



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Romero Seguel, Alejandro
¿Ejecución provisional sin caución? (El proceso y los dados)
Ius et Praxis, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 309-331
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19725565011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿EJECUCIÓN PROVISIONAL SIN CAUCIÓN? (EL PROCESO Y LOS DATOS)*

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL**

I. LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL CAMBIO

Dentro de las novedades del Proyecto de Código Procesal Civil, en actual tramitación, está la idea de introducir la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia sin caución.

Según el Mensaje, con esta propuesta se busca lograr el "fortalecimiento de la sentencia y rol del juez de primer grado jurisdiccional". De un modo concreto, se indica que "a diferencia de lo que ocurre hoy, el proyecto consagra como principio y regla general, la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo". "A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española, se le denomina "ejecución provisional" y ella viene a reemplazar el actual procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias. Se justifica en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales"¹.

En cuanto la justificación técnica, no puede soslayarse que esta modificación, según lo que consigna el Mensaje, no proviene de razones jurídicas, sino datos estadísticos y sociológicos. Esto se aprecia en los siguientes párrafos: "(...) ello se

* Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: "La generación de precedentes en el proceso chileno" (N° 1110917). Colaboración recibida el 20 de agosto y aprobada el 22 de octubre de 2012.

** Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho Universidad de Navarra. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: aromero@uandes.cl.

¹ Para el derecho español, entre otros, cfr. CHOZAS ALONSO, José Manuel, "La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español" en *Proceso Civil* (VVAA, coord. De la Oliva y Palomo), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 401-426; PALOMO, Diego, HINOJOSA, Rafael, "La apuesta de la nueva LEC española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias", en *Ius et Praxis*, U. de Talca, N° 2, 2006, pp. 123-162.

sustenta en recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes”. El Mensaje agrega que “la consagración de esta institución [la ejecución provisional de la sentencia sin caución] no viene sino a reconocer lo que ocurre en la actualidad, por cuanto, no obstante que el Código de Procedimiento Civil establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla. Esto es, predominan hoy las sentencias que causan ejecutoria y que como tales, pueden cumplirse antes de encontrarse firmes o ejecutoriadas”.

Culmina la propuesta precisando que, la nueva regla general, “será que las sentencias de condena puedan ejecutarse inmediatamente en un procedimiento ejecutivo autónomo. Sin embargo, en dicho procedimiento las posibilidades de oposición del ejecutado, son aún más restringidas que respecto de otros títulos ejecutivos no jurisdiccionales y la demanda de oposición no suspenderá en caso alguno el curso de la ejecución”. “Ahora bien, como contrapartida de lo anterior, el procedimiento de ejecución provisional regula en detalle causales de oposición tanto al procedimiento de ejecución provisional mismo, como a actuaciones específicas de ejecución, así como la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en caso que se haya ejecutado una sentencia que posteriormente resulte revocada por la Corte. Junto a lo anterior, se mantiene la posibilidad de solicitar ante las Cortes orden de no innovar en términos similares a los actualmente vigentes”².

Lo anterior, en lo medular, se sustenta en dos pilares:

a) modificando el concepto de título ejecutivo

Conforme al numeral 2 del art. 418 del Código Procesal Civil “sólo son títulos ejecutivos los siguientes: *la sentencia definitiva e interlocutoria, con-*

² Los preceptos relevantes en relación a este tema son, en su esencia, los siguientes: i) art. 235.- Legitimación. Salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo. ii) Art. 236.- Sentencias no ejecutables provisionalmente. No serán, en ningún caso, susceptibles de ejecución provisional: 1. Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. 2. Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato. 3. Las sentencias o laudos arbitrales. 4. Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo o respecto de la cual se hubiere concedido una orden de no innovar que impidiera su cumplimiento. 5. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176 (...). “6. Las demás sentencias que indique expresamente la ley”.

denatoria, no ejecutoriada, siempre que sea procedente la ejecución provisional (...).

Este nuevo numeral altera radicalmente el concepto de título ejecutivo, atendido que hasta la fecha, a lo menos de un modo general, jamás una sentencia definitiva de primera instancia surgida en el proceso de declaración había podido cumplirse cuando estaba impugnada, y menos sin caución. Dicha ejecución sólo era factible para las pronunciadas en única instancia (porque no procede el recurso de apelación), o para las pronunciadas en procesos especiales cuando son apelables en el solo efecto devolutivo³.

b) Incorporando la figura del oficial de ejecución

Todo el mecanismo anterior viene unido a la introducción de un nuevo sujeto procesal, el oficial de ejecución, quien podrá dar inicio al cumplimiento de la sentencia de primer grado, aunque esté recurrida o se opongan excepciones por el condenado a pagar una determinada prestación. Volveremos sobre este punto más adelante.

II. ESTADÍSTICAS Y JUICIO DE PROBABILIDAD

El reconocimiento explícito de la estadística como base del cambio antes señalado, es más que cuestionable. En descripción de Devlin, bajo la forma de estadísticas, las matemáticas se utilizan para decidir los alimentos que comemos, los productos que vamos a comprar, los programas de televisión que podremos ver, y los políticos a los que se nos permitirá votar. Así como la sociedad quemó combustibles fósiles para propulsar las máquinas de la era industrial, en nuestra era actual de la información el combustible principal que quemamos son las matemáticas⁴.

En palabras de Ferrater, “en la ley estadística se declara que, dado que un número suficientemente grande de repeticiones del proceso considerado, se tiende a obtener una razón de 90/100. Por medio del método estadístico definimos, por consiguiente, una cierta área de incertidumbre, que se va restringiendo a medida que aumentamos el número de casos. El método estadístico hace, pues, posible la obtención de un término medio y, con ello, la realización de uno de los propósitos esenciales de las ciencias y de la acción humana: la predicción”⁵.

³ La hipótesis del art. 691 del CPC, que permite alterar la concesión de los efectos de la sentencia definitiva de primera instancia, dictada en el procedimiento sumario de aplicación general, no tiene aplicación práctica. Los jueces conceden la apelación siempre en ambos efectos.

⁴ DEBLIN, Keith, *El lenguaje de las matemáticas*, Barcelona: Troppo, 2002 (tr. P. Crespo), p. 23.

⁵ FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona: Ariel, t. II, 2ª ed. 2009, pp. 1109-1110.

A través de la estadística se permite indagar el futuro (el clima, el riesgo en los contratos de seguro) o el comportamiento de un hecho de una diversidad de campos, como la física o de la biología⁶.

El Mensaje no explicita cuál de las diversas explicaciones acerca de la probabilidad ha considerado para proponer un mecanismo cuya repercusión se dejará sentir en todo justiciable, por el solo hecho de haber sido condenado en primera instancia a realizar una prestación que se estima como ejecutable anticipadamente.

El mismo Proyecto, al aludir a una cuantificación estadística (que la mayoría de las sentencias se confirman), está aceptando que existe un margen de ellas que serán revocadas. ¿Cuáles? Claramente la aplicación de la estadística no permite predecirlo ni anticiparlo. En efecto, en esta ciencia la estimación probabilística sólo puede proponer un margen de ocurrencia de un hecho, dejando su verificación a posteriori. Serán los jueces, aplicando el Derecho, los que deben confirmar o revocar la sentencia de primer grado, adoptando la solución que según el medio de impugnación que se admita, obligando a repetir el juicio, a dictar una nueva sentencia, etc.

Por lo anterior, a nuestro entender, es una apuesta peligrosa construir el nuevo sistema de cumplimiento forzado de las sentencias de declaración fundada en un juicio de probabilidad.

De un modo concreto, estamos frente a una propuesta donde la probabilidad y las estadísticas gubernamentales quieren admitir que el error judicial contenido en un fallo de primera instancia cuente con el mismo nivel de certeza jurídica que, hasta ahora, sólo lograba una sentencia firme y ejecutoriada. Esta es una apuesta radical, puesto que supone abandonar una concepción del sistema recursivo, que para el proceso declarativo, el Código de Procedimiento Civil de 1902, condicionaba al agotamiento de los recursos. De aprobarse la Reforma, estaríamos en este punto frente a una modificación tan sustancial como la que implicó el abandono del sistema recursivo del derecho castellano, donde se entendía que ya no había más recursos contra una sentencia definitiva –en principio– cuando se habían pronunciado tres sentencias conformes sobre el tema decidido⁷.

⁶ Por ejemplo, en el campo de la mecánica estadística, Boltzmann propuso que las propiedades globales de la materia se deducen considerando las propiedades combinadas de los átomos y las moléculas que las constituyen, unas propiedades que obedecen a sencillas leyes de la física, esencialmente las leyes de Newton, y a la acción ciega del azar. También Albert Einstein utilizó en sus trabajos valores numéricos e hizo predicciones en varias de sus investigaciones. En el campo de la biología el fenotipo de las personas depende de una serie de probabilidades en la que también interviene el azar. (Cfr. GRIBBIN, John, *Historia de la ciencia*, Barcelona: Crítica, 2006 (Tr. M. García), pp. 322, 327, 445).

⁷ Con la rica casuística y las excepciones a la regla general, cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, "La cosa juzgada en el derecho procesal del Reino de Chile", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. XVIII, Valparaíso: Ediciones Universitarias, 1996, pp. 171-174.

El Código de Procedimiento Civil actualmente vigente introdujo, como regla general, el binomio de que la ejecutividad era igual a la firmeza, aplicando un postulado de la Revolución Francesa, que reconoció a los litigantes el derecho a que su asunto fuera visto por dos jueces en atención al grado de desconfianza que existía hacia los tribunales inferiores⁸. Antes del agotamiento del sistema recursivo no se estimaba que un parte pudiera gozar del estado de certeza que hoy se pretende construir.

Por su lado, el sistema que reservó el reconocimiento de la certeza del derecho al agotamiento de los recursos fue admitiendo gradualmente tutelas diferenciadas o anticipadas⁹, para poder proteger a una parte en ciertos casos, sin tener que esperar la sentencia final ni el agotamiento de los recursos. Normalmente ello se hacía buscando un equilibrio entre las partes mediante la utilización, por ejemplo, de cauciones procesales (fianzas, hipotecas legales de alcances, etc.).

Mirado desde otra perspectiva, cambiando el concepto de lo que se ha entendido como título ejecutivo perfecto y de la forma como se ha concebido el efecto de cosa juzgada en el proceso de declaración, la Reforma está optando por generar una “comunidad de riesgo”, a la que se ingresa por el solo hecho de haber sido condenado, en primera instancia, a realizar cierto tipo de prestaciones. Los que automáticamente queden en dicho grupo deberán soportar la actividad de ejecución, salvo que por la naturaleza de la sentencia queden excluidos de esta ejecución (las constitutivas y las de mera declaración, las arbitrales, entre otras)¹⁰.

⁸ Cfr. DELGADO CRUCES, Jesús Santiago, “La ejecución provisional” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, (VVAA), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 19-20.

⁹ Una perspectiva general de este tema, con la evolución de tutelas procesales diferenciadas en MONROY PALACIOS, Juan José, “Panorama actual de la justicia civil”, en *Proceso Civil* (VVAA, coord. De la Oliva y Palomo), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 93-158.

¹⁰ En síntesis la propuesta se resume a lo siguiente: la ejecución provisional de las sentencias de condena se sujetará a las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, salvo excepciones. Una vez que se da inicio a la actividad de ejecución, el sujeto pasivo puede promover una demanda de oposición a la ejecución provisional, la que puede fundarse en las siguientes causales: 1. En que la sentencia no admite ejecución provisional. 2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada. Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia. Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar. Al formular su demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone. También podrá oponer las causales de oposición

Aunque la Reforma permite al condenado solicitar una orden de no innovar, para ser suspendido de la “comunidad de riesgo”, ello no debe verse como una garantía procesal suficiente. El legislador olvida que la gran mayoría de estas peticiones son rechazadas por las Cortes de Apelaciones, sin que ello signifique necesariamente la mantención de la condena que no se suspendió. Seguramente esta estadística no figuraba en los estudios gubernamentales, ni tampoco se debe haber realizado una proyección sobre la sobrecarga que se producirá en los tribunales llamados a conocer de las orden de no innovar, atendido que el efecto devolutivo se pretende pase a ser el régimen general.

A esta altura debe quedar claro que el modelo propuesto acepta, sin reparo, que un número aleatorio de personas tendrá que soportar ser sometida al rigor de la ejecución provisional, por el empeño de lograr que el proceso se convierta en un mecanismo eficaz.

En nuestra opinión, toda esta construcción de la ejecución provisional se asemeja al juego de dados. Esta pieza cúbica, descubierta en la legendaria

previstas en el procedimiento ejecutivo, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar. También es relevante, en esta descripción general, lo dispuesto en el art. 241, que regula el derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios, en los siguientes términos: “si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior”. “Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, según las reglas siguientes: Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables”. “Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados”. “Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviere condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados”. “El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes”. “El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177”.

Ciudad Quemada, en el sudeste de Irán, durante muchos siglos ha sido un instrumento utilizado para enseñar lo que es la probabilidad. En este caso, por el hecho que las estadísticas indiquen que x número de sentencias se confirman por las Cortes, se está dispuesto a que n número de condenados soporten el peso de la ejecución, aunque luego terminen siendo absueltos.

Desde otro punto de vista, en esta parte la Reforma busca poner en práctica en el ámbito jurídico la denominada *ley de los grandes números*. Esta fue descubierta por el matemático suizo Jacob Bernoulli (1654-1705), como parte de su libro póstumo *Ars Conjectandi* (El arte de hacer conjeturas). Con ella se explica un teorema de probabilidad que describe la estabilidad a lo largo de una variable aleatoria. Cuando el número de observaciones de un experimento como tirar una moneda es suficientemente grande, la aparición porcentual de un resultado será muy cercana a la probabilidad del resultado. Los encargados de los casinos adoran este teorema porque pueden confiar en el resultado estable a largo plazo y actuar en consecuencia. Las aseguradoras dependen de él para planear variaciones cuando hay pérdidas¹¹.

Es incuestionable que el desarrollo de la teoría del cálculo ha sido una herramienta para explicar la estructura o el desenvolvimiento de diversas disciplinas, como la biología, física, química, economía, sociología, ingeniería, así como cualquier área del estudio en la que exista una magnitud variable. Sin embargo, pretender que un proceso judicial sea construido sobre tal base científica no parece correcto. Las reglas jurídicas deben evitar que el Estado cauce un daño patrimonial y psicológico a las personas, sobre todo cuando el mismo promotor de la idea tiene conocimiento estadístico que un porcentaje de los condenados en primera instancia no debieron ser ejecutados provisionalmente.

En el modelo propuesto se busca abandonar varios conceptos que, hasta ahora, han sido la base de nuestro sistema jurídico procesal civil, pero sin haber enfrentado con profundidad las causas de la ineficacia de nuestro sistema procesal civil (carencia de jueces, aumento de la demanda por servicios judiciales, la excesiva escrituración, entre las más evidentes).

Tomando como base la estadística, se da el paso a una propuesta ideológica según la cual la verdad acompaña al litigante victorioso en primera instancia. Bajo esa premisa se subordina al Derecho a la *ley de los grandes números*, sin que importe que un conjunto indefinido y aleatorio de personas sean expuestas a soportar el rigor de una ejecución patrimonial injusta.

¹¹ En esta descripción, cfr. PICKOVER, Cliford, *El libro de las matemáticas*, Holanda: Librero, tr. M. Serrano, 2011, p. 164. También podría acudir a otras explicaciones matemáticas que han seguido en el campo de la física y de las matemáticas, para descubrir cómo los procesos de probabilidad generan resultados predecibles.

Para aceptar esta Reforma basta dar crédito a la siguiente propuesta: que el vencedor de primera instancia es el portador de la verdad jurídica, aunque el proceso todavía no haya concluido. A partir de esa premisa de clara orientación utilitarista, se reformula todo lo conocido. Cambia el sistema de recursos, se suprimen la función de las cauciones procesales como mecanismo de equilibrio en el proceso declarativo o ejecutivo, la cosa juzgada deja de actuar como regla de clausura y de certeza jurídica.

Dicho de otro modo, bajo el artificio de imponer la ficción jurídica que una sentencia de primera instancia es un título ejecutivo que debe ser considerado como perfecto, aunque contenga una declaración del derecho errónea o aberrante, se modela el nuevo sistema de enjuiciamiento civil.

Nos debería ayudar a entender el sistema propuesto la lúcida explicación de Arendt de lo que es una ideología, cuando apuntaba que ella “trata el curso de los acontecimientos como si siguieran la misma “ley” que la exposición lógica de su “ideas”. Las ideologías pretenden conocer los misterios de todo el proceso histórico –los secretos del pasado, las complejidades del presente, las incertidumbres del futuro– merced a la lógica inherente a sus respectivas ideas”¹². En este caso, el Proyecto del Código Procesal Civil ha descubierto que en la primera instancia se encuentra la tierra prometida, a la que se podrá ingresar por el solo hecho de vencer en ese grado jurisdiccional, siendo tomado el acreedor de la mano del oficial de ejecución, al que se le encarga restablecer el imperio del derecho.

La construcción ideológica que se aprecia en este modelo no ha trepido en confundir conceptos que, en rigor, son perfectamente separables. Como lo explica la autorizada voz de Taruffo, “(...) los conceptos de verdad, verosimilitud y probabilidad no son equivalente entre sí y no son reducibles unos a otros. Designan diferentes cualidades que se pueden predicar respecto de un enunciado: puede ocurrir que concurren positivamente respecto de un mismo enunciado, si es que es a la vez verdadero, verosímil y probable, en la medida que resulta comprobado por las pruebas, pero puede ocurrir también lo contrario. En otras palabras, es posible que un enunciado sea verdadero pero no sea verosímil, así como puede ocurrir que un enunciado sea verdadero pero que no sea probable, pues no se dispone de elementos de prueba que lo confirmen suficientemente y permitan calificarlo como probablemente verdadero. Sostener que un enunciado fáctico ha sido probado (es decir, que es probablemente verdadero) no equivale a decir que es verdadero, pues no se puede excluir la posibilidad (quizá improbable) de que sea falso; y a la inversa, decir que un enunciado carece de confirmación probatoria (y, por lo tanto, que probablemente no es verdadero) no

¹² ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Alianza, 4ª reimp. 2010, p. 628.

excluye la posibilidad de que en realidad sea verdadero. En ambas situaciones, que el enunciado sea o no verosímil resulta irrelevante”¹³.

Por último, el argumento relativo de que la mayor parte de las sentencias no son impugnadas, no pasa de ser un dato estadístico que no puede validar el sistema que se viene criticando¹⁴. En efecto, cuando este hecho sucede justamente estamos frente un título jurídico perfecto, atendido que el debate ha pasado por las reglas del proceso declarativo, que concluyó con un demandado que optó por no impugnar. En ello no hay ninguna ficción jurídica, ni menos una construcción ideológica, simplemente estamos frente a la vieja institución de la cosa juzgada.

III. LA PRETENDIDA EXTENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

En relación al argumento del Mensaje según el cual la ejecución provisional está presente en nuestra realidad. Ello es efectivo de un modo parcial. La institución existe, pero da vida a hipótesis de variada naturaleza, donde su admisión y contenido viene justificado de modo distinto¹⁵. Veamos algunos ejemplos.

(i) En la concesión de los alimentos provisionales. El Código Civil dispone en el art. 327 que “mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar se den provisoriamente, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria”. “Cesa este derecho a la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda”.

Pues bien, este derecho se da en un ámbito de relaciones de familia, donde sólo podrán accionar un número de sujetos que se encuentran legitimados en la posición de debatir en torno a esta obligación legal. No se conocen casos donde alguien, carente de legitimación pasiva haya sido condenado provisionalmente al pago de alimentos.

(ii) En la autorización judicial para poder utilizar una servidumbre minera. La anticipación de tutela está justificada por tratarse de un gravamen legal, pero su ejercicio se condiciona a la rendición de una caución suficiente, para que el demandante pueda responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado (art. 125 CM).

¹³ TARUFFO, Michele, *Simplemente verdad*, Barcelona; Marcial Pons, tr. D. Accatino, 2010, p. 108.

¹⁴ El Mensaje señala al efecto que, “los recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas (...)”.

¹⁵ Un estudio del tema, en MENESES PACHECO, Claudio, “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”, en *RCHD*°, Vol. 36 N° 1, 2009, pp. 21-50.

(iii) En la entrega anticipada del predio arrendado. Esta hipótesis se introdujo al art. 6º de la Ley N° 18.101, de 1982 por la Ley N° 19.866 de 11 de abril de 2003. En este caso se trata de una situación singular, que no exige caución. A través de ella se busca aminorar el daño que significa el incumplimiento del arrendatario, el que normalmente se traduce en rentas y cuentas de servicios impagas, al punto de abandonar subrepticamente la propiedad.

Como se puede apreciar, la genérica justificación del Mensaje no resulta un argumento plenamente válido. No resulta lógico tratar de extraer una conclusión general por la existencia de hipótesis particulares, sobre todo cuando se trata de un fenómeno en la que la anticipación de protección jurídica no obedece siempre un mismo y único patrón de justificación jurídica.

IV. LA PRETENDIDA REGLA GENERAL DE LOS EFECTOS DE LOS RECURSOS

También es criticable el argumento del Mensaje de que el efecto devolutivo de los recursos en los procesos especiales es la regla general, y que por ello, el nuevo Código Procesal debe pasar a aceptar esa misma solución como de común aplicación.

Aunque el proceso es un concepto abstracto y único, la realidad revela la existencia de una diversidad de procedimientos para que los distintos jueces o tribunales que componen el órgano jurisdiccional actúen en la declaración del derecho, ya sea para ordenar el cumplimiento de una obligación, la aplicación de una sanción, la protección de garantías constitucionales, la creación o modificación de un estado jurídico, el cumplimiento forzado de una obligación, la protección cautelar o anticipada del derecho, etc.

Esta variedad de procedimientos pueden ser clasificados de diversos modos: a) declarativos, de ejecución, preparatorios, cautelares, probatorios; b) singulares y universales; c) de lato conocimiento, sumarios y sumarísimos; d) ordinarios y extraordinarios; e) ejecutivos ordinarios, ejecutivos hipotecarios y prendarios, ejecutivos singulares y ejecutivos universales; f) constitucionales, civiles, contencioso-administrativos, penales, laborales, de propiedad industrial, de propiedad intelectual, de constitución de servidumbres, etc.

En relación al proceso de declaración, la idea original de nuestro legislador de fines del Siglo XIX y principios del XX, fue que la mayor parte de los asuntos se decidieran a través del juicio ordinario reglamentado en el Libro II del CPC. Para garantizar su aplicación el Título y artículo final del CPC dispuso la derogación de todas las leyes preexistentes al 1º de marzo de 1903, incluso en lo que no le eran contrarias (salvo excepciones de derecho procesal orgánico).

No obstante lo anterior, a partir de 1925 se comenzó a dictar una serie de leyes que, gradualmente, han ido alterando sustancialmente el sistema original recién referido, introduciendo una variedad de procedimientos de la más diversa índole. Esta situación ha llevado, entre otros problemas, a que exista una mul-

tipicidad de regulaciones, dentro de las que destaca la relativa a los efectos de los recursos. Ahora, que dicha variedad pueda justificar que el Código Procesal Civil quiera establecer que todo recurso se conceda en el solo efecto devolutivo es opinable. Nuevamente, la existencia de varias reglas particulares no puede servir de base para extraer una pauta general.

V. LAS SENTENCIAS QUE CAUSAN EJECUTORIA COMO ARGUMENTO

Tampoco es válido el argumento de que el sistema vigente tenga como regla general el cumplimiento de sentencias que causan ejecutoria.

Más allá de las soluciones existentes en procesos especiales, que por algo tienen esa calidad, en el terreno de los principios la ejecución de la sentencia dictada en el proceso de declaración siempre ha sido consecuencia del efecto de la cosa juzgada.

De conformidad al artículo 176 del CPC, corresponde la acción de cosa juzgada a aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de este Libro. La alusión a la acción de cosa juzgada, es una manera arcaica de aludir a la sentencia judicial como título ejecutivo (art. 434 N° 1 CPC).

Para que se pueda cumplir una resolución judicial debe tratarse de una sentencia definitiva o interlocutoria firme, que habiéndose pronunciado sobre el fondo del objeto del proceso contenga el reconocimiento de algún derecho en favor de una de las partes, cuyo cumplimiento puede ser solicitado al órgano jurisdiccional¹⁶.

Ahora, junto a la hipótesis anterior, también es ejecutable la resolución de la misma naturaleza –sentencias definitivas o interlocutorias– *que causan ejecutoria*. En este caso, es efectivo que se trata de resoluciones que aún no son título ejecutivo, pero ello no ha impedido su ejecución provisional para ciertos y determinados casos, donde expresamente se hace excepción al principio que proclamaba que “no hay ejecución sin título” (*nulla executio sine titulo*)¹⁷.

En estas hipótesis, el legislador acude a la técnica de la ficción jurídica, y autoriza que se puedan cumplir sentencias que no son un título ejecutivo perfecto, admitiendo la realización de actos coactivos sobre el patrimonio del deudor. Dicha solución aparece en el Código de Procedimiento Civil recién

¹⁶ Como lo tiene reconocido la Corte Suprema, “no todo litigante triunfador puede ejercer la acción de cosa juzgada porque hay sentencias que quedan cumplidas por el hecho de quedar firmes y ejecutoriadas y que, por lo mismo, no dan acción para exigir su cumplimiento, como ocurre generalmente con las sentencias desestimatorias de la acción” (CS. 19 de diciembre de 1940, RDJ, t. 38, sec. 1ª, p. 525).

¹⁷ Sobre el tema, cfr. COLOMBO CAMPBELL, Juan, “El título ejecutivo”, en *Juicio ejecutivo. Panorama actual*, Santiago: ConoSur, 1995, pp. 1-37. Con una visión crítica de la vigencia de este principio, MONROY PALACIOS, Juan José, “Panorama actual de la justicia civil”, en *Proceso Civil (VVAA)*, ob. cit., pp. 139-150.

con la reforma de la Ley N° 7.760, publicada el 5 de febrero de 1944. En el antiguo art. 236 (actual art. 231), sólo se permitía cumplir las resoluciones firmes o ejecutoriadas.

Es efectivo que las sentencias que causan ejecutoria se pueden cumplir no obstante existir recursos pendientes en su contra, sin necesidad de rendir fianza de resultas. Sin embargo, ello comprende un universo acotado de casos, atendido que en materia de apelación en el proceso declarativo el recurso de apelación se concede en ambos efectos. Y si se deduce el recurso de casación, la anticipación de la protección puede ser limitada por el deudor condenado a través de la constitución de una fianza de resultas, o porque ella no es procedente si se trata de sentencias constitutivas o de declaración de certeza.

Ahora, al mantenerse vigente la regla general de que el recurso de apelación contra la sentencia definitiva se conceda en ambos efectos (art. 193 CPC), la ejecución provisional sólo se hace aplicable a los casos en que una sentencia interlocutoria reconozca a una de las partes un derecho a obtener una prestación susceptible de cumplimiento anticipado, como ocurre, por ejemplo, con la fijación de alimentos provisorios o la que acoge una querella de restitución de primera instancia. Para esta hipótesis el vencido debía proceder a cumplir la sentencia, salvo que la Corte de Apelaciones respectiva decretara una orden de no innovar suspendiendo los efectos de la resolución recurrida o paralizando su cumplimiento, según sea el caso (art. 192 CPC).

En suma, sostener como fundamento que la mayor parte de las sentencias se encuentran sometidas al sistema de ejecución por causar ejecutoria, en rigor, no se ajusta estadísticamente a la realidad vigente.

VI. LA INJUSTIFICADA SUPRESIÓN DE LA CAUCIÓN

Como se ha anticipado, el Código Procesal Civil pretende suprimir de la ejecución provisional de la sentencia la constitución de una caución por parte del vencedor en primera instancia¹⁸.

Creemos que este es un punto neurálgico, que debe reconsiderarse, considerando la relevancia y diversidad de funciones que han cumplido las garantías en el ámbito procesal, donde tanto su existencia como su naturaleza y funciones no son siempre las mismas¹⁹.

¹⁸ Una reflexión en relación a la propuesta del Código Procesal Civil, que contempla una ejecución provisional sin caución, cfr. PÉREZ RAGONE, Álvaro, "Entre lo cierto y lo probable: cumplimiento inmediato de la sentencia", en *WWW. ICHDP*, art. publicado el 04/06/2012, página visitada el 19 de julio de 2012.

¹⁹ La fianza, señala TOMÁS Y VALIENTE, en el derecho castellano y aragonés se empleaba como un mal menor, esto es, como una institución que impide que el acreedor actúe contra el deudor con medios (la prenda o la prisión) más odiosos para éste que la presentación del fiador. Según el mismo autor,

En el plano positivo, nuestro Código Civil da una definición amplia de caución, señalando el art. 46 que ella “significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”.

Esta amplia forma en la que se concibe una caución, debería llevar a que la ejecución provisional incorpore este límite patrimonial, para restablecer el equilibrio que debe darse entre las partes que mantienen un litigio pendiente.

Tema diverso debería ser la flexibilidad con la que se admita tener por cumplida esta garantía al que pretende hacer uso del derecho a ejecutar provisionalmente una sentencia. En este punto se debe considerar la evolución que han tenido las cauciones reales y personales en el último tiempo, cuidando que la que se admita cumpla con el fin de éstas, esto es, la de afectar a un conjunto de bienes para satisfacer un interés económico surgido en un determinado momento y ante un específico problema jurídico, como es, en este caso, admitir la anticipación de la tutela jurisdiccional antes de la producción de la cosa juzgada y de que exista efectivamente un título ejecutivo perfecto.

VII. LA NECESIDAD DE RESTABLECER LA CAUCIÓN Y SU DIVERSIDAD DE MODALIDADES

La Reforma debería restablecer la caución para que se pueda hacer viable la discusión sobre la posibilidad de anticipar la ejecución provisional del fallo de primer grado, quitando el rigor que tiene la premisa ideológica de que el vencedor de primera instancia es el portador de la verdad jurídica.

De lo que se trata es que la parte que quiera anticipar la protección jurídica de una sentencia de primer grado, sea obligada a prestar una garantía por el resultado dañoso que tal actividad pueda ocasionar a su contraparte.

Si es efectivo que en este ámbito actúa *la ley de los grandes números*—como se aprecia del Mensaje y su fundamento en la estadística— la solución para generar una caución de uso masivo debería provenir del mercado de los seguros. En tal sentido, es pertinente considerar que algunas compañías han registrado en Chile la denominada “Póliza de Seguros de Garantía”, a través de la cual se permite obtener para un beneficiario que los afianzados cumplan cabalmente las obligaciones impuestas por un contrato o por la ley. Para el tema que interesa, dicha póliza perfectamente podría facilitar el cumplimiento del reembolso de dinero que surgirá para el evento que la Corte Suprema revoque la sentencia cuyo contenido fue cumplido anticipadamente.

dentro de las fianzas hay algunas que surgen dentro de un proceso (civil o penal), las que llamamos procesales. Dos de ellas (“fianza de *dreit*” y “fianza de *redra*”) se dirigen a garantizar el sometimiento de las partes al resultado del juicio; otras (“fianza de iura”, “fianza de riego”, “fianza de torna” y “fianza de espera”) están en función de los medios de prueba (Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, en “Las fianzas en los derechos Aragonés y Castellano”, en *Obras Completas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, t. IV, pp. 3750-3109).

A mayor abundamiento, la “Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata o a primer requerimiento”, tiene como principal característica que la compañía de seguros haga efectivo el seguro hasta el monto de la suma asegurada, al solo requerimiento del asegurado, materializado en una declaración en la que conste el hecho del incumplimiento y el monto de la indemnización solicitada.

Una vez que se agote el recurso respectivo, el litigante vencedor podrá proceder a recuperar la prestación pecuniaria que se le anticipó provisionalmente, sin necesidad de iniciar el juicio indemnizatorio que considera el Proyecto como paliativo.

1. Derecho al debido proceso

La necesidad de restablecer la caución y su proporcionalidad entre la prestación que se anticipa y la garantía que se establece se explica también como un medio que evite el surgimiento de un privilegio jurídico injustificado, a favor de la parte vencedora²⁰.

No se debe perder de vista que este derecho a anticipar el contenido de la sentencia de primera instancia se produce dentro del proceso de declaración, en beneficio de un acreedor que aún no cuenta con un título ejecutivo ni goza de un derecho amparado por el efecto de la cosa juzgada, salvo que por imposición ideológica se pretenda decir otra cosa.

Como se sabe, en materia procesal el principio de igualdad postula que las partes deben tener los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de prerrogativas ni a favor ni en contra de aquéllas. Dicho principio está contenido implícitamente dentro de la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 19 N°s. 2 y 3 CPE)²¹. Aunque la Carta Fundamental autoriza al legislador para dar contenido al derecho al debido proceso, a través de la regulación de los diversos procedimientos, tal mandato nunca podrá ser ejercido en desmedro de la igualdad procesal.

Desde otro punto de vista, la necesidad de proteger el contenido básico del principio referido se hace imperioso, a nuestro entender, porque la prerrogativa de ejecutar provisionalmente una sentencia es simplemente el ejercicio de un

²⁰ A modo de referencia, el Tribunal Constitucional español ha reconocido expresamente que en un proceso civil no infringe el principio de la igualdad si en la fijación de la cuantía de la fianza se consideran los perjuicios que pueden ocasionarse a la otra parte. En tal sentido, se pronuncia la sentencia N° 202/1987 (de 17 de diciembre de 1987). Por la plena validez constitucional de la caución equivalente en el proceso civil, entre otros, PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J.M. Boch, 1997, p. 48.

²¹ PICÓ I JUNOY, Joan, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2005, p. 34; CARRETTA MUÑOZ, Francesco, “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia” en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, 2008, pp. 101-127.

derecho fundado en una probabilidad. Bajo tal premisa, no se podría calificar de injusto o irracional exigir a quien puede anticipar el cobro de un crédito, que rinda una caución equivalente a lo que recibe, para que pueda ser tratado ficticiamente como titular pleno de un derecho antes de la producción de la cosa juzgada.

En suma, de lo que se trata es impedir que el proceso no pierda su carácter instrumental, rasgo que, a nuestro entender, no se da cuando un derecho, que no está amparado por la certeza jurídica que da la cosa juzgada, pueda ser cumplido bajo una modalidad provisional. Insistimos, este equilibrio se logra mediante la exigencia de una caución equivalente a la prestación que se autoriza a anticipar²².

2. El proceso no puede causar daño a una de las partes

También concurre a justificar la constitución de una caución en los términos antes explicados, la necesidad jurídica de evitar que el proceso judicial pueda convertirse en un instrumento que termine causando daño a una de las partes²³.

Como bien lo expresa Monroy Palacios, “si el propósito ideal del proceso es la solución del conflicto de intereses, ello sólo será posible cuando del proceso se obtenga una solución definitiva sobre el fondo (pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada) y eficaz. Es decir, para utilizar términos de Chiovenda,

²² En la jurisprudencia del CPC, la Corte Suprema ha admitido de oficio un recurso de queja en contra de una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que al fijar la cuantía de la caución no respetó la conmutatividad entre lo que se garantiza y la prestación que puede recibir el vencedor. Desestimado la tesis del informe evacuado por los ministros recurridos, en orden a que no existe norma legal que los obligara a fijar una caución equivalente, la máxima autoridad judicial señaló todo lo contrario. Sobre el particular, los considerandos más relevantes señalan: “2°. Que la fianza de resultados prevista en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, debe cumplir una función de garantía efectiva, por lo que su cuantía ha de ser acorde y suficiente para asegurar la responsabilidad en los posibles perjuicios que puedan producirse con la ejecución de una resolución, en caso de que se altere total o parcialmente lo ejecutado en forma provisional”; “3. Que, consecuentemente disponer caucionar la restitución de la suma que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, ordena pagar, con una fianza de \$ 1.000.000, trae consigo que esta cantidad resulte exigua; imprudente y poco equitativa si se considera la posibilidad de que la resolución que se esté ejecutando sea anulada, debiendo preverse que es posible causar un perjuicio irreparable, ya que con esa suma de dinero no puede estimarse que se tendrá asegurada, aun en una mínima parte, la restitución de lo pagado en caso de que su recurso fuere acogido y si bien el monto de la fianza no se encuentra establecido por el legislador, debe tener cierta relación de proporcionalidad con aquello que se pretende caucionar, pues de otro modo se desnaturaliza o pierde su carácter cautelar, de modo que la actuación de los magistrados constituye falta o abuso grave y debe ser subsanada por este tribunal, en uso de sus facultades disciplinarias” CS. 15 de mayo de 2006, Chilexpress S.A., MJD 286.

²³ Esta máxima cuenta con un reconocimiento desde antiguo, resultado elocuente la siguiente regla atribuida a Ulpiano: “es más atroz la injuria cuando es cometida en presencia del juez; es decir, sirviéndose del proceso judicial (*atrocior est injuria, si conspectu iudicis facta est* (D. 47.10.7.8).

que quien tenga la razón alcance todo aquello que según el derecho material merece y que, ante una negativa de cumplir espontáneamente con el precepto judicial por parte del sujeto perdedor; el órgano jurisdiccional pueda, a través del *ius imperium*, hacer cumplir la decisión, sea a través de medidas coercitivas (v. gr. multas, astreintes, etc.) o de ejecución forzada”²⁴.

El temor a que el proceso efectivamente ocasione un daño por el diseño probabilístico que ya hemos explicado, está lejos de ser una disquisición teórica. En la práctica son varios los casos de sentencias que en el sistema actualmente vigente han sido revertidas por la Corte Suprema, pero el recurrente victorioso en casación nunca ha podido restablecer su situación o recuperar el crédito que le fue ejecutado provisionalmente, simplemente por no haberse fijado por la Corte de Apelaciones respectiva una fianza equivalente a la prestación anticipada²⁵.

No sabemos si este dato estadístico ha sido ponderado por los redactores del Proyecto, o si se limitaron elaborar su propuesta dentro de la coherencia ideológica que subyace en la Reforma al proceso civil, donde el vencedor de primera instancia rompe todo el equilibrio con su contraparte.

VIII. EL OFICIAL DE EJECUCIÓN

1. Panorama actual

Como se anticipaba, el sistema de ejecución de común aplicación, y de un modo especial, el previsto para la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, descansa en la introducción de la figura del oficial de ejecución.

Atendido que hasta la fecha no aparece el estatuto de esta nueva figura, los reparos y la preocupación que se pasa a formular se hace considerando lo pocos elementos que sobre el particular se han dado a conocer.

En primer lugar, se debe llamar la atención que este cambio es uno más de los que surgen de la invocación de la palabra que se ha convertido en un talismán

²⁴ MONROY PALACIOS, Juan José, “Panorama actual de la justicia civil”, en *Proceso Civil*, ob. cit., p. 102.

²⁵ Sobre lo anterior, resulta ilustrativo lo señalado por el Ministro de la Corte Suprema, don Patricio Valdés Aldunate, el 4 de junio de 2012, en la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Dentro de su análisis sobre el Anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil, en el tema que aquí interesa, afirmaba que la ejecución anticipada de una sentencia declarativa deja a riesgo los derechos del vencido, cuando hay recursos de casación pendientes, como le enseña su experiencia judicial diaria. Según este Ministro, esto se ve día a día en la casación en la forma y en el fondo, cuando no se fijan o se fija fianzas de resultas que son, la verdad mínimas, al extremo que, en su experiencia, cuando se cumplió la sentencia es prácticamente imposible revertirla. La exposición está registrada en el Acta de Sesión Especial, H. Cámara de Diputados del día lunes 4 de junio de 2012-15:00 a 17:00 hrs.

de la reforma, *la desjudicialización*. En efecto, sin una discusión profunda algunos han aceptado como lugar común que el juicio ejecutivo hay que “sacarlo de los tribunales”, atendido que estadísticamente sólo sirve para favorecer a los bancos y a las empresas de *retail*.

En este anhelo se nos olvida que si hay un tema donde se aprecia que los jueces pueden actuar evitando excesos es el ámbito de la ejecución, actividad que durante mucho tiempo había sido realizada en la persona del deudor. En otras épocas, el acreedor podía utilizar un verdadero poder de coacción física en contra del obligado, en términos que era lícito poder venderlo como un esclavo o incluso llegar a matarlo²⁶.

La *patrimonialización* de la ejecución debió esperar largo tiempo. El juicio auténticamente ejecutivo, con desposeimiento de los bienes del deudor para garantizar al acreedor la satisfacción de las deudas, es un aporte del derecho común²⁷. El rigor del proceso de ejecución, reduciendo la prisión por deudas a una mínima expresión ha sido también una expresión de mayor humanización²⁸.

²⁶ Un pasaje de Aulio Gelio en las *Noctes Atticae* puede resultar ilustrativo acerca del sistema de ejecución contemplado en la ley de las XII Tablas, en Roma. Allí se narra que el ganador podía tener al condenado encadenado o atado durante sesenta días; como derechos del condenado se regulaba el peso de las cadenas o de las ligaduras (no superior a 15 libras) y la cantidad de alimento diario que debía suministrarse (no inferior a una libra de pan de harina de trigo), a menos que el prisionero se mantuviera por sí mismo; durante esos sesenta días debía llevarlo al comicio en tres días sucesivos de mercado y allí proclamar en público la existencia de la deuda y su entidad. Transcurrido los sesenta días se completaba la *manus iniectio*, el ganador podía venderlo como esclavo o darle la muerte en un país extranjero más allá del Tiber (En esta transcripción hemos seguido a VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid: Civitas, reimp. 1991, pp. 229-230). Otros antecedentes cfr. SOZA RIED, M^a de los Ángeles, “El procedimiento concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, U.C. Valparaíso, XX, 1998, p. 14. En el *Liber iudiciorum* del Derecho Visigodo uno de los medios que tenía un deudor para liberarse del severo castigo que podía aplicarle el acreedor, era el derecho de refugio en las iglesias. En dicho cuerpo legal se reglamenta la entrega del deudor por los presbíteros al acreedor, ello siempre que el acreedor lo pidiera pacíficamente al presbítero o diácono de la iglesia que sirviese de refugio a aquél. En la entrega se procuraba que el acreedor delante del presbítero, como una medida humanitaria y generosa, concediera un nuevo plazo al deudor y lo dejara ir, esto es, lo librara y no lo llevara preso ni lo hiriera. Este sistema corresponde a la época del procedimiento formulario, el que evolucionó luego hacia otros mecanismos para lograr la ejecución. Este sistema corresponde a la época del procedimiento formulario, el que evolucionó luego hacia otros mecanismos para lograr la ejecución (Sobre el tema cfr. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “El desarrollo y la evolución del procedimiento ejecutivo en el derecho romano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 9, 1983, pp. 9-23).

²⁷ Cfr. LÓPEZ ORTIZ, José, “El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista”, en *Anuario de Historia de Derecho Español*, t. XIV, Madrid, 1942-1943, p. 221.

²⁸ En Chile, por aplicación de la legislación castellana la prisión por deudas era –en el texto de la ley– un mecanismo inseparable del juicio ejecutivo, aunque algunos estudios advierten la separación que existía entre norma y realidad. En efecto, en una contribución al estudio de la práctica del juicio

Por su parte, para entender la propuesta de cambio que busca implementar la Reforma, es conveniente recordar que el problema de la ineficacia del juicio ejecutivo en nuestro país no es nuevo. A las atenuaciones forenses que se habían introducido al juicio ejecutivo aplicable durante la vigencia del derecho castellano, aparece al comienzo de la República la reacción que llevó a que una de nuestras primeras leyes patrias fuera la de juicio ejecutivo, nos referimos a la denominada la Lei Mariana de 8 de febrero de 1837. Su justificación se debía a existencia de un conjunto de malas prácticas cotidianas, que la nueva normativa quería erradicar. En lo que interesa, la motivación explicitada por el legislador fue la siguiente: “Atendiendo a que el orden de procederse que se observa en el juicio ejecutivo i sus incidencias reclama una reforma pronta i acomodada a nuestro estado presente, que proteja la buena fé, haga efectivo el cumplimiento de los contratos, i facilite la consecución de los derechos por la brevedad con que deben espedirse los jueces (...)”²⁹.

Ese recio mecanismo de coerción no duró mucho tiempo, ya que la prisión por deudas sería suprimida de un modo general en el gobierno de José Joaquín Pérez, por la Ley de 23 de junio de 1868. Tal modificación –según Vergara Salvá– fue influenciada por la discusión que sobre la abolición de los apremios personales se libró en Francia en esa misma época, especialmente en relación a la prisión del fallido en un proceso de quiebra³⁰. Esta reforma tiene enorme

ejecutivo en la capitanía general de Chile, Dougnac Rodríguez sostiene que la prisión por deudas se fue moderando a través de diversos arbitrios que favorecían al ejecutado, quizás porque la situación económica de Chile fuera siempre insegura y no todos los morosos lo fueran por culpa exclusiva suya (Cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, N° 7, 1978, p. 108.

²⁹ La referida ley constaba de ciento cincuenta artículos, y trataba tanto de la ejecución singular (juicio ejecutivo) como la universal (declaración de quiebra). La lei de juicio ejecutivo de 1837 regulaba en el artículo 6° como elementos de la esencia del mandamiento de ejecución y embargo los siguientes: “Este mandamiento contendrá la orden: 2° De que, si el deudor no diere fianza de saneamiento en acto continuo de haberse hecho la traba, sea conducido a una prisión; 3° De que, si el deudor no tuviere bienes que le sean embargados, o los que se encontraren no fueren bastante a juicio del ejecutor para cubrir el pago decretado, sea conducido a una prisión” (...). El deudor podía liberarse de la prisión si un tercero rendía a su favor una fianza de saneamiento o si el ejecutado no exijiere la prisión del deudor, salvo algunas hipótesis en las que procedía siempre la prisión (arts. 7°, 8° y 9°). Después de seis meses de hallarse preso el deudor podía pedir que se le declarase por insolvente inculpable, y que se le admitiera prueba en que justifique su demanda (art. 60). Nuestra ley Mariana de 1837 fue draconiana e igualitaria, disponiendo que “la prisión por deudas tendrá lugar contra todo deudor, cualquiera que sea su clase o fuero”, salvo cuatro excepciones: las mujeres (salvo algunas contra excepciones), los Senadores y Diputados (A menos que la Cámara o en su receso la Comisión Conservadora, no haya autorizado previamente la prisión), los Intendentes y Gobernadores, y los deudores ejecutados por su consorte o parientes” (art. 23).

³⁰ Esta ley de 1868 estuvo precedida de dos proyectos. El primero del diputado por La Serena don Pedro Félix Vicuña, del 10 de junio de 1865, y el segundo, de la moción del senador por Santiago, don Melchor

relevancia en materia de juicio ejecutivo, ya que suprimió de nuestra legislación la prisión por deudas como mecanismo de apremio general, destinado a compulsionar al deudor a cumplir sus obligaciones.

Al igual que en otros países también en Chile sólo con la codificación decimonónica se logró separar con éxito el proceso civil del penal, otorgando a cada uno sus propios mecanismos de apremio. Antes de este hito no existía una clara diferencia ni entre ilícito civil y penal, ni en los objetivos de cada proceso. En su esencia, el Código de Procedimiento Civil terminaría por erradicar –de un modo general– la antigua creencia que estimaba que el incumplimiento de una obligación era equivalente a la comisión de un delito, dejando como única hipótesis de apremio personal la del artículo 543 del CPC, para obligaciones de hacer.

Ahora, en sus más de cien años de vigencia, el actual proceso de ejecución se ha hecho ineficiente, salvo respuestas particulares dadas para la protección de ciertos tipos de instituciones o créditos (prendarios o hipotecarios). Quién puede negar que los acreedores, hace bastante tiempo, no cuentan con un mecanismo para lograr el cumplimiento de las obligaciones que constan en un título ejecutivo. La demora de este proceso es francamente inaceptable. La introducción y tolerancia forense de malas prácticas del proceso ejecutivo de aplicación general han contribuido a su desprestigio, salvo para los deudores de mala fe.

Tema diverso es si resulta correcto dar un giro tan radical, cuando nunca se ha abordado la introducción de un auténtico proceso de ejecución en sede jurisdiccional. Las reformas, durante más de un siglo de vigencia, se han encaminado a temas puntuales, salvo la que creó la singular figura de la mal denominada “sentencia ficta”, a través de la cual se permite ejecutar a un deudor que no opuso excepciones (art. 472 CPC).

Tampoco parte de la judicatura está libre del descalabro del proceso de ejecución. Abundan los casos donde algunos jueces han optado por morigerar los efectos de un proceso auténticamente ejecutivo, sin importar que éste sea desnaturalizando en su esencia³¹. En la misma línea, la utilización abusiva del incidente de nulidad de todo lo obrado, ha sido otro instrumento utilizado por

de Santiago Concha, presentada en el Senado el 28 de junio de 1867. Este segundo intento fue el que en definitiva se convirtió en ley (Sobre la génesis y debate parlamentario, cfr. VERGARA SALVÁ, Juan de Dios, “¿Subsisten en el estado actual de nuestra legislación las disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto preventivo del fallido y a la fianza exigible en subsidio?”, en *Revista Forense Chilena*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1889, t. V, pp. 455-469). Dicho cuerpo legal derogó todas las hipótesis de prisión por deudas existentes hasta esa fecha, dejándola subsistentes sólo en cuatro casos.

³¹ Una manifestación nítida de esta actuación se aprecia en la aplicación del juicio ejecutivo de la Ley General de Bancos. No obstante la clara intención del legislador de restringir ciertos derechos al ejecutado en este procedimiento, especialmente el derecho a oponer excepciones o a deducir recursos, en la jurisprudencia se advierte la admisión del incidente de nulidad como un auténtico medio de impugnación, permitiendo que los ejecutados, *contra legem*, atenúen el rigor de la enajenación forzosa. Tal nulidad se fundamenta en el principio de la trascendencia o del perjuicio, y con ello se

los ejecutados para promover cuestiones de fondo, retardando remates por cuestiones que son nimias, entre tantos ejemplos de malas prácticas.

Por su parte, el proceso ejecutivo del CPC contiene un régimen tan amplio de excepciones que lo hace más un proceso declarativo que uno ejecutivo. La sola interposición de la ridícula alegación de las “quitas o esperas” ha sido una delicia para cualquier deudor que quiera fabricarse una dilación en el cumplimiento de sus obligaciones.

Tampoco hemos perfeccionado el sistema de embargo³², ni los mecanismos de apremio que podrían utilizarse por los jueces en un proceso ejecutivo para hacer cumplir con una determinada prestación³³. Existe una gran deficiencia en el sistema de búsqueda de bienes, siendo inexistente el juramento de manifestación que podría exigirse al deudor³⁴.

Qué decir de la forma de realización de bienes. Está llena de formalismos injustificados que no se ajustan a los requerimientos de los tiempos comerciales modernos.

Todos estos defectos, que solo se enuncian a modo muy general, pretenden ser solucionados con la *desjudicialización*, palabra talismán que se invoca para la búsqueda de redención de los acreedores mediante la actuación de los oficiales de ejecución.

2. La ley del péndulo

El nuevo modelo de ejecución está inspirado en el sistema francés, que cuenta con el denominado el *huissier*³⁵. A ese país se han dirigido funcionarios del Ministerio de Justicia y asesores legislativos, en diversas oportunidades,

busca evitar, por ejemplo, que el deudor no sea perjudicado con una tasación del bien raíz que no refleje su verdadero valor.

³² Sobre el tema, entre otros, GONZÁLEZ VIDAL, Alberto, “Las medidas conservativas como parte integrante de la estructura del embargo”, en *RCHD*°, Vol. 37, N° 1, 2010, pp. 99-121.

³³ Se trata de un elenco de medidas conminatorias que en algunos ordenamientos puede adoptar un juez para obtener el cumplimiento de las obligaciones, conocidos genéricamente con la expresión francesa de “astreinte”. El tema ya fue advertido y reclamado por FUEYO LANERI, Fernando, “Las astreintes”, en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 497-534.

³⁴ Como suele ocurrir en nuestro derecho en más de un tema, este privilegio sí lo tiene el Fisco. En el inciso final del artículo 171 del Código Tributario, a propósito del embargo en el juicio ejecutivo para el cobro de las obligaciones tributarias de dinero, se dispone que “para facilitar estas diligencias [de embargo], los recaudadores fiscales podrán exigir de los deudores morosos una declaración jurada de sus bienes y éstos deberán proporcionarla. Si así no lo hicieren y su negativa hiciera impracticable o insuficiente el embargo, el abogado provincial solicitará de la Justicia Ordinaria apremios corporales contra el rebelde”.

³⁵ La figura incluso aparece en la literatura francesa, especialmente en la vida de Honoré de Balzac. Este en algún minuto ya no sabe cómo librarse de sus acreedores. Se cuenta que no había oficial de

para estudiar *in situ* este producto que pretende ser introducido como un pilar de la Reforma³⁶.

Su existencia también se verifica en otros países: Israel, Azerbaiyán, Finlandia, Alemania, República Checa, Lituania, Estonia, Letonia y algunos de la Federación Rusa.

Ahora, como el Proyecto no clarifica, ni acompaña la normativa orgánica que tendrá este funcionario, surgen dudas acerca de la naturaleza que se le puede asignar a esta función: (i) si dentro de un servicio público; (ii) como un auxiliar de la administración de justicia; (iii) como un simple particular, cuya retribución quede dejada al sistema de mercado.

La opción por su naturaleza netamente privada debe ser evaluada con todo rigor, atendido que como cualquier profesión liberal, deberá responder frente a sus clientes, esto es, acreedores que lo contratan agobiados por la necesidad de lograr el pronto cumplimiento de las obligaciones que un deudor no satisface.

También, si se trata de un privado, su gestión podría ser contratada a resultado, generando un incentivo para recuperar los créditos que se creían incobrables. En esta misma línea, también tendrá derecho a promover sus servicios frente a sus pares, demostrando porqué ha llegado a ser conocido como el “más eficaz oficial de ejecución de la plaza”.

En el otro extremo, si se trata de funcionarios públicos se corre el riesgo de una burocratización de la ejecución.

justicia en París que no tuviera una orden de embargo contra, pero ninguno consigue encontrarse cara a cara con él.

³⁶ En una editorial del Instituto Chileno de Derecho Procesal, de 30 de abril de 2012, se anticipa la relevancia que tendrá esta figura, al expresar que: “Uno de los ejes importantes y más novedosos del Proyecto de Código Procesal Civil, consiste en la desjudicialización de la ejecución, introduciéndose la figura del Oficial de Ejecución como agente central de la actividad ejecutiva. La experiencia histórica del Oficial de Ejecución, con atisbos en el derecho romano y fuerte desarrollo en Europa a partir de la baja edad media hasta nuestros días, con sus luces y sombras, ha parecido al Ejecutivo un modelo probado, exitoso y perfectamente compatible con nuestro sistema procesal. El proyecto asume que las fases de “conocimiento” y “juzgamiento” son las que en esencia constituyen la función jurisdiccional y por ende requieren estar a cargo del Juez como figura central de esa función, pero no ocurre lo mismo con los “actos materiales” tales como la realización de bienes, bases de subastas y liquidaciones de créditos, que no son propiamente jurisdiccionales y que en rigor escapan de la esencia de la función. Entre las funciones que estos Oficiales cumplen en el derecho francés, interesante de ser considerada, está la del cobro amistoso de créditos judiciales y extrajudiciales, particulares y estatales, con posibilidad de incentivar renegociaciones, realizaciones voluntarias de bienes, y otros acuerdos entre acreedor y deudor. Este rol de verdadero “mediador”, inexistente en nuestro medio, parece profundamente necesario como medio de humanizar la ejecución. “Ejecutar” no es “ajusticiar” al deudor, sino permitir la efectividad del derecho por medio de la jurisdicción, sin olvidarse de su vocación pacificadora. Corresponderá a nuestras autoridades ejecutivas y legislativas diseñar una institucionalidad sólida que prestigie desde su origen la actividad del futuro Oficial de Ejecución, de manera que sea percibido y respetado por los ciudadanos por la utilidad de sus funciones, por su sólida preparación técnica y por su honestidad, eficiencia y responsabilidad.

A nuestro entender, la introducción de este funcionario atenuará, cuando no suprimirá, las garantías jurisdiccionales de la ejecución. Sin perjuicio de reconocer que existen diversos modelos de ejecución en el derecho comparado, en nuestro ámbito esta actividad se ha caracterizado siempre por un férreo control judicial, desde su comienzo y hasta la finalización de la misma.

Es el juez, como funcionario del Estado, el que previo estudio jurídico de los presupuestos de la ejecución para que se realicen actos coactivos sobre el patrimonio de un deudor, para intentar satisfacer una pretensión cuya existencia consta en un título ejecutivo.

En esta actividad el Estado actúa por medio de un juez, quien se coloca –ficticiamente– en lugar del deudor ejecutado y a instancia del acreedor realiza aquellas acciones que cualquier deudor diligente haría por sí mismo, si efectivamente quisiera restablecer el desequilibrio patrimonial que su incumplimiento le produce al patrimonio del acreedor.

En la regulación propuesta se cambia todo lo anterior. La ejecución comenzará con una declaración privada del derecho.

El problema de fondo, más allá de la posibilidad de oponer excepciones ante el juez o de solicitar la orden de no innovar para la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, es entregar el inicio de esta actividad a personas que objetivamente tienen un interés pecuniario en ello. Tal opción puede facilitar que algún oficial de ejecución no quiera perder la chance de iniciar este proceso, cuando por la cuantía tenga en frente a un tema patrimonialmente interesante.

Aunque la intervención de un juez en un proceso de ejecución admite grados, en el sistema chileno vigente se cuenta con la garantía que el juez actúa como un tercero imparcial, asumiendo el desinterés objetivo que caracteriza a la actividad jurisdiccional. Con la introducción del oficial de ejecución, claramente, se sobrepasará tal límite, atendido que la ejecución será decretada por un tercero que tiene interés pecuniario en obtener un buen resultado.

Si para salvar lo anterior se le diera al oficial de ejecución el carácter de funcionario público, ello llevaría al surgimiento de un nuevo juez (*el que despacha la ejecución*). Dicha actuación será controlada luego por un juez civil ordinario ante el que se oponen las excepciones. De cara a lo anterior, cabe preguntarse si no será mejor mantener que el inicio de la ejecución quede en manos de un juez, encargado al oficial de ejecución todo aquello que la palabra talismán de la Reforma, la *desjudicialización* justifique de verdad. De este modo, tanto el acreedor como el deudor contarán para el debate de lo estrictamente jurisdiccional con lo que siempre se ha entendido como un juez: un tercero imparcial.

¿Quién garantizará y responderá cuando el oficial de la ejecución traspase los límites que conforman la órbita jurídica patrimonial del deudor?

¿Qué pasa si se extravía el título o se incendia la oficina del oficial de ejecución? ¿Qué responsabilidad tiene el Estado, si un oficial de ejecución se apropia y distrae los fondos que recibe en pago de una obligación?

En un tema tan delicado como la ejecución, nos parece, no se puede actuar con liviandad, traspasando a particulares una actividad que necesariamente implica la invasión por terceros a la esfera individual de las personas. Cuando no hay un poder visible que efectivamente ponga los límites, como entendemos que es la tarea de la judicatura, la mano invisible del mercado podría llevar a desatar un conjunto de pasiones inherentes a todo ser humano, que con el fin de cobrar un crédito se actúe en forma parcialidad, con ánimo de venganza, a dando rienda suelta la codicia. El Estado tiene el deber de promover el bien común, encausando a través del Derecho los posibles excesos. Ser deudor de una obligación no puede llevar a que las personas no sean tratadas con dignidad.

Por lo mismo, una reforma de esta magnitud no debe ser motivada sólo por datos empíricos y la eficacia que se quiere dar al cobro de los créditos. Actuar con liviandad en este tema puede generar un auténtico *leviatán jurídico*, de impensadas consecuencias en el contenido de varios derechos fundamentales de las personas, como lo son la propiedad, el debido proceso, la honra y la intimidad.

