue a su término.

Ahora bien, esto no significa que el juez quede relegado a una posición completamente pasiva, pero sí al menos secundaria, ya que nuestro proceso civil sí dota al juez de herramientas procesales para direccionar el proceso, pudiendo actuar de oficio en innumerables casos. En este sentido, la continuidad del proceso y la celeridad del mismo no es algo ajeno a los procesos con estructura dispositiva, ya que sí es uno de sus fines lo que consta, por ejemplo, en que se ordene notificar de oficio ciertas resoluciones judiciales (art. 64 CPC) o que, una vez concluida la fase de discusión y conciliación, abra el término probatorio fijando los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos (art. 318 CPC).

La gran diferencia está en que mientras en los procesos reformados con predominancia de la estructura inquisitiva el juez tiene el *deber* de proceder de oficio en los casos que la ley lo señala, en el proceso civil es meramente *facultativo*, lo que denota el principal punto de quiebre entre ambos principios, pues si el juez no actúa de oficio la carga de instar el proceso sigue recayendo sobre las partes como regla general.

Entonces, como punto de partida, gran parte del problema se reduce a un asunto de *cargas procesales*. Sin ir más lejos, se ha entendido el abandono del procedimiento como una sanción para el litigante negligente<sup>46</sup> que ha cesado en la prosecución del juicio por un tiempo prolongado que la ley estima como el límite tolerable de paralización del proceso, y que cumplido dicho plazo se podrá solicitar concluir el procedimiento anticipadamente.<sup>47</sup> Esto equivale a decir que pesa sobre el actor la carga procesal de instar al proceso.

Debemos decir *carga* porque el demandado también puede instar la prosecución del juicio y hasta tener interés en que llegue a término, pero a él le es indiferente si termina por vía de sentencia definitiva o por una interlocutoria que ponga fin al procedimiento o haga imposible su continuación, pues en último término es el demandante quien ha acudido a la justicia ordinaria para resolver el conflicto con una pretensión de tutela determinado, y es él quien ha traído al demandado al proceso.

Por otra parte, la consecuencia que sigue de no proseguir con el juicio es que este simplemente se paraliza y queda sujeto al plazo condicionado a que se realice una gestión útil dentro del término que fije la ley, de manera

que el actor es quien asume el *riesgo* de su propia pasividad al igual que ocurre con la carga de la prueba.

Luego, si se traslada el abandono del procedimiento al campo del impulso de oficio, estos se caracterizan principalmente por invertir los roles de acción en la prosecución del juicio, pasando el juez al primer plano y relegando a las partes a un rol de *aportadores de información*. En efecto, las partes proveerán al juez de todo el sustrato fáctico y jurídico posible (sin perjuicio de las propias facultades del juez en la materia) y tendrán las respectivas cargas de, al menos, comparecer a las audiencias, influir en el debate y realizar peticiones accesorias cuando lo estimen; pero todo el control temporal queda en manos del juez.

Por lo tanto, al desaparecer el sustrato original del abandono del procedimiento (la carga procesal del actor), este deviene en innecesario en los procesos con oficiosidad pues ahora el juez tiene la función de *prevenir* el estancamiento de los procesos, recayendo en él la *obligación* de que siempre lleguen a término. Esto es contrario al espíritu de nuestro actual proceso civil, en donde no se pretende evitar o prevenir el estancamiento, sino *sancionarlo* procesalmente mediante el incidente de abandono (art. 152 y siguientes del CPC).

Ahora bien, el problema con este razonamiento es creer que el abandono del procedimiento tiene algo que ver con el principio dispositivo o inquisitivo. De partida, dejemos de hablar de ellos como *principios*, porque no lo son, sino una mera técnica de reglas procesales, ya que esta noción principal que se la ha dado a los procesos dispositivos e inquisitivos genera un fallo lógico de que consigo vienen otros subprincipios o subvalores, como si de rémoras y tiburones se trataran.<sup>48</sup>

Segundo, creer que son completamente incompatibles, cuando está altamente situado en nuestro ordenamiento procesal que ellos pueden coexistir, por lo tanto, no se trata de que al aumentar o disminuir las prerrogativas de las partes o del juez en la prosecución del juicio significa necesariamente eliminar o agregar actos procesales. Lo único que cambia es quién tiene el control temporal del juicio.

Y, por último, creer que la prosecución del juicio es una cuestión de *cargas procesales*, cuando en realidad es un *deber*. Esto se explica lisa y llanamente por la función que cumple el abandono: evitar la dilación innecesaria del proceso y la incerteza jurídica<sup>49</sup>, y propender a otorgar eficacia al proceso.

La puesta en marcha del aparato jurisdiccional tiene un doble costo: para las partes, tanto demandante como demandado, y para el Estado. Recordemos que el proceso surge como un mecanismo de resolución de conflictos *secundario* cuando la llamada *tutela primaria* ha fracasado<sup>50</sup>, lo que explica el carácter subsidiario y de última ratio que tiene por cuanto quien estima que se ha transgredido un derecho determinado pretende que se le tutele por la vía jurisdiccional.

Por lo tanto, el demandante activa el mecanismo estatal para exigir que se satisfaga una pretensión determinada. Pero aquí es donde debemos realizar nuestro análisis, ya que desde la perspectiva de los Fundamentos del Derecho Jurisdiccional así como el actor va a exigir una *Tutela Judicial Efec-*

<sup>48</sup> Que con el principio dispositivo viene la escrituración, la mediación, la desconcentración de actos, la valoración tasada y el sistema legal de prueba. Al contrario, que con el principio inquisitivo viene la oralidad, la inmediación, la concentración de actos, la sana crítica y la libertad probatoria. Básicamente demarcan a las reglas dispositivas, cuando también cumplen un rol fundamental en el proceso.

<sup>49</sup> CORREA (2010) 8

<sup>50</sup> FERRAJOLI, LUIGI (1999) Garantías. Parolechiave (19), traducción de Antonio de Gabo y Gerardo Pisarello, 39-46 pp., p. 40. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174825.pdf>

*tiva*, el Estado le va a exigir al actor que ponga todo de su parte para lograr el resultado que espera.

En este momento se separan los caminos, pues en función de las reglas procedimentales, los principios informadores de cada proceso y las potestades del juez, en el proceso laboral las exigencias al demandante se aligeran bastante llegando al punto de que el juez tiene casi todo el *deber* de llevar el juicio a su término. Pero esto no significa que en el proceso civil (tal como lo conocemos nosotros) ello no suceda, pues el pretensor tiene el mismo *deber* de llevar el proceso a su término, imponiéndole plazos y requisitos que debe cumplir. Si no se cumple con esto, entonces el proceso se paraliza. En el fondo, solo hay un cambio de protagonistas, pero en ningún caso los roles de las partes o del juez se ven obnubilados por cuanto la imposición de una tutela judicial efectiva en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas es igual para ambos.

La diferencia con los procesos forales como el laboral es que por la propia debilidad material que el actor tiene frente al demandado, su exigencia es mucho menor, de manera que el Estado subsidia el rol temporal del juicio, pero el impulso de las partes no desaparece. La pregunta que surge, entonces, es, ¿qué pasa si el juez entra en pasividad? No hay norma que lo solucione.

Esto se explica porque se confunde la finalidad del abandono con el impulso procesal de oficio. Declarar abandonado un procedimiento significa *terminar un juicio ya inactivo, mientras que la oficiosidad significa evitar que el juicio se paralice*, pero ambos tutelan la misma garantía: el ser juzgado sin dilaciones indebidas como parte de la Tutela Judicial Efectiva.

Mientras que la oficiosidad es preventiva el incidente de abandono es represivo, de manera que no resultan ser excluyentes, sino totalmente compatibles y hasta coadyuvantes. Lo único que frena la aplicación del abandono del procedimiento en sede laboral es el excesivo proteccionismo al trabajador como escudo para justificar algo que procesalmente no se justifica.

Sin ir más lejos, si analizamos detenidamente el art. 429 inc. 1º CT *in fine*, este señala que: *Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida, y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento.*

Notamos, entonces, que cuando dice *asimismo*, quiere decir que las medidas serán adoptadas de oficio tal como ocurre con las diligencias probatorias que señala la primera parte de la norma. Luego, la finalidad de esas medidas es *evitar* el estancamiento del proceso, de lo cual tomamos que es su justificación subyacente principal.

De lo anterior se colige que el impulso procesal de oficio es la *función* que la ley le otorga al juez para cumplir con el mandato constitucional e internacional de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

Pero la expresión *en consecuencia* denota *causa-efecto*, interpretando falazmente el legislador que dicha institución procesal es contraria a la finalidad del impulso procesal de oficio. En otras palabras, «quiero evitar

51 CARRASCO DELGADO, NICOLÁS (2019) Efectividad de las normas procesales civiles. Revista de Derecho de la PUCV, 52, 67-100 pp., p. 95

52 Referencia recogida en: Correa (2010) 10

53 CORREA (2010) 10

54 CORREA (2010) 3

que el proceso se paralice, por lo tanto, prohíbo el abandono», como parte de una solución de eficientismo exacerbado.

Algunos autores también caen en el mismo círculo, como el profesor Nicolás Carrasco cuando señala que «el principio formativo de dirección formal implica que corresponde al órgano jurisdiccional impulsar la tramitación del procedimiento hasta la resolución definitiva. Por medio del uso de ese principio se pueden eliminar ciertos mecanismos que impliquen un término puramente formal del proceso como el abandono del procedimiento».<sup>51</sup>

Por otro lado, en opinión del jurista argentino Horacio M. Lynch, el fundamento principal del abandono del procedimiento para evitar que las causas se eternicen se desnaturalizó al ser utilizada como un mecanismo para acelerar los procesos<sup>52</sup>, es decir, fue entendida como un mecanismo que obsta a la celeridad lo que, en su opinión, «no advierto resultados en este último propósito: por el contrario, señalo consecuencias negativas para la actividad profesional y la Justicia. Pero, más grave todavía, produce resultados injustos para el litigante cuando la caducidad desemboca en la prescripción al extremo que podrían ser inconstitucionales».<sup>53</sup>

Lo anterior debe ser compartido por cuanto existen motivos de sobra para justificar la procedencia del abandono del procedimiento no solo en sede laboral sino en todos los procesos con predominancia del impulso de oficio; como que ambas instituciones en realidad persiguen la misma finalidad como se ha venido diciendo, cual es ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, cuya única diferencia estriba en el estado en que se encuentra el proceso; mientras que la prerrogativa de oficio actúa pendiente un proceso *en curso*, el abandono actúa en un proceso *paralizado*.

Y esto es de toda lógica, pues tal como anota Correa Selamé<sup>54</sup> aunque sin mayor detenimiento, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una consecuencia (sanción procesal) ante la inactividad del propio juez, sino solo de las partes. Esta inexistencia es propia de una pobre técnica legislativa, mas no de una cuestión de incompatibilidad de procedimientos, ya que si el juez entra en dejación, ¿quién soluciona el conflicto? No hay norma de cierre y el juez ha justificado abusivamente su pasividad convirtiéndose en una *arbitrariedad*, situación que debe ser suplida por las partes; es decir, que se pueda solicitar abandonado el procedimiento por negligencia bien del ejecutante y/o bien del juez.

Recordemos que el proceso, independiente del cauce dispositivo o inquisitivo que se adopte, es una relación tripartita entre el actor, el demandado y el juez quienes actúan en plena conexión y armonía, por lo que no es posible eliminar la eficacia de la actividad de las partes en los procedimientos de impulso de oficio. Toda actuación de oficio es, siempre, sin perjuicio del derecho de las partes de instar y promover el juicio.

### 2.2.2. Asunción del riesgo de la pasividad del juez

Sin perjuicio de la obligación del juez en esta materia, surge un problema a propósito de quién debe soportar la carga de la inacción. A propósito, el voto en contra de la última sentencia que el TC declaró en la materia sostuvo que no es posible invocar el derecho a ser juzgado en un plazo razo-



55 TC Rol N°8995-20, considerando 22° del voto disidente

56 TC. ROL N°5151-18, considerando 20° del voto preventivo

57 MENSAJE DEL EJECUTIVO, ley 20.087, p. 15

nable ni la seguridad jurídica, dado que no le era imputable al actor-ejecutante la carga procesal de instar la prosecución del juicio, tomando en cuenta que «(...) su omisión carece de la necesaria atribución de este último y, en el evento de acogerse la acción de inaplicabilidad resultaría consecuen- cialmente que la normativa vigente habría sido interpretada en forma des- favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el caso concreto».<sup>55</sup>

Esto es, sin duda, una vuelta de 180° sobre el conflicto constitucional arraigado ya que, en efecto, ¿por qué debemos atribuirle una sanción procesal de este estilo a quien no tenía el deber ni la carga procesal de hacerlo? Pero, por otro lado, ¿por qué debe soportar el peso de la incerteza jurídica quien, teniendo un real interés en el término del proceso, no puede ale- garlo?

Esto pone en evidencia que extraer la prerrogativa que tienen las partes de instar la prosecución del juicio y trasladárselo completamente al juez es un problema consecuencial que el legislador no tuvo en cuenta, ya que falta una norma de cierre que permita terminar con un proceso que se encuentre paralizado.

A propósito solo diré que la protección de los derechos sustantivos del trabajador, así como las de cualquier especie, tienen siempre un límite del cual el Código del Trabajo no es ajeno, pues por ejemplo el art. 510 dispone de la prescripción extintiva de las acciones laborales, así como el art. 162 para reclamar la nulidad del despido entre otras normas que suponen reglas de cierre para la persecución de los créditos laborales. En este sentido, comparto lo adoptado por la magistratura constitucional en un voto preventivo por acoger el recurso al estimar «que la protección de los derechos del trabajador -el más débil en la relación laboral- no puede hacer perder de vista la necesidad de velar también por los derechos de los empleadores, en el marco de un contrato en que ambas partes tienen derechos y obligaciones».<sup>56</sup>

Así, también tomando en cuenta el propio principio de buena fe que recoge el art. 425 CT que se concibe para *impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias*<sup>57</sup>, no se puede interpretar la dejación del ejecutante en su propio favor pues entonces se estarían convali- dando actuaciones dilatorias y abusivas del derecho que van en contra de la buena fe (propiciando el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, es decir, la alegación de propia torpeza).

Finalmente, al deshacernos de la idea que el abandono del procedi- miento es un asunto de cargas, y que tiene que ver más bien con una correcta administración de justicia, cabe recordar que el contenido de la tutela judicial efectiva que el voto disidente del TC interpretó en favor del ejecutante en este caso no es suficiente para desestimar la aplicación del incidente.

Ello por la naturaleza subsidiaria que cumple el impulso procesal de oficio, es decir, que cuando al actor se le aligera el deber de instar el proce- so, no significa que desaparezca sino que se traslada hacia el juez, pues en el momento en que el proceso laboral asume un rol proteccionista, es el Estado quien se hace responsable (procesalmente) de manera directa por la efectiva tutela de los derechos del trabajador. Por lo tanto, si el juez

incumple su labor es el actor quien sufrirá las consecuencias procesales del mismo, ya que: i) el abandono del procedimiento solo le interesa al demandado, de manera que su eliminación es una declaración de un proteccionismo reforzado (innecesario por lo demás) hacia el actor; ii) la pasividad del juez implicará, en último término, una falla en la tutela del trabajador que el empleador no puede soportar por resultar excesivamente oneroso e injusto; iii) la protección al trabajador como justificación subyacente de la prohibición del incidente de abandono se ve superada por la propia justificación subyacente en favor de la aplicación del abandono, que es la misma del impulso procesal de oficio (ser juzgado en un plazo razonable); y iv) como se dijo, el actor también tiene un deber *aligerado* de instar el proceso, pero un deber al fin y al cabo, cuya negligencia no puede interpretarse en su favor.

La tutela judicial efectiva es bidireccional, o no es tutela.

### 3) Conclusiones

El abandono del procedimiento es una institución que protege a las partes, especialmente al demandado, de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas. Se trata de uno de los contenidos de la Tutela Judicial Efectiva que el Tribunal Constitucional ha hecho suyo a lo largo de todas las sentencias analizadas que denotan un conflicto constitucional importante por cuanto la potestad de impulso de oficio del juez como conductor temporal del procedimiento requiere siempre que las partes tengan un mecanismo de control sobre los actos judiciales, no solo de sus acciones, sino también de sus omisiones.

Al entrar en un estado de pasividad, el juez laboral pone en riesgo al trabajador que tiene un interés en que su derecho le sea tutelado. Sin embargo, esta visión unilateral del proceso del trabajo es lo que ha traído la mayor cantidad de problemas interpretativos, ya que el empleador también tiene un interés en que el juicio llegue a su término y, en el evento que sea condenado al pago de una prestación y este cumpla, no se siga persiguiendo el mismo crédito reliquidando constantemente la deuda.

Por ello, el juez del trabajo también protege al empleador situando a ambas partes en un estado de igualdad. En este sentido, el principio *in dubio pro operario* se expresa como una interpretación en favor del trabajador solo para efectos de lograr la pretendida igualdad, pero no para desbalancearla con el fin de interpretar y favorecer exageradamente al trabajador de manera abusiva, como ocurre en el caso de la prohibición del abandono del procedimiento.

No existen razones ni materiales ni procesales para justificar su prohibición, especialmente considerando el doble valor que cumple: por un lado, como garantía de la tutela judicial efectiva, y por el otro, como norma de cierre ante la eventual y no querida paralización del proceso, recordando que el impulso de oficio es un elemento *preventivo*, y el incidente de abandono es *represivo* de manera que prohibir dicha institución significa privar a las partes de solicitar el cierre definitivo del proceso cuando el actor o el juez han omitido, dolosa o culposamente, la prosecución del proceso.

Aquí carece de relevancia el grado de culpa, ya que el abandono funciona de manera objetiva; no obstante, desde sus cimientos hay que evidenciar que rema en el mismo sentido que la buena fe procesal, en tanto principio de conducta de las partes y del juez de no incurrir en prácticas abusivas del derecho o dilaciones indebidas del proceso.

Por lo tanto, la pretendida incompatibilidad del abandono del procedimiento y el impulso de oficio se desmorona en todos los sentidos, careciendo de total justificación la prohibición del art. 429 CT.

Sin embargo, lo comentado no implica reconocer su inconstitucionalidad ya que no afecta directamente el núcleo esencial de ninguna garantía en abstracto, esto porque desde la operativización de las garantías procesales, el legislador puede limitar la aplicación del incidente o restringirla, optando por una técnica distinta (el impulso de oficio). El problema surge en que la prohibición total y absoluta trae consigo la omisión de eventuales excepciones y situaciones que al legislador le son imposibles de situar, de manera que se hace necesario reincorporar el derecho del demandado de solicitar dicho abandono, aun si solo fuese como medida excepcional, previendo la posibilidad de que dicha norma sea *derrotada* en casos concretos.

Finalmente, el propósito de este trabajo fue denunciar las constantes sentencias del Tribunal Constitucional en las que declaró su estimación en contra de esta norma y poner en evidencia que el legislador erró en su prohibición, justificando material y procesalmente por qué el incidente de abandono sigue prestando utilidad y eficacia a la tutela de los derechos.

## Referencias bibliográficas

### Monografías

- ACADEMIA JUDICIAL** (2017). «*Manual de Juicio del Trabajo*» (2a ed., 278 pp.). Academia Judicial de Chile.
- BARRIENTOS GRANDON, JAVIER** (2020). «*Código de la familia*» (7a ed., Tomo II, s/p). Thomson Reuters.
- BESSER VALENZUELA, GÜNTHER; HIDALGO MUÑOZ, CARLOS** (2018). «*Séptima parte: Los incidentes*» (s/p). En Cortez Matcovich, Gonzalo; Palomo Vélez, Diego (directores): *Proceso Civil: Normas comunes a todo procedimiento e Incidentes*. Thomson Reuters.
- CORREA SELAMÉ, JORGE DANILO** (2010). «*El abandono del procedimiento. Doctrina - Jurisprudencia*» (s/p). Thomson Reuters.
- CORTEZ MATCOVICH, GONZALO** (2021). «*Primera Parte: Cuestiones Preliminares*» (s/p). En Cortez Matcovich, Gonzalo; Delgado Castro, Jordi; Palomo Vélez, Diego (autores): *Proceso Laboral*. Thomson Reuters.
- HAGE, JAAP** (2005). «*Chapter I: Law and defeasibility*» (Vol. 70, 25 pp.). En Hage, Jaap (autor): *Studies in legal logic, Law and philosophy library*. Springer, Dordrecht.

- JARA CASTRO, EDUARDO** (s/a). «*Derecho Procesal de Familia. Principios formativos, reglas generales, procedimiento ordinario*» (244 pp.). Editorial Jurídica de Chile.
- LANATA FUENZALIDA, GABRIELA** (2013). «*Manual de proceso laboral*» (2a ed., 273 pp.). Abeledo Perrot.
- STOEHLER MAES, CARLOS ALBERTO** (2010). «*De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*» (6a ed., 212 pp.). Editorial Jurídica de Chile.
- THAYER, WILLIAM; NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO** (2009). «*Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual del trabajo (continuación) y derecho procesal del trabajo*» (Tomo IV). Editorial Jurídica de Chile.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA** (2006). «*Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980*» (Tomo II, 591 pp.). Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA** (2014). «*Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980*» (Tomo III, 543 pp.). Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.

## Revistas y publicaciones seriadas

- BRAVO-HURTADO, PABLO** (2013). «*Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria*». Revista Chilena de Derecho Privado, 21. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000200002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200002)
- CARRASCO DELGADO, NICOLÁS** (2019). «*Efectividad de las normas procesales civiles*» (52, 67-100 pp.). Revista de Derecho de la PUCV.
- CAZOR ALISTE, KAMEL; PICA FLORES, RODRIGO** (2009). «*Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?*» (14-39 pp.). Revista General de Derecho Constitucional, Iustel (7).
- FERRAJOLI, LUIGI** (1999). «*Garantías*» (39-46 pp., p. 40). Parolechiave (19), traducción de Antonio de Gabo y Gerardo Pisarello. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174825.pdf>
- GARCÍA YZAGUIRRE, JOSÉ VÍCTOR DAVID** (2020). «*La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart*» (26(2), 125-146 pp.). Revista Ius et Praxis.

## Jurisprudencia

- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. 19 DE MAYO DE 2020. ROL N°178-2020.** «*Villaruel con Patricio Lillo Benítez Servicios Externos E.I.R.L. y otra*» (Recurso de apelación).
- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. 11 DE ENERO DE 2008. ROL N°20-2007.** «*Hipermercado Valdivia Ltda. con Dirección Regional del Trabajo*» (Recurso de hecho)
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 11 DE DICIEMBRE DE 2006. ROL N°71-2005.** «*Sociedad Educacional e Investigaciones Pedagógicas Ltda.*» (Recurso de hecho). Disponible en: Id. Vlex: 564114278

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 14 DE MARZO DE 2003. ROL N°7.265-2002.** (Recurso de apelación). Disponible en: Id. Vlex: 516336878
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 1 DE JUNIO DE 2007. ROL N°1880-2007.** «*Compañía Minera Nevada Ltda.*» (Recurso de hecho)
- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 22 DE MAYO DE 2007. ROL N°397-2007.** (Recurso de apelación) Disponible en: Id. Vlex: 563915466
- CORTE SUPREMA. 11 DE ABRIL DE 2002. ROL N°583-02.** «*Velásquez Tabilo, Julio y otros con Sociedad Constructora e Inmobiliaria Campanario R.*» (Recurso de casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales N°2-2002 (junio de 2002)
- CORTE SUPREMA. 16 DE AGOSTO DE 2011. ROL N°6.866-11.** «*AFP Habitat S.A. con Instituto Particular Subvencionado Manuel de Salas*» (Recurso de casación en el fondo)
- CORTE SUPREMA. 16 DE AGOSTO DE 2011. ROL N°6.870-11.** «*AFP Santa María S.A. con Instituto Particular Subvencionado Manuel de Salas*» (Recurso de casación en el fondo)
- CORTE SUPREMA. 9 DE MAYO DE 2013. ROL N°904-2013.** «*M.R.R.R. y otros profesores con CORESAM*» (Recurso de casación en el fondo).
- CORTE SUPREMA. 9 DE JULIO DE 2015. ROL N°24.841-2014.** «*M.J.V.M. con Club Lota Schwager SADP*» (Recurso de casación en el fondo).
- CORTE SUPREMA. 7 DE MARZO DE 2017. ROL N°21.731-16.** «*Tenorio Alvear, Samuel Rupercio con Concha y Gana Ltda.*». (Recurso de casación en el fondo)
- JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CALAMA. 6 DE ABRIL DE 2020. ROL N°101-2015.** «*Villaruel con Patricio Lillo Benítez Servicios Externos E.I.R.L. y otra*» (Ejecución laboral)
- JUZGADO DE LETRAS DE SAN BERNARDO. 9 DE FEBRERO DE 2021. ROL N°127-2014.** «*Gómez con con Transportes Los Maitenes Limitada*» (Incidente de abandono del procedimiento).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 12 DE OCTUBRE DE 2010. ROL N°1514-09.** «*Valdés Cáceres, Víctor Hernán con Bravo González, José Humberto*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1577>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 26 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°5151-18.** «*París Administradora Ltda con Corte de Apelaciones de Temuco*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5633>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 26 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°5152-18.** «*Cencosud Retail S.A. con Corte de Apelaciones de Temuco*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5635>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 29 DE OCTUBRE DE 2019. ROL N°5822-19.** «*Super 10 S.A. con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de San Miguel*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5454>

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 7 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°5986-19.**  
«*Super 10 S.A. con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5530>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°6166-19.**  
«*Rendic Hermanos S.A. con Juzgado de Letras del Trabajo de Calama*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5622>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°6167-19.**  
«*Rendic Hermanos S.A. con Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5625>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°6469-19°.**  
«*Rendic Hermanos S.A. con Corte de Apelaciones de Santiago*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5623>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 DE NOVIEMBRE DE 2019. ROL N°6879-19°.**  
**LIPIGAS S.A. CON JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA**  
(Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=5627>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3 DE MARZO DE 2020. ROL N°7400-19.** «*Carnes Ñuble S.A. con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=6097>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 12 DE NOVIEMBRE DE 2020. ROL N°8843-20.**  
«*Rendic Hermanos S.A. con Corte de Apelaciones de Santiago*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=7269>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5 DE NOVIEMBRE DE 2020. ROL N°8907-20.**  
«*Salcobrand S.A. con Corte de Apelaciones de Valparaíso*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=7227>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 7 DE ENERO DE 2021. ROL N°8995-20.** «*Transportes Los Maitenes S.A. con Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo*» (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=7534>

# Análisis jurisprudencial del principio iura novit curia y el problema de las decisiones sopresivas en el proceso civil chileno\*

*Jurisprudential analysis of the iura novit curia principle and the problem of sopressive decisions in the chilean private law process*

## Tesis

---

SANTIAGO TEIXIDO BALBONTIN\*

---

\* Tesis realizada para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, a cargo de la profesora Macarena Vargas Pavez.

\* LICENCIADO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Correo electrónico: santiago.teixido@mail.udp.cl

**Resumen:** En este artículo se realiza a partir de una revisión jurisprudencial, un análisis crítico a las respuestas que ha entregado la Corte Suprema en materia civil -desde el año 2010 - al abordar casos en que los tribunales de justicia de nuestro país han vulnerado el debido proceso, en específico el principio de bilateralidad de la audiencia, al hacer uso del aforismo iura novit curia. Así, mostramos el conflicto que hay entre las facultades de conocimiento y aplicación del derecho que tiene el juez con el derecho a la defensa de las partes, revisando de esta forma los límites que tienen los tribunales al aplicar el aforismo en cuestion. Por último, proponemos una serie de soluciones que se pueden adoptar para resolver los problemas que en estos casos se presentan.

**Abstract:** *This article is a critical analysis of the responses given by the Supreme Court in civil matters -since 2010- to approach cases in which the courts of justice of our country have violated due process, specifically the principle of bilaterality of the hearing, by making use of the aphorism iura novit curia. In this way, we also show the conflict between the powers of knowledge and application of the law that the judge has with the right to defense of the parties, reviewing in this way the limits that the courts have when they make use of the aphorism in matter. Finally, we propose possible solutions that can be adopted to solve the problems that arise in these cases.*

**KEY WORDS:** *iura novit curia - due process - bilateral hearing - surprise decisions.*

**PALABRAS CLAVES:** *iura novit curia - debido proceso - bilatraidad de la audiencia - desiciones sorpresa.*

## Sumario

Introducción; Capítulo I. Origen y alcances del aforismo *iura novit curia*; Capítulo II. Derecho a la defensa y el debido contradictorio o bilateralidad de la audiencia; Capítulo III. Aplicación del aforismo *iura novit curia* por la jurisprudencia nacional. Capítulo IV. Propuestas finales; Conclusiones.

## Introducción

El aforismo *iura novit curia* ha sido utilizado por los tribunales de justicia desde hace mucho tiempo. Esta máxima entiende al juez como conocedor del derecho y atribuye a él amplias facultades para aplicarlo. Es de esta forma, que el tribunal adquiere una amplia relevancia dentro del proceso, ya que le correspondería a este y no a las partes aportar el material jurídico que se utilice para resolver el conflicto. Como puede verse, este aforismo está íntimamente relacionado con el rol que tienen los actores procesales dentro del conflicto, tanto los litigantes como el juez. Si bien, el rol de las partes ha sido largamente discutido por los autores, este no ha sido el caso del principio en cuestión, al cual se le han dedicado pocas páginas en la literatura procesal nacional, lo cual es extraño, en el entendido de que es una máxima vastamente utilizada por la jurisprudencia de nuestro país.

El problema jurídico que se vislumbra está relacionado con los límites que se le han dado a este aforismo, ya que al no tener márgenes claros se dan situaciones como las «sentencias sorpresivas o decisiones sorpresas». Estas son aquellas sentencias donde el juez fundamenta su decisión en base a normas jurídicas que no fueron materia del proceso y que, por lo tanto, las partes no pudieron controvertir durante el transcurso de este. Ello conllevaría una vulneración al pleno respeto a las garantías judiciales y a derechos humanos básicos asociados con el debido proceso. Específicamente nos referimos a la garantía de bilateralidad de la audiencia o debido contradictorio que se refiere a la posibilidad que tienen las partes de dar su punto de vista sobre lo que es invocado en el proceso, lo que debería tener especial relevancia en el entendido en el proceso civil chileno basado en el principio dispositivo.

Es por lo anterior que en la siguiente tesis intentaremos responder a la pregunta de ¿Cuáles son los criterios que utiliza la Corte Suprema para afrontar el problema de las «sentencias sorpresivas» o «decisiones sorpresa» dictadas por tribunales inferiores haciendo uso del aforismo *iura novit curia*?

Es así, como este seminario tiene por objetivo verificar mediante un análisis jurisprudencial, como es que la Corte Suprema ha afrontado los casos en que los tribunales inferiores dictan «decisiones sorpresivas» para las partes al hacer uso del *principio iura novit curia* para respaldar su decisión.

La metodología con la que se desarrollará este trabajo será partiendo por entender de una forma general de que se trata el aforismo en cuestión, para así posteriormente analizar la jurisprudencia nacional que hace uso de esta máxima bajo el prisma del debido proceso. De esta forma, para



llevar a cabo esta investigación, se utilizarán un conjunto de fuentes secundarias como: jurisprudencia, doctrina tanto nacional como comparada y legislación nacional y comparada.

En la primera parte de este trabajo se presentará un marco teórico de la máxima *iura novit curia*, donde se revisará el origen, significado y el estado de la discusión actual sobre el particular, siendo especialmente importante en esta sección el rol de las partes en el proceso y los alcances que le han dado tanto autores nacionales como extranjeros a la introducción del material jurídico por parte del juez. Con esto pretendemos que el lector se haga una idea del concepto y la evolución de esta máxima para de esta forma tener más herramientas a la hora de analizar la jurisprudencia sobre el tema en cuestión.

El segundo capítulo consistirá en un análisis principalmente dogmático de los límites que tiene este aforismo, poniendo principal énfasis en el debido proceso y, más específicamente, su dimensión de debido contradictorio o bilateralidad de la audiencia.

En la tercera parte del trabajo, mediante una búsqueda jurisprudencial analizaremos cómo la Corte Suprema, desde el 2010 en adelante, ha interpretado y aplicado a la máxima *iura novit curia* con el fin de identificar los criterios que esta ha adoptado frente a las llamadas «sentencias sorprendidas».

En la última parte de esta investigación entregaremos ciertas propuestas para solucionar el problema. Estas soluciones, serán de diversa índole, abarcando desde interpretaciones del aforismo hasta ciertos cambios legislativos que han optado por usar distintos países para superar los eventuales problemas a presentarse por la aplicación de este principio en los conflictos judiciales.

## Primer capítulo. Origen y alcances del aforismo *iura novit curia*

### 1) Origen

Para entender de mejor manera la máxima *iura novit curia* creemos necesaria una pequeña síntesis de su origen histórico, con el fin de formar una visión más acabada del nacimiento y desarrollo de este aforismo.

Si bien la mayoría de los autores<sup>1</sup> que han investigado sobre el tema señalan que el origen histórico del *iura novit curia* se remite a la Edad Media -momento al cual nos referiremos en los próximos párrafos- hay ciertos autores<sup>2</sup> que tienden a señalar que este tiene un antecedente histórico anterior por parte de Aristóteles (384 a.C.-322<sup>a</sup>.C) en la Retórica. Este connotado filósofo, en el inicio de su obra, explica lo que él entiende como el rol del abogado, la posición del juez y el propósito de las leyes y es en contexto que señala que está dentro de la competencia del juez decidir sobre la importancia o irrelevancia, sobre la justicia o injusticia de un hecho sin tomar sus decisiones en base a lo dicho por los litigantes.<sup>3</sup>

1 CFR. SENTÍS MELENDO(1957), *El juez y el derecho: Iura Novit Curia*, pp.14-16; Calvino (2006), *La regla iura novit curia en beneficio de los litigantes*, p. 2

2 DE FIGUEIREDO CALDAS (2009) *Voto razonado del juez ad hoc con relación a la sentencia de la CIDH en el caso Escher y otros vs. Brasil*, p. 6; Parra, Nicolas (2019). *Sobre el principio iura novit curia: la necesidad de una aplicación prudente en el proceso civil*, Universidad de los Andes, Colombia. Disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/index.php/blog/192-sobre-el-principio-iura-novit-curia-la-necesidad-de-una-aplicacion-prudente-en-el-proceso-civil>

3 Cfr. «Aparte de que es evidente que nada compete al litigante fuera de mostrar que el hecho es o no es así y si aconteció o no aconteció. En cambio, el que sea grande o pequeño, justo o injusto, y todo lo que el legislador ha dejado sin explicitar, eso conviene que lo determine el mismo juez y no que tenga que aprenderlo de las partes.» Aristóteles, (1999) *Retórica*, p. 164.

- 4 **CFR. SENTÍS MELENDO** (1957), Op. Cit, pp. 14-16.; **CALVINHO** (2006), Op. Cit, p.2.
- 5 **CFR. SENTÍS MELENDO** (1957), Op. Cit, pp. 14-16.
- 6 **IBIDEM**, pp.14-16.
- 7 **IBIDEM**, pp. 14-16(Traducción realizada por el mismo Sentís Melendo).
- 8 **CFR. STEIN** (1988). *El conocimiento privado del juez*. p.123.
- 9 **CFR. AHUMADA VEGA** (2019), *La aparente relación de conflicto entre el iura novit curia y el amicus curiae*, Universidad de Piura, pp. 5-20.
- 10 **IBIDEM**.
- 11 **CFR. SOLORZANO** (2012), *La aplicación procesal del Principio iura Novit Curia*, pp. 4-5.
- 12 **CFR. SENTÍS MELENDO** (1957), Op. Cit, pp. 7-8; hunter Ampuero, Iván (2010), *iura Novit Curia en la jurisprudencia Chilena*, En: Revista de Derecho, Vol. XXIII- N°2, p 199; Ezquiaga(2000), *iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho*, p. 30.
- 13 **CFR. SENTÍS MELENDO** (1957), Op. Cit, pp. 7-8.

No obstante, ser un dato interesante que Aristóteles entendió de cierta manera la existencia de este aforismo en tiempos antiguos, la mayoría de los autores como dijimos tiene otra opinión con respecto a los orígenes históricos de este principio<sup>4</sup>. Para esto, nos apoyaremos en la investigación realizada por Sentís Melendo<sup>5</sup>, quien señala que en relación a la época que nace este aforismo, los autores están de acuerdo en que este se origina en la Edad Media, específicamente entre los siglos XIII y/o XIV.<sup>6</sup> Esto habría ocurrido en ocasión de un exabrupto del juez ante las alegaciones de los abogados, quienes habrían estado abusando de sus planteamientos jurídicos, a lo que el magistrado interrumpiría a los litigantes y habría exclamado: «*Venite ad factum, curia novit ius*», lo que al tenor literal de sus palabras significaría «traedme los hechos, el tribunal conoce el derecho».<sup>7</sup>

Es así como podemos decir que el aforismo del que trata esta investigación nace de la derivación de la máxima: «dame los hechos, yo te daré el Derecho» expresada como «da mihi factum, tibi dabo ius» o «narra mihi factum, narro tibi ius». Tiene su origen en el derecho romano, en cuanto a la distribución de trabajo de las partes, que en otras palabras, estaba por tener al juez como aportador del derecho y a las partes los hechos, lo que permitió en sus tiempos distinguir los roles dentro del proceso con completa exactitud.<sup>8</sup> Los antecedentes del *iura novit curia* se encuentran en el Derecho Romano, en específico, en la actuación del pretor, quien corresponde a una suerte de magistrado romano, en el que se sientan fuertes bases para el desarrollo posterior del principio.<sup>9</sup>

Si se hace un análisis más acabado del Derecho Romano, cosa que no corresponde hacer en esta investigación por temas de extensión, resulta indudable que la consagración del principio *iura novit curia* ha sido propiciada por un proceso de evolución en la que el tribunal ha pasado de ser tan solo un simple espectador del proceso, que se limitaba únicamente a la comprensión del material de hecho aportado por las partes, a un juez que tiene un rol fundamental en cuanto al derecho que será parte del proceso.<sup>10</sup> Lo anterior se ha traducido en una constante transformación de los sistemas judiciales que le han permitido al juez la aplicación del principio y así un rol más preponderante en el proceso.<sup>11</sup>

Conocer los antecedentes y origen histórico del *iura novit curia* nos permite entender tanto el significado, como aplicación del mismo, de la misma forma, resalta la importancia de este principio en relación a la labor cumplida por el juzgador frente a los litigantes y al material jurídico. Por tanto, ya habiendo repasado el origen histórico de este principio, esto nos deja con un mejor pie para comprender el significado y los alcances que se le han otorgado a este aforismo tanto por los distintos autores<sup>12</sup> como por los tribunales de justicia.

## 2) Definición y alcances del *iura novit curia*.

Para un mejor entendimiento del asunto que nos atañe debemos recurrir en primer lugar a la definición etimológica de *iura novit curia*. Para Sentís Melendo la traducción del latín al español no sería otra que «juez conoce los derechos».<sup>13</sup> En este sentido resulta relevante señalar que la expresión

14 AHUMADA VEGA (2019), Op. Cit, pp 5-20.

15 HUNTER AMPUERO (2010), Op. Cit, p. 199.

16 EZQUIAGA (2008), Op. Cit, p. 30.

17 IBIDEM, p. 30.

18 HUNTER AMPUERO (2010), Op. Cit, p. 199.

19 EZQUIAGA (2008), Op. Cit, p. 30.

20 IBIDEM, p. 30.

22 En un sentido parecido se pronuncia Monroy Gálvez, Juan, citado por Ahumada Vega, *La aparente relación de conflicto entre el iura novit curia y el amicus curiae*, pp. 5-20 al señalar que la función jurisdiccional del juzgador es ejercida a través de una doble relación de poder-deber.

23 EZQUIAGA (2008), Op. Cit, p. 18; Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. J. Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1922; Couture, Eduardo (1978), *Fundamentos del derecho procesal civil*,

21 CALAMANDREI (1961), *Estudios sobre el Proceso Civil* p. 113.

iura hace referencia a la expresión plural de la palabra «derecho», puesto que la forma singular para esta palabra es *ius no iura*. Por lo tanto, para que el aforismo en su traducción literal fuese «juez conoce el derecho» el latín debería ser *ius novit curia*.<sup>14</sup> Si bien, la traducción literal es importante para conocer mejor el contenido y el origen de la máxima, un significado etimológico es bastante limitado, de esta forma en los siguientes párrafos daremos cuenta del sentido real que se le ha dado a este principio tanto por la doctrina como por alguna jurisprudencia.

De esta forma lo ha dicho Hunter,<sup>15</sup> quien siguiendo al autor español Ezquiaga,<sup>16</sup> ha sostenido que esta máxima ha estado vinculada a una serie de dogmas.

El primero de éstos sería aquel que entiende al juez como un conocedor del derecho, es decir, que habría una presunción de que el juez conoce íntegramente el ordenamiento jurídico. Esto involucraría tanto la existencia de las normas como los significados de las mismas. Así lo ha señalado Ezquiaga, quien explica: «en el ámbito del proceso la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional se sustenta, en buena medida, en la presunción de que este último conoce el derecho aplicable al litigio».<sup>17</sup>

Como se hace obvio, y tal como lo señala Hunter, si aceptamos a la máxima en cuestión como una presunción de la cual está investido el juez, se podría tender a pensar que la distribución de los roles del proceso estarían fuertemente marcados porque el juez conoce el ordenamiento jurídico en su integridad, y por lo tanto las partes no tendrían ni siquiera la necesidad de aportar material jurídico, y de esta forma, solo se verían relegados a la introducción de los hechos que dan pie al proceso. Pero esto no ocurre de esta manera, ya que como señala el mismo autor: «Ni el juez conoce todo el Derecho de un ordenamiento ni las partes dejan de asumir un papel relevante en la definición de qué materiales normativos pueden servir para resolver el conflicto a su favor. Tampoco es verdadero que el juez esté completamente alejado a la introducción de algún elemento fáctico, como suelen hacerlo a través de los denominados hechos secundarios».<sup>18</sup>

Si bien creemos del todo correcta esta limitante que expone Hunter, quien señala al juez como conocedor del derecho, pero no en su completitud ya que este no puede dominar todo el material jurídico que es aplicable a los casos que debe resolver si entendemos, tal como lo han hecho algunos autores que el órgano jurisdiccional tiene un deber dinámico de hacerse conocedor del derecho aplicable al caso.<sup>19</sup> Así, por ejemplo lo ha señalado Ezquiaga Ganuzas: cuando sostiene «lo que expresa el aforismo es que compete al órgano jurisdiccional la investigación del derecho aplicable al litigio sin que importe cómo lo hace, es decir cómo logra alcanzar el conocimiento jurídico necesario para resolver el asunto [...]».<sup>20</sup> Lo mismo se desprende de las palabras de Calamandrei, quien ha dicho: «Los métodos que pueden guiar al juez para conocer exactamente cuáles son los textos legales que regulan la materia sobre la cual es llamado a juzgar, no difieren de aquellos que debe seguir el historiador para reconstruir la legislación que estaba en vigor en la época remota objeto de su estudio».<sup>21</sup>

El segundo de estos dogmas haría alusión a entender a la máxima en cuestión como un principio normativo.<sup>22</sup> Los autores<sup>23</sup> que han abogado

24 **CFR. BLANCO GÓMEZ, JOSÉ LUIS** (2008) «El aforismo *iura novit curia* y el proceso civil», en AA.VV, *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio* (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá) 167 pp. Disponible también en: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/aforismo-iura-novit-curia-proceso-civil-426342138>

25 **HUNTER AMPUERO** (2011) *Rol y poderes del juez civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios n°2, pp. 73-101.

26 **HUNTER AMPUERO, Iván** (2009). «El poder del juez para rechazar in limine litis la demanda por manifiesta falta de fundamento», *lus et Praxis*, año 15, n°2, pp. 134-145.

27 **AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE** (2017) *El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno*, Revista de Derecho Privado, n°32, pp. 423-441

28 **MONTERO, ET AL.** (1993) *Derecho jurisdiccional. Parte general*, pp. 465-471.

29 **PRIETO CASTRO, LEONARDO.** (1956). *El cambio del punto de vista jurídico*, Revista de Derecho Procesal, .255-263 pp.

30 **TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL** (2000). *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, pp. 24.

por esta concepción del *iura novit curia* han tendido a argumentar que para que exista una presunción debería haber un mandato legal, por tanto, al no existir este mandato han preferido comprenderlo como un principio del que puede hacer uso el juez en un estado necesidad para que sea efectivo el proceso.<sup>24</sup> De esta forma sería el órgano jurisdiccional, quien debe valerse de su conocimiento legal para introducir material jurídico al conflicto que no ha sido previamente invocado por ninguno de los litigantes.<sup>25</sup>

Con los elementos ya analizados y para los efectos de tener una mayor claridad a la hora de enfrentar la investigación jurisprudencial que tenemos por delante, diremos que el *iura novit curia* es una institución procesal que busca definir el rol de las partes dentro del proceso, invistiendo al órgano jurisdiccional de una presunción de conocimiento del derecho, de la cual también deriva un deber para el tribunal de conocer y aplicar el material jurídico relevante al caso, con tal de dar una fundamentación al conflicto sometido a su decisión.

### 3) Límites al aforismo *iura novit curia*.

De lo señalado en el apartado anterior, se podría desprender que esta presunción-deber de la que venimos hablando no tiene ningún límite y, por tanto, los poderes del juez en cuanto a la introducción del material jurídico al proceso son absolutos. Sin embargo, como veremos, esto es distante a la realidad, encontrando este aforismo límites en a lo menos tres aspectos que dicen relación entre sí, a saber: principio dispositivo, imparcialidad del juzgador y derecho a la defensa.<sup>26</sup> Respecto de este último, nos referiremos en el siguiente capítulo de manera más profunda por ser el motivo de esta investigación.

Además de lo anterior, consideramos que el reconocer los límites que se le han dado a este principio nos ayudará a entender de mejor manera los alcances del mismo, y por lo tanto, complementará la comprensión de esta máxima, lo que servirá de base para el análisis jurisprudencial que realizaremos posteriormente.

#### a) Principio dispositivo.

En primer lugar, cuando hablamos del rol de las partes del proceso hay que recordar que el principio dispositivo constituye un pilar fundamental en el proceso civil nacional.<sup>27</sup> Entendemos el principio dispositivo como aquel que: «atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso».<sup>28</sup> De esta forma, contrastando la definición del sistema dispositivo y el entendimiento que tenemos del *iura novit curia* se puede dar cuenta de un posible problema.<sup>29</sup> Así lo ha dicho Tapia Fernández quien ha señalado: «el límite a las facultades de aplicación del derecho por los Tribunales viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derecho subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Porque en esto se basa precisamente el principio dispositivo».<sup>30</sup> Por su parte, Pietro Castro ha expresado que «el juez no es libre en el manejo del derecho en tanto en cuanto su libertad

- 31 **PRIETO CASTRO** (1956). Ob. Cit, pp. 255-263.
- 32 **IBIDEM**, pp. 255-263; Romero Seguel, Alejandro (2007), *Curso de derecho procesal civil*, Tapia Fernández (2000), Ob. Cit, pp. 24.
- 33 **HUNTER AMPUERO** (2009), Ob. Cit, p. 137; Ormazabal Sánchez, Guillermo (2007). *Iura Novit Curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, pp. 89-90; Couture, Eduardo (1958) *Fundamentos del derecho procesal Civil*, p 196.
- 34 **CFR. HUNTER AMPUERO** (2009), Ob. Cit, p. 143.
- 35 De la Oliva Santos (2005), *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 69.
- 36 **IBIDEM**.
- 37 **HUNTER AMPUERO** (2009), Ob. Cit, p. 141-142.
- 38 **CFR. TAPIA FERNÁNDEZ** (1995), *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, p. 187; Gómez Orbaneja, Emilio (1946), *Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil*, Revista de Derecho Privado N°355, p. 711.
- 39 **HUNTER AMPUERO** (2009), Ob. Cit, p. 141-142; Ormazabal Sánchez (2007), Ob. Cit, pp. 96-95.
- 40 **MEROI, ANDREA**. (2007). «Iura novit curia y decisión imparcial», Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, N°2, 379 a 390 pp.
- 41 **ORMAZABAL SÁNCHEZ** (2007), Ob. Cit, 96-95 pp.

podiera atentar contra dicho principio dispositivo, concebido como una indicación de límites puestos por las partes a la actividad jurisdiccional».<sup>31</sup>

Si bien, los autores<sup>32</sup> como vimos, por largo tiempo han pensado que el principio dispositivo es un límite a la actividad jurisdiccional del juez, ya que las peticiones de las partes se verían afectadas si el tribunal decide en base a un fundamento jurídico distinto del sustentado por las partes, últimamente diversos autores han tendido a pensar lo contrario y han sostenido que el principio dispositivo no se vería vulnerado en cuanto el juez puede fallar en base a fundamentos jurídicos distintos que los que las partes han hecho valer, siempre y cuando esto no signifique un cambio en lo la calificación jurídica que han hecho las partes del asunto.<sup>33</sup> Si ello ocurriera se configuraría una causal de casación en la forma por vulnerarse el principio de congruencia entre lo pedido por las partes y lo otorgado por el órgano jurisdiccional.<sup>34</sup>

De esta forma y en el mismo sentido, Hunter, autor nacional que apoya la segunda tesis, se refiere a la distinción efectuada por el profesor De la Oliva entre fundamento y fundamentación de una acción.<sup>35</sup> La fundamentación jurídica incluiría «no solo la forma de presentar los argumentos sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y los principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como de la doctrina jurisprudencial aducida y su pretendida interpretación».<sup>36</sup> Es obvio y, tal como lo hace ver Hunter, que no se espera una correlación entre la fundamentación jurídica expuesta en la acción y aquella que figura en la sentencia, pero sí exige en virtud del principio de congruencia que haya una correlación entre el fundamento de lo pedido y lo dado por el tribunal.<sup>37</sup>

Es así como el *iura novit curia* encontraría uno de sus límites en el principio dispositivo, pero no en cuanto a que el juez no puede incluir material jurídico nuevo, sino en cuanto él no puede hacer una calificación distinta entre el fundamento de la acción y lo otorgado en la sentencia, ya que se afectaría el principio de congruencia y se estaría otorgando algo que escapa de los poderes del juez. Como ha dicho Tapia Fernández esto implicaría un cambio de demanda.<sup>38</sup>

## b) Imparcialidad del juez.

Otro límite que se le ha dado al *iura novit curia* -pero que ha tenido menos apoyo por parte de la doctrina procesal,<sup>39</sup> es aquel llamado «derecho a la imparcialidad del juzgador».<sup>40</sup> Este límite consiste en que el juez al decidir en base a normas que no fueron sustentadas para las partes, podría favorecer o no a cualquiera de las dos partes, entregándole fundamento jurídicos a una de estas para apoyar su pretensión. Es así, como lo ha explicado Ormazabal quien señala que el tribunal que falla en base a una calificación jurídica diferente a la sustentada por las partes podría perder su imparcialidad, ya que decidiría conforme a una predisposición ventajosa o desventajosa para alguna de las partes, a quien apoyaría otorgándole fundamentos jurídicos para estimarla.<sup>41</sup>

Esto ha sido rechazado por Hunter, quien señala que «El órgano jurisdiccional frente al deber constitucional de resolver los conflictos que se le pre-

42 HUNTER AMPUERO (2009), Ob. Cit, p. 141-142.

*sentan debe, como garantía de imparcialidad e independencia, aplicar estrictamente la ley. Por ende, si ha de acoger una pretensión o rechazarla será siempre a través una tesis jurídica que podrá coincidir o disentir con las sustentadas por las partes. No actúa el juez como abogado o asesor de las partes cuando cumple lo esencial de su función: resolver el conflicto conforme al Derecho, motivando sus decisiones».*<sup>42</sup>

Por lo tanto, siguiendo a Hunter, consideramos que el juez al resolver el conflicto basado en una fundamentación jurídica distinta al que señalan en su presentación las partes no vulnera su imparcialidad, sino solo falla en base a los criterios jurídicos que considera correctos, lo que solo lo hace cumplir el mandato legal que entrega tanto la Constitución, como la ley.

### c) Derecho a la defensa.

Por último, un tercer límite al principio *iura novit curia* es el derecho a la defensa. Como lo explicamos anteriormente nos haremos cargo en el próximo capítulo de manera más extensa por constituir un pilar fundamental de esta investigación y porque necesita a nuestro parecer de más páginas de análisis.

## Segundo capítulo. Derecho a la defensa y el debido contradictorio o bilateralidad de la audiencia

### 1) El debido proceso y las garantías constitucionales procesales.

#### a) Concepto del debido proceso y las garantías que lo componen

Para explicar en qué consiste el debido proceso, en primer lugar, habría que definir proceso en general. De esta forma, seguiremos la definición que ha dado Couture sobre el proceso judicial, quien lo señala como «una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión».<sup>43</sup>

Ahora que ya sabemos la definición del proceso, podemos explicar lo que entendemos por debido proceso, tema del cual se trata este capítulo. Para esto nos quedaremos con el entendimiento que tienen de este, los profesores Vargas y Fuentes, quienes señalan que: «no es posible ofrecer una definición única y estática del debido proceso. Por el contrario, debe entenderse como un conjunto de requisitos o de condiciones mínimas que deben darse para que un proceso se desarrolle en un entorno de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, la determinación de los elementos que componen el debido proceso varía según la perspectiva de análisis que se adopte y, por tanto, es posible constatar que en la doctrina nacional no

43 CFR. COUTURE (1993) Fundamento del Derecho Procesal Civil. 3ra Ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993. pp. 121-161.

44 VARGAS PAVEZ, MACARENA Y FUENTES MAUREIRA, Claudio (2018), Ob. Cit, 141-187 pp.

45 IBIDEM, 141-187 pp.

46 CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (1988), Tratado de la Constitución de 1980. p. 66-68.

47 VARGAS PAVEZ, MACARENA Y FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO (2018), Ob. Cit, 141-187 pp.

48 CEA EGAÑA (1988), Ob Cit, p. 66-68; Navarro Beltrán, Enrique (2013), *El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Litigación*, pp. 121-145; García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2013) «El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno», pp. 229-280.

49 HUNTER AMPUERO (2009), Ob. Cit, p. 141-142; Bonet Navarro, Ángel. 2002. «Comentario a la sentencia de 24 de septiembre de 2001», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N°58, p.309.

existe unanimidad acerca de las garantías o subderechos que integran el debido proceso». <sup>44</sup>

Tal como señalan los autores antes citados, no hay un acuerdo unánime en la doctrina sobre las garantías que se encuentran comprendidas en el debido proceso. Siguiendo la clasificación hecha por los profesores Vargas y Fuentes, ellos señalan que este se compone de diversas garantías, que son derecho a la defensa, derecho a ser juzgado en un plazo razonable, derecho a la igualdad de armas, derecho a un tribunal independiente, derecho a un tribunal imparcial, derecho a un juez natural y derecho a una audiencia oral pública y contradictoria. <sup>45</sup>

De manera similar, el profesor José Luis Cea Egaña, refiriéndose al debido proceso, ha señalado: «*en ese proceso se deben contemplar, entre otras garantías, la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, la exclusión de la presunción de derecho en la responsabilidad penal, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legalmente previstos y la fundamentación de aquellos en el régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural*». <sup>46</sup>

Además de lo anterior, es importante recalcar que no todas estas garantías encuentran reconocimiento explícito en la Constitución de nuestro país, pero se entiende que estas forman parte del ordenamiento jurídico nacional, ya sea porque son garantías reconocidas por Pactos Internacionales que ha ratificado Chile como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) o la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) o, porque estas se encuentran comprendidas dentro de lo que reconoce en la Constitución Política de la República (en adelante CPR) en su artículo 19 N° 3.

Para los fines de esta investigación es importante la distinción que hacen los autores Fuentes y Vargas, <sup>47</sup> respecto de las dimensiones del derecho a la defensa, entre las cuales sitúan el derecho a la intervención en el proceso, que habitualmente otros autores han reconocido como derecho a la contradicción o a la bilateralidad de la audiencia. <sup>48</sup>

## b) Consagración en el plano internacional.

Como dijimos en el capítulo anterior, la doctrina ha reconocido ciertos límites a la aplicación del aforismo *iura novit curia* por parte del órgano jurisdiccional, encontrando este su mayor límite en el derecho a la defensa de las partes. <sup>49</sup> Es por esto, que en este capítulo ahondaremos en el significado y alcance que se le ha otorgado tanto en el derecho nacional como internacional a este derecho, para así tener un marco teórico suficiente a la hora de analizar en el desarrollo de este trabajo la jurisprudencia nacional. En primer lugar, lo primero que debe tenerse en cuenta al estudiar el debido proceso son los derechos humanos. Esto indica que toda persona es titular

- 50 **ALDUNATE, EDUARDO** (2008) *Derechos fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing. 147 pp.
- 51 **VARGAS PAVEZ, MACARENA Y FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO** (2018), Ob. Cit, pp. 143.
- 52 **IBIDEM.**
- 53 «Artículo 14 N°1 PIDCP: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
- 54 «Artículo 8 N°1 CADH: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».
- 55 **FUENTES, CLAUDIO Y RIEGO, CRISTIAN** (2017), *El debate sobre los recursos en materia civil y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* «pp. 300-310, en Palomo, Diego (Director), *Recursos procesales. Problemas actuales* (DER Ediciones, 2017).
- 56 **DUCE, MAURICIO, ET. AL** (2008) *reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*, pp13-94.
- 57 **VARGAS PAVEZ, MACARENA Y FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO** (2018), Ob. Cit, pp. 149.
- 58 **IBIDEM.**
- 59 **GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO** (2013), Ob. Cit, pp. 229-280.
- 60 **IBIDEM.**

de un conjunto de atributos o derechos por el solo hecho de ser humano<sup>50</sup>. Esto significa que toda persona tiene el derecho a exigir que se le aseguren un conjunto de garantías mínimas.<sup>51</sup> Lo anterior se fundamenta en una idea central de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, razón por la cual no pueden ser sometidos cualquier forma de trato procesal por parte del Estado.<sup>52</sup>

En Chile estos derechos tendrían plena aplicación, puesto que nuestro país ha suscrito los dos tratados internacionales más importantes en materia de derechos humanos que establecen para el Estado la obligación de respetar dichas condiciones mínimas en materia procesal. Ellos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ambos reglamentan la noción de debido proceso de manera muy parecida, en los artículos 14<sup>53</sup> y, 8 respectivamente.<sup>54</sup> Los tratados antes descritos son aplicables en Chile por la regla del artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución.

Tal como lo señalan los autores Cristian Riego y Claudio Fuentes, es importante tener presente que las garantías del debido proceso no solo se operan en materia penal, sino que en cualquier procedimiento en que se determinen derecho y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>55</sup> Así mismo, también lo señalan los autores Duce, Marín y Riego, quienes explican: «*un proceso debe ser debido o justo independientemente de si lo que se discute ha sido definido como penal, laboral, familiar o comercial*».<sup>56</sup> Sin embargo, y para los intereses de este trabajo, estas se aplican al procedimiento civil no de la misma forma en que aplican en el procedimiento penal, esto es así, básicamente por las consecuencias que pueden conllevar cada uno de estos procedimientos.<sup>57</sup> Con esto último nos referimos a que el Estado no tiene las mismas exigencias en cuanto a las garantías que debe asegurar en materia penal que las que tendría en materia civil o laboral por ejemplo, ya que, serán mayores las exigencias en cuanto la gravedad de la sanción sea mayor.<sup>58</sup> Explicitar la aplicación del debido proceso en materia civil es importante para los fines de este trabajo, toda vez que, nuestra investigación sobre el uso del aforismo *iura novit curia* por parte de los tribunales de justicia será en esta sede y lo analizaremos en virtud del derecho a la defensa de las partes, por lo que de no aplicarse los estándares del debido proceso al procedimiento civil nuestro trabajo carecería de sentido.

### c) Consagración en el plano nacional.

En Chile el debido proceso no está explícitamente regulado ni en nuestra Constitución ni en nuestro ordenamiento jurídico, es por esto, que se ha dotado de contenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.<sup>59</sup> Aun así, hay autores que afirman que la CPR reconoce implícitamente el debido proceso y las garantías que se han entendido que lo componen.<sup>60</sup>

En el capítulo tercero de la CPR se tratan los derechos y deberes constitucionales, aunque se ha entendido que más que deberes lo que hace este



61 Constitución Política de la República de Chile, 1980.

62 IBIDEM.

63 GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO (2013), Ob. Cit, pp. 229-280.

64 IBIDEM.

65 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1718 (2009)

66 ALVARADO VELLOZO (1989), *Introducción al estudio del derecho procesal*, p. 261.

capítulo es entregar un listado de derechos fundamentales que tienen las personas por el hecho de ser humanos.<sup>61</sup> Entre estos derechos, podemos ver que en el artículo 19 N° 3 se encuentra reconocido el debido proceso como un derecho fundamental, toda vez, que este artículo señala en su inciso sexto señala: «*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*».<sup>62</sup>

Lo anterior es reafirmado por un argumento de orden histórico, ya que la misma Comisión de Estudios de la Nueva Constitución prefirió dejar estas garantías procesales expresadas de forma genérica y sin un reconocimiento explícito de cada una de ellas.<sup>63</sup> Así lo han señalado los profesores Contreras y Pino, quienes luego de explicar lo realizado por el constituyente, citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que refirma sus dichos, en el siguiente sentido: «*se estimó conveniente otorgar un mandato amplio al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador*».<sup>64</sup>

De esta forma no podemos más que asegurar que es del todo aplicable en el plano nacional el debido proceso y cada una de las garantías que lo componen, entre las cuales resaltamos para los fines de esta investigación, aquella que se refiere al debido contradictorio o bilateralidad de la audiencia, la cual pasaremos explicar a continuación.

#### d) Debido contradictorio

Continuando el análisis realizado en este capítulo, entendemos que el debido contradictorio llamado también bilateralidad de la audiencia es una de aquellas garantías que forman parte del debido proceso que no tiene consagración explícita en la Constitución Política de la República. Pero aun así es un principio que debiese tener plena vigencia en el ordenamiento jurídico nacional, pues como se vio anteriormente, es el Constituyente quien prefirió delegar la tarea de llenar de contenido al debido proceso al legislador, quien a al ratificar una serie de tratados internacionales ha reconocido en el plano nacional, entre otras garantías, la del debido contradictorio. Esto se ve complementado con el trabajo realizado por el Tribunal Constitucional que ha participado activamente en el desarrollo de estas garantías<sup>65</sup>.

Para entender en términos generales este principio, lo primero que habría que decir es que este se encuentra en la base de la idea del proceso, entendiendo este como un modo pacífico y dialéctico de debate entre dos partes contrapuestas ante un tercero imparcial, que corresponde al juez.<sup>66</sup>

67 **COLOMBO CABELL, JUAN** (2006) *El debido proceso constitucional*, p 92. Serie de Cuadernos del Tribunal Constitucional; N° 32, 2006; García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2014) *Diccionario Constitucional Chileno*, pp.

68 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1200-08.

69 **CFR. MEROI, ANDREA.** (2007), Op. Cit, pp.386-388.

70 **IBIDEM.**

71 **IBIDEM.**

72 **IBIDEM.**

73 **CFR. EZQUIAGA** (2008), Op. Cit, p. 30; Hunter Ampuero (2009), Ob. Cit, p. 144.

74 **CFR. EZQUIAGA** (2008), Op. Cit, p. 1830 pp.

75 **HUNTER AMPUERO** (2009), Ob. Cit, p. 144.

Así lo ha entendido Colombo, quien ha dicho que la bilateralidad de la audiencia se traduce en que las partes deben tener conocimiento del proceso y como efecto de lo anterior, pleno derecho a la defensa.<sup>67</sup> En el mismo sentido lo ha señalado el Tribunal Constitucional, quien ha definido al contradictorio como: «entre las bases del debido proceso, se incluye en principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir la prueba».<sup>68</sup>

No obstante, lo anterior, se debe tener en cuenta que este principio ha variado con el tiempo. De esta forma, siguiendo la investigación realizada por la profesora Andrea A. Meroi, podemos decir que este principio nació de la evolución y conceptualización del brocardo «*audiatur et altera pars*», que en su traducción literal significa «sea oída también la otra parte». Más allá de su definición etimológica, este principio se ha dotado de significado a medida que ha pasado el tiempo, coincidiendo este con el contexto cultural de la época respectiva.<sup>69</sup>

De esta forma Meroi señala que este principio, en primer lugar, ha resurgido en el interés de los diversos juristas entendiéndolo como parte fundamental para la búsqueda de la verdad en el juicio.<sup>70</sup> En segundo lugar explica que la jurisprudencia jugó un rol fundamental al elevar el contradictorio a una garantía constitucional que forma parte del debido proceso, que al igual que la igualdad de armas serían una condición de legitimidad constitucional de la norma procesal.<sup>71</sup> Finalmente, señala que se ha entendido a este principio un instrumento operativo del que cuenta el juez y un momento fundamental del juicio, es así, como el contradictorio es el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por las partes.<sup>72</sup>

No obstante, luego de haber revisado tanto el concepto del debido contradictorio o bilateralidad de la audiencia y su posterior evolución, creemos necesario para los fines de esta investigación entregar ciertas definiciones de algunos autores que han tratado el tema a propósito de la utilización de los tribunales de justicia del *iura novit curia*.<sup>73</sup> Este es el caso del profesor español Ezquiaga, quien entiende que en el proceso siempre deben existir dos partes en conflicto, en que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta y admitir la intervención de la contraria o al menos, darle la posibilidad de participar en el proceso.<sup>74</sup> Es así, como es un deber para el tribunal oír a las partes y otorgarles la oportunidad de pronunciarse tanto sobre los hechos como el derecho del cual trata el litigio.

En el mismo sentido, Hunter define contradicción como un deber que tiene el juez de producir un diálogo entre las partes de la relación procesal, es así, como este autor sostiene que: «por contradicción debe entenderse aquel conjunto de reglas que, desde la constitución de la relación procesal hasta la decisión del juicio, disciplinan el diálogo abierto entre los sujetos de la litis, en vista de un objetivo común: la elaboración del contenido de la sentencia final. En otras palabras, el juez debe provocar de oficio el debate preventivo entre las partes sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que sean determinantes para la resolución de la controversia».<sup>75</sup>

Por lo tanto, después de haber revisado el significado del contradictorio y su evolución, explicaremos como este debe aplicarse como límite al uso de

la máxima latina, para de esta forma resguardar el derecho a la defensa de las partes.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de cómo se podría ver vulnerado el contradictorio por el aforismo latino sobre el cual estamos trabajando, puesto que no corresponde hacerlo en este capítulo sino en uno posterior, diremos en términos simples, que si el juez eventualmente -al fundar los argumentos de índole jurídica que afirman su decisión- falla el conflicto en base a material jurídico que las partes no han podido controvertir ni pronunciarse sobre ellas se podría provocar una vulneración al derecho a la defensa de las partes, toda vez, que estas no tuvieron la posibilidad de contradecir aquellas normas sobre las cuales el órgano jurisdiccional está apoyándose para fundamentar su sentencia.<sup>76</sup> De esta forma se podría dar un caso de lo que se conoce como «sentencias sorpresivas o decisiones sorpresivas», que veremos de manera más lata en el capítulo posterior.<sup>77</sup>

Con esta información ahora nos encontramos con una claridad suficiente sobre el tema para analizar algunas sentencias de la Corte Suprema de nuestro país con tal de verificar si al momento de introducir material jurídico a la causa -basado en el principio objeto de estudio el órgano jurisdiccional pudo haber vulnerado el derecho a la defensa de las partes, en especial el derecho del contradictorio o bilateralidad de la audiencia.

### Tercer capítulo. Aplicación del aforismo *iura novit curia* por la jurisprudencia nacional.

Teniendo en cuenta lo revisado en los capítulos anteriores, tanto en lo que dice relación con el principio del *iura novit curia* como con el debido proceso, es que ahora contamos con un marco conceptual suficiente para entender y analizar la aplicación que le han dado los tribunales de justicia a este principio. Esto lo haremos analizando un conjunto de fallos de la Corte Suprema de nuestro país desde el año 2010 en adelante, los cuales se examinarán a la luz de la comprensión que tenemos del debido proceso, especialmente en su dimensión de la bilateralidad de la audiencia.

Hace unos años el profesor Iván Hunter realizó un trabajo similar a este, en el cual analizó la jurisprudencia del máximo tribunal de nuestro país y concluyó que la Corte Suprema, hasta antes del 2010, entendía que la *ultra petita* (art. 768 N°4 del CPC)<sup>78</sup> se configuraba solo en aquellos casos en que el juez se pronunciaba de oficio sobre la procedencia de pretensiones no deducidas por las partes, con lo que alteraba el objeto de la causa o la causa de pedir.<sup>79</sup>

Sin embargo, por lo general -salvo ciertos fallos excepcionales- el máximo tribunal no hacía extensible la causal del número cuatro del art. 768 del CPC a aquellas situaciones donde el juez fallaba fuera de los términos en que se situó el debate<sup>80</sup>. Al no aceptar que situaciones como la anterior configuren la causal de casación en la forma por *ultra petita*, se estarían avalando por parte de los tribunales sentencias incongruentes, que vulneran el derecho a la defensa de las partes, esto porque son los litigantes quien frente a un nuevo material jurídico invocado por el juez no tienen la posibilidad de debatirlos y dar su punto de vista al respecto, lo que significa

76 PÉREZ RAGONE, Álvaro (2020) *La prohibición de decisiones-sorpresas: reinterpretación del iura novit curia desde el debido contradictorio*, en: Revista *Ius et Praxis*, Año 26, N°2, 2020, pp. 296-319.

77 IBIDEM.

78 Código de Procedimiento Civil, de 1902.

79 CFR. HUNTER AMPUERO, IVÁN (2010) *Ob. Cit.*, p 199.

80 IBIDEM.

- 81 PÉREZ RAGONE (2020), Op. Cit, pp 296-319.
- 82 PÉREZ RAGONE (2020), Op. Cit, pp 296-319. Zufelato, Camilo (2017), La dimensión de la prohibición de la decisión-sorpresa a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al Peruano». Universidad de Sao Paulo, Revista de la Facultad de derecho PUCP, pp. 21-42; HUNTER AMPUERO, Iván (2013), «*iura novit curia*» y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XL, p. 636.
- 83 PÉREZ RAGONE (2020), Op. Cit, pp 296-319.
- 84 PÉREZ RAGONE, Álvaro (2020) Op. Cit, pp 296-319; Zufelato, Camilo (2017), Op. Cit, 21-42 pp; HUNTER AMPUERO, Iván (2013), Op. Cit, p 636.
- 85 CFR. HUNTER AMPUERO, IVÁN (2010), Op. Cit, pp 199.

- 86 Disponible en: [http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos\\_suprema/jurisprudencia.php#](http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos_suprema/jurisprudencia.php#)

para estas una contravención a su derecho a la contradicción.<sup>81</sup> Lo anterior ha sido conocido como «sentencias sorpresivas» o «decisiones sorpresa»,<sup>82</sup> las que en consecuencia deberían estar prohibidas entendiéndose que están conllevan una contravención al principio de la bilateralidad de la audiencia o debido contradictorio.<sup>83</sup>

Es a raíz de lo mencionado en el párrafo anterior que en las próximas líneas revisaremos un conjunto de sentencias de la Corte Suprema, para así ver cómo ha afrontado este tribunal aquellos casos que la doctrina conoce como «decisiones sorpresas» o «sentencias sorpresivas»<sup>84</sup>. Si bien, este tópico ya que ha sido abordado por Hunter en un trabajo escrito hace una década,<sup>85</sup> queremos en esta investigación ver si se mantiene la línea jurisprudencial anterior o si por el contrario podemos encontrar nuevas tendencias de la Corte Suprema. Además, intentaremos hacer un análisis con un mayor énfasis en el debido proceso y en la bilateralidad de la audiencia o contradictorio. De esta forma, como el trabajo ya mencionado del profesor Hunter recoge sentencias de los tribunales superiores de justicia desde principios del siglo pasado hasta el año 2010, nosotros analizaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del año 2010 hasta la fecha.

## 1) Análisis de jurisprudencia.

### a) Metodología empleada

La metodología que se siguió para realizar el análisis descrito en el apartado anterior empezó con una recopilación de sentencias de la Corte Suprema. La forma en la que se recopilaron estas sentencias fue con un motor de búsqueda de la propia Corte, llamada Base Institucional de Jurisprudencia del Poder Judicial,<sup>86</sup> sitio web que solo permite buscar por un tema en específico y que únicamente entrega sentencias del máximo tribunal de nuestro país.

De esta forma, en el sitio web se ingresó en la sección de búsquedas básicas el concepto «*iura novit curia*», sin agregar ningún tipo de margen temporal, ante lo cual el buscador arrojó un total de 109 fallos. De ellos solo nos servían desde el número 1-101 por ser posteriores al 2010, fecha que señalamos como límite en nuestra búsqueda. De estas sentencias, solo nos eran útiles aquellas en que se acogió la casación en la forma por ultra petita, porque el juez de primera instancia haciendo uso del aforismo, falló incongruentemente o vulnerando el derecho a la defensa de las partes según el máximo tribunal de nuestro país. Hacemos uso solamente de aquellas en que se acogió la causal del artículo 768 N°4, ya que al ser nuestra pregunta de investigación la siguiente: ¿Cuáles son los criterios que utiliza la Corte Suprema para afrontar el problema de las «sentencias sorpresivas» o «decisiones sorpresa» dictadas por tribunales inferiores haciendo uso del aforismo *iura novit curia*?, únicamente nos sirven aquellos casos en que el máximo tribunal rechaza lo dicho por el tribunal a quo entendiéndose que este se extralimitó de sus facultades, en el uso de la máxima *iura novit curia*.

Es así, como de estas 101 sentencias terminamos con un número de 10 fallos, que fueron aquellas que analizamos. Lo anterior, porque la mayoría de los 101 fallos revisados correspondían a causas en donde en algún momento se acuñó el aforismo, pero no nos eran útiles para este trabajo básicamente porque la Corte Suprema en general tiende a reconocer amplias facultades a los tribunales de justicia en cuanto a la aplicación del material jurídico que corresponde al caso, aún cuando las partes no lo hayan incluido por si mismas en el proceso, por lo que gran parte de estas sentencias rechazan la casación en la forma por considerar la Corte Suprema que el tribunal se encuentra dentro de su campo de acción.

El bajo número de sentencias encontradas, se condice con la idea que teníamos desde antes de realizar esta investigación, ya que como dijimos previamente, Hunter realizó un trabajo similar en el cual reconoció que solamente en casos excepcionales se aceptaba que la causal del número 4 del artículo ya citado, se extendía a casos de incongruencia del tribunal.<sup>87</sup>

A continuación, se incluye una tabla con los 10 fallos:

Fecha	Rol	Carátula	Materia
24/04/2020	26626-2018	Comercializadora Frutícola y Repuestos, Contratista en Obras Menores, Mecánica y Transporte Domingo Sebastián Arto E.I.R.L. con Salinas y Fabres S.A	Resolución de Contrato
10/03/2020	12615-2018	Castillo Contreras, Mirza Haydee con Escobar Echeverría, Ana Cinthya	Restitución de inmueble
01/08/2019	20587-2018	Scotiabank Chile con Hernández Fredes, Carlos Antonio	Juicio ejecutivo sobre cobro de pagaré
05/03/2019	43559-2017	Godoy Rojas, Pedro Miguel con Fisco de Chile	Prescripción extintiva de cobro de impuesto
16/03/2015	27796-2014	Gallegos con Comercial Edumar Limitad	Juicio ejecutivo sobre cobro de facturas
10/09/2014	1051-2014	Parra Ojeda, Pablo Marcial con Navarro Figueroa Francisco Jesús	Juicio ejecutivo de obligación de dar

87 CFR. HUNTER AMPUERO, IVÁN (2010), Op. Cit, pp 217-219.

26/09/2011	197-2010	Exportadora Santa Cruz S.A. con Sociedad Agrícola La Puntilla	Juicio ejecutivo sobre cobro de pagaré
12/07/2010	7574-2008	Gonzalez Cortes Patricio Nicolas con Gonzalez Jara Belisario	Acción de precario
10/05/2010	7371-2008	Haroldo Muñoz Inostroza con Guillermo Galdames Pérez	Incumplimiento contractual
06/04/2020	264747-2018	Sociedad Pablo Massoud y Cía. Ltda. con Ortiz Valenzuela y otros	Acción de desposeimiento

## b) Hallazgos.

Es en este contexto que de nuestro análisis pudimos rescatar dos líneas de argumentación de la Corte Suprema para acoger las pretensiones de los recurrentes al invocar la regla del artículo 768 N°4 del CPC. En primer lugar, aquella ya resaltada por Hunter como una tesis excepcional del máximo tribunal de nuestro país, en el cual aceptaba la incongruencia del juzgador como causal de *ultra petita*<sup>88</sup> y, en segundo lugar, una nueva tendencia jurisprudencial muy excepcional que tiende a reconocer el conflicto que se produce entre la aplicación en ciertos casos del *iura novit curia* y el debido proceso, tesis que para nuestra investigación es de importancia fundamental, como podrá suponer el lector. Ambas líneas de fundamentación, las revisaremos con mayor profundidad a continuación.

### Tesis de incongruencia del tribunal.

Esta línea argumentativa, que ha sostenido la Corte Suprema en casos excepcionales, entiende que la causal de casación en la forma por *ultra petita* del artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil se configuraría en aquellos casos en que el juez, al hacer uso del principio *iura novit curia*, se extralimita de las facultades que este último confiere resolviendo fuera de los términos en que se situó el debate.<sup>89</sup>

Así, lo han señalado nueve sentencias de la Corte Suprema a lo largo de los últimos 10 años.<sup>90</sup>

A modo de ejemplo una sentencia de la Corte Suprema del 24 de abril de 2020 señala: *«los tribunales de justicia deben ceñirse al principio de pasividad que rige su actuar y también, como ya se anunció, al de congruencia, determinado por los asuntos sometidos a su decisión, sin poder soslayarse, con todo, que el principio iura novit curia del sistema dispositivo y de aportación de partes viene a significar tan sólo la posibilidad que tiene el juez*

**88** CFR. HUNTER AMPUERO, IVÁN (2010), Op. Cit, pp 217-219.

**89** HUNTER AMPUERO, IVÁN (2010), Op. Cit, pp 217-219.

**90** CORTE SUPREMA, Castillo Contreras, Mirza Haydee con Escobar Echeverría, Ana Cinthya (2020); Corte Suprema, Comercializadora Frutícola y Repuestos, Contratista en Obras Menores, Mecánica y Transporte Domingo Sebastián Arto E.I.R.L. con Salinas y Fabres S.A. (2020); Corte Suprema, Scotiabank Chile con Hernández Fredes, Carlos Antonio (2019); Corte Suprema, Godoy Rojas, Pedro Miguel con Fisco de Chile (2019). Corte Suprema, Gallegos con Comercial Edumar Limitada (2015); Corte Suprema, Parra Ojeda, Pablo Marcial con Navarro Figueroa Francisco Jesús (2014); Corte Suprema, Exportadora Santa Cruz S.A. con Sociedad Agrícola La Puntilla (2011); Corte Suprema, González Cortes Patricio Nicolás con González Jara Belisario (2010); Corte Suprema, Haroldo Muñoz Inostroza con Guillermo Galdames Pérez (2010).

*de desvincularse de la fundamentación jurídica sustentatoria de las pretensiones de cada litigante para la resolución de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, sin apartarse de la causa de pedir. Dicho principio permite, sin incurrir en incongruencia, dar a los hechos planteados exclusivamente por las partes y que derivan de las probanzas rendidas, la calificación jurídica que corresponda».<sup>91</sup>*

Por lo general, la Corte Suprema al resolver casos en los que se da este conflicto, ocupa razonamientos prácticamente iguales, de esta manera se ha argumentado la evidente discordancia entre lo discutido y los fundamentos manifestados en el fallo. Por ejemplo, en el caso de la sentencia antes citada en lo relativo al pago del daño moral, ya que esto se apartaba de las alegaciones expuestas por las partes en los escritos fundamentales, los cuales definen la sustancia y contornos de la controversia.<sup>92</sup>

En conclusión, la Corte Suprema indica «*Que, así, constatándose que los juzgadores se han extralimitado en el ejercicio de las atribuciones que les son propias -aquéllas que les otorgaron los litigantes en sus escritos fundamentales- extendiéndose, en consecuencia, a puntos no sometidos a su decisión, han incurrido en un error que evidentemente ha tenido influencia sustancial en lo resolutivo del fallo impugnado, inadvertencia que debe corregirse privando de valor a la sentencia cuestionada».*<sup>93</sup>

De esta forma, y luego de haber revisado el razonamiento que usa la Corte Suprema cuando sostiene la línea argumentativa que hemos llamado incongruencia del tribunal, para resolver los casos de extralimitación en el uso del principio *iura novit curia*, podemos ver que este tribunal entiende como límite a la aplicación de esta máxima el principio de congruencia. Reconociendo así, que los contornos en los cuales se sitúa el debate y, por lo tanto, los límites de actuación del juez son definidos en las primeras etapas del proceso, con los escritos fundamentales que conocemos como demanda, contestación, réplica y dúplica. Es así como si en aquellos casos en que el juez fundamenta su decisión en cuestiones jurídicas que no fueron parte de la controversia definida en esas etapas, no habría más que alegar la incongruencia del tribunal. Lo anterior, siempre y cuando la extralimitación del tribunal conlleve también un alejamiento sustancial de la causa de pedir.

Como lo señalamos anteriormente, esta es una tesis que si bien la Corte la ha sustentado, no deja de ser excepcional, ya que en la mayoría de los casos en que los diversos tribunales utilizan la máxima, se tiende a reconocer un amplio margen de acción para el juez en torno al material jurídico que aplicar. Es así, como solo en ciertos casos de una significativa extralimitación de sus facultades, como son aquellos citados en los párrafos anteriores, la Corte Suprema reconocería este límite al accionar del juez que se encuentra en el principio dispositivo y con mayor exactitud en la congruencia que debe seguir el tribunal al fundamentar su fallo. Por esto, si se dan sentencias que tienen un contenido sorpresivo para las partes, porque el juez las ha fundado en aspectos que no fueron parte de la discusión durante el proceso, uno de los caminos que la Corte Suprema ha seguido para enmendar este problema que afecta tanto el principio dispositivo como el derecho a la defensa, es el declarar la casación en la forma por ultra petita basado en que el tribunal ha sido incongruente.

**91 CORTE SUPREMA**, Comercializadora Frutícola y Repuestos, Contratista en Obras Menores, Mecánica y Transporte Domingo Sebastián Arto E.I.R.L. con Salinas y Fabres S.A. (2020).

**92 CORTE SUPREMA**, Comercializadora Frutícola y Repuestos, Contratista en Obras Menores, Mecánica y Transporte Domingo Sebastián Arto E.I.R.L. con Salinas y Fabres S.A. (2020)

**93 IBIDEM.**

## Tesis del derecho a la defensa de las partes.

En primer lugar, cabe decir que esta es una tesis no vista anteriormente en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Podemos sustentar la afirmación anterior, por dos razones: la primera de estas dice relación con que, en toda nuestra búsqueda, en la cual se revisaron más de 100 fallos de la Corte Suprema que hacían referencia al principio *iura novit curia*, solamente uno de estos acogió la causal N° 4 del artículo 768 del CPC<sup>94</sup> fundándose en este motivo. La segunda razón por la cual podemos afirmar la excepcionalidad de esta línea argumentativa de la Corte Suprema, dice relación con un trabajo que ya hemos citado en diversas ocasiones del profesor Hunter, quien después de revisar la jurisprudencia de la mismo tribunal de 2010 para atrás, señala: «*Ahora bien, la jurisprudencia nacional al momento de reconocerse un poder para llenar de contenido jurídico a una pretensión no se ha planteado si ese poder puede vulnerar el derecho de defensa del litigante sorprendido con el punto de vista jurídico no debatido. En cierta forma la jurisprudencia ha ignorado completamente este problema en su real magnitud y ha entendido que sobre aquello que le pertenece queda sustraído de la contradicción de las partes. Nuestros jueces siguen sintiéndose autorizados para aplicar el Derecho a la situación concreta sin necesidad de someter a discusión su propuesta jurídica. De ahí que sea común encontrar soluciones que jamás han sido sometidas al escrutinio de las partes y que se verifican únicamente en la sentencia definitiva*».<sup>95</sup>

De esta forma, podemos observar que esta es una tesis que no ha sido sostenida anteriormente por la Corte Suprema, lo que supone un cambio jurisprudencial relevante si tenemos en cuenta que lo que está en juego es el derecho a la defensa de las partes, lo que corresponde a un derecho fundamental indirectamente reconocido a través del debido proceso, que recoge el artículo 19 N° 3 de nuestra carta fundamental.<sup>96</sup>

En este contexto y dada su relevancia, es que revisaremos la única sentencia de la Corte Suprema de fecha seis de abril de 2020, que como dijimos en el párrafo anterior reconoce el derecho a la defensa de las partes y, en particular, aunque no lo diga de esta manera el derecho a la contradicción o a la bilateralidad de la audiencia, como un límite a las facultades del tribunal a la hora de aplicar el derecho.<sup>97</sup>

En esta causa, el demandante interpuso una acción de desposeimiento, ante lo cual la defensa de la parte contraria se basó en dos cuestiones, la inexistencia y/o la nulidad de las obligaciones en las cuales se sustenta la demanda y la prescripción de la acción, puesto que a su parecer habría transcurrido un plazo de 5 años desde que la obligación se hizo exigible, según lo establece el artículo 2515 del Código Civil.<sup>98</sup> Sin embargo, por mucho que las partes a lo largo de todo el proceso situaron la discusión en el ámbito civil, el juez de primera instancia en su fallo habría rechazado la pretensión desplazando la contienda al ámbito comercial, explicando que en este caso las obligaciones contraídas corresponderían a un acto de comercio, actos que se encuentran regulados en el artículo 3 del Código de Comercio<sup>99</sup> y, por lo tanto, corresponde aplicar la prescripción de 4 años que se señala para estos en el mismo cuerpo normativo.

94 Código de Procedimiento Civil, de 1902.

95 HUNTER AMPUERO, IVÁN (2010) Op. Cit, pp 216.

96 Constitución Política de la República, 1980.

97 CORTE SUPREMA, SOCIEDAD PABLO MASSOUD Y CÍA. LTDA. CON ORTIZ VALENZUELA Y OTROS (2020).

98 Código Civil, 1855.

99 Código de Comercio, 1865.



A primera vista, con la información con la que ya contamos, podemos constatar que este es un claro caso de decisiones sorpresa o sentencia sorpresiva, toda vez, que el tribunal rechaza la pretensión del demandante en base a una calificación jurídica totalmente distinta de la que le dieron las partes durante el debate que se dio a lo largo del proceso. Ello deja a las partes en una situación en la que se vulnera su derecho a la defensa, en su dimensión de bilateralidad de la audiencia toda vez que si contrastamos lo acontecido en esta causa, con lo que dijimos que entendemos por contradicción en los capítulos anteriores, nos podemos dar cuenta que aquí claramente no se respetó este derecho, toda vez que el tribunal decidió en base a una tercera tesis propuesta por el, sin antes dar aviso a la partes, por lo que estas no tuvieron la posibilidad de hacerse oír y de entregar sus puntos de vista al respecto.

En el mismo sentido, que lo indicado en el párrafo anterior se pronuncia la Corte Suprema en este caso, la cual señala: «*Que, en ese marco, y sin discutir si la decisión sustantiva adoptada en la sentencia que se recurre, en cuanto al derecho a aplicar, es acertada o no, por los antecedentes consignados se aprecia que la opción de considerar procedente la prescripción propia de los actos de comercio, en vez de la prevista en el Código Civil, alegada por los demandados, no fue objeto de debate, por lo que la demandante, a quien afecta esa decisión, en la medida que acorta los plazos en forma determinante para el resultado de la controversia, no tuvo oportunidad de ser oída ni de ejercer su derecho a defensa, para ofrecer argumentos que contravirtieran la mentada alternativa jurídica. En consecuencia, en opinión de esta Corte, la máxima «iura novit curia» no puede amparar tal decisión, en la medida que implica vulnerar el derecho de defensa de la demandante, constituyéndose en un límite al poder de la judicatura en la determinación del derecho aplicable».*<sup>100</sup> Es por lo anterior que el tribunal acoge el recurso de casación en la forma alegada por el recurrente, por cuanto la decisión del tribunal de primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones se habría extendido a puntos de derecho que no fueron objeto de la controversia y sobre el cual no se oyó a las partes, lo que hace que se configure la causal de ultra petita prescrita en el artículo 768 N°4 del CPC.

Asimismo, es del todo importante la reflexión que hace la Corte Suprema para llegar a la conclusión antes citada, toda vez que apoyándose en el mismo autor que nosotros hemos citado en innumerables ocasiones en este trabajo,<sup>101</sup> es la misma Corte Suprema quien define con toda claridad el conflicto entre los poderes del juez en la aplicación del material jurídico y el límite que este tiene en el derecho a la defensa. Ello lo hace de la siguiente forma: «*tampoco el poder de la judicatura para aplicar el derecho es absoluto, porque está sujeto a una serie de limitaciones, la más relevante para el caso que nos ocupa, es aquella que proviene del derecho de defensa de las partes. Este derecho debe ser entendido no sólo como la posibilidad de contradecir lo planteado por la otra parte, sino también como la de influir en la decisión que el tribunal adopte. Y en tal sentido, no es posible pretender que el juez asuma una determinada posición «innovadora» frente a los hechos, sin que le haya dado a los litigantes la posibilidad de discutir esa nueva calificación, como tampoco sería aceptable que con una nueva calificación jurídica modifique lo pretendido en una demanda, si con ello altera la causa y*

**100** CORTE SUPREMA, SOCIEDAD PABLO MASSOUD Y CÍA. LTDA. CON ORTIZ VALENZUELA Y OTROS (2020).

**101** IVÁN HUNTER AMPUERO.

**102 CORTE SUPREMA, SOCIEDAD PABLO MASSOUD Y CÍA. LTDA. CON ORTIZ VALENZUELA Y OTROS** (2020).

*objeto pedido. Si bien esto último parece estar más asentado en la jurisprudencia, probablemente porque afecta o se relaciona con el principio dispositivo, lo primero no es una cuestión que suela estar presente en ella y, dada su importancia, parece ser hora de que comience a contemplarse».*<sup>102</sup>

Además de lo anterior, y tal como se lee en el considerado recién citado, la Corte Suprema con este mismo fallo parece dar pie a que se origine una nueva tendencia jurisprudencial, que reconoce como límite lo que venimos afirmando en este trabajo, esto es, que se reconozca el derecho a la defensa de las partes, como una limitación importante a las facultades del juez de aplicar el derecho, lo que como hemos dicho es de fundamental importancia entendiendo que este es un derecho reconocido por la constitución y tratados internacionales, a partir de la cláusula del debido proceso. Así, un segundo camino que ha tomado la Corte Suprema para evitar las «decisiones sorpresa» es el reconocimiento del contradictorio como límite al uso del aforismo *iura novit curia* y de esta forma ha aceptado que en estos casos también se configuraría la casación en la forma por ultra petita, en tanto el juez para decidir se ha basado en fundamentos jurídicos incluidos por él, sin antes escuchar a las partes.

## Cuarto capítulo. Propuestas finales

Ya habiendo revisado la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación con el aforismo *iura novit curia* somos capaces de responder la pregunta que nos hicimos en el inicio de este trabajo, que corresponde a: ¿Cuáles son los criterios que utiliza la Corte Suprema para afrontar el problema de las «sentencias sorpresivas» o «decisiones sorpresa» dictadas por tribunales inferiores haciendo uso del aforismo *iura novit curia*?

Es así, como podemos afirmar que este tribunal, aplica dos criterios para afrontar aquellos casos en que los tribunales inferiores haciendo uso de este principio fallan fuera de los términos en que se situó el debate vulnerando en consecuencia el debido proceso, y en particular el debido contradictorio o bilateralidad de la audiencia, dándose aquellos casos que diversos autores han conocido como «sentencias sorpresivas» o «decisiones sorpresa»<sup>103</sup>.

Es necesario hacer presente, que los sentencias que establecen cualquiera de estos dos criterios son sumamente excepcionales, lo que podemos sustentar principalmente por dos razones: en primer lugar, porque históricamente según lo demostró Hunter en una investigación pasada que recoge sentencias de la década de 1910 hasta el 2010 demuestra que pocas veces la Corte Suprema ha limitado el uso que pueden hacer los tribunales de este aforismo.<sup>104</sup> Y en segundo lugar, ya que en nuestra propia investigación se dio cuenta del bajo número de casos en que el máximo tribunal de nuestro país fallaba reconociendo ciertos límites al uso de esta principio

De esta forma, el primero de los criterios que pudimos constatar que utiliza la Corte Suprema para limitar los poderes de los jueces inferiores al hacer uso del aforismo *iura novit curia* es aquel al cual hemos llamado tesis de la incongruencia del tribunal, que es aquella en la cual la el máximo tribunal de nuestro país entiende que se configuraría la causal de ultra petita

**103 PÉREZ RAGONE** (2020), Op. Cit, pp 296-319. Zúfelato, Camilo (2017), La dimensión de la prohibición de la decisión-sorpresa a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al Peruano». Universidad de Sao Paulo, Revista de la Facultad de derecho PUCP, pp. 21-42; HUNTER AMPUERO, Iván (2013), «Iura novit curia» y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XL, p. 636

**104 HUNTER AMPUERO**, Iván (2010) Op. Cit, pp 216.

en aquellos casos en que el juez al hacer uso del principio *iura novit curia* se extralimita de las facultades que este último confiere resolviendo fuera de los términos en que se situó el debate.

La segunda línea argumentativa que ha seguido la Corte para afrontar estos casos, la hemos llamado tesis del derecho a la defensa de las partes, esta entiende que el principal límite a la introducción de material jurídico nuevo por parte del juez está en el derecho de las partes y que estas puedan contradecir lo sustentado por el tribunal. Si bien creemos que esta es una tesis importante y desarrolla una comprensión de los límites que tiene el aforismo *iura novit curia* con mayor profundidad, esta solo ha sido utilizada una vez por la Corte Suprema, aunque la sentencia nos da a entender que debería haber una mayor cantidad de causas que se fallaran de esta forma.

Si bien, como pudimos ver, en casos excepcionales la Corte Suprema ha solucionado este conflicto es necesario a nuestro parecer una solución general y definitiva que asegure que el uso de la máxima *iura novit curia* no signifique una contravención al derecho a la defensa de las partes, lo que conlleva a su vez una contravención al debido proceso, que forma parte de los derechos fundamentales que asegura la Constitución en su artículo 19.

Es claro que el actual CPC de nuestro país tiene ciertas limitaciones que hacen imposible encontrar una solución que involucre totalmente el contradictorio y resuelva del todo el problema que hemos encontrado. Aun así, a nuestro modo de ver habría dos posibles formas de salvar este conflicto normativo entre el principio *iura novit curia* y el derecho a la defensa de las partes. El primero de estos caminos es una propuesta de interpretación de ciertas normas del CPC, que, si bien la Corte Suprema ya la ha aplicado en un par de casos, creemos necesario que haya un entendimiento general por parte de los tribunales de esta interpretación; mientras que el segundo, dice relación con un cambio de tipo legislativo.

Sin importar el camino que se elija siempre se deberá tener en cuenta que lo que está en juego son los fines del procedimiento, siendo así importante entender que, por un lado, tendremos como fin la búsqueda de la verdad y, por otro lado, la eficiencia del proceso. De esta forma, entendemos que el uso de la máxima de la cual trata esta investigación puede significar un gran paso para la eficiencia del procedimiento, es igualmente importante que las partes participen activamente ya sea por la función social del proceso como por la democratización del mismo que se consigue con un constante diálogo constante entre los litigantes y el juez. Es así, que como, si bien no queremos que por el uso del aforismo *iura novit curia* se vulnere el derecho a la defensa de las partes tampoco lo que se busca con estas propuestas es que el proceso se atrase desproporcionadamente, como consecuencia de que la parte eventualmente afectada pueda participar.

## 1) Propuesta de interpretación del CPC.

Esta propuesta interpretativa parte desde la base de las limitaciones que actualmente contiene nuestro Código Procesal Civil, aceptando como punto de partida que en el proceso civil chileno no existe ningún momento

**105 HUNTER AMPUERO, IVÁN** (2010)  
Op. Cit, pp 217-219.

**106 IBIDEM**, pp. 217-219.

**107 IBIDEM**, pp. 217-219.

**108** Cfr. **IBIDEM**, pp. 217-219.

**109 IBIDEM**, pp. 217-219

**110 CORTE SUPREMA**, Castillo Contreras, Mirza Haydee con Escobar Echeverría, Ana Cinthya (2020); Corte Suprema, Comercializadora Frutícola y Repuestos, Contratista en Obras Menores, Mecánica y Transporte Domingo Sebastián Arto E.I.R.L. con Salinas y Fabres S.A. (2020); Corte Suprema, Scotiabank Chile con Hernández Fredes, Carlos Antonio (2019); Corte Suprema, Godoy Rojas, Pedro Miguel con Fisco de Chile (2019). Corte Suprema, Gallegos con Comercial Edumar Limitada (2015); Corte Suprema, Parra Ojeda, Pablo Marcial con Navarro Figueroa Francisco Jesús (2014); Corte Suprema, Exportadora Santa Cruz S.A. con Sociedad Agrícola La Puntilla (2011); Corte Suprema, González Cortes Patricio Nicolás con González Jara Belisario (2010); Corte Suprema, Haroldo Muñoz Inostroza con Guillermo Galdames Pérez (2010).

**111** Código de Procedimiento Civil, de 1902.

**112 IBIDEM**, pp. 217-219.

**113 IBIDEM**, pp. 217-219.

procesal en que el juez pueda citar preventivamente a las partes haciendo del todo efectivo el contradictorio. De esta forma, explica Hunter -quien es el autor quien propone esta interpretación- que, según nuestro CPC actual, habría que aceptar la legitimidad de las decisiones judiciales que se pronuncian sobre extremos de una pretensión que no han sido previamente discutidas por los litigantes, así como también, las sentencias que modifican la calificación jurídica de los hechos efectuada por el actor, siempre y cuando, medie contradicción.<sup>105</sup>

Por el contrario explica el mismo autor, debería ser posible acotar la libertad del juez para aplicar el derecho cuando no ha existido debate sobre los puntos jurídicos.<sup>106</sup> De esta forma, dice que el juez no puede aceptar una pretensión, en base a una calificación jurídica diversa, ya que de hacerlo estaría infringiendo el derecho a la defensa de las partes y siendo incongruente.<sup>107</sup> Lo anterior se traduce en que para Hunter cualquier decisión que se adopte y que sea favorable para el demandante debe producirse habiendo dado la posibilidad al demandado de contradecir los puntos de esa decisión.<sup>108</sup>

Lo dicho en el párrafo anterior choca con lo sustentado por la jurisprudencia nacional que entiende que se configura la casación en la forma por ultra petita (artículo 768 N°4 del CPC) solamente en los casos en que el juez se pronuncia de oficio sobre la procedencia de pretensiones no deducidas o altera el objeto del proceso y la causa de pedir.<sup>109</sup> No obstante, hay ciertos fallos que tienden, de cierta manera a extender la ultra petita a situaciones donde el juez resolvió fuera de los términos en que se situó el debate. Por lo demás, otros fallos de la Corte Suprema han señalado de modo expreso que la libertad del sentenciador queda delimitada por el principio de congruencia, a esto nosotros lo llamamos tesis de la incongruencia del tribunal.<sup>110</sup>

Es por todo lo dicho, que una interpretación que conjugue armónicamente los artículos 160 y 768 N°4 del CPC<sup>111</sup> podría según las palabras de Hunter «*abrir camino para dar cabida en nuestro proceso civil a una exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales*».<sup>112</sup> Para esto, el autor propone una lectura laxa de ambos artículos con la finalidad de superar el típico entendimiento que se ha tenido de la ultra petita y extenderlo a una prohibición de no considerar válidas aquellas sentencias que acojan pretensiones en base a aspectos jurídicos no debatidos por las partes.<sup>113</sup> Es esta la única forma de respetar plenamente el derecho a la defensa de las partes con el ordenamiento jurídico actual.

## 2) Propuesta de cambio legal.

El segundo camino que vemos posible para una eventual solución al conflicto que desarrollamos en este trabajo dice relación con un cambio de tipo legislativo, que incluya dentro del proceso civil chileno un momento o una facultad para el juez de poder dar a conocer a las partes un nuevo punto de vista jurídico que estas no han tenido la posibilidad de debatir. Con esto se respetaría el derecho a la contradicción que tienen las partes durante el proceso y legitimaría las sentencias en que el juez al no estar

de acuerdo con la calificación jurídica que realizaron las partes sobre los hechos decide en base a una tercera tesis que el órgano jurisdiccional tiene. Lo anterior, toda vez que las partes tendrían la posibilidad de controvertir lo dicho por el juez y dar sus propios puntos de vista al respecto.

Soluciones como la anterior, son las que han optado por acoger varios países de Europa y hasta ahora un país de Latinoamérica, ejemplos que veremos brevemente a continuación.

## Alemania.

En el caso de Alemania, el tribunal, salvo que se trate de una petición accesoria o de baja relevancia, no puede dictar sentencia con fundamento en un punto de vista claramente ignorado o no considerado por al menos una de las partes sin antes advertir a los litigantes y ofrecerles la oportunidad de realizar las alegaciones que estimen convenientes.

Esta regla se encuentra en el Código de procedimiento Civil alemán, en su artículo §139, que señala:

*«El punto de vista que una parte no reconoce o ha considerado irrelevante, la corte o tribunal podrá, en la medida en que no se trate meramente de un requisito secundario, puede apoyar su decisión sólo si ha llamado la atención sobre ese hecho y se le haya dado la oportunidad de presentar sus observaciones. Lo mismo se aplica a un punto de vista que el tribunal juzga de manera diferente que ambas partes».*<sup>114</sup>

## Austria.

La regulación austriaca frente al conflicto es parecida al caso alemán, en esta se le da al Tribunal la facultad de poder decidir en base a fundamentos jurídicos distintos de aquellos invocados por las partes, siempre y cuando el juez les dé la oportunidad a los litigantes de discutir sobre estos puntos y expresarse al respecto.

Esta norma, se encuentra en el Código de Procedimiento Civil austriaco, en su artículo §182<sup>a</sup>, que señala:

*«El tribunal debe discutir los argumentos de hecho y de derecho de las partes con ellos. Excepto en el caso de las reclamaciones subsidiarias, el tribunal puede basar su decisión en aspectos jurídicos que una parte claramente pasa por alto o sólo si las ha discutido con las partes (párrafo 182) y les ha dado la oportunidad de presentar sus observaciones».*<sup>115</sup>

## Francia.

En Francia, el tribunal no puede apoyar su decisión en fundamentos de Derecho apreciados de oficio sin haber invitado previamente a las partes a exponer sus observaciones. Así, lo señala el Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, que en su artículo 16.3, expresa lo siguiente:

<sup>114</sup> Zivilprozessordnung §139(2):  
«Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien». (Traducción libre).

<sup>115</sup> Zivilprozessordnung §182a:  
"Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182) und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat". (Traducción Libre).

**116** Art. 16.3 del Nouveau Code de Procédure Civile: «Il [le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations» (Traducción libre).

**117** Art. 3.3 del Código de Processo Civil: «O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem». (Traducción libre).

**118** PÉREZ RAGONE, Álvaro (2020), Op. Cit, pp 296-319.

**119** Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (Traducción Libre)

«El juez podrá fundar su decisión en los fundamentos jurídicos que haya planteado de oficio sin antes invitar a las partes a presentar sus observaciones».<sup>116</sup>

## Portugal.

En Portugal la ley le impone al juez el deber de observar y hacer cumplir, a lo largo del todo el proceso, el principio contradictorio, sin que le sea lícito, salvo en casos de manifiesta necesidad, decidir cuestiones de derecho sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse sobre ellas. Aquí podemos ver una ligera diferencia respecto de los casos anteriores, ya que, se resalta a lo largo de todo el proceso la importancia de hacer valer dialogo de las partes y no solo cuando el juez haga uso de su facultad de agregar nuevo material jurídico que las partes no han conocido, dejando así, este poder que confiere la ley al órgano jurisdiccional como una regla para casos muy excepcionales y de extrema necesidad.

Esta regla se encuentra en el artículo 3.3 del Código de Proceso Civil, portugués que señala:

«El juez debe observar y aplicar el principio de contradicción durante todo el procedimiento y no le es lícito, salvo en casos de evidente necesidad, decidir cuestiones de derecho o, de hecho, aunque las conozca de oficio, sin que las partes hayan tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto».<sup>117</sup>

## Brasil

El nuevo Código Civil de Brasil, indica que el juez no debe sorprender a las partes con calificaciones o decisiones que no fueron objeto de contradictorio por las partes. Ello implica que, si el tribunal tuviere otra visión jurídica de las probables normas jurídicas a aplicar en el proceso, diferente a las tesis de las partes, debe previamente permitir que estas la conozcan primero y se genere un contradictorio sobre las mismas.<sup>118</sup>

Esta regla está contenida en el artículo 10 del Código antes mencionado, que establece:

«El juez no podrá decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de la que no se ha dado a las partes la oportunidad de exponer sus opiniones, aunque se trate de algo que debe decidir por el de oficio».<sup>119</sup>

En resumen, y habiendo revisado las distintas opciones que han tomado los países para regular esta eventual vulneración al derecho a la defensa que se puede producir por una posible decisión del juez en base a fundamentos jurídicos que las partes no han tenido en consideración a lo largo del proceso, es que creemos necesario que el legislador nacional realice un cambio en el actual CPC de nuestro país en orden de reglar de mejor manera este conflicto y así superar del todo este problema. Esto se podría lograr, estableciendo una norma que conjugue tanto la facultad del juez para aplicar el principio *iura novit curia*, como la obligación que debe tener este, de promover en todo momento un dialogo entre las partes que resguarde así la bilateralidad de la audiencia o debido contradictorio. A nuestro parecer, esta segunda vía que propone una modificación del CPC es

preferible por ser más definitiva y así, no se deja un conflicto que puede ser tan perjudicial para las partes a mera discreción del tribunal.

De esta forma, nuestra propuesta se basa en un cambio de tipo preferentemente legislativo, que permita al juez aportar material jurídico que las partes no introdujeron al proceso, pero siempre teniendo en cuenta que para efectuar cualquier calificación jurídica distinta de las sustentadas por estas en sus escritos principales, el tribunal deberá llamar a las partes para conocer sus puntos de vista y así tener en cuenta su opinión respecto de esta tercera tesis sustentada por el juez. Lo anterior, a nuestro parecer es la única forma en la que puede hacerse valer totalmente el principio de contradicción.

## Conclusiones

1. El origen de la máxima *iura novit curia* se remonta a la edad media, específicamente al desarrollo del derecho romano, donde los magistrados de esa época utilizaron este aforismo para poder distribuir los trabajos de las partes, entendiendo así al juez como el aportador del derecho y a los litigantes de los hechos.
2. El significado del aforismo *iura novit curia* lo entendemos como una institución procesal que busca limitar el rol de las partes dentro del proceso, invistiendo al órgano jurisdiccional de una presunción de conocimiento del derecho, de la cual también deriva un deber para el tribunal de conocer y aplicar el material jurídico relevante al caso, con tal de dar una fundamentación al conflicto sometido a su decisión.
3. A partir de nuestra investigación encontramos 3 límites a la aplicación de esta institución procesal los cuales son: el principio dispositivo, la imparcialidad del juez y el debido proceso de las partes especialmente en su dimensión del debido contradictorio.
4. A través de un análisis jurisprudencial de diversas sentencias de la Corte Suprema que fueron dictadas desde el año 2010, pudimos constatar que en ciertos casos los tribunales han fundando sus decisiones en el aforismo *iura novit curia*. En este entendido, descubrimos que en ciertos casos los mismos jueces haciendo uso de esta máxima transgreden el derecho a la defensa de las partes, frente a lo cual el máximo tribunal de nuestro país en casos excepcionales ha rechazado esta extralimitación a partir de dos tesis, que configurarían a su entender la causal N°4 del artículo 768 del CPC conocido como *ultra petita*.
5. La primera de estas tesis la llamamos de la incongruencia del tribunal, mediante la cual la Corte entiende que se configuraría la causal de *ultra petita* en aquellos casos en que el juez al hacer uso del principio *iura novit curia* se extralimita de las facultades que este último confiere resolviendo fuera de los términos en que se situó el debate.
6. La segunda línea argumentativa que ha seguido la Corte para afrontar estos casos, la hemos llamado tesis del derecho a la defensa

de las partes, esta entiende que el principal límite a la introducción de material jurídico nuevo por parte del juez está en el derecho de las partes y que estas puedan contradecir lo sustentado por el tribunal. Si bien, bien creemos que esta es una tesis importante y desarrolla una comprensión de los límites que tiene el aforismo *iura novit curia* con mayor profundidad, esta solo ha sido utilizada una vez por la Corte Suprema, aunque la sentencia nos da a entender que debería haber una mayor cantidad de causas que se fallaran de esta forma.

7. El actual CPC de nuestro país tiene ciertas limitaciones que hacen imposible encontrar una solución que involucre totalmente el contradictorio y resuelva del todo el problema que hemos encontrado. Aun así, a nuestro modo de ver habría dos posibles formas de salvar este conflicto normativo entre el principio *iura novit curia* y el derecho a la defensa de las partes.
8. El primero de estos caminos, es una propuesta de interpretación de ciertas normas del CPC, que si bien la Corte ya lo ha aceptado en un par de casos, creemos necesario que haya un entendimiento general por parte de los tribunales de esta interpretación; mientras que el segundo, dice relación con un cambio de tipo legislativo, que es el camino que han seguido diversos países, tales como: Alemania, Austria, Francia, Portugal y Brasil, que han entendido a nuestro parecer la importancia del debido contradictorio dentro del procedimiento civil.

## Bibliografía

### Citas bibliográficas

- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE** (2017). «*El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno*». (N°32. 423-441 pp.). Revista de Derecho Privado.
- AHUMADA VEGA** (2019). «*La aparente relación de conflicto entre el iura novit curia y el amicus curiae*». (pp. 5-20). Universidad de Piura.
- ALDUNATE, EDUARDO** (2008). «*Derechos fundamentales*». (439 pp.). Editorial Legal Publishing.
- ALVARADO VELLOZO, ADOLFO** (2008). «*Introducción al estudio del derecho procesal*». (512 pp.). Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- ARISTÓTELES** (1999). «*Retórica*». (312 pp.). Editorial Gredos.
- BLANCO GÓMEZ, JOSÉ LUIS** (2008). «*El aforismo iura novit curia y el proceso civil*». (167 pp.), en AA.VV, Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio. Editorial Universidad del Rosario. Disponible también en: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/aforismo-iura-novit-curia-proceso-civil-426342138>



- BONET NAVARRO, ÁNGEL** (2002). «Comentario a la sentencia de 24 de septiembre de 2001». (N°58, 309 p.). Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
- CALAMANDREI, PIERO** (1961). «Estudios sobre el Proceso Civil». (113 pp.). Editorial Bibliográfica.
- CEA EGAÑA** (1988). «José Luis Tratado de la Constitución de 1980». (402 pp.).
- COLOMBO CABELL, JUAN** (2006). «El debido proceso constitucional». (N° 55, año 2014, 1a ed., pp. 92). LOM ediciones. Serie de Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- COUTURE J. EDUARDO** (1993). «Fundamento del Derecho Procesal Civil». (524 pp.). Buenos Aires, De Palma.
- COUTURE, EDUARDO** (1958). «Fundamentos del derecho procesal Civil». (493 pp.). Buenos Aires, De Palma.
- COUTURE, EDUARDO** (1978). «Fundamentos del derecho procesal civil». (524 pp.). Buenos Aires, De Palma.
- DE FIGUEIREDO CALDAS** (2009). «Voto razonado del juez ad hoc con relación a la sentencia de la CIDH en el caso Escher y otros vs. Brasil». (6 pp.).
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS** (2005). «Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil». (69 pp.). Editorial Civitas.
- DUCE, MAURICIO, ET. AL** (2008). «Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información». (pp. 13-94.).
- EZQUIAGA, FRANCISCO** (2000). «Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho». (262 pp.). Editorial Lex Nova.
- FUENTES, CLAUDIO Y RIEGO, CRISTIAN** (2017). «El debate sobre los recursos en materia civil y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». (pp. 300-310), en Palomo, Diego (Director), Recursos procesales. Problemas actuales. DER Ediciones.
- GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO** (2013). «El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». (vol.11 n.2, pp-229-280). Estudios Constitucionales Santiago, (PDF). Fecha de consulta: 19 septiembre 2020. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-52002013000200007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-52002013000200007)
- GARCÍA PINO, GONZALO Y CONTRERAS VÁSQUEZ, PABLO** (2014). «Diccionario Constitucional Chileno». (N° 55, año 2014, 1a ed., 1072 pp.). Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO** (1946). «Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil». (N°355, 705 -715 pp.). Revista de Derecho Privado.
- HUNTER AMPUERO, IVÁN** (2009). «El poder del juez para rechazar in limine litis la demanda por manifiesta falta de fundamento». (Año 15, N°2, 117-163 pp.). Ius et Praxis.
- HUNTER AMPUERO, IVÁN** (2010). «Iura Novit Curia en la jurisprudencia Chilena». (Vol. XXIII, N°2, 197-221 pp.). Revista de Derecho.

- HUNTER AMPUERO, IVÁN** (2011). «*Rol y poderes del juez civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso*». (Sección: Estudios N°2, 73-101 pp.). Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.
- HUNTER AMPUERO, IVÁN** (2013). «*Iura novit curia y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?*». (Vol. XL, 601-640 pp.). Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- MEROI, ANDREA**. (2007). «*Iura novit curia y decisión imparcial*». (N°2, 379-390 pp.). Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca.
- MONTERO, J.; ORTELLS, M Y GÓMEZ-COLOMER, J.** (1993). «*Derecho jurisdiccional*». (465-471 pp.). Parte general. Barcelona Editorial Librería Bosch.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE** (2013). «*El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*». (121-145 pp.). Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XIX, Bogotá.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, GUILLERMO** (2007). «*Iura Novit Curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*». (123 pp.). Madrid, Marcial Pons. Parra, Nicolas (2019). «*Sobre el principio iura novit curia: la necesidad de una aplicación prudente en el proceso civil*». Universidad de los Andes, Colombia. Disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/index.php/blog/192-sobre-el-principio-iura-novit-curia-la-necesidad-de-una-aplicacion-prudente-en-el-proceso-civil>.
- PÉREZ RAGONE, ÁLVARO** (2020). «*La prohibición de decisiones-sorpresas: reinterpretación del iura novit curia desde el debido contradictorio*». (Año 26, N°2, 2020, pp 296-319). Revista Ius et Praxis.
- PRIETO CASTRO, LEONARDO**. (1956). «*El cambio del punto de vista jurídico*». (251-263 pp.). Revista de Derecho Procesal.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO** (2007). «*Curso de derecho procesal civil*». (414 pp.). Editorial Jurídica.
- SENTÍS MELENDO, SANTIAGO** (1957). «*El juez y el derecho: Iura Novit Curia*». (302 pp.). Ediciones jurídicas Europa-América.
- SOLORZANO, SILVIA** (2012). «*La aplicación procesal del Principio Iura Novit Curia*» (4-5 pp.). Universidad de San Martín de Porras, Lima.
- STEIN, FRIEDRICH**. (1988). «*El conocimiento privado del juez. (Traducción de Andrés de La Oliva Santos)*». (2a ed., 238 pp.). Temis.
- TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL**, (1995). «*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal (con Cavanillas Múgica, Santiago)*». (307 pp.). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A..
- TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL** (2000). «*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*». (168 pp.). Editorial La Ley.
- VARGAS PAVEZ, MACARENA Y FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO** (2018). «*Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones*». (289 pp.). Der Ediciones.

**ZUFELATO, CAMILO** (2017). «*La dimensión de la prohibición de la decisión-sopresa a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al Peruano*». Universidad de Sao Paulo, Revista de la Facultad de derecho PUCP.

## Referencias jurisprudenciales

- CORTE SUPREMA** (2010). Haroldo Muñoz Inostroza con Guillermo Galdames Pérez, 10 de mayo de 2010.
- CORTE SUPREMA** (2010). González Cortes Patricio Nicolás con González Jara Belisario, 12 de julio de 2010.
- CORTE SUPREMA**(2011). Exportadora Santa Cruz S.A. con Sociedad Agrícola La Puntilla, 26 de septiembre de 2011.
- CORTE SUPREMA**(2014). Parra Ojeda, Pablo Marcial con Navarro Figueroa Francisco Jesús, 15 de septiembre de 2014.
- CORTE SUPREMA** (2015). Gallegos con Comercial Edumar Limitada, 20 de marzo de 2015.
- CORTE SUPREMA**(2019). Godoy Rojas, Pedro Miguel con Fisco de Chile, 5 de marzo de 2019.
- CORTE SUPREMA**(2019). Scotiabank Chile con Hernández Fredes, Carlos Antonio, 1 de agosto de 2019.
- CORTE SUPREMA** (2020). Castillo Contreras, Mirza Haydee con Escobar Echeverría, Ana Cinthya, 10 de marzo de 2020.
- CORTE SUPREMA**(2020). Sociedad Pablo Massoud y Cía. Ltda. con Ortiz Valenzuela y otros, 6 de abril de 2020.
- CORTE SUPREMA** (2020). Comercializadora Frutícola y Repuestos, Contratista en Obras Menores, Mecánica y Transporte Domingo Sebastián Arto E.I.R.L. con Salinas y Fabres S.A., 24 de abril de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** (2008). Rol 1200-08 c 5°, de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** (2009). Rol 1448-09, c.40°. de 2009.

## Referencia normas

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS** (marzo 1966).
- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** (noviembre 1969).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE** (1980).
- CÓDIGO CIVIL** (diciembre 1855).
- CÓDIGO DE COMERCIO** (noviembre 1865).
- LEY 1552, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL** (agosto 1902).
- ZIVILPROZESSORDNUNG §139** (1 de agosto de 1895).
- ZIVILPROZESSORDNUNG §182<sup>a</sup>** (1887).
- NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE** (1976).
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PORTUGAL** (2013).
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, BRASIL** (marzo 2015).

# Inmediación en los tribunales de familia. El uso de la videoconferencia en audiencias reservadas con niños, niñas y adolescentes\*

*Immediation in family courts. The use of videoconferencing in reserved  
audiences with children and adolescents*

## Tesis

---

CRISTIÁN SANTA CRUZ JARAMILLO\*

---

\* Tesis realizada para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas, a cargo de la profesora Macarena Vargas Pavez.

\* EGRESADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Correo electrónico: cristian.santacruz@mail.udp.cl.

**Resumen:** Debido a la pandemia por COVID-19, y a la falta de normativa para la realización de audiencias durante un estado de emergencia sanitaria, es que se debieron dictar diversas normas, para así poder mantener el funcionamiento del poder judicial durante el estado de catástrofe dictado por el presidente de la república el día 18 de marzo de 2019. Dichas normas autorizan y promueven el uso de medios telemáticos para la realización de audiencias, de entre las cuales se encuentran las Audiencias Reservadas con Niños, Niñas y adolescentes. Pero ¿Cómo se están realizando en la práctica dichas audiencias? ¿De qué manera la realización de ARNNA por videoconferencias infringe el principio de inmediatez en los procedimientos de familia? Estas son las principales preguntas que guían el presente trabajo de investigación.

**PALABRAS CLAVE:** Niños, Niñas, Adolescentes, Inmediatez, Pandemia, Audiencia, Reservada.

**Abstract:** Due to the COVID-19 pandemic, and the lack of regulations for holding hearings during a state of health emergency, various regulations had to be enacted in order to maintain the functioning of the judiciary during the state of catastrophe dictated by the President of the Republic on March 18, 2019. Said regulations authorize and promote the use of telematic means for holding hearings, among which are the Reserved Audiences with Children and adolescents. But how are these hearings being carried out in practice? In what way does the holding of ARNNA by videoconference violate the principle of immediacy in family proceedings? These are the main questions that guide this research work.

**KEY WORDS:** Children, Immediacy, Pandemic, Hearing, Reserved.

## Sumario

1) La audiencia reservada, 1.1) Fundamentos, 1.2) Concepto de audiencia reservada y condiciones para su aplicación, 1.3) Regulación de la audiencia reservada en la Ley de Tribunales de Familia, 1.3.1) La intermediación en las ARNNA; 2) La audiencia reservada con niños, niñas y adolescentes en pandemia por COVID-19, 2.1) Normativa Vigente, para la realización de las ARNNA, 2.1.1) Auto Acordado Acta N°41-2020 El teletrabajo y el uso de videoconferencia en el Poder JUDICIAL, 2.1.1.1) El Teletrabajo, 2.1.1.2) La Videoconferencia, 2.1.2) Ley N°21.226 Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en CHILE, 2.1.3) Auto Acordado Acta N°53-2020 Auto acordado sobre funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus, 2.1.3.1) El Teletrabajo, 2.1.3.2) Atención presencial, 2.1.4) Protocolo operativo de funcionamiento de tribunales por medios telemáticos durante la contingencia provocada por COVID-19, 2.2) Funcionamiento efectivo de la Audiencia Reservada con Niños, Niñas y Adolescentes en Pandemia, 2.2.1) Entrevistas a Jueces/zas de Familia, 2.2.2) Entrevistas a Abogadas de Familia; 3) Peligros y transgresión al principio de intermediación por el uso de videoconferencia en ARNNA, 3.1) Peligros del uso de la videoconferencia en ARNNA en relación con el principio de la intermediación, 3.1.1) Problemas técnicos, 3.1.2) Falta de certeza en la confidencialidad y la no intervención, 3.1.3) Falta de ambiente, 3.1.4) Pérdida de información en la declaración, 3.2) ¿De qué manera la realización de ARNNA por videoconferencias infringe el principio de intermediación en los procedimientos de familia?.

## Introducción

Desde principios del año 2020 el mundo se ha visto inmerso en una pandemia por COVID-19, en donde los juzgados de Chile -pese a las restricciones sanitarias- han debido mantener su funcionamiento.

Para ello, la Corte Suprema dictó, durante el primer semestre del año 2020, una serie de Auto Acordados, además de un Protocolo operativo de funcionamiento de los tribunales durante la Pandemia por COVID-19, que junto con la Ley N° 21.226 del 2 de abril del mismo año, autorizan y norman el teletrabajo y el uso de la videoconferencia en los tribunales del Poder Judicial, de entre los cuales se encuentran los Tribunales de Familia.

Para este estudio se analizará en específico el caso de las audiencias reservadas con niños, niñas y adolescentes, en adelante ARNNA, de los artículos 69 y 79 de la Ley N°19.968. Ello, debido a su importancia como expresión primordial del «derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta» del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a su especial relación con el principio de la intermediación, en tanto a la gran dificultad que puede conllevar el trato con menores de edad.

Este problema es relevante, puesto que, al ser transgredido el principio de intermediación en las audiencias reservadas, se afecta la garantía judicial

que resguarda. Y, esta es, que la opinión del NNA sea oída de la mejor manera posible, para que posteriormente, pueda ser considerada al momento de tomar una decisión por parte del juez/a, en atención a su edad y madurez, y con esto resguardada el Interés Superior de dicho Niño.

Así, nos preguntamos, en el marco de la normativa dictada con ocasión a la pandemia del COVID-19, ¿de qué manera la realización de ARNNA por videoconferencias infringe el principio de intermediación en los procedimientos de familia?

Por ello, el objetivo de esta investigación será analizar como la realización de ARNNA por videoconferencias infringe el principio de intermediación en los procedimientos de familia en el marco de la normativa dictada con ocasión a la pandemia del COVID-19.

Para lograr dicho objetivo se realizará una revisión bibliográfica de la doctrina existente en el tema, de igual forma se revisará la Ley, reglamentos y tratados vigentes en la materia para la legislación chilena, y se harán entrevistas a 5 jueces/zas y 3 abogados/as que operen en los tribunales de familia de la Región Metropolitana y de Valparaíso, que hayan realizado ARNNA, desde la dictación del AA 41-2020.

La investigación se estructurará de la siguiente forma. Primeramente, se analizará la figura de la ARNNA en nuestra legislación, en segundo lugar, se revisará cómo se han estado llevando a cabo las ARNNA durante la vigencia del estado de excepción establecido por el decreto supremo N°104, del 18 de marzo de 2020. En la parte final, se plasmará de qué manera se infringe el principio de intermediación en las ARNNA, por el uso de la videoconferencia, exponiendo finalmente las conclusiones alcanzadas.

## 1) La audiencia reservada.

En el presente capítulo analizaré la figura de la ARNNA en la Ley N°19.968 del año 2004, revisando su concepto, sus fundamentos, objetivos y la presencia normativa de la intermediación como principio rector de las ARNNA, para con esto comprender de manera correcta la actuación judicial en el cual se enmarca esta investigación.

### 1.1. Fundamentos.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, suscrita por el Estado chileno el 26 de enero de 1990, establece una serie de nuevos paradigmas, entre ellos el establecer a los NNA como sujetos de derecho.

Una de las grandes innovaciones de dicho tratado es el derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, derecho consagrado en el artículo 12 de la CDN.<sup>1</sup>

Este derecho a ser oído «es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento»,<sup>2</sup> ya que establece la obligación a los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los NNA, fijando pautas interpretativas que sirven de guía para

**1** **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO** (1990), Art.12: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

«2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.»

**2** **VARGAS, M. Y CORREA, P.** (2011). La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. IUS ET PRAEXIS, 17(1), 177-204. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008). [fecha de visita 12 de abril de 2021].

- 3 VARGAS Y CORREA (2011) 177-204.
- 4 VARGAS Y CORREA (2011) 177-204.
- 5 VARGAS Y CORREA (2011) 177-204.
- 6 CILLERO (1998), El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, p.84, en VARGAS, M. y CORREA, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. IUS ET PRAE, 17(1), 177-204. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008). [fecha de visita 12 de abril de 2021].
- 7 VARGAS Y CORREA (2011) 177-204.
- 8 VARGAS Y CORREA (2011) 177-204.
- 9 ETCHEBERRY, L. Y FUENTES, C. (2018). El derecho de los niños a ser oídos. Disponible en: [https://www.academia.edu/35831953/EL\\_derecho\\_de\\_los\\_ni%C3%B1os\\_a\\_ser\\_o%C3%ADdos\\_Etcheberry\\_and\\_Fuentes](https://www.academia.edu/35831953/EL_derecho_de_los_ni%C3%B1os_a_ser_o%C3%ADdos_Etcheberry_and_Fuentes) P.113. [fecha de visita 19 de abril de 2021].
- 10 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 114.
- 11 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 129.
- 12 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 131.

el juez y el legislador, además de regular expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que le puedan afectar.<sup>3</sup>

Este derecho ha sido entendido como un derecho de participación de los niños. Como establece expresamente la observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, se trata de una «participación la cual no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo».<sup>4</sup> Entendiéndose que facilitar la participación y escuchar a los NNA debiera ser considerado una parte fundamental de un sistema que protege efectivamente los derechos de los NNA.<sup>5</sup>

Este derecho se relaciona estrechamente con el principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo 3 de la CDN, definido, por Miguel Cillero, como «nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos».<sup>6</sup>

De la misma manera se vincula con el principio de Autonomía Progresiva, el que se refiere a «la capacidad y facultad de niños para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derecho»<sup>7</sup>.

Así, el derecho a ser oído ha de ser interpretado y comprendido a la luz de los principios antes señalados.<sup>8</sup> Como bien señala la profesora Etcheberry y el profesor Fuentes, es imposible construir el interés superior de un niño si éste no ha sido escuchado, aunque el verdadero interés del NNA no sea necesariamente coincidente con las declaraciones emitidas, puesto que en ocasiones, debido a la inmadurez del niño, este no logrará comprender la situación que lo afecta para poder decidir autónomamente lo que es mejor para él.<sup>9</sup>

Por esto, en la medida que tenga mayor autonomía el niño, más vinculante será la opinión para la autoridad, debiéndose analizar caso a caso el grado de madurez del NNA.<sup>10</sup>

Hay que tener en consideración que el tenor literal del artículo 12 inciso 2° de la CDN nos da a entender que se permiten dos modalidades para que el NNA sea escuchado: de manera directa o representados, ya sea por un representante designado o por un órgano apropiado. Así, se ha sostenido «El derecho del niño a ser oído es el punto de partida, cuya manifestación más elemental es la decisión que tiene acerca de ejercer o no este derecho, tal como se ha dicho»<sup>11</sup> y posteriormente, si ha decidido ejercer su derecho, recae en la opción de expresar la decisión de manera directa u representada.

## 1.2. Concepto de audiencia reservada y condiciones para su aplicación.

La audiencia reservada (audiencia confidencial o audiencia especial con niños) es una actuación procesal, que los profesores Leonor Etcheberry y Claudio Fuentes definen «como una reunión en la que existe un contacto directo entre el juez y el NNA.»<sup>12</sup> Esta definición pone énfasis en

**13 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado (2009).

**14** La palabra «conversación» es definida por la Real Academia de la Lengua Española como la «Acción y efecto de hablar familiarmente una o varias personas con otra u otras». Disponible en: <https://dle.rae.es/conversaci%C3%B3n>

**15 ETCHEBERRY Y FUENTES** (2018) 132.

**16 ETCHEBERRY Y FUENTES** (2018) 133.

**17 ETCHEBERRY Y FUENTES** (2018) 133.

**18 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado (2009).p.14.

**19 ETCHEBERRY Y FUENTES** (2018) 133.

**20 ETCHEBERRY Y FUENTES** (2018) 134.

la idea de intermediación y de un acceso efectivo del NNA con el tribunal o entidad estatal que tome decisiones que lo afecten.

Esta definición se ve respaldada por lo señalado en la Observación General N°12 del año 2009, al enunciar en su punto 43: «La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral». <sup>13</sup> Es decir, insta a la persona indicada por la legislación específica, a en vez de realizar una interrogación, como lo podrían ser las pruebas testimoniales o confesiones, sea una conversación. <sup>14</sup>

La idea es que el niño/a pueda hablar cómodamente con el encargado de llevar a cabo la audiencia. Esto, en búsqueda de que dicha comodidad permita cumplir con el objetivo que la audiencia persigue, que es, que el «niño pueda dar su parecer de manera libre, sin distorsiones y sin consecuencias adversas» <sup>15</sup>, en una situación que objetivamente es incómoda para éste, como lo es un juzgado.

Teniendo este objetivo en mente, cabe preguntarse ¿Cuáles son las condiciones necesarias para el correcto desarrollo de las audiencias reservadas con NNA? Los profesores Etcheberry y Fuentes responden a dicha cuestión con cuatro condiciones necesarias para la realización de la audiencia, las cuales son: Condiciones materiales y de infraestructura, Adecuada capacitación, Preferencia por la reserva de la audiencia y la Apariencia de seriedad, puntos que analizaré a continuación:

a) Condiciones materiales y de infraestructura: La Observación General N° 12 en su punto 34° y 42° hace hincapié en el contexto donde el NNA ejerce su derecho a ser oído, el que debe ser propicio e inspirar confianza, evitando así un entorno intimidatorio y hostil, debiendo prestar cuidado al diseño de la sala en que se realizará la audiencia, teniendo que existir en este las condiciones materiales que aseguren que el entorno físico no será un obstáculo en cualquier sentido en el ejercicio de su derecho. <sup>16</sup>

b) Adecuada capacitación: La misma Observación General establece en sus puntos 34° y 49° la necesidad de capacitar a los participantes del proceso de escuchar al NNA, con el fin de evitar que tanto jueces como otros intervinientes de la audiencia lleven a cabo la conversación con el NNA de una manera intuitiva y probablemente inadecuada que termine por malograr el objetivo de la audiencia y de desincentivar a los tribunales de realizar este tipo de audiencias por la complejidad que trae, al tratarse de niños que en muchos casos serán muy menores. <sup>17</sup>

c) Preferencia por la reserva de la audiencia: En el punto n°43 de la Observación General, el Comité establece: «Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad». <sup>18</sup>

He de detenerme en este punto, debido a que se ha sostenido que la fórmula utilizada por el comité posee una textura muy abierta, solo dejando claro que la audiencia no ha de ser pública. <sup>19</sup> En este sentido, los profesores Etcheberry y Fuentes dotan de cierto contenido dicha condición, al indicar que, primeramente, el concepto de publicidad se asocia a la posibilidad de que cualquier persona pueda ingresar a observar la audiencia, esto en aras de un correcto funcionamiento y resguardo de los derechos de las personas involucradas. <sup>20</sup> En este caso, es clara la opinión del Comité de los Derechos



del Niño de que la audiencia ha de efectuarse sin esta posibilidad, es decir, a puertas cerradas.

Otro punto importante es el significado que el Comité de los Derechos del Niño quiso dar, al mencionar que la audiencia debe efectuarse en condiciones de «confidencialidad», en este caso, los autores consideran que ha de entenderse como una audiencia en la cual las partes no están presentes.

Las razones para que la audiencia sea preferentemente confidencial en los términos aclarados es evitar presiones e incomodidades derivados de la presencia de padres, tutores y demás involucrados.<sup>21</sup> Con ello, se busca evitar dos situaciones probables que identifican los autores. En primer lugar, que el NNA se sienta intimidado, impidiéndole manifestar su genuino parecer y, en segundo lugar, que los padres pudieran tomar represalias o manipulaciones ante los dichos del menor que los pudieran afectar.

Por último, hay que señalar que bajo los estándares de la Observación General antes señalada, el NNA puede renunciar a su derecho de confidencialidad en la audiencia y de igual forma, el tribunal podrá según las circunstancias particulares del caso, que en algún momento del proceso el contenido de la audiencia sea liberado total o parcialmente.<sup>22</sup>

d) Apariencia de seriedad: «Si bien la voluntad del niño no es vinculante para el tribunal, este debe tenerla debidamente en cuenta. Una de las manifestaciones de esta exigencia se traduce en un deber de conducta y de trato por parte de la autoridad hacia el NNA».<sup>23</sup>

Como bien señala la Observación General N°12: «El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar»<sup>24</sup>. «Este deber de trato supone que el juez, o el tercero en el procedimiento administrativo, tome con seriedad y solemnidad su rol de escuchar al NNA, dedicándole la misma atención y deferencia que a otras actividades de relevancia en el proceso. Esta exigencia apunta a que el niño perciba, como cualquier otro usuario del sistema de justicia, que la autoridad que tomará la decisión le dará la debida consideración a su parecer».<sup>25</sup>

La apariencia de seriedad, como lo definen los autores, dice relación con el trato que ha de tener el/la juez/a que conoce el procedimiento en particular, con el NNA, teniendo el deber de inspirar en el NNA la confianza de que su opinión será debidamente tomada en cuenta, esto en aras de que dicha confianza en la figura de quien esté a cargo de realizar la ARNNA propicie una declaración fructífera, que permita conocer el verdadero parecer del NNA frente al objeto del procedimiento.<sup>26</sup>

Al cumplir con estas cuatro condiciones, los juzgados estarían teóricamente en plenas condiciones para llevar a cabo una audiencia reservada, bajo los estándares de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Observación General N°12, en concordancia con el objetivo al que apunta, el cual es que el niño pueda dar su parecer de manera libre, sin distorsiones y sin consecuencias adversas, a la persona encargada de posteriormente tomar la decisión correspondiente, para que esta pueda tener dicho parecer debidamente en cuenta al momento de decidir.

21 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 134.

22 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 134.

23 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 134.

24 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, citado por Etcheberry, L. y Fuentes, C. (2018). El derecho de los niños a ser oídos. [fecha de visita 19 de abril de 2021]. Disponible en: [https://www.academia.edu/35831953/EL\\_derecho\\_de\\_los\\_ni%C3%B1os\\_a\\_ser\\_o%C3%ADdos\\_Etcheberry\\_and\\_Fuentes](https://www.academia.edu/35831953/EL_derecho_de_los_ni%C3%B1os_a_ser_o%C3%ADdos_Etcheberry_and_Fuentes).

25 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 135.

26 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 140.

### 1.3. Regulación de la audiencia reserva en la Ley de Tribunales de Familia.

Al suscribir la CDN el Estado chileno se comprometió a reconocer los derechos enunciados en la Convención y a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.<sup>27</sup>

Debido a esto, y a que uno de los derechos principales de dicho tratado es el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, es que, en la Ley N°19.968 se optó por reconocer expresamente dicho derecho en su artículo 16, conjuntamente con el interés superior del niño, catalogando a ambos como principios rectores del procedimiento de familia, como se puede leer a continuación:

«Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta Ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías».<sup>28</sup>

Complementado por el inciso segundo del artículo citado «El interés superior del NNA y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento».<sup>29</sup>

Pese a la gran amplitud del artículo 16, la misma Ley N°19.968 solo contempla expresamente la ARNNA en el procedimiento de aplicación de medidas de protección del título IV, como se consagra en su artículo 69. Pareciera así, que el legislador hubiera acotado esta actuación a los casos contemplados por el artículos 68 y 79 del mismo título.

Dichos casos son, aquellos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para la adopción de medidas de protección dirigidas al resguardo de los derechos de los NNA cuando estos fueren amenazados o vulnerados, siendo necesaria dicha intervención judicial toda vez que se trate de la adopción de medidas que importen separar al NNA de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado. De igual forma, los NNA respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tienen el derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo 80 del mismo cuerpo normativo.<sup>30</sup>

Pero esta sospecha resulta ser errada, pues a pesar de que el artículo 69 y 79 de la Ley N°19.968 refieren expresamente el derecho del NNA a ser escuchado en una audiencia reservada en los procedimientos de protección referidos en el artículo 68 de la misma Ley, en la práctica este derecho se extiende a todos los procedimientos que regula la Ley de tribunales de familia, atendiendo al principio esgrimido en el artículo 16 de esta Ley. Lo que se complementa con lo señalado en el artículo 12 inciso 2° de la CDN, es decir, que «se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño».<sup>31</sup>

27 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1990), Art.2.

28 LEY 19.968, de 2004.

29 LEY 19.968, de 2004.

30 LEY 19.968, de 2004.

31 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1990), art.12.

### 1.3.1. La intermediación en las ARNNA

El principio de intermediación es un principio formativo del procedimiento, definido por Isidoro Eisner, como «el principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez/a o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso»,<sup>32</sup> para esto el autor señala que el juez/a o tribunal debe recibir directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, para que así este/a pueda conocer «en toda su significación el material de la causa»<sup>33</sup>, desde un principio y hasta el final de ella.<sup>34</sup>

Cuando Eisner señala que el principio de intermediación procura asegurar que el juez/a se halle en permanente e íntima vinculación personal, se refiere a que la relación del juez/a ha de ser «inmediata, lo más próxima posible y sin mediar intermediarios»<sup>35</sup> que puedan desfigurar la impresión que el magistrado debe recibir al producirse la prueba, tanto de los sujetos que intervienen en juicio, como de los diversos elementos que en el procedimiento se presenten.<sup>36</sup>

Este principio, a los ojos del autor, busca que el juzgador pueda conocer toda la significación de la causa, es decir, que la persona que finalmente juzgue el caso particular pueda «obtener la interpretación o representación más fiel del problema de hecho y de derecho que se discute en el juicio».<sup>37</sup>

Este principio es recogido por la Ley de tribunales de familia, la Ley N°19.968.<sup>38</sup> Además, de Leyes especiales como lo es la Ley N°19.947 que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil y el Código Civil en materias tales como filiación.

Así, el artículo 9° de la Ley N°19.968 establece que «El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes».<sup>39</sup> Este artículo, consagra expresamente los principios de intermediación, oralidad y concentración, para todos los procedimientos de los tribunales de familia, entre los cuales se encuentra la ARNNA.

## 2) La audiencia reservada con niños, niñas y adolescentes en pandemia por COVID-19.

Debido a la pandemia por COVID-19 y a las medidas restrictivas que se han tomado por las autoridades nacionales, se han dictado normativas tanto legales como reglamentarias para así poder mantener el funcionamiento de los tribunales de justicia, los cuales cumplen un rol fundamental en la sociedad.

Así, la Corte Suprema ha dictado los auto acordados acta 41, 42<sup>40</sup>, 51 y 53 del 2020. En estos regula el funcionamiento de los tribunales durante la emergencia sanitaria por COVID-19, autorizando y reglando el teletrabajo y el uso de la videoconferencia para la realización de audiencias.

Sumado a lo anterior, el día 27 de julio del mismo año se aprobó el denominado «Protocolo operativo de funcionamiento de tribunales por medios telemáticos durante la contingencia provocada por COVID-19» ela-

32 EISNER, Isidoro (1963), La intermediación en el Proceso. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 197pp., p. 33.

33 EISNER (1963) 33.

34 EISNER (1963) 33.

35 EISNER (1963) 34.

36 EISNER (1963) 34.

37 EISNER (1963) 34.

38 LEY 19.968, de 2004.

39 LEY 19.968, de 2004.

40 Derogado.

41 Disponible en: <https://anejudchile.cl/2020/07/28/se-aprueba-protocolo-operativo-de-funcionamiento-de-tribunales-por-medios-telematicos-durante-la-contingencia-provocada-por-COVID-19/>

42 LEY 21.226, del 2020.

43 Auto acordado acta N°41-2020. Artículo 2°.

44 Idem. Artículo 1°: «El teletrabajo consiste en una modalidad de organización laboral que permite respecto de la institución, asegurar la continuidad de sus operaciones, y respecto de los funcionarios y las funcionarias, dar cumplimiento a sus obligaciones laborales, con la particularidad de que éstas se desarrollan en un lugar físico distinto al del asiento habitual de la dependencia judicial a la cual pertenecen».

45 Idem. Artículo 13°: «por razones de buen servicio calificadas por el juez presidente del tribunal y será siempre dispuesto de manera formal y por escrito, no tratándose en consecuencia de un permiso accidental o desformalizado».

46 Idem. Artículo 16°: «podrá utilizarse cuando ocurriere un caso fortuito, fuerza mayor o en general, cualquier circunstancia que impida el desempeño de funciones en el tribunal, o que amenace o perturbe su normal funcionamiento».

Adicionalmente, podrá aplicarse este régimen ante cualquier otra circunstancia que haga aconsejable adoptar medidas de prevención para el cuidado de quienes se desempeñan en el Poder Judicial o sus usuarios».

47 Auto Acordado acta N°42-2020.

48 Auto Acordado acta N°41-2020. Artículo 18°.

borado por una Mesa de Trabajo constituida por el presidente y ministros de la Corte Suprema, presidentes y representantes de los gremios del Poder Judicial y profesionales de la Corporación Administrativa.<sup>41</sup> Por último, el día 2 de abril de 2020 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°21.226 que «Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile».<sup>42</sup>

## 2.1. Normativa vigente para la realización de las ARNNA.

### 2.1.1. Auto Acordado Acta N°41-2020 «El teletrabajo y el uso de videoconferencia en el Poder Judicial».

El auto acordado Acta N°41 se publica el día 18 de marzo del 2020 en el Diario Oficial, ante «la importancia que representa asegurar la continuidad de la administración de justicia hacia los usuarios del Poder Judicial y enfrentar las contingencias que la pongan en riesgo».

Para esto, autoriza y regula el teletrabajo y el uso de la videoconferencia en los tribunales establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, dentro de los cuales se encuentran los tribunales de familia, únicos relevantes para el objeto de este estudio<sup>43</sup>.

#### 2.1.1.1. El teletrabajo. 44

En este auto acordado se regulan dos regímenes de teletrabajo, el Ordinario y el Extraordinario. El primero, procede únicamente por razones de buen servicio calificadas por el juez/a presidente/a del tribunal<sup>45</sup> y, el segundo, podrá utilizarse en casos fortuitos, fuerza mayor o toda vez que cualquier circunstancia impida, amenace o perturbe el normal funcionamiento del tribunal.<sup>46</sup>

De ambos regímenes se aplica hoy en día el extraordinario, esto debido a la actual situación sanitaria, la cual impide, como bien señala el artículo 16°, el normal funcionamiento de los tribunales poniendo en riesgo la salud tanto de los funcionarios como de los usuarios del sistema judicial.

Esta situación se ve respaldada por el hoy derogado auto acordado acta N°42-2020, que en su punto «segundo» número 3°, dispone que las autoridades y jefaturas del Poder Judicial han de utilizar los mecanismos idóneos que permitan mantener la continuidad del servicio judicial, pudiendo, además de suspender, reprogramar y celebrar las audiencias por videoconferencia, implementar el teletrabajo en su modalidad extraordinaria.<sup>47</sup>

Ante esta situación, los jueces podrán cumplir sus funciones mediante teletrabajo, previa autorización del presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, no pudiendo alterar el normal y continuo funcionamiento del tribunal, agendamiento y celebración de audiencias.<sup>48</sup>

A todo lo anteriormente señalado, el artículo 5° letra a) del auto acordado decreta que el teletrabajo es principalmente voluntario, pero exceptúa los casos fortuitos o de fuerza mayor, que puedan afectar a una dependencia

49 Idem. Artículo 5°.

50 Idem. Artículo 28°.

51 Idem. artículos 25° y 28°.

52 Idem. Artículo 25°.

53 Idem. artículo 26°.

54 Idem.

55 Idem.

del Poder Judicial y que, para mantener la continuidad del servicio y la destinación temporal, se realice en otras dependencias del Poder Judicial.<sup>49</sup> Excepción que no es relevante en la actualidad, puesto que el contexto habilitante que ha motivado el uso del teletrabajo no es un caso fortuito o de fuerza mayor en alguna dependencia, sino una pandemia por un virus altamente contagioso.

### 2.1.1.2. La videoconferencia.

El artículo 28 del auto acordado antes señalado autoriza el uso de la videoconferencia para la realización de audiencias, esto con el objetivo de dar continuidad a la administración de justicia, para lo cual deberán velar en todo momento por el respeto de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes.<sup>50</sup> Para esto, los sujetos han de manifestar oportunamente su voluntad de comparecer de esta manera y se deberá coordinar previamente entre el tribunal, las partes y demás intervinientes.<sup>51</sup>

En atención a lo antes señalado, las partes podrán solicitar participar de alegatos y audiencias mediante videoconferencia. Esta solicitud será resuelta por el tribunal, pero este no podrá obligar a las partes a participar de esta manera. Por último, cuando una parte solicite participar de la actuación judicial mediante videoconferencia, la otra parte no podrá oponerse a dicha forma de comparecencia.<sup>52</sup>

El artículo 26° dispone que la aplicación de la videoconferencia y del marco regulatorio de esta, que se encuentra en el artículo 25° y el mismo 26°, depende de las condiciones técnicas, presupuestarias, de infraestructura y operativas existentes en las diferentes unidades judiciales, lo cual será determinado por el presidente de la Corte de Apelaciones respectiva.<sup>53</sup>

El inciso segundo complementa lo señalando anteriormente, decretando que «Sin perjuicio de lo anterior, en casos fundados que así lo requieran, el tribunal podrá utilizar mecanismos alternativos que garanticen la comunicación con las partes e intervinientes y el registro de la audiencia»<sup>54</sup>.

Por último, en lo relativo a la correcta y adecuada realización de las audiencias celebradas mediante videoconferencia, serán las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema las encargadas de definir los aspectos operativos específicos, debiendo contemplar al menos un sistema de respaldo que permita continuar con la vista de la causa.<sup>55</sup>

### 2.1.2. Ley N°21.226 «Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile».

Esta Ley viene a normar y complementar el Auto Acordado Acta N°41-2020, estableciendo, como bien dice su nombre, un régimen jurídico para los procesos judiciales, las audiencias y actuaciones judiciales en general, debido a la pandemia por COVID-19.

56 LEY 21.226, de 2020.

57 Idem.

58 Idem.

59 La Ley 21.379, de 2021, establece en su artículo único una serie de modificaciones a la citada Ley 21.226, de 2020. Principalmente, la incorporación a la ley de los artículos 11 y 12, donde el primero establece una prórroga de todos artículos de dicha ley en donde se refiera a la vigencia del estado de excepción declarado por decreto supremo N°104, de 18 de marzo de 2020, entendiéndose que refieren a la fecha comprendida hasta el 30 de noviembre de 2021, exceptuándose tan solo los artículos 4 y 6 (derogado), y al inciso primero del artículo 7.

60 Idem.

61 Idem.

62 Idem.

63 Idem. Artículo 10°.

64 Idem. Artículo 3° inciso 2°: «Se entenderá que se deja a las partes o intervinientes en la indefensión cuando no se cumplan las normas del debido proceso, en los términos del inciso segundo del artículo 1».

Así, el artículo 1° establece la obligación de la Corte Suprema de ordenar la suspensión de las audiencias en los tribunales que en su inciso 4° se señalan, de entre los cuales se encuentran los Tribunales de Familia.<sup>56</sup>

Lo anterior, mientras se mantenga el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, decretado por Decreto Supremo N° 104, del 18 de marzo de 2020 y mientras sea un hecho público y notorio que, a consecuencia de las restricciones impuestas por la autoridad, las audiencias no podrán realizarse, por falta de las garantías básicas del debido proceso, contempladas tanto en la Constitución Política de la República, como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.<sup>57</sup>

El mismo artículo, en su inciso 4°,<sup>58</sup> señala que, en el cumplimiento de esta obligación, la Corte Suprema podrá ordenar las suspensiones que estime pertinentes y por los tiempos que de igual forma estime necesarios, pero estos no podrán exceder la vigencia del estado de excepción constitucional y las prórrogas de estas.<sup>59</sup>

Para dar un cumplimiento correcto y efectivo de esta obligación y del servicio judicial, la Corte Suprema podrá disponer estas suspensiones por separado por juzgados y territorios jurisdiccionales. En el caso de los tribunales de familia podrá ordenar «que suspendan de las audiencias que corresponda realizar en el marco de los procedimientos de que conocen, inclusive los relativos a actos judiciales no contenciosos, con excepción de aquellas audiencias que requieran la intervención urgente del tribunal»,<sup>60</sup> debiendo reagendar cada una de las audiencias suspendidas para la fecha más próxima posible, posterior al cese de la suspensión ordenada.<sup>61</sup>

Por último, el artículo 1° en su inciso final autoriza la realización de las audiencias y vistas de causas de manera remota para aquellas audiencias que no pueden ser suspendidas, en los términos ya explicados, del inciso segundo del mismo artículo.<sup>62</sup>

Para que se pueda llevar a cabo la realización de audiencias y vistas de causa de manera remota, se deberá cumplir con lo estipulado por el artículo 10° de la misma Ley. Éste decreta que:

*«En los casos en que, conforme a las disposiciones de esta Ley, un tribunal disponga proceder en forma remota, deberá tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso, contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».*<sup>63</sup>

La Ley complementa lo señalado en el artículo 1°, decretando que, durante la vigencia del estado de excepción constitucional mencionado, los tribunales no decretarán audiencias ni actuaciones judiciales que, debido a las restricciones sanitarias pudieran dejar en «indefensión»<sup>64</sup> a una de las partes o intervinientes. Debiendo suspender y reagendar para la fecha más próxima posible.

Pero, lo señalado por dicho artículo «no aplicará respecto de aquellas diligencias y actuaciones judiciales que requieran ser realizadas con

65 Idem. Artículo 3° inciso final.

66 Idem. Artículo 3°.

67 Idem. Artículo 5°.

68 Idem. Artículo 7°.

69 a) Podrá ordenar a los Juzgados de Letras, los Juzgados con Competencia en Materias de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo y los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, y los tribunales unipersonales de excepción, que suspendan las audiencias que correspondan realizar en el marco de los procedimientos de que conocen, inclusive los relativos a actos judiciales no contenciosos, con excepción de aquellas audiencias que requieran la intervención urgente del tribunal.

b) Podrá ordenar a los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que suspendan las audiencias que correspondan realizar en el marco de los procedimientos de que conocen, con excepción de las de control de detención, las de revisión de la medida cautelar de prisión preventiva o internación provisoria, las audiencias de revisión o sustitución de penas de la Ley N° 18.216 y la ejecución de condenas de menores de edad, aquellas en las que se discuta la internación provisional y el cumplimiento de medidas de seguridad, y aquellas que requieran la intervención urgente del tribunal.

70 Idem. Artículo 17°.

urgencia o sin dilación las que en ningún caso podrán ser postergadas, debiendo el tribunal adoptar las medidas del caso para la debida administración de justicia, de oficio o a petición de parte»<sup>65</sup>.

### 2.1.3. Auto Acordado Acta N°53-2020 «Auto acordado sobre funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus»

Debido a que, como se señala, se trata de un texto refundido que coordina la normativa ya revisada en el presente capítulo, por esto, es que sólo se mencionarán aquellos artículos e incisos que especifiquen o cambien algún aspecto relevante para la realización de las ARNNA.

#### 2.1.3.1. Teletrabajo.

El primer punto importante que mencionar es el artículo 2° del cuerpo reglamentario, donde se señala expresamente que tanto el Poder Judicial como los organismos anexos a éste, privilegiarán siempre la salud y la vida, de funcionarios y usuarios del sistema, para lo cual deberán tomar todos los resguardos instruidos por la autoridad sanitaria, utilizando como medida principal el distanciamiento social. Pero se deberá tomar en consideración las circunstancias y contextos de cada uno, en atención con situaciones de especial riesgo y vulnerabilidad.

Posteriormente, el artículo 3°, establece que «en la medida que se encuentre garantizada la vida y la salud de las personas, se preferirá aquellas modalidades que maximicen la transparencia y el correcto funcionamiento del Poder Judicial»<sup>66</sup>, esto en resguardo a los derechos y garantías de las personas, pero en atención a las limitaciones del estado de excepción. El artículo 5° recalca lo señalado anteriormente, al decretar el debido proceso y sus garantías esenciales como el límite para el desarrollo de actuaciones realizadas mediante teletrabajo y videoconferencia.<sup>67</sup>

El artículo 7° señala que, en atención a la situación sanitaria, el teletrabajo será la forma en la que funcionarán los tribunales, debiendo evitar actuaciones presenciales a menos que sean urgentes e indispensables, para lo que habrá turnos presenciales mínimos que permitan llevar a cabo dichas diligencias.<sup>68</sup>

Por último, el artículo 17° del auto acordado señala que, haciendo uso de las atribuciones para suspender audiencias que le entrega el artículo 1° de la Ley N°21.226, la Corte Suprema decide que no suspenderán las audiencias de las judicaturas de la letra (a) y (b)<sup>69</sup> del mismo artículo 1°, de entre los que se encuentran los tribunales de familia, ni tampoco aquellas que requieran la intervención urgente del tribunal.<sup>70</sup>

La urgencia a la cual se refiere, se define de manera más específica por el artículo 18° y, en lo relativo a las audiencias de familia, en su inciso 2°, al calificar como urgentes a las audiencias relacionadas «con medidas de protección o cautelares referidas a niños, niñas y adolescentes, solicitudes de entrega inmediata, autorización de salida del país, violencia intrafamiliar,

71 Idem. Artículo 18°.

72 Idem. Artículo 19°.

73 Idem. Artículo 18°.

74 Idem. Artículo 17°.

75 **LEY 21.226**, de 2020. Artículo 3° inciso 2°: «Se entenderá que se deja a las partes o intervinientes en la indefensión cuando no se cumplan las normas del debido proceso, en los términos del inciso segundo del artículo 1».

76 Auto Acordado Acta N°53-2020. Artículo 22°.

77 Protocolo operativo de funcionamiento de tribunales por medios telemáticos durante la contingencia provocada por COVID-19. Letra B.

78 Idem.

relación directa y regular con los progenitores no custodios, y alimentos provisorios, estas dos últimas de acuerdo a las circunstancias del caso».<sup>71</sup>

Sumado a esto, el artículo 19° habilita al juez que conoce la causa a «ordenar, por razones fundadas, la práctica de aquellas audiencias que, no estando comprendidas en la enumeración anterior, resulten urgentes, en razón de algún peligro inminente para la vida, salud o subsistencia de alguna persona, entre otras situaciones, que pongan en riesgo el respeto de sus derechos».<sup>72</sup> En estos casos el inciso 2° dispone que se podrá realizar mediante videoconferencia.

Para el desarrollo de dichas audiencias se deberá privilegiar la realización remota, mientras sea posible, debiéndose respetar el ya mencionado artículo 10° de la Ley N°21.226.<sup>73</sup>

Debido a lo señalado por el artículo 17°, en principio, las ARNNA, al ser una diligencia de los tribunales de familia, no deberán ser suspendidas. Pero esto no logra responder las interrogantes plasmadas al final del punto anterior.

### 2.1.3.2. Atención presencial.

En lo que a atención presencial se refiere, el auto acordado lo regula someramente en tan solo dos artículos, manteniendo la línea de acción del uso de la videoconferencia siempre que esto sea posible y como excepción se autoriza que las actuaciones se realicen de manera presencial, esto solo en los casos en los que no fuera posible el uso de medios telemáticos o que dicho método pudiera generar algún perjuicio a alguna de las partes.

Así, el auto acordado, tanto en el artículo 13° como en el 22°, establece la necesidad de turnos presenciales para la satisfacción de los casos en que la atención al público sea imposible de hacerse mediante medios telemáticos<sup>74</sup> y el desarrollo de audiencias que, por su naturaleza o situación particular no pudiera ser celebrada por medios telemáticos, sin generar «indefensión»<sup>75</sup> a las partes y que fuera indispensable celebrar en los principios revisados en los diferentes cuerpos normativos.<sup>76</sup>

### 2.1.4. Protocolo operativo de funcionamiento de tribunales por medios telemáticos durante la contingencia provocada por COVID-19.

Este protocolo regula la realización de ARNNA en el contexto actual de pandemia, específicamente el derecho a ser oído de los NNA, en el punto V. de la letra B, denominado «Materializar el derecho del NNA a ser oído por el juez mediante la habilitación de medios telemáticos».<sup>77</sup>

Así, el protocolo establece que «La realización de estas diligencias por medios telemáticos será complementaria a su ejecución presencial, forma que deberá preferirse cuando el juez advierta irregularidades o posible vulneración de derechos»<sup>78</sup>

Seguidamente, la misma disposición señala que el tribunal deberá asegurar la confidencialidad y respeto de las garantías de las ARNNA realizadas mediante medios telemáticos, debiendo para esto:



79 Idem.

«I) Evaluar si la persona se encuentra en un entorno adecuado para dar una declaración libre y espontánea».79

80 Idem.

«II) En la medida que no resulte invasivo para el usuario y los medios disponibles lo permitan, solicitar que muestre o describa el lugar desde donde se contacta y si se encuentra acompañado, teniendo siempre presente la necesidad de garantizar la atención».80

81 Idem.

Finalmente, si se determina, que no se cumplen los requisitos de confidencialidad o se considera que la declaración no es libre, se habilita al juez/a a adoptar todas las medidas que las circunstancias del caso requieran.<sup>81</sup>

Así, el protocolo, el cual como ya mencioné, fue adoptado por una mesa de trabajo constituida de entre otros por el presidente y ministros de la Corte Suprema, ha dado autorización para la realización de las ARNNA de manera presencial, cuando el/la juez/a conocedor/ra del caso advierta irregularidades o posible vulneración de los derechos del NNA.

Para esto, se da principal importancia a la privacidad, debiendo evaluar si el NNA se encuentra en un entorno adecuado para dar su declaración de manera libre y espontánea, punto que recalca nuevamente la privacidad, la cual se logra fácilmente con la presencialidad en los tribunales de familia, situación que se corrobora al poner la ejecución presencial como «preferible» si se advierten dichos problemas.

## 2.2. Funcionamiento efectivo de la audiencia reservada con niños, niñas y adolescentes en pandemia.

En este punto, revisaré primeramente la experiencia que han tenido 5 jueces/zas de familia, todos/das pertenecientes a tribunales de la Región Metropolitana o de Valparaíso y todos con por lo menos 15 años de ejercicio como jueces/zas en tribunales de familia exceptuando un caso, la cual fue designada como jueza de familia hace 5 años.

Los/las magistrados/das fueron contactados mediante las direcciones de correo electrónicos habilitados de cada tribunal, a través de la comunicación con los/las administradores/ras respectivos, a excepción de una magistrada, la cual fue contactada a través de su dirección de correo electrónico personal. Todos dieron su consentimiento, escrito y verbal para la grabación y posterior utilización de sus nombres y sus respuestas, solo exceptuando una magistrada que no autorizó el uso de su nombre.

Posteriormente analizaré la experiencia que han tenido 3 abogadas, que se desempeñan habitualmente en los tribunales de familia, todas con experiencia como curadoras ad-litem y con más de 10 años de ejercicio en la profesión en el área de familia. Las cuales fueron contactadas mediante sus números telefónicos personales y autorizaron tanto verbal como de manera escrita, la grabación y posterior utilización de sus nombres y sus respuestas para la realización de la presente investigación.

### 2.2.1. Entrevistas a jueces/zas de familia.

Los jueces/zas de familia son los encargados de dirigir las ARNNA y cuando lo estimen conveniente de efectuar personalmente la audiencia, además, de ser actores primordiales de éstas, pues el objetivo de esta actuación es que el NNA sea oído efectivamente por la persona que finalmente tomará la decisión del caso y la cual ha de tender siempre a cumplir con el Interés Superior del Niño.

Primeramente, se les preguntó: ¿Los tribunales de familia han dictado algún reglamento particular para la realización de audiencias? ¿Y en específico para las ARNNA?, a esta pregunta todos respondieron negativamente, señalando que la plataforma de realización y como se ha de realizar y actuar en la ARNNA queda a criterio del juez/a a cargo, el cual ha de conversar dicho punto con el/la consejero/a técnico/a. Además, cuando se les pregunta acerca de si existe algún protocolo acerca de la realización de audiencias, todos niegan conocer el Protocolo operativo de funcionamiento, analizado en el punto anterior del capítulo.

En cuanto a la modalidad en la que suelen realizar las ARNNA, 3 de los 5 entrevistados/as, declaran utilizar primordialmente la videoconferencia y tan solo 2 dos señala que su metodología principal es la presencial en los tribunales de familia. Aunque, de los magistrados/as que utilizan la videoconferencia, tan solo el magistrado Carlos Hidalgo<sup>82</sup>, del 1° Juzgado de Familia de San Miguel, declara no haber realizado al menos 1 ARNNA de forma presencial, el resto se ha visto en la necesidad por casos puntuales y especialmente sensibles.

A su vez, los 2 los jueces/zas que suelen celebrarlas de manera presencial, declaran haber realizado a lo menos 1 audiencia por medios telemáticos, principalmente al inicio de la pandemia. Además, ambos son pertenecientes al mismo juzgado, el juzgado de Familia de Pudahuel.<sup>83</sup>

En la realización de las audiencias, 3 de los 5 entrevistados declararon haber tenido problemas de conexión a internet del NNA, los cuales generan espacios de tiempo e inconvenientes. También señalan que, en muchas ocasiones, los padres y los NNA utilizan el mismo dispositivo electrónico para conectarse a las audiencias, en especial en los casos en que el NNA es de edad reducida, por la necesidad de asistencia que estos requieren debido a su falta de conocimientos frente a la tecnología. Por último, se señala por 2 magistradas que, de no contar con los equipos o conexión necesarios, se les suele citar al tribunal, en donde se les facilita un computador en donde se conectan a la videoconferencia, aunque esto no suele ser una problemática usual.

Ya en la realización de la ARNNA, al ser preguntados por las medidas que adoptan para asegurar el cumplimiento de las garantías del NNA al momento de la audiencia, todos los magistrados/das señalan conversar con los padres, tutores o tenedores y el menor para explicar el carácter confidencial de la audiencia, además de advertir a estos de posibles represalias por infringir este secretismo. Sumado a esto, señalan que le preguntan al NNA si se encuentra solo y si tiene la puerta cerrada.

82 Autoriza al uso de su nombre y sus respuestas mediante consentimiento informado.

83 Autorizan al uso de sus nombres y sus respuestas mediante consentimiento informado.

84 Autoriza al uso de su nombre y sus respuestas mediante consentimiento informado.

85 **CARLO MARCELO CASAULA MEZZANO**, magistrado, Juzgado de familia de Pudahuel.

86 **CARLOS OSVALDO HIDALGO HERRERA**, magistrado, 1° Juzgado de Familia de San Miguel.

87 **CARLO MARCELO CASAULA MEZZANO**, magistrado, Juzgado de familia de Pudahuel.

88 Magistrada no autoriza el uso de su nombre.

89 Magistrada no autoriza el uso de su nombre.

90 Autoriza al uso de su nombre y sus respuestas mediante consentimiento informado.

De la misma forma, la totalidad de los entrevistados afirman que la medida más importante a adoptar es efectuar una observación mayor durante la celebración de las ARNNA, mediante la cual han de evaluar constantemente si las condiciones para la realización de la audiencia se cumplen y, de no ser así, suspender la audiencia.

A lo anteriormente señalado, se suma que los magistrados Carlos Casaula<sup>84</sup> y Carlos Hidalgo se muestran desconfiados sobre la posible intervención de terceros en la audiencia. Así, el primero fue enfático en recalcar que las medidas que se adoptaban «básicamente se basan en confianza».<sup>85</sup> Por su parte, el segundo especifica que «muchas veces hay intervenciones de terceros en la misma casa, que puede ser la mamá, el papá o un primo. Uno no sabe porque no ve más allá de este recuadro que nos estamos viendo nosotros, entonces puede haber alguna inoculación de información que puede perjudicar el desarrollo de la audiencia reservada».<sup>86</sup>

Por último, se les preguntó si, en su consideración, la reunión física con el menor en los tribunales, por parte del juez/a o del concejero/a técnico/a con el NNA para la realización de las ARNNA, es relevante y, si en su consideración el uso de la videoconferencia logra cumplir con el objetivo de las ARRNA.

Ante la primera pregunta, la totalidad de los entrevistados respondió de manera afirmativa, arguyendo de manera similar, señalando que la presencia con el menor, en especial en sala Gesell, permite de manera más efectiva generar el ambiente de confianza y de comodidad necesarios para la realización de la audiencia, donde además se puede visualizar de mejor manera al NNA, no tan solo en el recuadro, así el «lenguaje corporal, el lenguaje no hablado, el tipo de mirada, tipo de gesto, la tonalidad del discurso lo puedes captar mucho mejor en forma presencial. Cuando tú escuchas a un NNA la información o clase de indicio que tú puedas recopilar, es más a través de esos cauces, que del texto mismo que te dice el NNA».<sup>87</sup>

Aunque, una magistrada señaló que dicha relevancia es tan solo en un principio, pero que «cuando estábamos en trabajo presencial, la entrevista de un niño en el tribunal es complicada, no con lo que uno realiza simplemente, sino porque eso significa muchas cosas para el niño»<sup>88</sup> y que «a lo mejor un niño tímido, que pueda estar en una audiencia virtual con alguien, con una participación activa de un curador ad-litem que le ha informado cuáles son sus derechos y que sea un adolescente, por ejemplo, él va a tener mayores herramientas para poder participar de esa entrevista de forma más libre y resguardando ciertas cosas, sabiendo cuáles son sus derechos.»<sup>89</sup>

Frente a la última pregunta, 3 de los 5 magistrados/as considera que el uso de la videoconferencia para ARNNA no logra cumplir con el objetivo de esta actuación, señalando todos los aspectos mencionados en la pregunta anterior, lo que hace que no se logre adquirir toda la información que se debería. Por otro lado, la magistrada Soledad Vielva<sup>90</sup> destaca que la razón sería que «muchas veces es un anhelo del NNA ser partícipe del juicio, conversar con el juez, conocer al juez, verle la cara y saber quién es el que está resolviendo sus cosas... La verdad es que este distanciamiento que nos generan las audiencias de forma remota, yo creo que tampoco satis-

**91 SOLEDAD CAROLINA VIELVA IRIONDO**, magistrada, Juzgado de familia de Pudahuel.

**92** Autoriza al uso de su nombre y sus respuestas mediante consentimiento informado.

**93** Autoriza al uso de su nombre y sus respuestas mediante consentimiento informado.

**94 ESTER RODRÍGUEZ**, abogada, curadora-ad-litem y Profesora de Derecho en la Universidad Diego Portales.

**95** Autoriza al uso de su nombre y sus respuestas mediante consentimiento informado.

face íntegramente ese derecho y es interés del niño de conocer al juez de su caso».<sup>91</sup>

En tanto las dos opiniones que responden conformes frente al objetivo de la ARNNA con el uso de videoconferencia, ambas señalan que, en general, ha sido una herramienta que, si bien no es ideal, es lo mejor que se tiene bajo las circunstancias sanitarias.

### 2.2.2. Entrevistas a Abogadas de Familia.

Ya analizadas las respuestas de las entrevistas a magistrados/as de familia, revisaré las experiencias de abogadas que desempeñan en la protección de los intereses de NNA, tanto como curadoras ad-litem (2) o como abogadas particulares (1) Esto debido a que muestran la otra cara de la ARNNA, la visión de la representación del NNA.

Primeramente, se hace presente que, al ser preguntadas, al igual que los magistrados/as ninguna de las 3 entrevistadas menciona conocer la existencia de alguna normativa o protocolo de los tribunales de familia, en tanto a la realización de audiencias mediante videoconferencia, ni de igual forma el protocolo operativo de funcionamiento analizado.

Ahora, cuando se les pregunta acerca de las modalidades en las que les ha tocado ser parte de una ARNNA desde la autorización del uso de la videoconferencia en el Poder Judicial, la totalidad responde que, en casi su mayoría absoluta, les ha tocado la realización de la ARNNA mediante el uso de la videoconferencia. La abogada, Angie Olguín<sup>92</sup>, asegura que fuera de la Región Metropolitana, actualmente las ARNNA se realizan de manera presencial en tribunales.

Por su parte, la abogada y profesora Ester Rodríguez<sup>93</sup> señala que en un principio los tribunales de familia optaron por la suspensión de las ARNNA, esto, a su parecer, debido al desconocimiento que se tenía por parte de los tribunales y en general de la sociedad, frente a la pandemia por COVID-19, donde posiblemente se tuvo miedo de que los relatos no fueran fidedignos y que la situación de confinamiento sería reducida. Pero que con el pasar del tiempo, el Poder Judicial en general optó por la utilización de la videoconferencia como un mal menor.<sup>94</sup>

Posteriormente, al ser preguntadas por posibles problemas para la realización de las audiencias mediante la videoconferencia, las 3 abogadas responden que, en su generalidad, el problema más recurrente es la conexión, situación que los tribunales entienden sin problemas. La abogada Ester Rodríguez corrobora las opiniones vertidas por los magistrados/as que señalaban los espacios de tiempo e inconvenientes que se generan por estos desperfectos en la conexión, al señalar que se han llegado a demorar más de 30 minutos en solucionar desperfectos y en calibrar temas técnicos.

Por otro lado, la entrevistada Pamela Ponce Forner,<sup>95</sup> la cual ejerce actualmente como curadora ad-litem perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial y como abogada particular, menciona que, sin importar dichos problemas de conexión, según su experiencia, en las ARNNA ha aumentado la asistencia debido a que la realización de las ARNNA mediante videoconferencia no requiere un gasto de dinero ni tiempo en movilización

96 **PAMELA PONCE FORNER**, Curadora Ad-Litem de la Corporación de Asistencia Judicial.

97 **ANGIE OLGUÍN**, abogada.

98 **ESTER RODRÍGUEZ**, abogada, curadora-ad-litem y Profesora de Derecho en la Universidad Diego Portales.

99 **PAMELA PONCE FORNER**, Curadora Ad-Litem de la Corporación de Asistencia Judicial.

y en alguien que cuide al resto de sus hijos o niños a su cuidado, aunque recalca que la inmediación es lo ideal.<sup>96</sup> Declaración que al igual que las dadas por una de las magistradas, muestra otro aspecto, en donde la videoconferencia ayuda a la realización de ARNNA.

Ahora, cuando se les pregunta acerca de las medidas que adoptan los tribunales para asegurar el cumplimiento de las garantías del NNA al momento de la audiencia, se vuelven a mencionar las mismas medidas que mencionan los jueces/zas, agregando solamente que algunos jueces/zas solicitan a los NNA mostrar con la cámara la puerta y la habitación. Frente a esto, dos de las tres entrevistadas señalan que dichas medidas no generan certeza alguna, pudiendo haber alguien detrás de las puertas o un teléfono grabando en alguna parte de la habitación, situación que no permite en muchos casos, estar tranquilo al NNA mientras se realiza la audiencia.

En este punto, la abogada Angie Olguín señala que, en su mayoría, los padres han mostrado conocimiento de las declaraciones de los NNA en la ARRNA?, donde la información que conocen solo podrían saberla habiendo escuchado la actuación, debiendo hacer presente esta situación los magistrados/as de las causas. Por lo que para ella «no hay ninguna garantía que haga una declaración independiente y sin temor».<sup>97</sup> Situación, a lo menos preocupante y que recalca de manera grave uno de los grandes temores que se tiene en estas audiencias.

Finalmente, se les realizó las mismas dos preguntas que a los magistrados/as acerca de la importancia de la reunión física del NNA en los tribunales, con el juez/a o del consejero/a técnico/a, para la realización de las ARNNA y si en su consideración el uso de la videoconferencia logra cumplir con el objetivo de las ARRNA.

Frente a la primera pregunta, 2 de las 3 entrevistadas señalan que es relevante, toda vez que esta reunión física en los tribunales logra controlar la posible intervención o escucha de terceros, creando a su vez un ambiente de confianza positivo para la audiencia. Además, de ayudar al consejero/a técnico/a llegar a las preguntas necesarias para recopilar la información requerida. Por último, Ester Rodríguez recalca que debido a los tiempos de espera en tanto a la solución de problemas de conexión la entrevista puede pasar de una duración promedio de 30 minutos, cuando es realizada de manera presencial, a una duración de 5-10 minutos, debido a que los jueces/zas son conscientes de tener gente esperando tiempo extra por los problemas de conexión.<sup>98</sup>

En disconformidad, se encuentra Pamela Ponce. Ésta señala que «no es relevante, aunque si puede ser beneficioso, es decir, se puede llegar a una misma conclusión y se pueden establecer parámetros y obtener información de la entrevista, igualmente por videoconferencia como en forma presencial. Aunque eso no quita que presencialmente sea mucho más fácil la llegada y la conexión.».<sup>99</sup>

En cuanto a la última pregunta relativa a si la videoconferencia logra cumplir el objetivo de la ARNNA, las 3 entrevistadas responden afirmativamente, pero no de manera absoluta. Ester Rodríguez considera que en algunos casos se lograría cuando son temas sencillos y se trata de adolescentes, pero que en el resto no habría certeza, por lo que no se lograría,

**100 ESTER RODRÍGUEZ**, abogada, curadora-ad-litem y Profesora de Derecho en la Universidad Diego Portales.

**101 ANGIE OLGUÍN**, abogada

**102 PAMELA PONCE FORNER**, Curadora Ad-Litem de la Corporación de Asistencia Judicial.

aunque entre el uso de la videoconferencia y la suspensión, prefiere los medios telemáticos.<sup>100</sup>

Frente a esto, Angie Olguín considera que se cumpliría desde la perspectiva de que los juicios avancen, pues un juicio detenido no es beneficioso para el NNA, esto les generan altos grados de estrés, además, de recalcar que la precepción del paso del tiempo para un NNA es mucho mayor que el de un adulto, pudiendo perder todo vínculo con una persona de la cual se le ha alejado. Pero considera que en casos más complicados «es necesario hacer un esfuerzo de parte de todos los que intervenimos para que las ARNNA sean presenciales».<sup>101</sup>

Por último, Pamela Ponce considera que se cumpliría el objetivo de las ARNNA, ya que en su mayoría los casos de los NNA requieren de una solución rápida y los medios telemáticos permiten que en estos casos continúe con el procedimiento y que, en general, se logra capturar la información necesaria. A esto agrega, que gracias a la videoconferencia se logra entrevistar a muchos niños, aunque conectar con el NNA se vuelva más complicado, pero que «igualmente se puede».<sup>102</sup> Opinión acorde a sus anteriores respuestas, donde afirma que, sin ser un modelo ideal, es el mejor posible en estas circunstancias sanitarias, en vista de la continuidad del servicio judicial.

### 3) Peligros y transgresión al principio de inmediación por el uso de videoconferencia en ARNNA.

Ya con los conocimientos y antecedentes necesarios expuestos, es que en este último capítulo expondré los 4 peligros que logro identificar en la realización de ARNNA mediante el uso de la videoconferencia en el contexto de pandemia por COVID-19, en lo que al principio de inmediación respecta, para finalmente poder responder la pregunta de investigación planteada en la introducción del presente trabajo: ¿de qué manera la realización de ARNNA por videoconferencias infringe el principio de inmediación en los procedimientos de familia?

#### 3.1. Peligros del uso de la videoconferencia en ARNNA en relación con el principio de la inmediación.

Teniendo en cuenta la normativa vigente, analizada en el capítulo II, más las experiencias y opiniones de los entrevistados en el capítulo precedente, es que considero que los peligros por el uso de la videoconferencia en audiencia reservada se resumen en los siguientes puntos.

##### 3.1.1. Problemas técnicos.

Como bien se plasma en las entrevistas del punto 2.2. del capítulo II, la gran mayoría de los entrevistados reconoce problemas en la conexión de internet, la cual puede llegar a generar lapsus de tiempo de espera en las audiencias, espacios que como bien señala la abogada y profesora Ester Rodríguez, han llegado a los 30 minutos de duración.

Dicha situación, en un principio, podría considerarse un problema grave, más aún si se tienen en cuenta los dichos de la misma abogada, en donde señala que se resta tiempo a la ARNNA derivado de esta situación, pasando de 30 minutos promedio cuando se celebra presencialmente a tan solo 10 minutos cuando se realiza mediante medios telemáticos.

Así considero, que el problema fundamental en este punto no son los problemas técnicos sufridos en sí, sino la falta de comunicación por parte de los tribunales con estos acerca de la posibilidad de que se generen dichos lapsus de tiempo y la disposición que tienen los tribunales para otorgar el tiempo necesario a las ARNNA, pudiendo simplemente realizar las audiencias con la duración normal, solicitando comprensión a la parte entrevistada, esto teniendo en cuenta que mediante la videoconferencia se requiere un mayor esfuerzo para asegurar las garantías del NNA y para lograr el ambiente y la conexión requerida con el NNA para la correcta realización de la ARNNA.

Lo anterior se vería apoyado por el hecho de que la audiencia celebrada por medios telemáticos exige menos tiempo a la parte entrevistada para poder ser llevada a cabo, esto teniendo en consideración que para su realización no se requiere movilización alguna de la parte ni de los funcionarios, ni el respeto de los protocolos de los tribunales para el ingreso de las personas a las instalaciones, debido a que se realizan desde la ubicación en la que se encuentren las personas involucradas, por lo que no es necesaria una disminución del tiempo de la audiencia para evitar disgustos o complicaciones de agenda de los intervinientes.

Otra situación diferente es la ocurrida con los casos de falta de recursos para la realización de la audiencia, donde se cita al menor a los tribunales para poder facilitar un equipo con el que poder conectarse a la ARNNA, en conformidad a lo establecido por el artículo 13° y 22° del auto acordado 53-2020. Esta circunstancia, a mi parecer, es un sin sentido, puesto que de citar al NNA a las instalaciones del tribunal, ¿no sería más que lógico que se entrevistara presencialmente al NNA por parte del consejero/a técnico/a? Esto debido a que perfectamente el juez/a podría estar observando la audiencia a través de un medio telemático y comunicándose por micrófono con el encargado/a de realizar la audiencia, situación que es similar a como se realiza en sala Gesell.

### **3.1.2. Falta de certeza en la confidencialidad y la no intervención.**

Primeramente, es menester recalcar la importancia de la confidencialidad y la no intervención de terceros en las ARNNA, esto debido a que el ya mencionado<sup>103</sup> fin último de las ARNNA es que el «niño pueda dar su parecer de manera libre, sin distorsiones y sin consecuencias adversas»<sup>104</sup>, situación que cuesta imaginar se logre si no se mantiene los puntos tratados en los siguientes párrafos.

Por lo mismo, abordaré ambos puntos como un mismo problema, ya que, los dos requieren la completa ausencia de terceros presentes en la realiza-

<sup>103</sup> Capítulo 1 «La audiencia reservada», epígrafe 1.2 «Concepto de audiencia reservada y condiciones para su aplicación» del presente proyecto.

<sup>104</sup> ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 132.

ción de la ARNNA, y, de igual forma, se relacionan en tanto a la seguridad con la que el NNA podrá efectuar sus declaraciones.

Así, siguiendo lo señalado en las entrevistas, para poder asegurar que el NNA no se encuentra acompañado, los jueces/zas suelen conversar con las partes y el NNA, explicándoles la importancia de la actuación a realizar, recalcando el carácter de confidencialidad de ésta. Posteriormente, se les envía a una sala de espera y en los casos en que se encuentren en el mismo lugar físico se les solicita que se retiren de éste.

Así, una vez estén las condiciones, se le pregunta al NNA si está solo, los magistrados/as en todo momento mantienen una observación minuciosa de indicios en el comportamiento y en la actitud del menor, atentos a que pudiera indicar que no se encuentran solos o que pudieran estar siendo presionados en lo que decir o no. Finalmente, algunos jueces/zas hacen apuntar la cámara de los equipos alrededor de la estancia para ver si se encuentra la puerta cerrada y si hay alguien en el lugar.<sup>105</sup>

Estas medidas aportadas por los entrevistados, a mi parecer, no logran cumplir con su objetivo, pues como bien señaló uno de ellos «la parte que quiera hacer trampa, la va a hacer».<sup>106</sup> Así, como el mismo magistrado señala «se basa en la confianza»<sup>107</sup>, situación que, al tratarse de un derecho en el que es fundamental la confidencialidad para así poder permitir que el sujeto de derecho emita su parecer y que sea considerado en la toma de las decisiones que le afecten, no sería suficiente ya que no dan certeza alguna de que no se encuentre un tercero en el lugar o que esté grabando de alguna forma.

Esta situación se agrava con la declaración de la abogada Angie Olgúin, la cual como bien se señaló en el resumen de su entrevista, asevera que en muchas ocasiones los padres se han enterado de información que solo podrían saber de haber escuchado la ARNNA?<sup>108</sup> De igual forma a la abogada Ester Rodríguez en una entrevista con un NNA que patrocinaba, tuvo que idear un lenguaje de señas para poder comunicarse, pues el NNA les mencionaba que estaba siendo vigilado/a<sup>109</sup>.

Queda claro así que estas situaciones son posibles y que los temores que se tenían tanto por el Poder Judicial como por los abogados/as que ejercen como curadores Ad-Litem han sucedido y seguirán sucediendo mientras se siga utilizando la videoconferencia para este tipo de actuaciones, especialmente importantes y confidenciales.

### 3.1.3. Falta del ambiente.

Este punto es, en parte, un derivado del anterior, puesto que la certeza de confidencialidad en la realización de las ARNNA es clave para generar un ambiente de confianza y comodidad, el cual, como todos los entrevistados afirman, se requiere para que el NNA preste su declaración de forma clara y que exprese su verdadero parecer.

A esto se suma el primer requisito expuesto por los profesores Etcheberry y Fuentes, que ya analizamos en el capítulo I, este es: «Condiciones materiales y de infraestructura».<sup>110</sup> Este refiere a que el contexto físico en

**105** Recordar que las medidas adoptadas son dependientes de cada magistrado/da, esta medida la señala el magistrado Marcelo Casaula Mezzano al referirse a las medidas adoptadas por otro magistrado que conoce.

**106** CARLO MARCELO CASAULA MEZZANO, magistrado, Juzgado de familia de Pudahuel.

**107** Idem.

**108** ANGIE OLGUÍN, abogada

**109** ESTER RODRÍGUEZ, abogada, curadora-ad-litem y Profesora de Derecho en la Universidad Diego Portales.

**110** ETCHEBERRY Y FUENTES. Op. Cit.



111 Idem.

112 Recordar que la ARNNA fue inicialmente concebida para los casos del artículo 68 de la Ley 19.968, titulado «Procedimiento de aplicación de medidas de protección».

113 **COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, Observación General N°12: El derecho del niño a ser escuchado (2009).

114 **FAST, JULIUS**, citado por Aguado, A. y HEREDIA, L. (1995-1996). La Comunicación No Verbal. Revista pedagógica, N° 10-11, pp. 141-154. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2244137.pdf> [fecha de visita 3 de julio de 2021].

115 **AGUADO Y HEREDIA** (1995-1996) 141-154.

116 **CARLO MARCELO CASAULA MEZZANO**, magistrado, Juzgado de familia de Pudahuel.

el que ejerza su derecho a ser oído deba inspirar confianza, evitando un entorno intimidatorio y hostil.<sup>111</sup>

Así, cabe la posibilidad que una ARNNA se efectúe con el NNA en el lugar en donde se generan los hechos meritorios del caso o que la persona se encuentre en la propiedad, como sucede en casos en que el NNA se encuentra institucionalizado o como cuando es el tenedor el victimario. Cuesta pensar un peor lugar físico en el que el NNA pudiera estar, aunque claramente esta no es la situación de todos los casos que llegan a ARNNA, pero si el de una considerable cantidad, teniendo en cuenta que muchos de los casos en que se solicita una ARNNA son por necesidad de medidas de protección del artículo 68 y siguientes de la Ley N°19.968.<sup>112</sup>

Por esto considero que al igual que el punto anterior, la videoconferencia como modalidad para la realización de ARNNA impide generar el ambiente necesario para la correcta realización de la AR, infringiendo además el primer requisito analizado en esta investigación y con eso los puntos 42° y 34° de la Observación General N°12.<sup>113</sup>

### 3.1.4. Pérdida de información en la declaración.

Este punto refiere a toda la información que se pierde en la declaración del NNA, ya sea hablada como de lenguaje no verbal, a través de la declaración por video conferencia. Gracias en parte a la falta de ambiente explicado en el punto anterior, sumado a que el consejero/a técnico/a y el juez/a no pueden estar frente al menor de manera presencial, perdiendo como ya se mencionó una multitud de elementos esenciales de la declaración.

El lenguaje corporal resulta importantísimo a la hora analizar los verdaderos sentimientos de los NNA, esto debido a que «representamos nuestros estados de ánimo con el lenguaje corporal, no verbal»<sup>114</sup> esto de manera constante e involuntaria.<sup>115</sup> Esto se ve reforzado por los dichos citados en el resumen de la entrevista del magistrado Casaula, el cual señala en relación a la importancia del lenguaje no verbal que «cuando tú escuchas a un NNA, la información o clase de indicio que tú puedas recopilar, es más a través de esos cauces, que del texto mismo que te dice el NNA».<sup>116</sup>

Así, debido a la falta de ambiente que se genera por las razones expuestas en el punto anterior, se vuelve complicado que el NNA se sienta cómodo frente a la cámara para declarar verbalmente toda la información que se requiere para conocer su verdadero parecer, adquiriendo aún más importancia el lenguaje no verbal que, como ya se mencionó, involuntariamente muestra los sentimientos de la persona. El problema es que, actualmente en las ARNNA, además de enfrentar al NNA a un ambiente hostil de audiencia de tribunal, se suma que, debido al uso de la videoconferencia el espacio físico en el que se encuentra muy posiblemente no inspira confianza ni comodidad al NNA, por lo que las emociones transmitidas serán en gran parte de incomodidad o de nerviosismo por la situación y preguntas, y no por su pensar del caso.

A esto se suma el hecho de que las cámaras de video de los dispositivos suelen enfocar solamente el tronco superior y la cabeza de las personas, perdiéndose toda la información no verbal del NNA entrevistado de los

hombros a los pies, tales como piernas en movimiento, objetos agarrados de manera nerviosa, movimientos involuntarios, de entre muchos otros.

Por toda esta pérdida de información es que considero que este peligro es efectivo y grave. El objetivo primordial es que el NNA pueda transmitir su verdadera opinión acerca de un tema sometido a conocimiento judicial, que lo afectará, para que sea tomado en cuenta, en atención a su edad y madurez, a la hora de tomar la decisión.

### 3.2. ¿De qué manera la realización de ARNNA por videoconferencias infringe el principio de intermediación en los procedimientos de familia?

Frente a la pregunta de investigación planteada en la introducción del presente proyecto, considero que el uso de la videoconferencia para la realización de ARNNA en tribunales de familia, durante la pandemia por COVID-19, infringe el principio de intermediación que rige esta actuación, por las normas ya analizadas en el capítulo I de la presente investigación.<sup>117</sup>

Esta situación se genera, pues el uso de medios telemáticos en las ARNNA trae aparejado 3 grandes problemas para el desarrollo de este tipo de audiencias, estos son:

1. La falta de certeza en la confidencialidad y la no intervención;
2. La falta de ambiente y;
3. La Pérdida de información en la declaración.

Así estos problemas, ya analizados en el acápite anterior, considero que transgreden el principio de intermediación definido en el capítulo I, en su punto 1.3.1, por Isidoro Eisner, toda vez que el uso de la videoconferencia para la celebración de ARNNA, al presentar estos 3 problemas, no lograría generar que el juez/a se halle en «permanente e íntima vinculación» con el NNA en una audiencia que es realmente importante para un procedimiento de Familia, no dejándolo «conocer en toda su significación el material de la causa» para luego poder resolver de la manera más óptima.

Ahora, esta transgresión a mi parecer no es absoluta, pues como muy bien se señala por los entrevistados, hay algunos casos en que las ARNNA no son un tema conflictivo o decisivo por la temática que se está tratando, como puede ser el caso de una adopción de un NNA por parte de la pareja de su madre o padre, cuando todos están de acuerdo. Situación en donde no se infringiría el principio de intermediación de una manera inaceptable, pues, aunque efectivamente se pierden los aspectos desarrollados en el acápite anterior, la declaración no sería lo suficientemente relevante como para señalar que el/la magistrado/a no logra conocer en toda su significación material de la causa, pudiendo resolver sin mayor problema, esto debido a que no hay un conflicto en la causa que pudiera presumir una intervención de un tercero en la declaración del NNA o posibles represalias por las opiniones que este entregue en la ARNNA.

Por otro lado, hay casos en que como bien señala la abogada Angie Olgún que, aunque no son tan sencillos y poco contradictorios como el señalado en el párrafo anterior, solo falta la realización de la ARNNA para poder dictar sentencia, por lo que en gran parte la opinión del juez/a ya está

**117 ARTÍCULOS 9° Y 12° DE LA LEY 19.968;** Convención sobre los Derechos del Niño y su Observación General N°12, en especial atención a su punto 34°.

118 EISNER (1963) 33.

119 Medidas de protección del artículo 68° de la Ley N°19.968.

120 ETCHEBERRY Y FUENTES (2018) 131.

121 Idem.

122 LEY 19.968, de 2004.

123 Decreto 830, Ministerio de relaciones exteriores, de 1990, Promulga convención sobre los derechos del niño. Diario oficial, 27 septiembre 1990.

124 Derogado.

formada. En estos casos y en atención al daño que podría generar al NNA el no resolver por la falta de una ARNNA que, por la claridad de los hechos por parte del juez/za no sería del todo relevante para la decisión final, por lo que considero que la afectación al principio de inmediación, al igual que el caso anterior, aunque existente sería irrelevante, pues no impediría al magistrado/da «conocer en toda su significación el material de la causa»,<sup>118</sup> por lo que no se justifica suspender la continuidad de la causa para poder realizar la ARNNA, pues el daño para el menor por la no resolución del caso sería mayor al que sufriría por la no realización de la audiencia reservada de manera presencial, justificándose en estos el uso de los medios telemáticos, aunque es preciso analizar caso a caso si se está frente a la situación descrita.

Por todo lo anteriormente expuesto, es que considero que el uso de la videoconferencia para la realización de las ARNNA en tribunales de familia infringe de manera considerable el principio de inmediación que rige esta actuación, frente a la definición recogida de Isidoro Eisner, en los casos en que se tengan que adoptar medidas de protección para proteger al NNA,<sup>119</sup> en aquellos en que la opinión de este último sea sumamente relevante para la toma de la decisión por parte de el/la Juez/a y cuando los hechos del caso hacen presumir que la seguridad del NNA y de su declaración están en riesgo, siendo sumamente perjudicial el uso de medios telemáticos para la celebración de las ARNNA. Pero no así en los casos en que el objeto del juicio no sea estrictamente contencioso o cuando la decisión y los hechos del caso están sumamente claros para el/la magistrado/a y la dilatación del caso no se justificaría por el daño que le generaría al NNA la no resolución por parte del tribunal.

Por esto, se debe analizar caso a caso la situación, pues como mostré en los ejemplos de los párrafos anteriores, el uso de medios telemáticos muchas veces resulta útil y la afectación al principio es irrelevante para la dictación de la sentencia.

## Conclusiones

La ARNNA es una actuación procesal llevada presencialmente ante los tribunales de familia, la cual los profesores Leonor Etcheberry y Claudio Fuentes definen «como una reunión en la que existe un contacto directo entre el juez y el NNA»,<sup>120</sup> que tiene como objetivo que «el niño pueda dar su parecer de manera libre, sin distorsiones y sin consecuencias adversas».<sup>121</sup> Esta actuación es instaurada en la legislación chilena por la Ley N°19.968 en sus artículos 69° y 79°,<sup>122</sup> como la expresión del derecho de los NNA a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, del artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>123</sup>

Pero debido a la pandemia por COVID-19, se dictaron los auto acordados acta 41, 42,<sup>124</sup> 51 y 53 del 2020, además de la Ley N°21.226 y el Protocolo operativo de funcionamiento de tribunales por medios telemáticos durante la contingencia provocada por COVID-19, ambos del mismo año. Todos encaminados a la regulación del actuar del Poder Judicial frente a las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades competentes, las cuales,

al decretar como medida preventiva primordial el distanciamiento social no permiten el normal funcionamiento de los tribunales pertenecientes al Poder Judicial.

Así, el artículo 1° de la Ley N°21.226 autoriza a la Corte Suprema a suspender las audiencias de, entre otros, los tribunales de familia, cuando lo estime conveniente, en atención al contexto sanitario. La Corte Suprema decide en auto acordado acta N°53 no suspender las audiencias de estos tribunales y decreta el uso de la videoconferencia como el método principal para su realización. Audiencias entre las cuales se encuentran las ARNNA.

Frente a esta situación, es importante tener en cuenta que el PFP de intermediación, definido por Isidoro Eisner como «el principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez/a o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien a su término ha de pronunciar la sentencia que la resuelva»,<sup>125</sup> es uno de los principios rectores de esta actuación.<sup>126</sup>

Teniendo esto presente y apoyado por los dichos vertidos en las entrevistas efectuadas en el capítulo II de la presente investigación, es que llego a la conclusión de que el uso de la videoconferencia para la celebración de ARNNA genera tres grandes problemas:

1. La falta de certeza en la confidencialidad y la no intervención;
2. La falta del ambiente y;
3. La Pérdida de información en la declaración.

Los cuales considero que transgreden, aunque no de manera absoluta, el principio de intermediación bajo la definición de Isidoro Eisner. Pues en los casos en que la opinión del NNA es realmente importante para el esclarecimiento de los hechos, las preferencias del menor y para posterior la resolución para la resolución de estos, como lo es en el procedimiento de aplicación de medidas de protección del artículo 68° de la Ley N°19.968, al efectuarse la ARNNA mediante videoconferencia, se presentaran los problemas listados, evitando que el/la juez/a se halle en «permanente e íntima vinculación»<sup>127</sup>, no permitiéndole «conocer en toda su significación el material de la causa»<sup>128</sup> para luego poder resolver de la manera más óptima.

En contraposición de lo expuesto anteriormente, hay casos en donde la opinión del NNA no es indispensable para esclarecer los hechos, las preferencias de este y tampoco para la resolución del caso o de igual forma, hay situaciones en donde es de suma urgencia la resolución para el bienestar del NNA, en donde, aunque la realización de las ARNNA mediante medios telemáticos afectaría el PFP de intermediación, el perjuicio a dicho derecho del NNA no sería lo suficientemente relevante comparado con el de no dictar sentencia, el cual perjudicaría considerablemente el bien estar y los intereses del NNA.

Por todo esto, concuerdo con la opinión de los/las magistrados/as que han decidido hacer uso de la posibilidad de realizar audiencias de manera presencial que establece el artículo 22° inciso 1° del auto acordado acta

**125** EISNER (1963) 33.

**126** ARTÍCULOS 9° Y 12° DE LA LEY 19.968; Convención sobre los Derechos del Niño y su Observación General N°12, en especial atención a su punto 34°.

**127** EISNER (1963) 33.

**128** EISNER (1963) 33.

129 Auto Acordado acta N°53-2020. Artículo 22° inciso 1°: «Sólo se desarrollarán presencialmente aquellas audiencias o vistas de causas, que sea necesario e indispensable realizar en virtud de los principios ya enunciados, en que el empleo de medios tecnológicos podría generar indefensión en alguna de las partes, en los términos del artículo 10 de la Ley N° 21.226 y que no se entiendan suspendidas por efecto de la Ley y este Auto Acordado».

130 ANGIE OLGUÍN, abogada.

n°53-2020,<sup>129</sup> considerando que la realización de ARNNA por medios telemáticos deja en indefensión al NNA y que es indispensable ser realizada, pues concuerdo en que esa es la importancia que tienen las ARNNA como expresión del derecho del NNA a ser derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta del artículo 12° de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Pero de igual forma concuerdo con aquellos jueces que deciden hacer uso de la videoconferencia cuando la circunstancias lo permitan y el principio de inmediatez y los intereses del NNA no se vean perjudicados, sino más bien favorecidos.

Aun así, considero que la abogada Angie Olgúin tiene razón al señalar que «es necesario hacer un esfuerzo de parte de todos los que intervenimos para que las ARNNA sean presenciales»,<sup>130</sup> pues como he expuesto, hay tribunales tanto en la región metropolitana como en regiones más rurales que han realizado sus ARNNA de manera presencial en el mismo contexto sanitario de pandemia.

## Bibliografía Citada

- AGUADO, ALFREDO Y HEREDIA, LOURDES.** (s/f) «*La Comunicación No Verbal*». (PDF). Fecha de consulta: 3 de julio de 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2244137.pdf>
- CILLERO, MIGUEL.** (s/f) «*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*» (p. 14). Fecha de consulta: 13 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/docs/i/408745>
- EISNER** (1963). «*La inmediatez en el Proceso*». (p. 33).
- ETCHEBERRY, LEONOR Y FUENTES, CLAUDIO** (2018). «*El derecho de los niños a ser oídos*». (PDF). Fecha de consulta: 19 de abril de 2021. Disponible en: [https://www.academia.edu/35831953/El\\_derecho\\_de\\_los\\_ni%C3%B1os\\_a\\_ser\\_o%C3%ADdos\\_Etcheberry\\_and\\_Fuentes](https://www.academia.edu/35831953/El_derecho_de_los_ni%C3%B1os_a_ser_o%C3%ADdos_Etcheberry_and_Fuentes)
- FUENTES, CLAUDIO Y GARCÍA, RAMÓN** (2020). «*El Mercurio Legal, En los Tribunales de Familia: ¿Las Audiencias por Videoconferencia Violan el Derecho al Debido Proceso y el Principio de la Inmediatez?*». Fecha de consulta: 29 de marzo de 2021. Disponible en: <https://derecho.udp.cl/en-los-tribunales-de-familia-las-audiencias-por-videoconferencia-violan-el-derecho-al-debido-proceso-y-el-principio-de-la-inmediacion/>
- VARGAS, MACARENA Y CORREA, PAULA** (2011). «*La voz de los niños en la justicia de familia de Chile*». (Vol.17, n.1, PDF). Ius et Praxis. Fecha de consulta: 12 de abril de 2021. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-00122011000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122011000100008)

## Normas Citadas

### Normativa Nacional

**LEY N°19.968** (2004). Crea los tribunales de familia. Diario oficial, 30 agosto de 2004.

**LEY N°21.226** (2020). Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. Diario oficial, 2 abril de 2020.

**LEY N°19.947** (2004). Establece nueva Ley de matrimonio civil. Diario oficial, 17 mayo 2004.

**AUTO ACORDADO ACTA N°41-2020** (2020). El teletrabajo y el uso de videoconferencia en el Poder Judicial. Diario oficial, 18 marzo 2020.

**AUTO ACORDADO ACTA N°42-2020** (2020). Instructivo derivado del auto acordado 41-2020. Diario oficial, 19 marzo 2020.

**AUTO ACORDADO ACTA N°51-2020** (2020). Protocolo para el anuncio y alegatos en los tribunales durante el estado de catástrofe. Diario oficial, 31 marzo 2020.

**AUTO ACORDADO ACTA N°53-2020** (2020). Auto acordado sobre funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus. Diario oficial, 17 abril 2020.

**PROTOCOLO OPERATIVO DE FUNCIONAMIENTO DE TRIBUNALES POR MEDIOS TELEMÁTICOS DURANTE LA CONTINGENCIA PROVOCADA POR COVID-19** (2020). Adoptado, 22 julio 2020.

**DECRETO SUPREMO N° 104, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA; SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR, DE 2020, DECLARA ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE CATÁSTROFE, POR CALAMIDAD PÚBLICA, EN EL TERRITORIO DE CHILE** (2020). Diario oficial, 18 marzo 2020.

**DECRETO 830** (1990). Ministerio de relaciones exteriores, de 1990, Promulga convención sobre los derechos del niño. Diario oficial, 27 septiembre 1990.

### Normativa internacional

**OBSERVACIONES GENERALES N°12** (2009). Comité de los derechos del niño, de 2009, El derecho del niño a ser escuchado. 20 julio 2009.

# Case management y problema del atochamiento de causas post pandemia: Análisis de la experiencia chilena\*

*Case management and the problem of clogging causes post-pandemic: analisis of chilean experience*

## Tesis

---

VICTORIA FABIOLA GODOY MARCHANT\*

---

\* Tesis realizada para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, a cargo de la profesora Macarena Vargas Pavez.

\* EGRESADA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Correo electrónico: victoria.godoy@mail.udp.cl.

**Resumen:** A causa de la pandemia el Estado se ha visto obligado a tomar medidas que eviten las aglomeraciones, y por ello la realización de trámites de manera presencial. Como consecuencia de estas medidas, se ha provocado un atochamiento de causas en los tribunales civiles, el cual se estima que provocará un retraso en al menos 3 años en la justicia civil. Ante esto, es necesario tomar medidas que promuevan la eficiencia del sistema de justicia, siendo la adecuada para ello la introducción del elemento de proporcionalidad al sistema, proveniente una institución de derecho comparado denominada case management.

**PALABRAS CLAVES:** Atochamiento – Justicia Civil – Gestión Judicial de Casos – Elemento de Proporcionalidad

**Abstract:** Due to the pandemic, the State has been forced to take measures to avoid crowds, and therefore carry out procedures in person. As a consequence of these measures, a clogging of cases has been caused in civil courts, which is estimated to cause a delay of at least 3 years in civil justice. Given this, it is necessary to take measures that promote the efficiency of the justice system, being the appropriate for this the introduction of the element of proportionality to the system, coming from an institution of comparative law called case management.

**KEY WORDS:** Clogging – Civil Justice – Case Management – Proportionality

## Sumario

Introducción; Capítulo I. Las consecuencias procesales de la pandemia: las medidas adoptadas y el problema del atochamiento de causas civiles; Capítulo II. Case Management; Capítulo III. La herramienta de proporcionalidad del case management y el funcionamiento de los tribunales civiles post pandemia; Conclusiones.

## Introducción

A causa de la Pandemia del COVID-19, el Gobierno de Chile, el Poder Judicial y el Poder Legislativo tomaron distintas medidas para adecuar el sistema judicial chileno a la nueva realidad instaurada por la pandemia y, a pesar de las dificultades, darle continuidad a la administración de justicia. Las medidas tomadas por los órganos del Estado han tenido distintas consecuencias, entre ellas, la suspensión de los términos probatorios prescrita por la ley 21.226 de 2020 que establece un régimen jurídico de excepción a los procedimientos judiciales<sup>1</sup>. Suspensión que derivó en un problema actual, porque las causas civiles se encuentran paralizadas, que se proyecta también como un problema futuro, de modo que se está generando una acumulación de causas que se encuentran paralizadas en el término probatorio, sumándose a éstas todas las causas que van ingresando al sistema. Este es un problema importante, debido a que los tribunales de justicia funcionan con recursos limitados, como lo son el tiempo y los funcionarios, y dada la cantidad de causas que deberán conocer una vez reanudados los términos probatorios, es muy probable que no puedan dar respuesta todas de manera simultánea una vez terminado el estado de excepción.

Para solucionar este problema, creemos que es necesario adoptar medidas que otorguen mayor flexibilidad a los operadores del sistema de justicia, entre las que destaca el uso de una institución de derecho comparado denominada case management, que consiste, grosso modo, en otorgarle a juezas y jueces un rol de gestores o administradores de la litigación que funciona, entre otros, en base al elemento de proporcionalidad,<sup>2</sup> el cual consiste en la consideración y preocupación por la totalidad de casos que ingresan al sistema y que busca organizar la carga de trabajo considerando las diferencias y características de los distintos casos para otorgarles un trato distinto dependiendo de sus necesidades específicas y así alcanzar los fines del sistema de justicia.<sup>3</sup>

El objetivo de esta investigación es analizar de qué manera la proporcionalidad del case management puede ser útil para el funcionamiento de los tribunales civiles una vez se reanuden los términos probatorios en los juicios civiles. Nuestra hipótesis es que su utilización puede ayudar a superar la paralización y atochamiento, al ver paulatinamente y de forma oportuna las causas que sean de mayor gravedad y requieran actualmente mayores recursos judiciales, a diferencia de otras que admitan retraso o menor atención, según los criterios que tenga el tribunal, estableciendo órdenes de preferencia para el uso de recursos limitados.

**1** LEY N° 21.226, de 2020.

**2** FUENTES Y GARCÍA (2020), El surgimiento del case management y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época, p.119

**3** GARCÍA (2018), «Develación, Diagnóstico y Proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del derecho comparado» pp. 48-53.



Para llevar adelante esta investigación dividiremos este trabajo en 3 grandes capítulos. El primero de ellos tiene por objetivo analizar las medidas tomadas por el Estado para dar continuidad a la administración de justicia durante la pandemia del COVID-19 y cómo estas medidas han generado un problema de atochamiento judicial por la suspensión de los términos probatorios. Posteriormente, se hará una descripción de la dimensión del problema del atochamiento de las causas civiles, debido al tiempo que han estado suspendidos los términos probatorios; El segundo capítulo tiene por objeto realizar un análisis doctrinario sobre el Case Management, donde se explicará en qué consiste, cuál es su origen y se mencionarán sus elementos. Dentro de este capítulo, habrá un subcapítulo que tratará específicamente el elemento de la proporcionalidad del Case Management, que se refiere a la necesidad de distinguir y priorizar entre los múltiples casos que tiene un tribunal, según su importancia (según determinados criterios) y su complejidad, en atención a los limitados recursos del sistema judicial, como lo son el tiempo y los funcionarios; El tercer capítulo tiene por objeto responder a la pregunta de investigación, esto es, cómo la herramienta de proporcionalidad del Case Management podría ser útil al funcionamiento de los tribunales civiles una vez reanudados los términos probatorios, en los juicios civiles de mayor cuantía respecto a las audiencias de prueba.

## Capítulo I. Las consecuencias procesales de la pandemia: las medidas adoptadas y el problema del atochamiento de causas civiles

El objetivo del presente capítulo es analizar las medidas que ha tomado el Estado para dar continuidad a la administración de justicia durante la pandemia y entender cómo ellas han llevado al problema al que llegaremos más adelante, consistente en el atochamiento de causas civiles.

### 1) Medidas tomadas y principales consecuencias para el sistema de justicia.

Para entender en detalle cuál fue la reacción de nuestro sistema de justicia a la pandemia y cómo se generó el problema de atochamiento de causas civiles es necesario desarrollar brevemente las medidas más relevantes tomadas por los órganos del Estado que afectan a la justicia civil.

#### 1.1. Poder Ejecutivo.

Con fecha 18 marzo de 2020 el Presidente de la República declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio chileno, por un plazo de 90 días mediante el Decreto Supremo N° 104<sup>4</sup>, esto, considerando que la OMS declaró que el brote de COVID-19 constituye una emergencia de salud pública de importancia y que a mediados de marzo del año 2020 en el país había 238 personas contagiadas.<sup>5</sup> Esta medida se ha prorrogado en cuatro oportunidades<sup>6</sup> y, en virtud de ella, se han decretado distintas formas de confinamiento, entre las cuales se

<sup>6</sup> Con fecha 16 de junio de 2020 por el Decreto Supremo N° 269 de 2020; con fecha 12 de septiembre de 2020 por el Decreto Supremo N° 400 de 2020; con fecha 12 de diciembre de 2020 por el Decreto Supremo N° 646 de 2020 y; con fecha 13 de marzo por el Decreto Supremo N° 72 de 2021.

<sup>4</sup> DS N° 104, de 2020.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Este artículo fue enviado a la Revista de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales con fecha 1 de septiembre de 2021, razón por la cual se refiere a los Boletines N° 13.752-07 y 13.651-07 como tales, en tanto proyecto de ley y no como ley ya promulgada. Asimismo, no considera la publicación de la «Ley Covid Corta» que modifica y complementa la ley N° 21.226 para reactivar y dar continuidad al sistema de justicia, correspondiente al boletín N° 14.590-07.

<sup>8</sup> LEY N° 21.226, de 2020.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Ibidem.

encuentra el toque de queda y medidas de cuarentena que afectan a las comunas del país, dependiendo de la cantidad de contagiados que tengan en distintos momentos.

## 1.2. Poder Legislativo.<sup>7</sup>

Como una respuesta temprana, con fecha 1 de abril de 2020 el Poder Legislativo dictó la ley 21.226 que establece un régimen de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicios de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile.<sup>8</sup>

Tal como lo indica su nombre y de manera coherente con las medidas de excepción tomadas por el Ejecutivo, este cuerpo legal de 10 artículos rige el funcionamiento de los procedimientos judiciales durante la pandemia, siendo las principales medidas las que a continuación se explican.

- a) **Suspensión de audiencias por la Corte Suprema:** El artículo 1 prescribe que la Corte Suprema deberá suspender las audiencias cuando sea un hecho público y notorio que las limitaciones impuestas por la autoridad provoquen que las audiencias no puedan realizarse «*por faltar a la bilateralidad, la contradictoriedad, la apreciación de la prueba, el impulso procesal de las partes, la publicidad y otras garantías básicas del debido proceso*»<sup>9</sup> en los tribunales que indica.
- b) **Prohibición de diligencias que causen indefensión:** El artículo 3 prohíbe a los tribunales ordinarios y especiales decretar diligencias que puedan causar indefensión a alguna de las partes o intervinientes, de este modo, deberán postergar dichas diligencias a la fecha más próxima posible.
- c) **Suspensión de los términos probatorios:** El artículo 6 ordena lo siguiente: «*Artículo 6.- Los términos probatorios que a la entrada en vigencia de esta ley hubiesen empezado a correr, o que se inicien durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, en todo procedimiento judicial en trámite ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales del país, se suspenderán hasta el vencimiento de los diez días hábiles posteriores al cese del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso.*»<sup>10</sup>

Sobre esta última norma, es importante señalar dos cosas. La primera es que paraliza todas las causas que a la fecha de dictación de la ley se encontraban en el término probatorio e impide el avance -más allá de dicho término- de aquellas causas que vayan ingresando al sistema judicial. La segunda de ellas es que aplica únicamente a las causas de materia civil, debido a que existe una norma especial para aquellas de materia penal.

Por otro lado, es importante mencionar que con fecha 15 de julio de 2020 se ingresó a tramitación un proyecto de ley para reformar el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción cons-

- 11 Texto aprobado por el Senado con fecha 5 de junio de 2021 del proyecto de ley que reforma el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, refundido en los Boletines N° 13.752-07 y 13.651-07.
- 12 Ibidem. Artículo 3° número 1.
- 13 Ibidem. Artículo 3° número 2, 3, 5, y 6.
- 14 Ibidem. Artículo 3° número 7, 8, 9, 10 y 11.
- 15 Ibidem. Artículo 3° número 17.

titucional de catástrofe por calamidad pública, el que actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional.<sup>11</sup>

Dentro de las medidas que se incluyen en el proyecto antes señalado hay normas que modifican distintas instituciones, algunas buscan promover métodos de solución de conflictos autocompositivos<sup>12</sup>; otras modifican normas relativas a las notificaciones haciéndolas más expeditas y regulando la notificación por vía electrónica<sup>13</sup>; otras regulan de forma permanente, las audiencias por vía remota<sup>14</sup> y algunas extienden el control in limine de la demanda ejecutiva respecto de los títulos ejecutivos prescritos<sup>15</sup>; entre otras.

Al publicarse este proyecto de ley, que actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional ante la cámara de diputados, se derogará la Ley 21.226, según lo indicado en sus disposiciones transitorias. Se dispone en el artículo vigésimo de las disposiciones transitorias, en relación con la reanudación de los términos probatorios, lo siguiente:

- a) La reanudación de los términos probatorios al undécimo día hábil posterior a la publicación de la ley y la prórroga de estos hasta treinta días hábiles después de dicha publicación.
- b) Dentro del término del décimo día hábil posterior a la publicación, cada parte deberá solicitar toda diligencia de prueba y reiterar aquellas que hubiere pedido con anterioridad a la suspensión, así, cada parte deberá presentar la lista de testigos y minuta correspondiente (o, en caso de ya haberla presentado, volver a hacerlo).
- c) El tribunal, atendido el número de testigos y puntos de prueba, señalará una o más audiencias, según el artículo decimosexto de la ley en comento.
- d) En aquellos juicios que fueron paralizados a consecuencia de la ley 21.226 por seis meses o más sin que se dicte resolución alguna, no regirá lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil.

Es menester señalar que de todas las modificaciones que introducirá este proyecto de ley, una vez aprobado, si bien las normas buscan hacerse cargo de la situación del sistema de justicia luego de terminado el estado de excepción, ninguna ataca directamente problema de la sobrecarga de las causas en los tribunales civiles.

### 1.3. Poder Judicial

Las respuestas del Poder Judicial a la pandemia del COVID-19 y los peligros que ello implica tanto para usuarios como funcionarios del sistema de justicia comenzaron un poco antes que las medidas tomadas por el Ejecutivo y el Legislativo, sin perjuicio de la coherencia y coordinación que han tenido entre todas. A continuación, se analizarán las medidas tomadas por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y los juzgados civiles de primera instancia, en especial, los de Santiago y Concepción, y cómo han afectado las medidas en el general de los juzgados civiles del país.

## a) Corte Suprema

La primera medida tomada por el Poder Judicial correspondió al Acta 41 de la Corte Suprema dictada el 13 de marzo de 2020 con el objetivo de asegurar la continuidad de la administración de justicia. Esta medida, tomada en virtud de las facultades directivas y económicas que ejerce el tribunal supremo, reguló el teletrabajo y el uso de videoconferencias en el Poder Judicial, permitió a jueces realizar sus funciones mediante teletrabajo, y otorgó a las Cortes de Apelaciones del país facultades para aplicar estas medidas en sus respectivos territorios jurisdiccionales.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Acta 41 de 2020.

Posteriormente, con fecha 8 de abril, la Corte Suprema dictó el Acta 53 de 2020 que contiene el texto refundido de auto acordado sobre el funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria,<sup>17</sup> -ya decretado el estado de catástrofe por parte del ejecutivo y dictada la ley 21.226. Este auto acordado la Corte Suprema establece los principios rectores mediante los cuales se regirá el Poder Judicial durante este periodo, entre los que se encuentran la protección de la vida y la salud pública; el acceso a la justicia, transparencia y continuidad del servicio judicial; resguardo a los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y el debido proceso, señalando que este imperativo debe regir para toda la labor de los tribunales, incluso cuando emplean mecanismos de teletrabajo; y por último, la utilización de medios electrónicos.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Acta 53 de 2020.

Dentro de las medidas más relevantes tomadas por este auto acordado, se encuentran las que a continuación se detallan.

<sup>18</sup> Ibidem. Título I, Párrafo I.

- a) **Sobre la continuidad de la administración de justicia:** El artículo 10 ordena que los tribunales del país seguirán tramitando las causas que deban conocer, con las limitaciones y modalidades que manda la ley 21.226.
- b) **Sobre la reorganización de labores y priorización de materias urgentes:** El artículo 11 ordena la reorganización de labores, prescribiendo que las cortes de apelaciones deben establecer mecanismos para que su labor y la de los tribunales que pertenezcan a su jurisdicción conozcan rápida y prioritariamente de las materias sobre (a) medidas cautelares urgentes por riesgo a la vida o salud de las personas, (b) acciones por violencia intrafamiliar o violencia de género, (c) acciones de amparo y protección y (d) aquellas relacionadas a la cautela de derechos fundamentales.
- c) **Sobre la suspensión de audiencias:** El artículo 17, mediante el cual, en uso de las atribuciones que le otorga el artículo 1° de la ley 21.226, la Corte ordena la suspensión de las audiencias de los tribunales que forman parte del Poder Judicial.

## b) Cortes de Apelaciones

Muy tempranamente las cortes de apelaciones comenzaron a seguir lo ordenado por la Corte Suprema, de modo que los únicos asuntos que conocieron durante los primeros meses de la pandemia fueron aquellos asuntos urgentes señalados por medio del artículo 11 antes mencionado, de modo

19 Tabla de la Corte de Apelaciones de Santiago de la semana de 13 a 17 de abril de 2020 y Tabla de la Corte de Apelaciones de San Miguel, disponible en el link: <https://www.youtube.com/watch?v=XVn-aff5scw>.

20 Tabla de la Corte de Apelaciones de Santiago desde el lunes 27 al viernes 31 de julio de 2020.

21 Protocolo de funcionamiento de los Juzgados Civiles de Santiago. 17 de marzo de 2020.

22 Protocolo de funcionamiento de los Juzgados Civiles de Concepción. 17 de marzo de 2020.

23 Ibidem.

24 LEY N° 21.226, de 2020.

25 Ibidem.

26 LA TERCERA, «Efecto Covid» en la justicia: tribunales civiles de Santiago advierten que tardarán tres años en ponerse al día». 1 de diciembre de 2020.

que conformaron sus tablas para las vistas de las causas únicamente con esos asuntos.<sup>19</sup>

Paulatinamente y con la seguridad de que las audiencias realizadas por videoconferencia tenían un buen funcionamiento y con la larga extensión de las medidas de confinamiento, fueron agregando distintas materias a sus tablas, primero sólo aquellas en que estaba involucrado el pago de dinero y aquellas causas laborales más urgentes, y a 5 meses del inicio de la pandemia, conocían ya de todas las materias de las causas sobre las que debían emitir jurisdicción.<sup>20</sup>

### c) Tribunales civiles de primera instancia

Al inicio la reacción de los tribunales civiles de Santiago fue restringir el acceso a los tribunales y suspender las audiencias próximas y reprogramarlas para las semanas siguientes.<sup>21</sup> En este sentido, por ejemplo, los jueces civiles de Concepción con fecha 17 de marzo de 2020 decretaron que «las atenciones al público se restringirán al mínimo»,<sup>22</sup> y que «las audiencias testimoniales, de absolución de posiciones, exhibiciones de documentales y todas aquellas generadas en el marco de los términos probatorios se reagendarán para una época posterior al 07 de abril de 2020.»<sup>23</sup>

Luego, comenzó a regir la ley 21.226, la cual, como fue mencionado anteriormente, suspendió los términos probatorios de las causas civiles, teniendo como consecuencia lo siguiente:

- a) Aquellas causas cuyos términos probatorios se encuentran corriendo a la fecha de entrada en vigor de la ley se suspenderán hasta el vencimiento de los diez días posteriores al cese del Estado de Excepción Constitucional.<sup>24</sup>
- b) Aquellas causas cuyos términos probatorios inicien durante la vigencia de la ley se suspenderán hasta el vencimiento de los diez días posteriores al cese del estado de excepción.<sup>25</sup>

A partir de estas medidas son muchas las causas que se han paralizado, de modo que al fin del estado de excepción los tribunales se verán sobrecargados de trabajo, ya que entre las causas que deberán conocer se encuentran: (i) aquellas que usualmente conocen, cuyos procedimientos no cuentan con término probatorio, entre las cuales se encuentran los juicios ejecutivos que representan una gran cantidad de las causas que conocen los tribunales civiles<sup>26</sup> y (ii) aquellas que cuentan con término probatorio, correspondientes a las causas que se paralizaron a partir de abril del 2020, junto con aquellas que ingresaron al término probatorio en lo que va de abril de 2020 a la fecha.

## 2) El problema del atochamiento en la justicia civil post pandemia.

El atochamiento de causas en la justicia civil se produce cuando la capacidad de respuesta del sistema no será suficiente para enfrentar todas las causas que deberá conocer una vez terminado el estado de excepción constitucional. Las consecuencias de este problema pueden ser muy graves, ya

que como se tratará más adelante, las dilaciones en las causas civiles provocadas por esta sobre acumulación pueden ser muy grandes, y llegar a afectar el derecho a un plazo razonable.

A propósito de lo recién mencionado, se dará cuenta de la acumulación de causas civiles en el periodo que va desde que se comenzaron a suspender los términos probatorios, esto es, desde la entrada en vigencia de la ley 21.226 con fecha 2 de abril de 2020. La Figura N°1 nos muestra las cifras a nivel nacional de las causas civiles que han ingresado a tramitación, aquellas que han terminado y aquellas que se encuentran en tramitación durante los periodos de los años 2018, 2019 y 2020.

Al mirar las cifras, podemos observar el problema al diferenciar la cantidad de causas que terminaron en el primer año de la pandemia (2020), en relación con los años anteriores:

*Figura N°1. Cifras de causas ingresadas, terminadas y en tramitación*

Periodo	Ingresadas	Terminadas	En tramitación
<b>2018</b>	1.845.642	1.326.920	859.029
<b>2019</b>	1.685.290	1.166.929	963.163
<b>2020</b>	1.085.250	642.738	972.138

(Fuente: Poder Judicial en números)<sup>27</sup>

Podemos observar que en el primer año de pandemia disminuyeron casi la mitad de las causas terminadas, en comparación con los periodos de 2019 y 2018, variando en relación con ambos años, en mínimo, 500.000 causas terminadas. Junto con eso, durante el año 2020 se encontraban en tramitación cerca de diez mil causas más que el año 2019, y alrededor de cien mil causas más en comparación con el año 2018, y esto aun cuando en el año 2020 ingresaron considerablemente menos causas (en promedio, cerca de 700.000 causas menos). Por ello, se puede ver un gran aumento en las causas en tramitación sólo hasta diciembre de 2020.

En relación con el año 2021, es posible contar con la siguiente información:

*Figura N°2. Cifras de causas ingresadas y terminadas desde enero a abril de 2021*

Ingresos		Términos	
<b>Enero 2021</b>	65.845	<b>Enero 2021</b>	42.102
<b>Febrero 2021</b>	63.593	<b>Febrero 2021</b>	38.712
<b>Marzo 2021</b>	62.615	<b>Marzo 2021</b>	40.247
<b>Abril 2021</b>	62.388	<b>Abril 2021</b>	35.587
<b>Total</b>	254.441	<b>Total</b>	156.648

(Fuente: Información otorgada por el Poder Judicial)<sup>28</sup>

Así, es posible observar que la diferencia entre las causas ingresadas con aquellas terminadas en el periodo que va desde enero de 2021 al mes de

**27** PODER JUDICIAL EN NÚMEROS, en: <https://numeros.pjud.cl/> Inicio (fecha de consulta: 15 de mayo de 2021).

**28** Respuesta a la Solicitud de Acceso a la Información Pública NR001T00066412 al Poder Judicial de fecha 16 de junio de 2021.

29 Artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

30 **LA TERCERA**, Atochamiento en el sistema judicial pone presión sobre más de un millón de causas civiles que ingresaron en el año de la pandemia, 12 de abril de 2021.

31 **SÁNCHEZ, DAYANA. LA TERCERA**. «Atochamiento en el sistema judicial pone presión sobre más de un millón de causas civiles que ingresaron en el año de la pandemia», 12 de abril de 2021

32 **LA TERCERA**, «Efecto Covid» en la justicia: tribunales civiles de Santiago advierten que tardarán tres años en ponerse al día». 1 de diciembre de 2020.

33 Informe audiencia «Funcionamiento de la justicia en la pandemia por COVID-19», Audiencia de la Comisión interamericana de derechos humanos, celebrada con fecha 9 de octubre de 2020.

34 **ARELLANO**, et. al. (2020), Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID 19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales pp. 14-30.

abril de 2021 es de un total de 97.793, cantidad que se suma al gran número de causas que continúan en tramitación y aumentan la carga de trabajo de los tribunales civiles.

Todo lo anterior cobra gran relevancia en los juicios ordinarios ante los juzgados civiles dadas las características que tiene el término probatorio que se encuentra regulado en el Título X del Libro II, del Juicio Ordinario del Código de Procedimiento Civil. Ese es el momento procesal donde se pueden presentar todas las pruebas que las partes estimen necesarias, tales como documentos y solicitar la audiencia de exhibición de documentos, es el único momento en el que las partes pueden solicitar la prueba pericial y es el único momento procesal en el que se puede rendir la prueba testimonial<sup>29</sup>, no estando permitido rendirla ni antes, ni después del término probatorio. Como es de conocimiento general, es mucha la cantidad de tiempo que se utiliza sobre todo en las audiencias testimoniales que, por lo general, no alcanzan a terminar en un día y continúan con posterioridad lo que resulta relevante un atochamiento de este tipo, que sobrecarga el sistema con este tipo de causas.

Las externalidades provocadas por la ley 21.226 junto con el extenso estado de excepción, en virtud de las distintas prórrogas efectuadas por la autoridad ejecutiva, afectan tanto a juezas y jueces como a los usuarios del Poder Judicial. Por un lado, los usuarios se ven afectados, como señala el abogado Jorge Baraona, por las demoras en hacer efectivos sus derechos, por ejemplo, al momento de exigir una pequeña empresa el pago de una factura o el cumplimiento de un contrato por el cual recibe una cantidad de dinero, lo que terminaría afectando sus flujos y, consecuentemente, la conduce a no pagar lo que debe: «Se genera así un círculo vicioso de no pago, que puede terminar afectando a los distintos sectores de la economía y, por cierto, a los consumidores».<sup>30</sup>

Por otro lado, los jueces se ven afectados en cuanto a la carga de trabajo, ya que una vez reiniciados los términos probatorios, contarían, en primer lugar, con la carga de trabajo atribuida a las causas que no cuentan con término probatorio y, en segundo lugar, con la carga de trabajo atribuida a aquellas causas cuyos términos probatorios se encuentran suspendidos, lo que a Septiembre de 2020 sólo en la jurisdicción de Santiago sumaban un total de entre 200 y 300 causas entre juicios sumarios y ordinarios suspendidos.<sup>31</sup>

En este sentido, el juez del 11° Juzgado Civil de Santiago, Ricardo Núñez, en una entrevista a un medio nacional señaló que se demoraría por lo menos un año y medio en poner al día la justicia civil y si a esto se le suma, además, los eventuales recursos de apelación que las partes puedan deducir significa un retardo en la solución del conflicto de aproximadamente un año más de tramitación, es decir «estamos hablando de tres años para terminar la tramitación, entre primera instancia y segunda instancia».<sup>32</sup>

Ante esta grave situación de atochamiento existen distintas vías de solución. Una de las principales soluciones que se han propuesto es la incorporación de tecnologías de la información<sup>33</sup>, utilizándose en la mayoría de los países correos electrónicos, WhatsApp, distintas aplicaciones y softwares para seguir adelante con los procedimientos.<sup>34</sup> Sin embargo, esta solución

35 SUSSKIND (2020), "The future of courts".

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 GARCÍA, RAMÓN Y FUENTES, CLAUDIO (2020). «¿Cómo debe enfrentar el sistema de justicia chileno la emergencia sanitaria? La necesaria introducción del case management», en: El Mercurio Legal.

39 FUENTES Y GARCÍA (2020), «Pandemia, tecnología y debido proceso: una propuesta de compatibilización». pp. 141-143.

40 FUENTES Y GARCÍA (2020), Op. Cit. p. 119.

41 GARCÍA (2018), Op. Cit. p. 34.

no es suficiente para resolver el problema del atochamiento de causas civiles en Chile post pandemia, ya que, a pesar del uso de estas tecnologías que, por lo demás en cualquier momento pueden fallar, los procedimientos civiles que cuentan con un término probatorio siguen suspendidos: la tecnología no es el medio idóneo para solucionar este problema.

Otra importante propuesta es la que señala el profesor Susskind, quien plantea la realización de audiencias de modo no presencial, por medio de audiencias telefónicas, por videoconferencia o por papel.<sup>35</sup> En relación a esto último, se han propuesto la creación de tribunales en línea, planteándose así todo un nuevo conjunto de servicios y procesos que se ponen a disposición de las personas en disputa antes de tener que recurrir al tradicional servicio judicial, intentando «disolver conflictos en lugar de resolverlos»<sup>36</sup> de modo que las partes estén más informadas de sus posiciones legales y su probabilidad de éxito, todo esto antes de saltar al sistema judicial tradicional.<sup>37</sup> Sin embargo, esta solución -aunque sea una forma de descongestionar el sistema- no sirve para el conflicto presente: nuestro problema es actual y urgente y necesita de una solución hoy.

Otra opción sería aplicar el enfoque del case management propuesto en nuestro país por los profesores Claudio Fuentes y Ramón García,<sup>38</sup> ya que es una forma de entender el proceso que toma en cuenta la necesidad de distribuir los limitados recursos de un sistema de justicia y repartirlos de la mejor forma<sup>39</sup>, teniendo en cuenta todos los casos de los que debe conocer un tribunal a la vez.

En virtud de la amplia visión que nos entrega esta última propuesta, es que a continuación entraremos a conocer en detalle qué es el case management y posteriormente cómo puede ayudar al problema del atochamiento en los juzgados civiles de nuestro país.

## Capítulo II. Case Management

### 1) Concepto de case management

Los profesores Claudio Fuentes y Ramón García entienden que el case management consiste en «la gestión y control judicial de la litigación para alcanzar los fines relevantes del sistema de justicia.»<sup>40</sup>

Otro concepto de case management, citado por el profesor Ramón García, es el de Neil Andrews. Según este autor, la esencia del case management «es que el sistema judicial en su conjunto y, los tribunales en los casos individuales regulan el contenido y el progreso de la litigación, ya sea mediante la emisión de instrucciones estándar o, en casos más complicados, mediante la determinación ad hoc de cómo proceder».<sup>41</sup>

Se trata, en consecuencia, de una forma distinta de entender el procedimiento judicial, que a diferencia del punto de vista tradicional, en que el sistema de justicia y el proceso son concebidos a partir de la resolución de un caso a la vez, entiende el sistema como un todo en que se resuelven múltiples casos a la vez, en que juezas y jueces asumen la responsabilidad de controlar el «desarrollo del conjunto de la litigación, distribuyendo y racio-



42 FUENTES Y GARCÍA (2020), Op. cit. pp. 141-142.

43 FUENTES, et. al. (2020), «Control Judicial del Proceso: Case Management», p. 10.

44 Ibidem.

45 GARCÍA (2019) «El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa», p. 187

46 Ibidem, p. 187.

47 Ibidem, p. 188.

48 GARCÍA (2019). Ibidem. p. 188.

49 GARCÍA (2019). Ibidem. p. 195.

50 FUENTES, et. al. (2020), Op. cit. p. 11.

51 Ibidem. p. 11.

52 Ibidem. p. 11.

53 Ibidem. p. 11.

54 Ibidem. p. 12.

nalizando los recursos del sistema, según un criterio de proporcionalidad, en coordinación y cooperación con las partes».<sup>42</sup>

De este modo, la gestión judicial implica diferenciar los casos en su tratamiento, considerando sus características propias para determinar el «valor y/o peso de uno o más casos dentro del universo posible de otros casos actuales y futuros»<sup>43</sup> para, de acuerdo con esto, distribuir de una forma eficaz los recursos limitados del sistema.<sup>44</sup>

El punto de partida del case management se encuentra en la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895, con su modelo de juez activo.<sup>45</sup> En esta ordenanza el procedimiento civil cambió desde una connotación predominantemente privada a una pública, según la cual el procedimiento debía servir al bien común.<sup>46</sup> Este código es consecuencia de los cambios sociales ocurridos por la revolución industrial y las demandas correspondientes a esta época, tales como la oralidad, la intermediación y la libre evaluación de la prueba, siendo su objetivo principal crear normas que den paso a una litigación rápida y económica, teniendo el juez un rol activo en la conducción del proceso, basándose en la función social del proceso.<sup>47</sup>

La función social del proceso se constituye a partir de dos elementos: el primero de ellos es la capacidad de resolución de disputas específicas, y el segundo, servir al bien común. De forma que cada disputa se entiende como un mal social que afecta de forma negativa a la economía, que el proceso vendría a solucionar, en el cual el juez, además, de ser responsable de un juicio justo, lo sería, en tanto conductor del litigio, de que fuera eficiente y socialmente balanceado.<sup>48</sup> Estas ideas influyeron en las Civil Procedural Rules 1999 de Inglaterra, en las cuales uno de los objetivos fue «hacer que los litigios sean más eficientes y menos costosos evitando el recurso excesivo y desproporcionado a los procedimientos».<sup>49</sup>

Dentro de los elementos del case management se encuentra su carácter instrumental, ya que «constituye un instrumento destinado a hacer operativos los objetivos del sistema, tanto en los casos individuales como para el conjunto de casos en litigación»<sup>50</sup>. Así, dependiendo de las necesidades y objetivos de cada sistema se define de qué manera y cómo debe ser utilizada esta herramienta.<sup>51</sup>

Otro elemento es que juezas y jueces tienen la responsabilidad sobre el curso de la litigación, lo cual significa que ellos tienen el control sobre la planificación y el progreso del proceso, pasando de un rol pasivo a uno activo, con el objeto de alcanzar los fines del sistema.<sup>52</sup> Sin embargo, dicha participación activa va a depender de distintos factores y será distinta en cada caso, permitiendo una articulación y coordinación para asegurar la justicia a cada usuario del sistema.<sup>53</sup>

Un último elemento del case management es la preocupación por el conjunto de casos que ingresan al sistema o el elemento de la proporcionalidad, ya que aplica distintos mecanismos para procesar y organizar la carga de trabajo, teniendo en cuenta que los recursos del sistema de justicia, tales como los funcionarios y el tiempo, son limitados, de modo que hay que «equilibrar el interés de justicia del litigante individual contra el interés en competencia por justicia de todos los demás litigantes, actuales y potenciales».<sup>54</sup>

## 2) Elemento de proporcionalidad de Case Management

Tal como fue señalado al inicio de esta investigación, ahondaremos en el elemento de la proporcionalidad del case management debido a que es un elemento primordial para la propuesta que presentaremos.

Este elemento, como recién fue señalado, se preocupa por la totalidad de casos que ingresan al sistema y busca organizar la carga de trabajo. Pero ¿por qué es necesario? y ¿bajo qué criterios se utiliza?

El uso del elemento de proporcionalidad del case management es necesario porque los recursos del sistema de justicia son limitados, al tratarse de un bien público cuyo aprovechamiento por parte de una persona -de sus recursos- excluye al resto, de modo que los recursos extras utilizados en un caso significan recursos no utilizados en otros. Tal como lo señala el profesor Ramón García, la justicia no sólo debe ser entregada a un caso concreto que está conociendo un juez en determinado momento, sino que también al conjunto de casos que ingresan al sistema, de modo que los recursos del sistema deben ser divididos entre todos los casos que ingresan a este.<sup>55</sup>

Considerando que juezas y jueces que conocen de un caso simultáneamente deben conocer de múltiples casos más que tienen distintos niveles de complejidad y relevancia social, es que se distinguen dos aspectos del elemento de proporcionalidad. Por un lado, está la proporcionalidad individual que dice relación con que los recursos que se invierten en un caso individual, los cuales deben ser proporcionados al valor de lo demandado y, por otro lado, tenemos la proporcionalidad externa o colectiva, la cual dice relación con que «ninguna demanda individual debería utilizar más que una parte proporcional de los recursos del sistema de justicia».<sup>56</sup>

Así, de un universo de casos con distintas necesidades y características, el sistema se ve en la necesidad de diferenciarlos y no tratarlos todos de igual forma. Se trata de la necesidad de distinguir y priorizar entre los múltiples casos según su valor, privado y social, y a su complejidad, en atención a los limitados recursos del sistema judicial».<sup>57</sup> De este modo, entendemos que lo anterior se podría lograr considerando las dimensiones de la proporcionalidad ya señaladas, así, si el valor de lo disputado es enorme, como por ejemplo, en un caso que afecta a muchas personas y trata sobre un tema grave, la parte proporcional de los recursos del sistema de justicia a utilizar será mayor que en un caso en que una disputa afecte sólo a una persona y no se trata de un tema grave que exija una pronta resolución. Con esto se busca maximizar el acceso a la justicia mediante la racionalización de los recursos. Así, los casos simples requerirán sólo un mínimo de atención en comparación con los casos complejos.<sup>58</sup>

Es por lo anterior que consideramos que la utilización del case management, y especialmente su elemento de proporcionalidad, son necesarios para que el sistema funcione con eficacia y pueda ser capaz de dar respuesta a todas las demandas que tiene un sistema que debe resolver muchos casos a la vez.

55 GARCÍA (2018), Op. cit. pp. 48-54.

56 Ibidem, p. 49.

57 Ibidem, p. 50.

58 Ibidem, pp. 48-54.

## Capítulo III. La herramienta de proporcionalidad del case management y el funcionamiento de los tribunales civiles post pandemia

### 1) Propuesta

El problema del atochamiento en las causas civiles ya revisado es de gran magnitud debido a las consecuencias que trae para el sistema de justicia, como es el retraso en al menos tres años de la justicia civil.<sup>59</sup> Lo anterior puede resultar muy grave en relación con el debido proceso en tanto que uno de los derechos que resguarda es el derecho a ser juzgado en un plazo razonable que podría verse vulnerado, ya que los problemas que conocen los tribunales son actuales y requieren una solución pronta, sin embargo, con la pandemia sus soluciones se han visto muy retrasadas.

Tanto la ley 21.226 como el proyecto de ley que reforma el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, no solucionan el problema del atochamiento causado por la acumulación de aquellas causas que cuentan con término probatorio, ya que no cuentan con una medida que señale cómo se deberá enfrentar el atochamiento y avalancha de causas cuyos términos probatorios se reanudarán, sino que únicamente se refieren a plazos. Es por ello que se hace necesaria una solución distinta.

Sin embargo, es imposible solucionar el problema del atochamiento de un día para otro, y lo que es necesario es la reanudación del conocimiento por parte de los tribunales civiles de las causas paralizadas. Esto ya lo propone el proyecto de ley como fue mencionado anteriormente. Pero esto nos trae nuevamente al mismo problema: ¿cómo va a ser capaz el sistema de justicia civil (los tribunales civiles) de conocer las causas que ya conocen, simultáneamente con la magnitud de causas con términos probatorios pendientes? La interrogante se acentúa al recordar lo ya dicho sobre los términos probatorios, periodo en que los tribunales gastan gran parte del recurso limitado del tiempo de sus funcionarios.

De este modo, es necesario reconocer que no todas las causas que tienen términos probatorios son iguales, sino que se pueden distinguir por dos criterios. Por un lado, de acuerdo a su valor privado y social, es decir, conforme a la relevancia del conflicto jurídico para la parte en específico. Por ejemplo, una demanda referida a gran parte del patrimonio de una persona, conjugado con la relevancia del conflicto jurídico para la sociedad, por ejemplo, una demanda contra una pyme en un juicio ordinario de cobro de pesos que tenga una medida precautoria, cuya suma asciende a una cantidad tan grande, que en caso de no contar con ella, afectaría también a sus proveedores, y a su vez afectaría también a sus trabajadores, generándose un problema que claramente tiene un gran valor social, por la cantidad de agentes afectados en cadena.

Por otro lado, podemos diferenciar las causas de acuerdo con su complejidad. Según este criterio, estaríamos diferenciando entonces a aquellas causas más complejas en relación con aquellas más simples. Un ejemplo

59 LA TERCERA, ««Efecto Covid» en la justicia: tribunales civiles de Santiago advierten que tardarán tres años en ponerse al día». 1 de diciembre de 2020.

de esto sería tener una causa con multiplicidad de partes, o acotando el asunto únicamente a sus características relevantes respecto del término probatorio, lo sería una causa en que se utiliza la prueba testimonial y en que, ya sea por la cantidad de partes o por la complejidad del asunto en sí, se cite una multiplicidad de testigos, lo cual claramente requeriría mayor uso de los recursos del sistema, por tratarse de causas en que las audiencias testimoniales serían más extensas, a diferencia de lo que ocurriría con aquellas causas en que se cita a menos testigos en que se podría poner fin a las audiencias testimoniales en un día, o con aquellas causas en que simplemente no se utiliza la prueba testimonial en absoluto.

Por lo anterior, creemos que utilizar el elemento de proporcionalidad del enfoque del case management para enfrentar la sobrecarga de trabajo que traerán las causas con términos probatorios pendientes al reanudarse y aplicar este elemento para distinguir entre las distintas causas con términos probatorios pendientes y priorizar la asignación de recursos, al mismo tiempo de tener la posibilidad de decidir cuáles de ellas son más graves y necesitan conocerse lo más pronto posible, es la forma en que este elemento ayudaría a enfrentar la situación post pandemia y serviría para descongestionar el sistema. Esto porque somos de la opinión de que, sobre todo en esta situación, no todas las causas son iguales.

Para explicar este punto tomaremos prestada una metáfora utilizada anteriormente por los profesores Fuentes y García<sup>60</sup>: se trata de homologar el sistema de justicia civil al sistema de urgencias de un hospital. En este último, no todos los casos son iguales, no todas las personas tienen afecciones de la misma gravedad, y si bien el objetivo es darle el mejor tratamiento a cada paciente, causando en conjunto el menor daño posible, es necesario tener un orden de prelación según las características de cada caso considerando qué es lo que hay que atender primero. De este modo, podemos distinguir a una persona que ha llegado a urgencias con un trauma y sangrando, casi inconsciente, categorizándose como una persona con riesgo vital que debe ser atendida de inmediato, comparada con otra que ha caído y ha terminado con diferentes afecciones como torcerse un tobillo, en que quedaría categorizado como un paciente de mediano riesgo, en que la demora en su atención dependerá de la cantidad de pacientes de alto riesgo o alta complejidad: claramente hay una situación más urgente que otra, ya que la afección de una persona es más grave que la de otra, y por ello es necesario atender a una antes que otra.<sup>61</sup>

Lo mismo ocurre con los problemas de relevancia jurídica que las personas introducen al sistema de justicia: hay algunos problemas tan graves ante los cuales un retardo relevante en la resolución puede causar que la parte involucrada sufra mayores consecuencias que en otros casos. De este modo, ¿sería justo atender a todos los casos por el simple criterio del orden de llegada? Considerando que desde ya existe un retardo en las resoluciones de los problemas de relevancia jurídica, ¿hay algún escenario en que se afectaría a una menor cantidad de personas? Consideramos que son preguntas relevantes y necesarias para reflexionar sobre la posibilidad de incluir en nuestro ordenamiento el uso del elemento de proporcionalidad introducido por la perspectiva del case management, al menos mientras

**60** GARCÍA, RAMÓN Y FUENTES, CLAUDIO (2020). «¿Cómo debe enfrentar el sistema de justicia chileno la emergencia sanitaria? La necesaria introducción del case management», en: El Mercurio Legal.

**61** Ibidem.

62 BORDALÍ, ANDRÉS (2012) «Función del proceso y la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez», en Justicia Civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena, p. 87.

63 KLEMENT, ALON Y NEEMAN, ZVIKA (2008), "Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework". Pp. 2.

64 Ibidem. pp. 2.

persista el problema del atochamiento y avalancha de trabajo que tendrán a futuro los tribunales de justicia.

Respondiendo a la primera pregunta, somos de la opinión de que no sería justo atender a todos los casos por el mero orden de llegada. Hacerlo de esta forma significaría comprender el sistema como la solución de un caso a la vez, como se comprende en el sistema adversarial a ultranza.<sup>62</sup> Sin embargo, podemos darnos cuenta que se trata de un sistema y que su funcionamiento normalmente no involucra solamente un caso a la vez, sino que una gran cantidad de ellos, y hoy al enfrentarnos a un atochamiento de casos, su funcionamiento involucra el conocer muchos más casos de los que el sistema puede conocer simultáneamente.

Respondiendo ahora a la segunda pregunta, nuestra respuesta también es positiva, se pueden utilizar los recursos del sistema de una forma que cause el menor daño posible. Esto se puede lograr, tal como fue promovido por los distintos países que reformaron sus sistemas de justicia en las últimas décadas (EEUU, Inglaterra y Australia), que comparten un conjunto de principios que subyacen a las reglas procesales reformadas<sup>63</sup>, como lo son «eficacia en función de los costos; proporcionalidad; rapidez; e igualdad.»<sup>64</sup> En nuestro caso, proponemos que la forma en que es posible causar el menor daño posible es por medio del elemento de la proporcionalidad, según el cual el sistema deberá diferenciar las causas.

Es por lo anterior que creemos necesario que para solucionar el problema del atochamiento causado por la paralización de los términos probatorios, siguiendo el enfoque del case management, otorgar a juezas y jueces facultades de gestión que le permitan distinguir entre las causas que cuentan con un término probatorio paralizado y aquellas que entrarán en este periodo por el término de un año desde el final del estado de excepción, para así priorizar aquellas cuya resolución es más urgente, de acuerdo con los criterios recién señalados de valor privado y social y de complejidad. De este modo, es necesario que tengan permitido legalmente discriminar y solucionar los temas de mayor relevancia jurídica y en cuyo caso un retraso puede generar un mayor impacto en los derechos de las personas, para posteriormente seguir con los demás.

Así, creemos que el elemento de proporcionalidad del case management puede ayudar a enfrentar el problema del atochamiento, en el entendido de que no son sólo los dos sujetos en controversia los que importan, sino que la sociedad toda: mientras más pronto se puedan solucionar los problemas más graves y que más afecten a las personas, más pronto se podrá avanzar con los demás problemas.

## 2) Objeciones a la propuesta

A pesar de lo lógica que suena la propuesta es posible plantear algunas objeciones hipotéticas que se podrían hacer los lectores al recibir esta propuesta, que responderemos a continuación: Primera objeción: Eventual vulneración al principio de igualdad

Al tratar los casos de manera distinta como se propone es posible que algunos lectores piensen que se podría vulnerar el derecho a la igualdad

66 **NOGUEIRA, HUMBERTO** (2006), «El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas», p. 68.

65 Artículo 19 de la Constitución Política de la República.

67 Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

68 **NOGUEIRA, HUMBERTO** (2006), Op. Cit. p. 71

69 Ibidem. p. 72

consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República que supone tratar de manera igual a situaciones similares y de manera diferente a situaciones desiguales.<sup>65</sup> De haber vulneración, esta se encontraría específicamente en su dimensión de igualdad en la ley.<sup>66</sup>

La dimensión de igualdad en la ley se refiere a la igualdad dentro del contenido de las leyes, de modo que el legislador mismo está sometido al principio de la igualdad: reza el inciso segundo del artículo citado que «Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias»<sup>67</sup>, lo que significa que toda persona que ejerza poder dentro del Estado tiene prohibido establecer normas y acciones discriminatorias<sup>68</sup>.

Lo anterior no significa que el Estado tenga prohibido discriminar, sino que únicamente tiene prohibido discriminar arbitrariamente, de modo que el legislador está habilitado para hacer diferenciaciones que se encuentren justificadas y no se encuentren sujetas al mero capricho, sino que se refieran «a diferentes hipótesis jurídicas que afectan a grupos humanos diversos atendiendo las particularidades de cada situación concreta, siempre que se basen en aspectos relevantes y razonables».<sup>69</sup>

Es debido a la definición misma de este principio, de acuerdo con la doctrina chilena, que la objeción tratada carece de todo sentido, ya que la diferenciación que se propone para enfrentar la crisis no es arbitraria: diferencia los casos de acuerdo a criterios basados en su valor privado y social y su complejidad, aspectos que sobre todo para la situación que enfrenta el sistema, son relevantes y su uso es razonable, ya que es imposible solucionar todos los casos al mismo tiempo, y se propone el uso de un elemento racional, como lo es la proporcionalidad.

## 2.1. Segunda objeción: Eventual vulneración al principio dispositivo

La segunda objeción que se puede hacer a la forma en que el elemento de proporcionalidad del case management puede servir para enfrentar el problema es que nuestro ordenamiento jurídico está basado en el principio dispositivo.

Este principio se define como «aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso»<sup>70</sup>, en el que son las partes las encargadas de la conducción de éste, ya que el proceso avanza si las partes así lo quieren (por ejemplo, se traba la litis una vez ya presentada la demanda, solo cuando el demandante la notifica<sup>71</sup>; una vez dictada la resolución que recibe la causa a prueba, el proceso sólo puede avanzar si el demandante la notifica<sup>72</sup>, etc.).

Como lo que proponemos implica otorgar mayores facultades de conducción del proceso a juezas y jueces, para que puedan discriminar y decidir de acuerdo con criterios racionales cuáles son las causas que cuentan con términos probatorios que se conocerán antes, se podría ver afectado este principio, ya que esta vez no serían las partes, sino el juez quien decide sobre la conducción del procedimiento.

Sin embargo, este principio no se ve afectado toda vez que para que una causa entre en el término probatorio es necesario que la demandante notifique la resolución que recibe la causa a prueba, aun cuando esto se dé

70 **COUTURE, EDUARDO** (1958), «Fundamentos del Derecho Procesal Civil» p. 185

71 Art. 40 Código de Procedimiento Civil.

72 Art. 48 Código de Procedimiento Civil.

73 Sentencia de fecha 9 de julio de 2021, en causa Rol 22.173-2021 de la Corte Suprema.

74 Artículo 11 Acta 53 de 2020.

75 FUENTES Y GARCÍA (2020), Op. cit. pp. 128-130.

76 Ibidem.

77 Ibidem.

78 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de Unión Alimentaria Sanders S.A. con España, Sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 40.

durante la situación de pandemia y dentro de la vigencia de la ley 21.226<sup>73</sup>, encontrándose en la parte el impulso procesal, y el tribunal sólo podrá entrar a decidir sobre la promoción o postergación del conocimiento del término probatorio una vez realizado dicho acto procesal.

Por otro lado, el mero hecho de otorgarle facultades de conducción a juezas y jueces no es contrario a nuestro sistema procesal civil basado en el principio dispositivo, ya que, en él, excepcionalmente, también se ha utilizado el enfoque del case management y se han otorgado facultades de conducción del procedimiento a juezas y jueces, en distintas oportunidades.

Una de las oportunidades más relevantes en que se ha utilizado este enfoque es en la propia emergencia sanitaria, a través de la ley 21.226 y el Acta 53 de 2020 de la Corte Suprema, debido a que se ordena un tratamiento diferenciado de los casos mediante la priorización de materias urgentes<sup>74</sup> y, en general autorizan a juezas y jueces para definir en qué situaciones se puede adoptar determinada medida, según los recursos disponibles, las realidades y necesidades del caso concreto.<sup>75</sup>

## 2.2. Tercera objeción: Debido Proceso

La tercera objeción que se le podría hacer a nuestro planteamiento se relaciona con el debido proceso, específicamente en su dimensión del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Esto, debido a que si se crea una norma que da más facultades al juez y se le permite distinguir entre las causas, decidiendo cuál debe solucionarse antes que otra por razones de urgencia, de acuerdo con su valor y complejidad, se postergaría la resolución de aquellas causas que no cumplen con aquellos criterios y no se consideran urgentes.

Sin embargo, sin entrar en la discusión respecto de qué es un plazo razonable, es correcto afirmar que el derecho al debido proceso, en tanto derecho fundamental no es un derecho absoluto y admite limitaciones: «puede ser limitado si dicha restricción obedece a propósitos legítimos y si existe proporcionalidad respecto del fin perseguido»<sup>76</sup>. Y a mayor abundamiento, dentro de los propósitos legítimos se consideran aquellos vinculados al buen funcionamiento del sistema de justicia.<sup>77</sup>

En este sentido se ha fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos que, en situaciones excepcionales, tal como la que estamos viviendo hoy en día, en que el sistema es incapaz de solucionar todo simultáneamente, a raíz del atochamiento de causas y el aumento de la carga de trabajo, es posible priorizar los casos en los que un retraso puede generar un mayor impacto en los derechos de las personas, y es «lícito establecer con carácter provisional un determinado orden de preferencia en el despacho de los asuntos, teniendo en cuenta su urgencia y su importancia»<sup>78</sup>.

## Conclusiones

A consecuencia de la gravedad de la pandemia del COVID-19, el Estado se ha visto obligado a tomar medidas para dar continuidad a la administración de justicia. Entre estas medidas está la suspensión de los términos probatorios prescrita por la ley 21.226 de 2020. Debido a la extensión de esta medida, se ha generado una acumulación de causas en el término probatorio por ya más de un año, aumentando la cantidad de causas pendientes que deben conocer los tribunales civiles en una magnitud que supera la capacidad del sistema.

Las medidas que imponen la ley 21.226 y luego el proyecto de ley para reanudar los términos probatorios no se hacen cargo del problema del atochamiento, retraso en la resolución de las causas y excesiva carga de trabajo que tendrán los tribunales civiles una vez reanudados los términos probatorios.

Ante la falta de una solución que se haga cargo de enfrentar este grave problema, se erige como una solución viable el elemento de proporcionalidad del enfoque del case management que es útil para la solución de este problema, al entregar al sistema la posibilidad de distinguir entre las diferentes causas que cuentan con término probatorio y priorizar aquellas que, según los criterios de valor privado y social, y complejidad, es necesario que se conozcan como prioridad.

La forma de hacer esto posible, es entregar facultades a juezas y jueces para que puedan distinguir, excepcionalmente, durante el periodo en que persista el problema.

La propuesta no afecta el principio de igualdad, ya que lo que propone no es una discriminación arbitraria, sino que una diferenciación en base a criterios racionales son relevantes para la situación que enfrenta el sistema; la introducción de una medida de este tipo tampoco es contraria al principio dispositivo en el cual se basa nuestro sistema procesal civil, debido a que aún la misma entrada en el término probatorio depende de la voluntad de las partes; y finalmente, tampoco es contraria al debido proceso, debido a que es lícito que el Estado establezca criterios de preferencia en situaciones tan excepcionales y de gran magnitud como lo es el problema del atochamiento de las causas civiles.

## Bibliografía

- ARELLANO, JAIME, CORA, LAURA, GARCÍA, CRISTINA Y SUCUNZA, MATÍAS** (2020). «Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID 19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales». Reporte Centro de Estudio de Justicia de las Américas. (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020). Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648>
- BORDALÍ, ANDRÉS** (2011). «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial» (Vol. 38 N°2, pp. 331-337). Revista Chilena de Derecho.



- BORDALÍ, ANDRÉS** (2012). «*Función del proceso y la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil. Repercusiones para las partes y para el juez*». (p. 87), en *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*.
- CHAMORRO LADRÓN DE CEGAMA, JOSÉ** (1983). «*Algunas reflexiones sobre el principio de inmediatez en el proceso civil*». (pp. 529-549), en: Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura, (Extremadura, Universidad de Extremadura).
- COUTURE, EDUARDO** (1958). «*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*». (3a Ed.). Ediciones De Palma. (1958).
- FUENTES, CLAUDIO Y GARCÍA, RAMÓN** (2020). «*El surgimiento del case management y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época*». (Vol. 248, pp. 113-147), en: *Revista de derecho de la Universidad de Concepción*.
- FUENTES, CLAUDIO, GARCÍA, RAMÓN Y SILVA, RODRIGO** (2020). «*Control Judicial del Proceso: Case Management*», en *Materiales Docentes de la Academia Judicial*, (fecha de consulta: 23.05.2021). Disponible en: [https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/BOC\\_AJ\\_Libromd1\\_case-management.pdf](https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/BOC_AJ_Libromd1_case-management.pdf)
- FUENTES, CLAUDIO Y GARCÍA, RAMÓN** (2020). «*Pandemia, tecnología y debido proceso: una propuesta de compatibilización*» (pp. 117-150), en *COVID-19 y Derecho de Familia* (Editorial Tirant Lo Blanch).
- GARCÍA, RAMÓN** (2018). «*Develación, Diagnóstico y Proyecciones del judicial case management en Chile, desde la perspectiva del derecho comparado*». Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: [https://www.academia.edu/37134576/TESIS\\_DOCTORAL\\_CASE\\_MANAGEMENT\\_CONTENIDOS\\_E\\_INTRODUCCION](https://www.academia.edu/37134576/TESIS_DOCTORAL_CASE_MANAGEMENT_CONTENIDOS_E_INTRODUCCION)
- GARCÍA, RAMÓN** (2019). «*El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa*». (pp. 179-205), en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso.
- KLEMENT, ALON Y NEEMAN, ZVIKA** (2008). «*Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework*», en *Journal of Institutional and Theoretical Economics* JITE.
- NOGUEIRA, HUMBERTO** (2006). «*El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*». (pp. 61-100), en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*.
- SUSSKIND, RICHARD** (2020). «*The future of courts*». *Remote Courts* V. 6 Issue 5, July/August 2020 (fecha de consulta: 16 de mayo de 2020). Disponible en: <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-future-of-courts/>.

## Normas citadas

- ACTA 41 DISPONIBLE EN PORTAL WEB DEL PODER JUDICIAL** (2020). <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs-download/7158>

- ACTA 53 DISPONIBLE EN PORTAL WEB DEL PODER JUDICIAL** (2020). <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs-download/7159>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA** (1980). Texto promulgado por Decreto Supremo N° 1.150, de 21 de octubre de 1980.
- DS N° 104 DE 2020, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA** (2020). Declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública en el territorio de Chile. Diario Oficial 18 de marzo de 2020.
- DS N° 269 DE 2020, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA** (2020). Prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el lapso que indica.
- DS N° 400 DE 2020, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA** (2020). Prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el lapso que indica.
- DS N° 646 DE 2020, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA** (2020). Prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, y reemplaza a los jefes de la defensa nacional, según se indica.
- DS N° 72 DE 2021, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA** (2021). Prorroga declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, y reemplaza a los jefes de la defensa nacional, según se indica.
- LEY N° 1552 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL** (1902). Publicado en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1902.
- LEY 21.226 DE 2020** (2020). Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicios de acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. Diario Oficial 2 de abril de 2020.
- PROTOCOLO DE FUNCIONAMIENTO DE LOS JUZGADOS CIVILES DE CONCEPCIÓN** (2020). 17 de marzo de 2020.
- PROTOCOLO DE FUNCIONAMIENTO DE LOS JUZGADOS CIVILES DE SANTIAGO** (2020). 17 de marzo de 2020.
- TABLA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO** (2020), desde el lunes 13 al viernes 17 de abril de 2020.
- TABLA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO** (2020), desde el lunes 27 al viernes 31 de julio de 2020.
- TABLA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL** (2020), desde el lunes 13 al viernes 17 de abril de 2020, disponible en el link: <https://www.youtube.com/watch?v=xvn-aff5scw>.

## Jurisprudencia citada

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, CASO DE UNIÓN ALIMENTARIA SANDERS S.A. CON ESPAÑA** (1989). Sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 40. Disponible en: <https://web-argitalpena.adm.ehu.es/pdf/UWLGDE9630.pdf>

**CORTE SUPREMA** (2021). Causa «*Allel/Valdés*» Rol 22.173-2021, Sentencia de fecha 9 de julio de 2021.

## Prensa citada

**SÁNCHEZ, DAYANA. LA TERCERA** (2021). «*Atochamiento en el sistema judicial pone presión sobre más de un millón de causas civiles que ingresaron en el año de la pandemia*», 12 de abril de 2021.

**OJEDA, JUAN. LA TERCERA** (2020). «*Efecto Covid*» en la justicia: tribunales civiles de Santiago advierten que tardarán tres años en ponerse al día», 1 de diciembre de 2020.

**GARCÍA, RAMÓN Y FUENTES, CLAUDIO** (2020). «*¿Cómo debe enfrentar el sistema de justicia chileno la emergencia sanitaria? La necesaria introducción del case management*», en: El Mercurio Legal.

## Páginas web consultadas

**COVID-19 MAP** (s/f). En: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (última fecha de consulta: 22.05.2021).

**PODER JUDICIAL EN NÚMEROS** (s/f). En: <https://numeros.pjud.cl/Inicio> (fecha de consulta: 15 de mayo de 2021).

**INFORME AUDIENCIA** (2020). «*Funcionamiento de la justicia en la pandemia por COVID-19*». Audiencia de la Comisión interamericana de derechos humanos, celebrada con fecha 9 de octubre de 2020, en: <https://www.fundacionjusticia.org/wp-content/uploads/2020/11/INFORME-DE-AUDIENCIA-Funcionamiento-de-los-SJ-durante-pandemia-COVID19-VFF-1.pdf>

## Otras fuentes

**RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA NRO01T00066412 AL PODER JUDICIAL DE FECHA 16 DE JUNIO DE 2021.**

# ¿Pueden realizar diligencias de investigación funcionarias o funcionarios municipales de seguridad ciudadana? Comentario a la sentencia Rol 1618-2021 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

## *Can Municipal Security Officials Carry Out Surveillance Activities? Comments on Decision No. 1618-2015 of Santiago Court of Appeals*

### **Comentario Jurisprudencial**

---

VÍCTOR BELTRÁN ROMÁN

---

\* **ABOGADO.** Máster en Instituciones Legales, Universidad de Wisconsin-Madison. Estudiante de Doctorado en Derecho, Universidad Diego Portales. El autor recibe financiamiento para sus estudios doctorales de ANID (ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/2021-21211455). Correo electrónico: victor.beltran@mail.udp.cl.

**Resumen:** El comentario revisa un pronunciamiento de la Corte Suprema que rechazó la posibilidad de que funcionarias o funcionarios municipales de seguridad realizaran actividades investigativas, por tratarse de atribuciones propias del Ministerio Público y las Policías. Luego de exponer los hechos del caso y analizar la decisión de la Corte, se finaliza con algunas reflexiones hechas a la luz de los hechos del caso desde la mirada del debido proceso y las condenas erróneas.

**PALABRAS CLAVES.** Investigación por particulares, vigilancia y seguridad privada reconocimiento fotográfico.

**Abstract:** *The comment reviews a Supreme Court's judgment that rejected the possibility of municipal security officials' possibility to carry out investigative activities, as they are attributions of the Prosecution Service and the Police. Once the facts of the case are presented, the paper reviews and analyzes the Court's decision. Finally, the comment provides a few additional thoughts on due process and wrongful convictions regarding the case circumstances.*

**KEY WORDS.** *Private party investigation, private surveillance and security, photo arrays.*

- 1 **DUCE, MAURICIO Y RIEGO, CRISTIAN** (2007): Proceso penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 583 pp., p. 149. Los autores indican que en el trabajo policial se replicaría la tensión fundamental del proceso penal, por una parte, en la calidad del trabajo policial se juega la eficacia de la persecución penal y, al mismo tiempo, se juega la vigencia y el respeto a los derechos y garantías fundamentales de imputados e imputadas.
- 2 Se trata de aquellas diligencias reguladas en los artículo 83 y siguientes del Código Procesal Penal. Asimismo, en virtud del artículo 87 del mismo Código, se ha adoptado un protocolo interinstitucional de primeras diligencias, que contiene instrucciones generales ante delitos de robo y otros delitos contra la propiedad, además de diligencias comunes a todos los delitos, véase: Ministerio Público (2017) *Manual de primeras diligencias*. Santiago: Ministerio Público, 109 pp. Para una revisión sobre las modificaciones que han incrementado el ámbito de aplicación de estas facultades, véase: Oliver, Guillermo (2018) «Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 51 N° 2, pp. 35-67, pp. 39-65.
- 3 Así se desprende del artículo 83 del Código Procesal Penal. Asimismo, de conformidad al inciso tercero del artículo 70 del mismo Código, en los casos de delitos cometidos al interior de recintos penales, el Ministerio Público puede impartir instrucciones a Gendarmería de Chile.
- 4 En general, los requisitos que se indican en los anuncios de trabajo para estos puestos de seguridad ciudadana son: ser ciudadano; haber cumplido con la Ley de reclutamiento y movilización (cuando sea procedente); tener salud compatible con el desempeño del cargo; haber aprobado educación media y poseer título profesional o técnico; no haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente o una medida disciplinaria; no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por crimen o simple delito; y no estar afecto a algunas de las inhabilidades establecidas en los artículos 54 y 56 de la ley N° 18.575. No se requiere mayor instrucción, pero es deseable experiencia en seguridad pública o privada.

## Sumario

1) Introducción; 2) Hechos relevantes; 3) La decisión; 4) Reflexiones; 4.1.) Investigación por particulares y debido proceso; 4.2.) Reconocimientos oculares y condenas erróneas; 5) Conclusiones.

### 1) Introducción

En los casos de comisión flagrante de un delito las primeras actividades de investigación son determinantes para el éxito o fracaso de esta. En esta etapa, sin duda fundamental del proceso penal, las policías tienen un papel central al desarrollar actividades tendientes a esclarecer la ocurrencia de los hechos y recolectar las pruebas que luego serán llevadas a tribunales<sup>1</sup>. El Código Procesal Penal entrega la exclusividad en la dirección de la investigación al Ministerio Público, así como la dirección funcional de las policías para la realización de diligencias. Además, el Código entrega de manera muy restrictiva el ejercicio de facultades autónomas a las policías, fundamentalmente destinadas a las primeras diligencias en caso de flagrancia<sup>2</sup>. La calidad del trabajo policial en la etapa de investigación y especialmente en las primeras diligencias, sea con sus aciertos o sus errores, siempre tendrá impacto a lo largo del proceso penal.

En los últimos años, debido a las demandas de seguridad pública, se ha vuelto usual que diferentes comunas cuenten con un grupo de funcionarios municipales comúnmente denominados «seguridad ciudadana». Estos grupos de seguridad se encargan, entre otras cosas, de desarrollar funciones de apoyo a las de seguridad pública, realizando inspecciones y patrullajes preventivos, así como también apoyando en el control del orden público. Es precisamente en estas funciones que, asistiendo a las policías, muchas veces intervienen tempranamente al inicio de una investigación penal. Sin embargo, estos grupos se componen de civiles o particulares, pues pese a la relevancia de las actividades que realizan, no son una policía para efectos del sistema procesal penal<sup>3</sup>.

Lo anterior comienza a dar luces del problema que podría generar la intromisión de estas agrupaciones en las actividades que nuestro ordenamiento jurídico reserva al Ministerio Público y las policías. Ahora bien, no solo se trata de una cuestión normativa, sino que, en la práctica, pueden cometerse errores derivados del uso de técnicas inapropiadas o maneras erróneas de aproximarse a la realización de una diligencia concreta, lo que puede ocasionar que sus resultados sean poco confiables, incrementando así el riesgo de que se produzca una condena errónea. Al final del día, estos grupos de seguridad ciudadana no cuentan con la misma preparación e instrucción que las policías<sup>4</sup>.

El presente comentario analizará el fallo Rol N° 1618-2021 de fecha 27 de mayo de 2021, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció por la posibilidad de que civiles, y específicamente funcionarios municipales de seguridad ciudadana, lleven adelante diligencias de investigación. He seleccionado este fallo pues me parece relevante por diversas razones. Primero, porque permite revisar temáticas muy diversas, pero

que aparecen vinculadas directamente a la vigencia y respeto de los derechos y garantías fundamentales de todas las personas. Segundo, porque el fallo se pronuncia por la posibilidad de que funcionarios municipales de seguridad ciudadana lleven adelante actividades propias de una investigación criminal, explicitando sus consecuencias en el proceso penal. Tercero, porque el caso puede ser ilustrativo de la calidad del trabajo policial y de estos grupos de seguridad municipal que colaboran activamente y de manera continua con las fuerzas de orden y seguridad. Por último, porque la decisión permite levantar reflexiones sobre la posibilidad de que ocurran condenas erróneas a raíz del actuar de las policías y de estas instituciones que prestan apoyo a la labor policial.

El objetivo del comentario es analizar dos cuestiones que me parecen centrales: la actividad investigativa de los particulares junto a sus consecuencias en el proceso, y ciertos aspectos vinculados a la práctica de reconocimientos de imputados e imputadas a la luz de la literatura en condenas erróneas. Comenzaré introduciendo los hechos centrales del caso y la decisión de la Corte. Posteriormente, abordaré las dos temáticas indicadas en sus respectivos sub-apartados y finalizaré entregando unas breves conclusiones.

## 2) Hechos relevantes

El día 03 de agosto de 2019, a las 09:00 horas aproximadamente, en la comuna de Renca, P.C.A.C. fue abordada por un sujeto desconocido, quien le habría solicitado la entrega de su mochila, iniciándose un forcejeo que culminó con la agresión por parte del desconocido con un objeto corto punzante. Así, el individuo consiguió sustraer la billetera de la víctima desde su mochila para luego darse a la fuga, dejando a P.C.A.C. con una herida abdominal.

Mientras P.C.A.C. se encontraba en un servicio de urgencias para recibir las primeras atenciones, un funcionario municipal de seguridad ciudadana, sin intervención alguna del Ministerio Público ni de la Policía, realizó seguimientos, recopiló fotografías y obtuvo videos de un individuo de iniciales J.D.R.C., para luego exhibir el material a la víctima y que, de esa manera, pudiera reconocerlo como perpetrador del hecho, cuestión que así ocurrió. Más tarde, en dependencias de Carabineros, se condujo una diligencia de reconocimiento mediante rueda fotográfica, pese a que no se contaba con una descripción previa del atacante. En la diligencia, a P.C.A.C. se le exhibieron dos sets fotográficos que contenían fotografías repetidas, contrario a lo establecido por los protocolos que regulan la realización de este tipo de diligencias<sup>5</sup>. La víctima nuevamente reconoció a J.D.R.C. como el perpetrador.

En el juicio oral, el acusado J.D.R.C. fue absuelto de los cargos. El tribunal valoró negativamente la evidencia obtenida por los funcionarios municipales y los materiales derivados de ella, pues estos no solamente se habrían arrogado facultades propias y privativas del Ministerio Público, sino que además habrían actuado en contravención a ciertas normas de

5 Véase: Ministerio Público (2013) Protocolo Interinstitucional de reconocimiento de imputados. Santiago: Ministerio Público. 35 pp. En general, se establece que, previo a un procedimiento de reconocimiento, debe existir una descripción del sospechoso (sexo, edad, características físicas, rasgos faciales, tipo de vestimentas, etc.), se trata de una diligencia que debe realizarse de forma ininterrumpida, de carácter individual, donde se debe evitar la comunicación entre víctimas o testigos. También, se señalan obligaciones de los funcionarios a cargo de la diligencia en cuanto a las instrucciones que deben dar y el respeto que deben mantener por el principio de objetividad. En cuanto a la conformación del set para el reconocimiento con sospechoso conocido, se deben confeccionar a lo menos dos set fotográficos cada uno compuesto con diez fotografías, no pueden repetirse fotografías dentro de un mismo set, las cuales deberán ser lo más actuales posibles y tener las mismas proporciones y colores, debiendo exhibirse de manera sucesiva, una a una, sin dejar a la vista una antes de pasar a la siguiente. Deben registrarse los resultados de la diligencia como también las fotografías utilizadas.

actuación autónoma de las policías. Por otro lado, la evidencia valorada positivamente, fue insuficiente para adquirir convicción de condena.

El Ministerio Público dedujo recurso de nulidad fundándose en la causal contemplada en el artículo 374 letra e) en relación con la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, esto es, por la falta de fundamentación de la sentencia. Asimismo, subsidiariamente fundó su recurso por la causal del artículo 373 letra b) del mismo Código, por errónea aplicación de los artículos 19 N° 3 de la Constitución y los artículos 83, 125, 129 y 276 del Código Procesal Penal.

### 3) La decisión

La Corte de Apelaciones de Santiago estableció que se vulneró el derecho de J.D.R.C. a ser juzgado a través de un procedimiento racional y justo cuando los funcionarios municipales de seguridad ciudadana, esto es, civiles o particulares para todos los efectos legales, llevaron adelante diligencias de investigación, arrogándose facultades propias del Ministerio Público y, al mismo tiempo, vulnerando normas que regulan la práctica de diligencias autónomas de las policías. Debido a lo anterior, la Corte estimó que la evidencia obtenida por los funcionarios de seguridad ciudadana adolecía de ilicitud y por ende la exhibición que se le realizó a la víctima de tales materiales también se vio contaminada. Junto a ello, todo material emanado de la sindicación que hizo la víctima también se tiñó de ilicitud.

La Corte expresó que la autoridad debe actuar dentro de los límites de su competencia. En ese sentido, por mandato constitucional y legal, corresponde al Ministerio Público dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado o imputada. Además, las policías deben someter su actuar a la dirección del Ministerio Público. En definitiva, la Corte rechazó el recurso de nulidad deducido, en todas sus causales, quedando firme la sentencia absolutoria del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

### 4) Reflexiones

#### 4.1. Investigación por particulares y debido proceso

En mi opinión, el razonamiento de la Corte, en este caso concreto, es adecuado en orden a vedar la posibilidad de que funcionarios municipales de seguridad ciudadana lleven adelante actividades de investigación y particularmente el procedimiento de reconocimiento o identificación. Sin embargo, me parece que el fallo se equivoca al no reparar en dos cuestiones: primero, en la naturaleza de estos grupos de seguridad; y, segundo, en el tipo de diligencias que les está prohibido realizar.

En cuanto a lo primero, y considerando especialmente que nuestra Corte Suprema, aunque con defectos, ha replicado los criterios establecidos por la Suprema Corte de Estados Unidos en materia de privacidad a propósito de la cuarta enmienda<sup>6</sup>, me parece que se desperdició una buena

<sup>6</sup> Por ejemplo, consúltense los roles N° 89.660-2016, N° 24.860-2017, N° 32691-2018 y N° 14.317-2021. Estas decisiones que recogen los criterios de «expectativa razonable de privacidad» del famoso caso Katz, resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos.

- 7 Aunque no puedo detenerme con detalle en la doctrina de la *state action* desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, se trata fundamentalmente de casos en que se asimila el actuar de particulares al del Estado, y por tanto hace aplicable la protección de la cuarta enmienda y la necesidad de una orden judicial previa, a aquellos casos en que los particulares desarrollan actividades intrusivas (1) bajo las órdenes de un agente del estado, (2) a requerimiento de un agente del estado, (3) a requerimiento de una ley o (4) motivados por una ley que los alienta fuertemente a llevar adelante la actividad de vigilancia, véase: Hutchins, Renée y Simmons Ric (2014) *Learning Criminal Procedure*. Minnesota: West Academic Publishing, 1614 pp., pp. 40-45.
- 8 En esta materia, el protocolo interinstitucional de primeras diligencias que contiene instrucciones generales, establece que cuando es posible determinar la identidad de las personas que participaron en los hechos investigados, podrá procederse a la exhibición del sospechoso o sospechosa mediante set fotográficos a la víctima o testigo que hubiese presenciado el hecho y que haya declarado haberlo visto o estar en condiciones de reconocerlo. Véase: Ministerio Público (2017) 9. El procedimiento de identificación llevado adelante por los funcionarios municipales ni siquiera se apega a lo que establece el protocolo de identificación previsto en Ministerio Público (2013) 11-28.
- 9 En este sentido, véase: Correa, Claudio (2016) «La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo». *Revista Política Criminal*, Vol. 11 N° 21, pp. 104-139, pp. 108-111. El autor indica que no es razonable que la investigación entregada al ministerio público excluya a otros posibles actores, sino que existen razones normativas para entender que los particulares pueden generar y ofrecer probanzas propias. En ese sentido, existiría cierta racionalidad en la matización del principio de oficialidad, pues incluso resulta conveniente para el funcionamiento del proceso penal que existan espacios en los cuales víctima e imputado operen como un contrapeso a la discrecionalidad técnica del ente persecutor en la selección, y oportunidad de realizar determinadas diligencias de investigación. El matiz, sin embargo, es que en este caso no se trata de un interviniente, ni menos de un «sujeto procesal no interviniente» como sería la policía.

oportunidad para efectuar una distinción entre un individuo cualquiera que realiza actividades de investigación y otros grupos más organizados de seguridad que colaboran recurrentemente con las policías y que, por tanto, se asimilan mucho más al poder estatal. En otras palabras, estos grupos de seguridad ciudadana, no obstante estar compuestos de particulares, desde la perspectiva de su accionar sin duda hacen «algo más» que lo que haría un simple particular, pero al mismo tiempo hacen «algo menos» que lo que haría la policía, aunque la línea es muy delgada, pues no creo que las organizaciones de seguridad ciudadana sean un caso intermedio entre un particular y la policía, sino que de hecho están mucho más cerca del actuar policial. En definitiva, si bien en este caso particular la respuesta de la Corte es adecuada, puede que en otros supuestos y con otros matices, la respuesta no sea del todo satisfactoria si no se repara en esta distinción<sup>7</sup>.

En cuanto a lo segundo, si bien concuerdo con que la actuación de los funcionarios de seguridad ciudadana adolece de ilicitud, discrepo en la actuación en que la Corte sitúa la ilicitud misma. En mi opinión, la ilicitud no está en el seguimiento efectuado al sospechoso J.D.R.C. por funcionarios municipales, ni en fotografiarlo o grabarlo en la vía pública, pues si esto hubiese sido realizado por auténticos policías sería juego limpio, dado que no se trata de diligencias intrusivas que afecten derechos fundamentales y por ende ni siquiera hubiese sido necesario una autorización judicial. En cambio, considero que la ilicitud ocurre cuando los funcionarios municipales exhiben los materiales a la víctima, pues aquello sí se trata de una diligencia de investigación propiamente tal, en realidad un sucedáneo a un procedimiento de exhibición de imputada o imputado, el cual de hecho solo puede ser realizado por las policías cuando así haya sido instruido por el ente persecutor<sup>8</sup>. Así, considero que la corte se equivoca en situar la ilicitud, especialmente porque aquello oscurece la determinación de qué tipo de actividades están permitidas y prohibidas de realizar a los particulares. En realidad, lo que nuestro ordenamiento jurídico reserva, bajo el principio de oficialidad, al Ministerio Público y, bajo la dirección de este a las policías, son determinadas clases de actividades de investigación y no todas las actividades posibles de investigación<sup>9</sup>. En el caso particular, considero que la actividad de seguimiento y vigilancia en la vía pública era permisible a los funcionarios municipales (aunque reprochable desde un punto de vista material por realizarse sin contar con una descripción previa del sospechoso, como indicaré más adelante), mientras que no les estaba permitido llevar adelante un procedimiento de identificación.

Por último, establecido que el actuar de los funcionarios de seguridad ciudadana es ilícito, brevemente me referiré a las consecuencias que se siguieron en este caso particular. A nivel de valoración de la prueba, el Tribunal de Juicio Oral decidió valorar negativamente la evidencia derivada de la actuación de estos funcionarios. La práctica de la valoración negativa ha sido un tema bastante discutido en doctrina y jurisprudencia, pese a que la balanza pareciera estar inclinándose en favor de esta práctica<sup>10</sup>. Al rechazar el recurso, la Corte está validando esta práctica como una herramienta de los jueces de fondo, quienes ante una evidencia obtenida con vulneración de garantías que no fue excluida oportunamente en la etapa de preparación y que se rindió en juicio, pueden no considerarla y así impedir



- 10 Para un panorama general del estado de la discusión y las posturas a favor y en contra de esta práctica, véase: Correa, Carlos (2021) «La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia». *Latin American Legal Studies*, Vol. 8, pp. 64-92, pp. 68-76.
- 11 Para una descripción sucinta de estos mecanismos, véase: Correa (2021) 77-80.
- 12 En materia de debido proceso, Vargas, Macarena y Fuentes, Claudio (2018) *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas Aproximaciones*. Santiago: DER Ediciones, 298 pp., p. 151, señalan que el debido proceso se compone de sub-derechos que van cambiando en el tiempo, sea porque se incorporan nuevas garantías, porque se van precisando o porque se van interpretando desde nuevas perspectivas. Desde este punto de vista, la decisión sin duda contribuye a un mejor entendimiento del derecho.
- 13 De esto da cuenta una gran literatura disponible en el ámbito comparado. Por todos, véase: Wells, Gay; Kovera, Margaret; Douglass, Amy, Brewer, Neil; Meissner, Christian; Wixted, John (2020) "Policy and procedure recommendations for the collection and preservations of eyewitness identification evidence". *Law and Human Behavior*, Vol. 44 N° 1, pp. 3-36, pp. 9-28. La obra citada permite tener una visión general del problema, pues aunque el objetivo principal es exponer recomendaciones para mejorar la confiabilidad de los procedimientos de identificación mediante testigos oculares, también permite entender los principales problemas que afectan a esta clase de procedimientos. En el caso de Chile, véase: Duce, Mauricio (2017) «Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora», *Revista Política Criminal*, Vol. 12 N° 23, pp. 291-379, pp. 292-296.
- 14 **DUCE** (2017) 292-296.
- 15 Por ejemplo, véase: Hutchins y Simmons (2014) 805. En el caso chileno, véase: Alcaíno (2014) «La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados». *Política Criminal*, Vol. 9 N° 18, pp. 564-614. Catalán, Mario (2019) *Aproximación empírica sobre la realización y valoración de la prueba del reconocimiento ocular en Chile*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 194 pp., pp. 31-188.

que su decisión se fundamente en materiales espurios. De esa forma, la valoración negativa no solo viene a reafirmar el principio de integridad judicial, sino también a transformarse en un auténtico mecanismo de resguardo de garantías fundamentales, adicional a los previstos en la legislación procesal penal, impidiendo que los jueces fundamenten a sabiendas sus decisiones en materiales que adolecen de ilicitud<sup>11</sup>. Aunque no desarrollaré argumentos a favor de esta práctica, considero adecuada la decisión del Tribunal de Juicio Oral y de la Corte de Apelaciones sobre este punto.

En definitiva, aunque discrepo en ciertos aspectos del fallo, no en las respuestas sino en la forma en que se llega a ellas, me parece que en todo caso la decisión es sumamente valiosa, ya que permite dotar de contenido y especificar el derecho al debido proceso<sup>12</sup>. Particularmente, porque la Corte entiende que el derecho a ser juzgado a través de una investigación racional y justa, como componente del debido proceso, implica necesariamente que las actividades de investigación sean llevadas adelante por las autoridades a quienes la ley ha facultado de manera exclusiva y privativa para ello. En todo caso, me parece que la decisión debió hacer un matiz en orden a establecer qué tipos de diligencias podrían razonablemente llevar adelante esta clase especial de particulares, sin afectar el derecho mencionado, y qué tipo de actividades les está prohibido realizar en cualquier caso.

#### 4.2. Reconocimientos oculares y condenas erróneas

En el fallo no hay ninguna mención a la vinculación que existe entre los errores en los procedimientos de reconocimiento y la posibilidad de condenar a un inocente<sup>13</sup>. Si bien el fallo hace una suerte de reproche a la calidad de la investigación, este se hace únicamente en términos normativos. Por una parte, se reprocha a los funcionarios municipales por arrogarse facultades que no les son propias y, por otro lado, se reprocha a carabineros por la inobservancia a las normas de los protocolos que regulan los reconocimientos fotográficos. Sin embargo, me parece pertinente y del todo relevante profundizar en cuanto a las consecuencias materiales derivadas de la práctica errónea de reconocimientos o procedimientos de identificación de personas imputadas.

En tanto técnicas investigativas, los reconocimientos efectuados por víctimas o testigos oculares son el principal factor que ha contribuido a la condena de personas inocentes<sup>14</sup>. Pese a que la literatura se ha esmerado en denunciar los problemas detrás de estos procedimientos, es una práctica frecuentemente utilizada en las investigaciones criminales<sup>15</sup>. A continuación, abordaré algunos problemas que se dieron en el caso concreto al momento de practicar el reconocimiento del sospechoso, tanto en la exhibición realizada por funcionarios municipales como en la rueda fotográfica realizada por carabineros.

En primer lugar, ambos procedimientos se llevaron a cabo sin que existiera una descripción previa del sospechoso de parte de la víctima. Sin esta declaración no es posible llevar adelante un procedimiento de identificación, pues no se puede saber a qué persona exhibir o quién será incluido como sospechoso o sospechosa en una rueda de reconocimiento o en una rueda fotográfica, ni tampoco es posible saber a qué individuos, de caracte-

rísticas similares, se incluirá en dichas ruedas como distractores. Más grave aún, es pensar que los funcionarios municipales de seguridad ciudadana realizaron actividades de seguimiento y vigilancia respecto del sospechoso J.D.R.C., sin contar siquiera con una descripción previa provista por la víctima del delito.

En segundo lugar, el procedimiento llevado adelante por funcionarios municipales es inherentemente sugestivo, pues más que un procedimiento reconocimiento, es en realidad una auténtica exhibición uno a uno, pues luego de captar videos e imágenes de quienes creían sospechoso, lo exhibieron directamente a la víctima para saber si era o no el perpetrador del hecho. Además de la sugestividad inherente a esta práctica, éste fue realizada a ciegas, no solo por la falta de descripción previa, sino porque no se conocían las «variables o indicadores de estimación», esto es, las circunstancias bajo las cuales la persona pudo observar a la persona a identificar<sup>16</sup>. Por ejemplo, si la víctima realmente pudo ver al perpetrador al momento del incidente, cuál fue su grado de atención, la duración del encuentro, el estrés de la víctima debido al uso de armas, etc. No se debe perder de vista que la víctima se encontraba en la espera de recibir atención médica cuando se practicó el procedimiento. En todo caso, estos aspectos usualmente cobran relevancia en el litigio y valoración de la prueba.

En tercer lugar, debe considerarse especialmente que las actividades previas en la investigación tienen la capacidad de influir y teñir otras actividades futuras de investigación, como ulteriores reconocimientos, testimonios u otras diligencias. Por ello, bajo lo que se denomina «variables del sistema», esto es, el conjunto de factores asociados a la forma en que se llevan adelante los procedimientos de reconocimiento que habitualmente practican las agencias de persecución penal<sup>17</sup>, se debe considerar especialmente el impacto del primer reconocimiento, y sus resultados, con respecto al segundo reconocimiento. En este mismo punto, también deben considerarse «variables personales», o factores cognitivos presentes tanto en quien lleva adelante el reconocimiento, como la víctima o testigo que reconoce, lo que puede acabar generando una bola de nieve de defectos investigativos<sup>18</sup>. Así las cosas, mirando el caso concreto, la sugestividad inherente y demás falencias del primer reconocimiento efectuado por funcionarios municipales, podría no solo afectar sus propios resultados, sino también tener un impacto en el segundo reconocimiento, que fue llevado adelante por Carabineros, por ejemplo, a través del sesgo de retrospectiva o el sesgo del experimentador<sup>19</sup>.

Por último, más grave aún es que Carabineros se equivoque tan sustancialmente al desarrollar el procedimiento de reconocimiento en rueda fotográfica, pese a contar con un protocolo que, aunque con defectos, se preocupa de reglar la práctica de esta diligencia<sup>20</sup>. Así, además de no contar con una declaración previa que permitiera confeccionar adecuadamente los sets fotográficos a exhibir, se incluyeron fotografías repetidas en ambos sets, lo que es contrario a las normas que regulan la realización de la diligencia contenidas en el protocolo interinstitucional de reconocimiento de imputados.

Todos estos puntos necesariamente deben llevarnos a reflexionar sobre la calidad del trabajo policial y de instituciones como seguridad ciuda-

16 DUCE (2017) 302.

17 DUCE (2017) 302.

18 Sobre el impacto de factores cognitivos en una investigación criminal, véase: Beltrán, Víctor (2021) «Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores externos en la toma de decisiones en la justicia criminal». Revista de Estudios de la Justicia, N° 34, pp. 17-58, p. 29, 30-31, 38-44.

19 Sobre estos fenómenos, véase: Beltrán (2021) 26-27, 30-31.

20 Sobre los aspectos problemáticos de este protocolo, véase: Duce (2017), 310-314.

dana que asisten recurrentemente a las policías. Es claro que no cualquiera puede llevar adelante un procedimiento de reconocimiento, pues no se trata de una actividad intuitiva, sino que requiere la adecuada preparación y capacitación. En el caso de Carabineros el error es mucho más reprochable, pues pese a tener formación en la materia, y contar con un protocolo para llevar adelante estas diligencias, casos como este ponen en tela de juicio su capacidad profesional y ponen en evidencia cierta falta de prolijidad. Es innegable que ambas instituciones realizan una labor noble y fundamental para la vida en sociedad, pero eso no puede realizarse a cualquier costo. De lo contrario, el riesgo de error y los problemas de confiabilidad inherentes a esta clase de procedimientos se verán incrementados, pudiendo generar consecuencias nefastas para el sistema, dado el potencial riesgo de condenar a personas inocentes.

## 5) Conclusiones

Para finalizar, a la luz del caso en comento, deseo dar respuesta al título de este trabajo desde dos perspectivas. Primero, desde un punto de vista normativo, los funcionarios o funcionarias municipales de seguridad ciudadana no pueden llevar adelante diligencias de investigación. De acuerdo al fallo, una respuesta afirmativa, implicaría vulnerar las facultades que nuestro ordenamiento jurídico entrega exclusivamente al Ministerio Público en cuanto a la dirección de esta, además de contravenir normativa relativa a facultades de las policías. A consecuencia de ello, se vería afectado el derecho de toda persona a ser juzgado a través de una investigación racional y justa, como componente del debido proceso. Con todo, me parece necesario precisar el tipo de diligencias que en cualquier caso les está prohibido realizar o de lo contrario una decisión de esta naturaleza podría no ser satisfactoria en otros supuestos y con otros matices.

Segundo, desde un punto de vista práctico o material, los funcionarios o funcionarias municipales de seguridad ciudadana no pueden llevar adelante diligencias de investigación consistente en procedimientos de reconocimiento o identificación. Si bien existen actividades no intrusivas que pueden ser más bien intuitivas (como fotografiar a una sospechosa en la vía pública), tal no es el caso de los procedimientos de reconocimiento o identificación. En estos casos, la falta de preparación e instrucción podría aumentar el riesgo de error que ya es inherente a esta clase de actividades. En el caso concreto, el actuar de funcionarios municipales no solamente habría menoscabado la confiabilidad del primer reconocimiento, dada la falta de descripción previa de la víctima y la sugestividad, sino que además podría haber teñido los resultados del segundo reconocimiento fotográfico efectuado por la víctima ante Carabineros, aumentando así las posibilidades de error.

Por último, me parece que los grupos de seguridad ciudadana debiesen ser abordados como objeto de estudio en futuras investigaciones. Debido a la labor que realizan, es importante conocer en detalle y estudiar el impacto que sus actuaciones tendrían en el sistema de justicia penal y en investigaciones criminales, pues como he indicado, por la labor que realizan, existe una línea muy delgada entre sus actuaciones y las de las policías.

## Referencias de Bibliografía

- ALCAÍNO, EDUARDO** (2014). «*La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados*». (Vol. 9 N° 18, pp. 564-614). Política Criminal.
- BELTRÁN, VÍCTOR** (2021). «*Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores externos en la toma de decisiones en la justicia criminal*». (Vol. 34, pp. 17-58). Revista de Estudios de la Justicia.
- CATALÁN, MARIO** (2019). «*Aproximación empírica sobre la realización y valoración de la prueba del reconocimiento ocular en Chile*». Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CORREA, CARLOS** (2021). «*La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia*». (Vol. 8, pp. 64-92). Latin American Legal Studies.
- CORREA, CLAUDIO** (2016). «*La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo*». (Vol. 11 N° 21, pp. 104-139). Revista 110-111. Revista Política Criminal.
- DUCE, MAURICIO** (2017). «*Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora*». (Vol. 12 N° 23, pp. 291-379). Revista Política Criminal.
- DUCE, MAURICIO Y RIEGO, CRISTIAN** (2007). Proceso penal. Editorial Jurídica de Chile.
- HUTCHINS, RENÉE Y SIMMONS RIC** (2014). «*Learning Criminal Procedure. Minnesota*». United States of America: West Academic Publishing.
- MINISTERIO PÚBLICO** (2013). «*Protocolo Interinstitucional de reconocimiento de imputados*». Ministerio Público.
- MINISTERIO PÚBLICO** (2017). «*Manual de primeras diligencias*». Ministerio Público.
- OLIVER, GUILLERMO** (2018). «*Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno*». (Vol. 51 N° 2, pp. 35-67). Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- VARGAS, MACARENA Y FUENTES, CLAUDIO** (2018). «*Introducción al Derecho Procesal. Nuevas Aproximaciones*». DER Ediciones.
- WELLS, GAY; KOVERA, MARGARET; DOUGLASS, AMY, BREWER, NEIL; MEISSNER, CHRISTIAN; WIXTED, JOHN** (2020). «*Policy and procedure recommendations for the collection and preservations of eyewitness identification evidence*». (Vol. 44 N° 1, pp. 3-36). Law and Human Behavior.

# Instrucciones para publicar en la revista

---

La Revista Estudiantil de Derecho Procesal (REDP) tiene como objetivo expandir el conocimiento, estudio e innovación de la disciplina procesal y motivar su desarrollo. Con ese fin, la REDP invita abiertamente a la comunidad académica y estudiantil a enviar sus obras originales e inéditas para ser publicadas y difundidas en ella.

Se aceptan manuscritos de: *a) Artículos de Investigación; b) Notas estudiantiles; c) Comentarios; siempre que guarden relación directa con el estudio y profundización de las temáticas que el Derecho Procesal propone.* Los escritos deben ceñirse a lo señalado en las reglas generales de publicación y autores que se encuentran disponibles en la página web de la Revista y deben ser enviados al correo electrónico [revistaderechoprosal@mail.udp.cl](mailto:revistaderechoprosal@mail.udp.cl).

Una vez recepcionados, se encontrarán sujetos a un proceso de evaluación consistente en dos etapas: una primera revisión del equipo editorial y una segunda revisión por pares, ambas bajo el sistema doble ciego, para obtener finalmente un dictamen sobre los escritos seleccionados para publicación y las eventuales correcciones que se requieran realizar.

El equipo editor podrá descartar artículos recibidos conforme a un criterio de prioridad. Este criterio se fundará en: a) Los niveles de endogamia académica del número correspondiente de la Revista, no pudiendo superar más de un 30% de publicaciones de la misma institución; b) Los indicadores de descarga de los autores de dichos trabajos, según la base de datos Scielo; c) Los factores o índices de impacto de Scimago, Journal Metrics (Scopus) y JCR (Web of Science); y d) La variedad temática de los trabajos presentados a la Revista.

En caso de que un artículo sea aceptado, será publicado dentro de un plazo de dos años, que comenzará a contar desde la aprobación de este. Con todo, este término podrá ser extendido por acuerdo con el autor. La REDP tiene los derechos de edición, publicación y difusión establecidos en las reglas generales, por su parte, los autores tienen los derechos y deberes establecidos en las mismas.



**NÚMERO 1**  
ISSN 2735-7538

redp  
udp

**Universidad Diego Portales**

FACULTAD DE DERECHO

**udp** FACULTAD  
DE DERECHO

**DIC 2021**