

bunales, no proceden los argumentos referidos supra (n. 6).

No tenemos al Tribunal (y sus agentes) reclamando la intervención del propio secretario, ni la relación personal de tal Secretario con tales jueces. El Tribunal es el mismo que integraban los ministros subrogados. Y los ministros subrogantes no tienen su propio Secretario; correspondería generalmente más de uno, por su integración permanente de diversos Tribunales; por lo demás, la integración colegiada, como se dijo, subraya mejor la vinculación de Secretario y Tribunal (órgano).

Introducción al estudio del Proceso Civil (Primera parte)

1º El litigio y los medios de solucionarlo

1º Concepto del litigio.—La vida de los hombres en sociedad suscita controversias de la más variada naturaleza, pero solamente cuando esas controversias tienen trascendencia o relevancia jurídica pueden llamarse “litigios”, que el eminente Carnelutti define como el “conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”.

De modo que todo litigio supone controversia, si bien no toda controversia supone litigio, por lo cual puede decirse que entre controversia y litigio existe relación de género a especie. Dos personas pueden vertir opiniones contrarias, controvertir, acerca de la existencia de Dios, la utilidad del estudio de la teoría del Derecho, las ventajas del Estado Docente u otras que, por añejas que nos parezcan, no dejan de ser, por eso controversias, desde el momento en que se emiten juicios que repugnan entre sí.

Pero si la controversia surge de hechos que son objeto de regulación jurídica, como cuando Pedro mata a Juana,

10.—Conclusión

La subrogación de los Ministros impedidos, recusados o cuya excusación se admite, debe realizarse por vía de sorteo entre —ante todo— los Ministros de los restantes Tribunales y —si fuere necesario— en segundo lugar, entre los conjuces.

No modifica la solución el hecho de que se trate de uno o de todos los Ministros, pues no se trata de sustituir al órgano, sino de suplir a los agentes impedidos.

Por HUGO PEREIRA ANABALON

(Profesor de Derecho Procesal y Director del Seminario de Derecho Procesal de la U. de Chile)

o Diego no paga el precio de una compraventa a Joaquín, o un vehículo de la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, por culpa del conductor dependiente de ésta, causa daños, entonces, sólo entonces, estamos frente a la noción del litigio.

Puede haber, en suma, controversia sin litigio, pero no es dable concebir la idea de litigio sin la controversia.

2.—Los instrumentos para la solución del litigio.—Nacido el litigio surge la necesidad social, el interés de la comunidad toda, en que sea solucionado, arreglado o compuesto.

En principio, el litigio puede extinguirse, morir, si uno de los intereses en conflicto, por acto voluntario de uno de los sujetos del mismo, por mano propia, somete a su propio interés un interés ajeno, sin acuerdo del sujeto contrario y sin intervención de los órganos públicos correspondientes. Esta forma de arreglo o composición del litigio es denominado en doctrina “autotutela”.

Pueden también los sujetos del litigio resolver sus diferencias con acuerdo de todos ellos, mediante arreglo directo, y

entonces estamos frente a la "autocomposición", medio de solución del litigio, expedito, económico y, por lo mismo deseable, pero no siempre posible.

Por fin, el sistema jurídico, tras una evolución milenaria, ha ideado un instrumento subsidiario de la autotutela y de la autocomposición, el "proceso" ante los tribunales de justicia, que por proveer a la composición del litigio en forma no siempre expedita y económica, no es deseable, pero siempre posible.

La autotutela está, por regla general, rechazada por el orden jurídico, aunque excepcionalmente y con texto expreso de la ley, permitida (cortar raíces en el caso del art. 942 del Código Civil); la autocomposición se encuentra en principio aceptada por el orden jurídico, siendo una de sus formas más típicas la transacción, si bien por excepción es rechazada, como acontece en los litigios del orden penal y en los civiles en que está comprometido el orden público (negocios de familia); el proceso, por fin, es el instrumento que, a falta de autotutela y autocomposición, resuelve necesariamente el litigio.

3.—Proceso y litigio.—Por lo expuesto, la idea de proceso supone la noción de litigio, sin perjuicio, como se verá oportunamente, de que por excepción exista proceso sin litigio. En otras palabras, normalmente el proceso surge si previamente ha nacido el litigio, por lo cual éste es un supuesto previo, un pre-supuesto, una condición de existencia del proceso.

De ahí que Alcalá-Zamora haya expresado que es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver.

2º El Derecho Procesal Civil

4.—Proceso y Derecho Procesal Civil.—La relación que hay entre proceso y Derecho Procesal Civil es la misma que existe entre las nociones de conocimiento y objeto de conocimiento. Es decir, el **Derecho Procesal Civil es la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio sistemático del proceso civil,**

y entenderemos por "proceso civil" aquel en que se pretende componer litigio civil, esto es, controversia trascendente al Derecho Civil en su más amplio sentido (civil propiamente tal, comercial, minero, laboral, etc.).

Pero cabe preguntarse en qué aspectos el proceso civil es objeto del estudio del Derecho Procesal Civil. Siguiendo a Couture, ese estudio se concreta en tres materias básicas: a) La naturaleza jurídica del proceso, o sea, qué es el proceso; b) El desenvolvimiento, desarrollo, estructura o forma del proceso, o sea, cómo es el proceso, y c) Destino o fin del proceso, o sea, para qué sirve el proceso.

5.—Denominaciones de la disciplina

—La denominación actual y bien consolidada de esta disciplina es la de Derecho Procesal Civil, la cual ha coincidido con el afianzamiento autónomo y científico de la misma.

En etapas anteriores ya superadas (de la cual, sin embargo, quedan algunos resabios propios de la reacción que el progreso a veces produce) se le ha denominado Procedimiento Civil y Práctica Judicial Civil o Práctica Forense Civil. De ahí que sus cultores sean llamados, respectivamente, procesalistas, procedimentalistas y prácticos.

El enfoque de la asignatura en cada uno de los estadios de su desarrollo es fundamentalmente diverso. Al práctico sólo interesa la manera de realizar los actos procesales, según las exigencias de la vida forense, del modo más adecuado para la satisfacción de sus intereses. El procedimentalista, en cambio, tiene un panorama más amplio en cuanto percibe, además, la conexión o relación coordinada que en el proceso tienen los actos jurídico-procesales. El procesalista por fin, intuye primero y racionaliza después a los principios que informan la estructura y naturaleza del proceso. rastrea y sistematiza sus incidencias de orden sociológico y filosófico y organiza una teoría general que le permite una visión más vasta y a la vez más honda para el conocimiento de proceso.

Por lo tanto, la superioridad del procesalismo sobre el procedimentalismo radica, esencialmente, en que el primero sólo exhibe una descripción del proceso; digamos la anatomía del proceso; en cambio, el procesalismo es capaz

de explicar el por qué del funcionamiento del proceso, digamos la fisiología del proceso.

Por otra parte, el conocimiento del proceso que el procedimentalismo ofrece frente al conocimiento que el procesalismo brinda, es el mismo que existe entre el conocimiento no científico y el conocimiento científico de los fenómenos, en el caso, de un fenómeno del Derecho, de un fenómeno de las ciencias sociales.

¿Y cuáles son las condiciones de este conocimiento científico? La respuesta de esta interrogante no puede darla la ciencia del proceso, ni cualquiera otra ciencia. Es una respuesta que puede suministrar la Filosofía, y por ello recurramos a un filósofo, aunque él mismo se autodenomine de filosofillo, Manuel García Morente, quien, en sus magistrales "Lecciones Preliminares de Filosofía", contesta: "Pues necesitan darse las siguientes condiciones: necesita haber objetos, porque sin objetos no hay conocimiento de objetos; se necesitan que esos objetos que hay tengan un ser, en el sentido de esencia, porque si los objetos que hay no tuvieran un ser, no habría conocimiento, puesto que el conocimiento es la elucidación del ser de los objetos; se necesita que esos objetos que hay y que tienen un ser estén entre sí relacionados como causa y efecto; porque si no lo estuvieran, si los objetos entraran, pasaran, desaparecieran, sin ley ninguna de enlace entre ellos, no habría posibilidad de conocimiento".

El Derecho Procesal tiene un objeto, el proceso, el cual tiene un ser, una esencia, que es y debe ser analizada; ese objeto está relacionado con otras instituciones, se encuentra bajo el influjo de factores sociales y políticos, por lo cual es preciso estudiar esas relaciones y las leyes que las rigen; ese objeto tiene, asimismo, una peculiar naturaleza que la doctrina procesal trata de explicar, y se proyecta hacia un particular designio, la cosa juzgada, la cual a su turno provee a la certeza en las relaciones jurídicas y a la paz social.

Con todo, entre los procesalistas hay, como en toda disciplina, clases o categorías de científicos, incluso aquellos que pierden de vista la realidad para la cual trabajan y lucubran teorías en un afán espectacular y a veces grotesco de

malabarismos intelectuales. Es por ello que apunta sabiamente Alcalá-Zamora: "Si merecida es la censura que se dirige contra los prácticos abandonados en cuerpo y alma a la rutina profesional y ayunos de curiosidad científica, no menos justificado se haya el reproche hacia aquellos procesalistas que cultivan la disciplina como si nada tuviese que ver con los procesos pendientes ante los tribunales".

EL PROCESO EN GENERAL

1º Nomenclatura

6.—**Necesidad de precisión terminológica.**—Si en el lenguaje corriente es necesaria la precisión en las palabras, como quiera que ellas son el vehículo de comunicación entre los seres racionales, con mucha mayor razón se advierte ese imperativo en el lenguaje de la ciencia, siendo fácilmente comprobable que el progreso de la misma va generalmente aparejado de gradual enriquecimiento del léxico empleado en la respectiva disciplina.

El Derecho en general y el Derecho Procesal en particular no escapan a tal necesidad y es por ello que, incluso imperceptiblemente, los técnicos del Derecho aumentan el bagaje de las voces y de los giros que a diario emplean. "El vocabulario —dice Couture— es un instrumento que procura el necesario acuerdo sobre las palabras. Ninguna ciencia puede jactarse de ser tal, si no trabaja con vocablos unívocos, manejados con rigor y precisión del lenguaje. En derecho, esos acuerdos constituyen una necesidad. Cuando bien se reflexiona, se advierte que el derecho está constituido por dos grandes elementos externos: lenguaje y conducta. El derecho se revela en palabras y se realiza mediante actos. La ley se expresa en palabras, habladas o escritas. La conducta se juzga mediante palabras. El derecho, en cuanto regulación, no conoce otro medio de expresión que las palabras".

Los técnicos del derecho hablan de implicancia, intervención, inoponibilidad, preclusión, litisconsorcio, subsunción, presupuestos procesales, etc., no por el mero prurito de complicar u oscurecer las ideas, sino, por el contrario, para clarificarlas, pues el lenguaje vi-

gente no suministra a veces las palabras adecuadas para delimitar y diferenciar conceptos.

En nuestra disciplina, uno de los términos que exige precisión y delimitación con otros que se le asemejan, es precisamente el de "proceso", máximo cuando tiene también frecuente uso en el lenguaje corriente.

Si abrimos, por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal, y leemos el Título VIII del Libro III, encontramos empleadas en él y en los cuatro artículos que lo componen, las expresiones "procedimiento", "proceso", "expediente", "juicio", "causa" y "negocio". El Código de Procedimiento Civil usa la voz "autos" (arts. 92 y sgts.); el Código Civil la palabra "litigio" (artículo 1911) y el lenguaje vulgar y la ley el término "pleito". Pues bien, todas estas palabras —de una u otra manera— están vinculadas o relacionadas con la idea de debate judicial, de controversia planteada ante los organismos jurisdiccionales para su decisión por éstos, lo cual, ciertamente, exige emprender la tarea de fijar su alcance.

7.—Proceso y procedimiento.—Son ideas diferentes, aunque a veces complementarias. En efecto, la noción de procedimiento está asociada a la de sucesión o secuela de actos; la de proceso, en cambio, al conjunto de esos actos unidos o vinculados entre sí en virtud de relaciones de diverso tipo: de tiempo, de lugar, de forma, de antecedente o consecuente. Es más, la idea de proceso es esencialmente finalista, teleológica, en cuanto el proceso se ha instituido para la consecución de un fin u objetivo.

Proceso es, pues, un concepto que denota unidad, continencia. Procedimiento, en cambio, implica diversidad o sucesión de actos.

De ahí que todo proceso tenga un procedimiento; pero hay procedimientos que no son proceso, como ocurre con todas aquellas tareas de orden material que suponen un suceder con cierta coherencia: hay procedimientos para guiar un vehículo, desmontar una máquina, construir un edificio. Esa tarea puede implicar, incluso, una sucesión de actos jurídicos guiados hacia un fin. Así, existe un procedimiento establecido en la Constitución Política para ob-

tener una ley, pero ese procedimiento no es proceso, porque este término está reservado para significar un conjunto de actos verificados con ocasión de la resolución de una controversia jurídica, con motivo del ejercicio de una función del Estado perfectamente típica y caracterizada: la función jurisdiccional.

8.— Proceso y expediente.— El Título V del Libro I del Código de Procedimiento Civil regula la formación del proceso, su custodia y su comunicación a las partes. Su articulado demuestra inequívocamente que con la palabra "proceso" se quiere significar el conjunto de documentos, escritos e instrumentales en que los actos procesales se materializan. Este "proceso" que se toca, se mira, tiene forma, color, dureza y, por lo mismo, es perceptible por los sentidos, no corresponde a la idea jurídica de proceso, el cual importa una abstracción. La materialidad en que se concreta el proceso es el "expediente", pero ambos no pueden confundirse, del mismo modo como no puede confundirse el acto jurídico contrato, con el instrumento en que, por vía de solemnidad o de prueba, el contrato se materializa.

9.— Proceso y juicio.— Basta abrir el Código de Procedimiento Civil para darse cuenta de que éste hace sinónimos los términos "proceso" y "juicio" y así ocurre, incluso, en doctrina. Esto se explica por el origen español de nuestro régimen procesal. Los españoles denominan Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Enjuiciamiento Penal a lo que entre nosotros corresponde a los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, respectivamente.

Sin embargo, el acto de juicio, de juzgamiento, que implica valoración de ciertos antecedentes para llegar a una decisión final, es la tarea que tipifica o caracteriza de modo más saliente al proceso y a la función jurisdiccional que él concreta; pero no es la única que se verifica en el proceso, pues existe una etapa preparatoria del acto de "juicio" en que la labor de ponderación, de aquilatación de factores diversos que determinan una voluntad y una conducta, se encuentra suprimida o, al menos, reducida a una insignificante expresión.

El proceso tiene, conceptualmente,

pues, un alcance más amplio que el juicio, ya que en él hay actos de juzgamiento y otros que no significan juzgamiento. Todavía, a veces, anómalamente, el proceso puede concluir sin que haya juzgamiento, sin que se expida sentencia, como se probará en su oportunidad.

10.— **Proceso y causa.**— La parte final del art. 80 de la Constitución Política expresa que... “ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes y hacer revivir procesos fenecidos”.

Como puede comprobarse, hace sinónimos de vocablos “proceso” y “causa”, e igual cosa se verifica con la lectura del art. 1º del Código Orgánico de Tribunales.

Sin embargo, “causa” puede ser, en derecho, el **motivo** que induce al acto o contrato (art. 1467 del Código Civil) como requisito esencial para la validez de los mismos; o también, en la excepción de la cosa juzgada, el **fundamento** inmediato del derecho deducido en juicio, es decir, el fundamento directo del objeto pretendido en el proceso (art. 177 del Código de Procedimiento Civil).

Esta diversidad de acepciones se explica por la etimología del término “causa”, pues “causa-caus” es una expresión del latín que significa “motivo”, “proceso”, “asunto” y “cosa”.

Pueden, por ello, emplearse los términos “causa” y “proceso” como sinónimos, sin incurrir en impropiedad.

11.— **Proceso y litigio.**— Al referirse el Código Civil (art. 1911) a la cesión de los derechos litigiosos, expresa que “se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los artículos siguientes, desde que se notifica judicialmente la demanda”.

Hay, pues, litis, litigio, según el precepto, desde que hay notificación judicial de la demanda, desde que se constituye la relación procesal, desde que nace el proceso.

Sin embargo, hemos comprobado, comenzando la introducción, que “proceso” y “litigio” son conceptos diversos. Nos remitimos a lo dicho en esa oportunidad.

12.— **Proceso y autos.**— La ley procesal civil alude a los “autos” reiteradamente, a veces para significar “proceso”,

como cuando regula la acumulación de autos (arts. 92 y sgts. del Código del ramo), o la suspensión de la vista (art. 165), o la integración irregular de una sala de un tribunal colegiado (art. 166), etc. Pero a veces, quiere indicar con ella el “expediente”, como cuando expresa que “en los tribunales unipersonales el juez examinará por sí mismo los autos para dictar la resolución” (art. 161).

Sin perjuicio, todavía, de que llame “auto” a una cierta especial categoría de resoluciones del juez (art. 158).

Por su ambigüedad, preferimos no emplear el vocablo “autos”.

13.— **Proceso y pleito.**— También la ley y el lenguaje vulgar aluden al “pleito” para referirse al “proceso”. En efecto, el art. 159 del Código de Procedimiento Civil expresa en su Nº 6 que “puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los tribunales, para mejor resolver, ordenar de oficio, pero dando de ello conocimiento a las partes, alguna o algunas de las siguientes medidas... 6º La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el **pleito**”, siendo evidente que “el pleito” es el proceso en que se dicta la medida.

Pero “pleito” indica más bien controversia, discusión, y en tal sentido sería un término más cercano a la idea de litigio.

2º Concepto.

14.— **Dificultad para conceptuar.**— De todo lo expuesto se infiere la dificultad para conceptuar el proceso, pero al mismo tiempo se han obtenido algunos elementos positivos conducentes a ese objetivo.

Así, ya sabemos que no es posible confundir el proceso con la mera sucesión de actos que lo constituyen; ni con la documentación de los actos jurídicos que en su desarrollo se verifican; ni con alguna especie determinada de tales actos, por relevantes que ellos sean; ni con la controversia jurídicamente trascendente, etc.

¿Qué hacer para llegar a una idea clara y a la vez distintiva de otras análogas? Probablemente dar los elementos que la propia vida real nos proporciona.

15.— **Elementos para la elaboración del concepto.**— Desde luego, la idea de

proceso está indisolublemente ligada a la de función jurisdiccional o, más exactamente, a la de ejercicio de poder jurisdiccional.

Luego, constituido el proceso nace una relación jurídica, un vínculo jurídico entre las partes entre sí y entre éstas y el juez; pero este vínculo tiene ciertos caracteres propios y, por ello, diremos que constituye una relación jurídica típica, diferenciada.

En tercer término, ya lo vimos en la introducción, el fin normal del proceso es la solución del litigio, de lo cual se sigue que el proceso es un medio de pacificación, un instrumento de paz social, en lo cual compromete el interés de la sociedad toda; pero visto desde el ángulo de las partes del proceso, a éstas interesa, ciertamente, la solución del litigio, pero no de cualquier manera, sino de un modo acorde con lo justo, porque de otro modo deberíamos reconocer la exactitud de una aguda observación de cierta humorista, para la cual "la justicia no tiene por objeto investigar quien tiene la razón, sino simplemente terminar con el pleito".

Finalmente, el litigio, a cuya solución o composición el proceso provee, es decidido por la autoridad constitucional y legalmente legitimada para ello, y esa autoridad idónea, habilitada competente para dirimir el litigio, es la autoridad que ejerce la jurisdicción, el tribunal de justicia.

16.— **Concepto.**— Con lo expuesto cabe ensayar un concepto del proceso, diciendo que es la **relación jurídica típica entre ciertos sujetos, nacida con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional, estatuida para la justa composición del litigio por acto de la autoridad competente.**

3º Naturaleza jurídica.

17.— **Contenido del tema.**— Se trata de saber **qué es el proceso.** Si este concepto puede ser enmarcado en otros ya elaborados por la ciencia del Derecho o está fuera de las instituciones establecidas y requiere, en consecuencia, una especial elaboración. El tópico caería, si se le diere calificación filosófica, en el estudio del ente o ser, en la **ontología.**

La ciencia del derecho no necesita dar justificación para atribuir relevan-

cia a este estudio, si pretende tener la categoría de ciencia. Al práctico no le interesa saber lo que es el proceso, cuál es su esencia, no necesita tampoco determinarlos para los objetivos que se propone. Si tengo sed, la experiencia me indica que bebiendo agua en cierta dosis, terminará mi sed. Si soy sujeto del litigio, sé que el proceso es el medio con que, tarde o temprano, bien o mal, terminará el litigio; pero tanto cuando bebo agua para destruir la sed, como cuando ocurro al proceso para concluir con el litigio, tengo una experiencia, digamos una mera experiencia, que importa cierto grado de conocimiento, aunque no de conocimiento científico.

En cambio, si por la inquietud natural que el hombre tiene y ha tenido en el curso de su existencia y que lo ha levantado en el plano de los valores de la vida, se pregunta qué es la sed y por qué el agua termina con la sed o qué es el proceso y por qué puede ser un instrumento idóneo para la solución del litigio, da el primer paso para salir del mero empirismo y entrar al ancho campo del conocimiento científico.

El progreso no puede asirse al puro o mero conocimiento con miras utilitarias, por la simple razón de que se negaría a sí mismo, es decir, dejaría de ser progreso. El progreso científico exige el estudio desinteresado de los hechos y fenómenos de la vida, ya que jamás se sabe hasta qué punto lo que en un momento determinado es inútil puede ser luego útil. "Consideremos, alguien ha expresado, a la más utilitaria de todas las ciencias; la que ha hecho posibles los mayores progresos de orden material: la mecánica aplicada. Se ha dicho de ella "que ha bajado del cielo", y es verdad, porque su origen está en la astronomía, la menos utilitaria de las ciencias. Sus maravillosos resultados jamás se habrían obtenido sin la labor "puramente teórica" de una serie de hombres, que empieza con los primeros observadores de los astros, los pastores de Caldea y de Judea".

18.— **Enunciación de las principales teorías.**— Diversas teorías se han construido para explicar la naturaleza jurídica del proceso, por lo cual nos limitaremos a señalar las más representativas. Tales son:

a) El proceso es un contrato;

- b) El proceso es un cuasi-contrato;
- c) El proceso es una relación jurídica con estatuto propio;
- d) El proceso es una situación jurídica, y
- e) El proceso es una entidad jurídica compleja.

19.— **El proceso como contrato.**— Según esta teoría, las partes del proceso están ligadas por un vínculo contractual, el cual, por esencia, supone un consentimiento libre y espontáneo sobre un objeto lícito, el cual, del mismo modo como se produjo, puede dejar de producir sus efectos propios.

La sola enunciación de esta doctrina produce casi instintivamente su rechazo, tanto porque la realidad no evidencia precisamente que las partes, especialmente el demandado, lleguen al proceso por su libre y espontáneo consentimiento, cuanto porque no existe libertad contractual relativamente a un proceso afinado: es decir, terminado por sentencia firme un proceso, ni la voluntad de las partes, ni la autoridad del juez, ni el imperio de poder alguno, pueden, en principio, dejar sin efecto el fallo ejecutoriado.

Esta doctrina encuentra su explicación en la historia del procedimiento romano, particularmente en el período de las acciones de la ley ("legis actiones"). Como es sobradamente sabido, el proceso romano se dividía en dos grandes etapas: la fase "in iure", ante el magistrado, y la fase "in iudicio", ante el juez. En la etapa "in iure" las partes determinan con precisión, mediante un acuerdo ante testigos, el objeto del asunto controvertido que llevarán ante el juez árbitro, pacto que recibe el nombre de "litis contestatio", y que, entre otros efectos, producía la pérdida de la acción, pues esta no podía después volver a deducirse.

La "litis contestatio" recibe este nombre porque el objeto de la litis era fijado ante "testes", testigos, quienes podían probar la existencia del acuerdo de ocurrir ante el juez árbitro para dirimir el litigio.

Posteriormente, en el procedimiento formulario o por fórmulas, la invocación de los "testes" pierde fuerza porque los términos del litigio quedan precisados en la fórmula, aunque el acto sigue llamándose "litis contestatio".

La teoría que se expone implica, pues, que el proceso, la sentencia y la autoridad de cosa juzgada del fallo tienen como fuente un pacto o acuerdo de voluntades. Ella encontró acogida entre los juristas especialmente franceses, del siglo XIX, pero hoy se encuentra totalmente abandonada.

20.— **El proceso cuasi contrato.**— Si las fuentes de las obligaciones son contrato, pensaron sus creadores, contrato, cuasi-contrato, delito y cuasi-delito, y el contrato, por los motivos expuestos, no puede explicar satisfactoriamente la naturaleza del proceso, ni menos, el delito y el cuasi-delito, quiere decir que el proceso es un cuasi-contrato, y así pueden leerse incluso fallos recientes de los tribunales superiores de nuestro país y apuntes de clases en que se alude al "cuasi-contrato de litis contestatio". Se llega, entonces, a esta teoría por exclusión, de donde, según ella, el proceso no nace por "el concurso real de las voluntades de dos o más personas" sino "por el hecho voluntario de la persona que se obliga".

Tanto esta como la doctrina del contrato, quieren, desvirtuándolo, encuadrar el proceso en el marco del derecho privado y en figuras tradicionales por éste aceptadas; pero el proceso no cabe en ellas, como no cabían en el lecho de Procusto sus víctimas y debía mutilarlas para adaptarlas a él.

21.— **El proceso relación jurídica típica.**— Nace en Alemania con Bülow y es desarrollada luego en ese país por Kohler, Hellwig y Wach, alcanzando su culminación con Chiovenda en Italia.

Según esta teoría el proceso crea, por mandato de la ley, una relación o vínculo entre demandante y demandado (Kohler); entre las partes y el juez (Hellwig) sin vinculación entre las primeras, y entre las partes entre sí y éstas y el juez (Wach).

Chiovenda la puntualiza brillantemente y adquiere mayor desarrollo y difusión que ninguna de las otras doctrinas, siendo, asimismo, la que predomina ante los tribunales chilenos.

El maestro italiano parte del concepto elemental de que relación jurídica es todo vínculo entre dos o más sujetos, regulados por el derecho. Si la relación regulada lo es por el Derecho Procesal,

entonces estamos frente a la relación jurídica procesal, la cual impone a los sujetos de la misma, juez, actor y demandado, deberes y derechos. Esta idea, según Chiovenda, existía ya en el "judicium" romano y en la definición que del proceso consignaban los procesalistas medioevales de la península: *Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei.*

Al juez le impone el deber de proveer (oír, recibir las pruebas, etc.) para aceptar o rechazar en el fondo la demanda, deber que empuja al juez frente al Estado y está asegurado por la responsabilidad del juez que se niega a resolver, aunque no haya ley o ésta sea obscura, contradictoria o insuficiente. A su turno, las partes tienen el derecho, en el sentido de "poder", de colocar al juez en la necesidad de proveer.

Si bien la relación procesal es una, no obsta a que existan en ella relaciones jurídicas menores, dentro de la unidad, la cual da coherencia, unión, vinculación, en virtud de tal relación, a los diversos actos que se desarrollan en el proceso, desde su comienzo hasta su fin.

Esta relación jurídica es típica porque es autónoma, compleja, de Derecho Público y dinámica.

Es **autónoma**, porque tiene vida y condiciones propias, **independientes** "de la voluntad concreta de la ley afirmada por las partes, puesto que se funda en otra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de las partes, cualesquiera que ellas sean". En otras palabras, la relación jurídica procesal es independiente de la relación jurídica substancial.

Es **compleja**, porque comprende un conjunto de derechos y obligaciones, aunque coordinados a un fin común que recoge en unidad todos los actos procesales.

Es de **Derecho Público** debido a que deriva de normas que regulan una actividad pública, la actividad jurisdiccional. Esta, según Caravantes, es pública, ya por razón de su causa eficiente, porque emana de la autoridad pública, ya por razón del sujeto, porque quien la ejerce es persona pública, ya por razón del fin porque se dirige a la conservación del orden y de la pública utilidad.

Es **dinámica**, a causa de que todos los hechos y actos procesales se verifican en forma continuada y constante, se

mueven progresivamente hacia un fin, idea confirmada por la propia etimología de la voz "proceso", que deriva de "procedere", es decir, avanzar, progresar.

La doctrina de la relación procesal es la más aceptada por la doctrina universal y la que la mayoría de los fallos de los tribunales chilenos admite, aun cuando todavía algunos se refieren al proceso como "cuasi-contrato de *litis contestatio*".

22.— El proceso situación jurídica.—

Esta doctrina fue creada por el jurista alemán James Goldsmidt, quien, si bien admite que la teoría de la relación jurídica procesal creada por Oscar Bülow en su famosa obra "La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales", aparecida en 1868, significó un progreso, como no podía menos que reconocer, repara que para fundar el deber del juez de proveer la demanda, es decir, substanciarla y fallarla, no es necesario el concepto de relación procesal, puesto que tal deber se funda en el Derecho Público, "que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone, al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano".

Tampoco las partes tienen obligaciones procesales. Ellas están o se encuentran naturalmente en estado o situación de sujeción al poder público, de manera que la sujeción al poder jurisdiccional del Estado "no funda una nueva relación jurídica entre las partes, sino que destruye la exención que impide al Estado dirigir litigios de sus ciudadanos de una manera pacífica y racional".

Y entre las partes mismas —y no ya frente al Estado— tampoco existen obligaciones. Si un sujeto es emplazado por otro sujeto mediante una demanda, no tiene obligación de comparecer, sino "carga" de hacerlo y contestar; menos las tiene el actor, que, asimismo, está sujeto a cargas, como son las de pedir, afirmar y aportar pruebas. Es por ello que la no comparecencia del demandado a contestar no crea para el actor un derecho correlativo de exigir la comparecencia, sino que se produce el efecto de continuar el proceso en su rebeldía.

Todavía, afirma Goldsmidt, el deber de no mentir a sabiendas en el proceso es de índole moral y no jurídica.

El proceso no es sino una **situación jurídica** de las partes frente al Estado, en la cual éstas no tienen sino perspectivas, posibilidades, oportunidades y cargas. Si las cargas son satisfechas en tiempo y forma, producen efectos favorables o desfavorables, según quien las satisfaga. Si el demandado pide, afirma y prueba bien, resta posibilidades de sentencia favorable al actor y viceversa.

La carga es un imperativo puesto en interés de quien la soporta. Si por haber afirmado, tengo la carga de probar, y, luego, rindo la prueba pertinente de modo oportuno, me descargo y el único beneficiado con esta descarga soy yo mismo. Al adversario no le interesa que yo me descargue bien; por el contrario, su interés radica justamente en que no lo haga, pues de esa manera él se beneficia.

Esta concepción de la naturaleza del proceso la estima Goldsmidt "dinámica" frente a una concepción "estática", que es la corriente. Al mismo tiempo la considera más real, siendo, a su juicio, una falta grave hacer construcciones jurídicas según su fin y no según su sentido efectivo.

Y en verdad así es. El proceso es un estado de lucha, un debate, en que los contrincantes se encuentran al acecho, esperando un error del adversario para sacar de él el mayor provecho y atentos para no dejar pasar ninguna oportunidad que les sea a sí mismos beneficiosa, siendo "la más grave culpa contra sí mismo dejar pasar la ocasión".

Con todo, esta doctrina cree que el proceso es algo así como una especie de ley de la selva, en que triunfa el más sagaz y el más fuerte, surgiendo la interrogante de saber qué pasa o debe pasar con el litigante malicioso o el fraudulento y si **derecho** del proceso puede mirar en igual forma al temerario y al que no lo es, al leal y al desleal, al que debate con probidad o sin ella y cuál es el límite que separa la astucia de la mala fe, el dolo de la habilidad.

Por otra parte, ¿es efectivo que a causa o con ocasión del proceso no surjan obligaciones que pongan a un sujeto en posibilidad de exigir de otro sujeto una conducta, aun forzadamente?

Estos alcances los clarificaremos, en la medida de lo posible, cuando al tratar de los actos procesales, nos refiramos a los imperativos del proceso.

23.— El proceso entidad jurídica completa.— En su "Sistema de Derecho Procesal Civil", Carnelutti sostiene que suele llamarse relación procesal al proceso mismo, pero que en éste hay **relaciones jurídicas procesales** y "tantas cuantos son los conflictos compuestos por el orden jurídico mediante la imposición de una obligación y, eventualmente, de un derecho.

Admite luego que la consideración del proceso como un "haz de relaciones jurídicas y no sólo una sucesión de actos, fue un progreso, aunque tal concepción era defectuosa en cuanto hacía un todo unitario de tales relaciones, sin separar unas de otras y sin integrarlas en la teoría general del derecho.

Estas observaciones han servido de apoyo para concebir el proceso como una entidad que, siendo a la vez unitaria, es compleja en cuanto contiene una pluralidad de elementos conexos o vinculados.

Pero se objeta en contrario que **toda** institución del derecho moderno es compleja, es decir, que en cualquiera —y no sólo el proceso— pueden observarse elementos más simples que la componen, por lo cual, con decirse que el proceso es complejo, en realidad no se define su naturaleza jurídica, no se precisa su índole verdadera, ni se fija la naturaleza de cada una de esa multiplicidad de relaciones integradas en unidad.

24.—Concepto.— No basta decir que el proceso se instaura en virtud de la existencia de un presupuesto necesario, el litigio. Es preciso saber de su estructura, de cómo y en virtud de qué elementos o factores adquiere forma, perfil propio, conformación como entidad jurídica.

Esa estructura o conformación la adquiere en virtud de ciertos principios, que desde la publicación de una obra poco difundida, aunque fundamental para el estudio de esta disciplina, se llaman "formativos", que escribió un jurista escocés que profesó en los Estados Unidos de Norteamérica. Me refiero a "Los principios formativos del Procedimiento Civil", de Robert Wyness Millar.

El estudio de estos principios formativos es útil para entender por qué motivos el proceso, aun siendo uno como entidad abstracta, se presenta en la realidad con variantes a veces muy diversas,

que permiten hablar de "procesos" para indicar no la substancia, que es constante, sino la forma, que es mutable, del mismo modo como un mismo hombre puede presentar aspectos diferentes según la vestimenta de que haga uso.

Este estudio tiene, además, grande importancia para integrar la ley procesal frente a vacíos del ordenamiento positivo, y para interpretar la norma formulada. En efecto, si un proceso se orienta en virtud del principio **inquisitivo**, por ejemplo, con desmedro del **dispositivo**, el intérprete, en especial el juez, tendrá una valiosa ayuda para la consecución de tales objetivos.

A su turno, los principios formativos del proceso se eligen o dosifican teniendo en cuenta determinadas finalidades que se propone el legislador, considerando ciertos intereses públicos o privados. Así, estima que el proceso debe ser **secreto** y no **público**, si quiere garantizar una investigación eficaz, para hacer efectivo de manera más cierta el derecho del Estado para castigar.

Esto demuestra que el proceso no plantea sólo cuestiones de técnica, sino de política y que, como afirma un profesor argentino, "jamás se podrán comprender el derecho procesal y sus problemas, aun con ayuda doctrinaria, si se desvincula de la vida de las naciones, de la historia, de la propia Constitución y de sus modalidades políticas".

Y evidencia, todavía, que éste es tema no exclusivo del proceso civil, sino del proceso en general, es tópico relativo a la teoría general del proceso.

La doctrina plantea de diferente modo estos principios formativos.

Nosotros seguiremos, con leves variantes y aplicándolos al derecho procesal chileno vigente, los principios que enuncia y desarrolla Wyness Millar en la citada obra.

25.—Enunciación.— Nos referiremos a los principios formativos que, a nuestro entender, tienen mayor relevancia para la realización de la justicia.

Tales son:

- a) Audiencia bilateral en oposición a la audiencia unilateral;
- b) Principio dispositivo frente al principio inquisitivo;
- c) Orden consecutivo legal frente a orden consecutivo discrecional;

- d) Oralidad en oposición a escritura;
- e) Mediación opuesta a inmediatez;
- f) Publicidad frente a secreto, y
- g) Prueba legal frente a prueba racional.

26.—Audiencia bilateral y audiencia unilateral.— Consiste simplemente en que el juzgamiento regular exige oír (de allí "audiencia" que viene del latín "audire") a las partes del proceso o, al menos, darles o asegurarles la posibilidad de ser oídas. Si tal posibilidad está asegurada, rige la audiencia bilateral; si no lo está, rige la audiencia unilateral.

Dice de la audiencia bilateral Wyness Millar que "es inseparable de la justicia organizada y ya lo expresaban los romanos con la máxima "audiatur et altera pars".

Sus manifestaciones positivas son constantes en la fase de conocimiento o cognición, tanto en la discusión como en la aportación de pruebas. En efecto, la ley manda que la demanda sea comunicada al demandado para darle posibilidad de que sea oído, deseo que se concreta prácticamente proveyendo "traslado" (art. 257); de la contestación del demandado se da traslado al actor para que replique (art. 311) y de la réplica del actor se da traslado al demandado para que duplique (art. 311). Ninguna prueba es admisible sin fiscalización del adversario, el cual puede hacerse oír objetando su admisión, e igual cosa cabe afirmar respecto de la aportación de la prueba misma, so pena de nulidad (art. 795, Nos. 5º y 5º, en relación con el art. 69, inc. 1º).

Tiene también vigencia en el proceso de ejecución, pero, según comprobaremos, de manera más limitada que en la fase de conocimiento. Lo mismo cabe expresar relativamente a ciertas acciones cautelares, como son las llamadas "medidas precautorias".

Con todo, a veces la audiencia bilateral cede el paso a la audiencia unilateral por ser la petición inconexa (art. 83) o extemporánea (art. 85, inc. 2º), para dar eficacia a la petición (art. 302, inc. 2º), para la celeridad de los efectos de la pretensión (art. 684), por existir fundamentación enérgica, de hecho y de derecho, en apoyo de la pretensión (art. 441), etc. En todos estos casos excepcionales rige la audiencia unilateral, esto es, sólo es oído el peticionario y no

el sujeto contra quien se dirige la pretensión "para hacer efectiva una justicia práctica".

El derecho comparado ofrece en este aspecto un proceso característico, derivado de instituciones germánicas, fundado en la audiencia unilateral. Es el "proceso nonitorio" cuyo acabado estudio efectuó Calamandrei en su obra "El procedimiento nonitorio". En dicho proceso el juez expide una orden o mandamiento de pago sin audiencia del sujeto contra quien se dirige. Si éste comparece en determinado plazo y se opone, el mandato queda sin efecto; en caso contrario, surte sus efectos propios y se ejecuta.

27.—Principio dispositivo y principio inquisitivo.— El principio dispositivo puede mirarse desde un doble ángulo: a) Desde el aspecto relativo al sujeto de la relación procesal que impulsa el proceso, y b) Desde el aspecto de la disponibilidad de las facultades y derechos procesales.

Si el proceso está impulsado por la actividad de las partes, se dice que está regido por el principio dispositivo; pero también cuando las partes disponen de tales facultades y derechos. Sin embargo, hay algunos procesos que, no obstante activarse por impulso de partes, éstas no disponen de sus derechos, como ocurre en los negocios de familia (divorcio o nulidad de matrimonio, por ejemplo).

Precisando más, podemos expresar que lo dispositivo se manifiesta en el proceso civil:

a) En la iniciación o instalación del proceso; sólo la petición y el impulso de la parte, en virtud de la acción o poder jurídico de poner en movimiento al órgano jurisdiccional, inaugura el proceso;

b) En el desarrollo o desenvolvimiento del proceso; éste marcha de fase en fase, de acto en acto, hacia la cosa juzgada, en virtud del impulso de las partes, concretado en las diversas peticiones que pueden formular (demanda, contestación, réplica, dúplica, incidentes, tachas de testigos, recursos, etc.);

c) En las pretensiones de fondo o substanciales; pretendo 1.000 escudos o 500 escudos según mi voluntad o disponibili-

dad, sin perjuicio de lo que el juez resuelva;

d) En la **abdicación o desestimiento** tanto de las pretensiones de fondo o substanciales, así como en las pretensiones de forma o procesales. Me desisto de la pretensión de condena de algún sujeto, de un recurso, de un incidente, de una recusación, etc.;

e) En la **aportación de pruebas.**—La disponibilidad no permite renunciar a una prueba, hacer o no uso de ella, o hacer uso de ellas en el momento en que crea más conveniente, dentro de ciertas limitaciones impuestas por la ley;

f) En la **aceptación o no aceptación de las pretensiones contrarias**; el principio dispositivo le permite aceptarla en todo o en parte o rechazarla en todo o en parte;

g) En la **aceptación o no aceptación de las resoluciones del juez**; si quiero las acepto, expresa o tácitamente; pero puedo también impugnarlas, si no las acepto, mediante los recursos procesales u otros medios de impugnación que pueden ser la **oposición** o, incluso, **otro proceso**, según verificaremos en su momento;

h) En cuanto **enmarca los poderes del juez**. La actividad y las pretensiones de las partes señalan la órbita de actividad del juez. Este no puede fallar pretensiones no deducidas, ni dar por probados hechos no establecidos en virtud de la actividad de los litigantes, o desconocer los hechos aceptados por ellos. Con todo, nótese que **jamás** la voluntad de las partes vincula al juez en lo que toca al **derecho**, en virtud de la máxima "jura novit curias", es decir, el juez sabe o conoce el derecho. Sobre este preciso tópico puede leerse con provecho la monografía de Santiago Sentis Melendo, "El juez y el derecho".

El principio dispositivo que en general orienta al proceso civil cede a su contrario, el inquisitivo, en casos excepcionales. Así, por ejemplo, la aceptación del demandado de la pretensión del actor en los procesos en que está comprometido el orden público, como son los de divorcio y nulidad de matrimonio, no vincula al juez. Por lo mis-

mo, si demando una prestación en virtud de un pacto de sucesión futura en el cual hay orden público comprometido y por ello la ley los prohíbe (art. 1463 del Código Civil), la aceptación de la pretensión por el demandado no vincula al juez, el cual puede y debe rechazarla.

Estos casos evidencian la indisponibilidad de la pretensión; pero el principio dispositivo se quiebra también en beneficio del inquisitivo en la marcha general del proceso, pues el juez puede de oficio, "motu proprio", corregir los errores que observe en la tramitación del mismo y adoptar las medidas que crea conducentes para evitar la nulidad procesal (art. 84, inc. final) o en la iniciativa para suministrar la prueba en virtud de las "medidas para mejor resolver" (arts. 159 y 207).

No obstante el predominio del principio dispositivo por sobre el inquisitivo, existen diversos procesos civiles especiales que tienden, en mayor medida que el proceso civil común, a la admisión del lema inquisitivo. Así ocurre con el proceso del trabajo, o de menores, o de indios y en los que se deducen acciones derivadas del arrendamiento de bienes raíces urbanos según la Ley N° 11.922.

Como caso histórico de un proceso civil preferentemente inquisitivo, señala Wyness Millar el establecido en Prusia a fines del siglo XVIII, en el cual las peticiones de las partes eran formuladas por funcionarios judiciales (comisarios de justicia) que comparecían y aportaban pruebas en representación de las partes, con lo cual el material del proceso "quedó sujeto al control del tribunal", sin perjuicio, todavía de que el juez estaba en necesidad de averiguar la verdad por cualesquiera medios "que surgiesen de las alegaciones o de la conexión del procedimiento".

Este notable experimento —comenta Wyness Millar— fue un fracaso y pone en evidencia que los "esfuerzos basados en el interés personal de dos partes litigantes constituyen, a la larga, un medio infinitamente mejor para la averiguación de la verdad que toda clase de tutelares inquisiciones".

28.—Orden consecutivo legal y orden consecutivo discrecional.—El proceso es, su forma, un método de debate. Como todo método, necesita un orden

para que el debate se desarrolle, orden que puede estar de antemano establecido en la ley, así como puede no estarlo, en cuyo caso lo determina el arbitrio, la discreción, del juez, junto y paralelamente con el desenvolvimiento del debate.

Este debate es señalado por algunos autores, inspirados en la filosofía hegeliana, como un **método dialéctico** en que la posición del actor es la tesis, la del demandado la antítesis y la sentencia del juez, la síntesis.

Si el orden del debate lo fija de antemano la ley estamos frente al principio de orden consecutivo legal; si lo determina el juez junto con el desarrollo del debate nos encontramos ante el principio de orden consecutivo discrecional.

En el primero, el proceso se presenta estructurado en fases, subfases y actos procesales vinculados o conectados entre sí, esto es, articulados desempeñando unos con respecto a otros un rol funcional que mira a la sentencia final y a la cosa juzgada. Un ejemplo caracterizado de este tipo de proceso lo encontramos en el romano-canónico con 14 ó 15 fases.

La relación funcional entre los distintos actos, subfases y fases puede ser variada. Así, puede haber relación de **lugar**, de **tiempo máximo**, de **tiempo mínimo**, de **prelación**, de **complementación**, etc. En efecto la demanda precede a la contestación pero la réplica sigue a la contestación y precede a su vez a la duplica, en cuyo caso hay relación de prelación. La contestación impone al demandado la carga de hacerlo en cierto tiempo máximo; si no lo hace está expuesto a la correspondiente declaración de rebeldía. Los actos procesales se verifican en el lugar y ante el tribunal que substancia el proceso, sin perjuicio de la delegación de competencia para que determinados actos se verifiquen en otros lugares, ante otros jueces, etc.

El desenvolvimiento del proceso en estas etapas o períodos o estadios sucesivos se produce como consecuencia del impulso de las partes y, excepcionalmente, del tribunal.

El impulso de las partes tiene un estímulo natural, cual es su propio interés en una decisión final, la sentencia. Pero no cualquiera sentencia sino una que tenga determinado contenido, un contenido que satisfaga a las partes, lo cual

las induce a aprovechar todas las expectativas y posibilidades que el proceso les ofrece. De este modo, la satisfacción del propio interés contribuye a la verificación sucesiva de los actos, subfases y fases procesales.

Pero esto no basta. Si el estímulo natural que surge del propio interés no es suficiente, la ley crea estímulos para el progreso del proceso, el avance del mismo desde el punto inicial hasta el final y, entonces, establece plazos, posibilidades de rebeldía y cargas, de modo que si así no se actúa, si las cargas no se satisfacen en tiempo y forma, si los plazos no son observados, caducan o se extinguen los derechos procesales, riesgo que acompaña incesantemente al proceso, como la sombra al cuerpo. Este principio de riesgo de extinción de facultades o derechos procesales, estrechamente vinculado al principio de orden consecutivo legal, se denomina principio de "preclusión", palabra de origen latino ("pre, antes y "claud", cerrar). Es decir, las facultades y posibilidades y cargas hay que ejercitarlas o satisfacerlas antes que se cierre o se clausure la oportunidad correspondiente.

Si no objeto un documento en el plazo fatal que señala la ley, precluye o se extingue la posibilidad de hacerlo válidamente después dentro del mismo proceso; si contestando la demanda opongo excepciones de fondo, sin reclamar de los defectos de forma, precluye o se extingue la posibilidad de oponer excepciones dilatorias; si no alego la incompetencia relativa o territorial del tribunal y ejecuto cualquiera gestión o acto que no sea reclamar de ella, se produce la prórroga de la competencia y el tribunal naturalmente incompetente pasa a ser competente por preclusión; si contesto la demanda, no puedo después contestarla de nuevo.

Lo expuesto evidencia que la preclusión no es, como algunos afirman, simple caducidad. Esta se encuentra asociada sólo al factor tiempo. En cambio, hay preclusión en el proceso: a) Por no realización de un acto; b) Por realización extemporánea o inoportuna; c) Por realización de un acto incompatible con otro; d) Por consumación, es decir, por la ejecución misma del acto, y e) Por extinción del proceso.

De modo que la preclusión es un

principio conexo con el de orden consecutivo legal, que consiste en la extinción de una facultad procesal por no ejercitarla en tiempo y forma, por haber realizado un acto incompatible con su ejercicio, por consumación y por la extinción del proceso mismo.

Como quiera que la muerte del proceso mismo importa preclusión de actos procesales, Chiovenda decía que la cosa juzgada era la "somma preclusionone", la suma o máxima preclusión; pero, necesario es advertir, es ésta una figura literaria, una metáfora, pues demostraremos más adelante que preclusión y cosa juzgada son conceptos diferentes.

El principio de orden consecutivo discrecional puede darse en ciertos procesos especiales, aunque en forma limitada a ciertas fases. Así, en el interdicto posesorio de amparo (arts. 551 y sgts.) la discusión sobre el fondo, sobre cuestiones accesorias y la prueba misma, se verifican en el comparendo o audiencia a que el tribunal llama. Y el orden que en el comparendo tienen los diversos actos de discusión o contradicción y de prueba los determina el tribunal, según el orden o método que él mismo señale. En estos procesos se hace necesaria la ordenación por el tribunal, debido a la concentración o acumulación en un mismo momento de muchos actos procesales, y no extensión de dichos actos en momentos sucesivos, como ocurre si rige el principio de orden consecutivo legal.

29.—**Oralidad y escrituración.**—Este principio dice relación con la forma de comunicación del juez con los sujetos que obran en el proceso y sus asesores. Si el medio de comunicación es la palabra hablada, estamos frente al principio de oralidad; si lo es, en cambio, el de la palabra escrita, nos hallamos frente al principio de escrituración.

Pero cabe también una tercera posición. Que las alegaciones o expresiones orales se extracten y se escriben en actas que se incorporan al expediente y en tal caso estamos frente al principio de protocolización. En éste, pues, la actuación se inicia por comunicación oral y se consuma o concluye mediante escrituración.

Típica forma de comunicación oral en nuestro derecho son los alegatos ante los tribunales superiores (arts. 223 y

sgts. y 783) hechos por abogados; demanda, contestación, réplica y dúplica, son, en cambio, en el proceso ordinario de conocimiento, esencialmente escritas; pero las pruebas testifical y confesional se rigen por el principio de protocolización (arts. 370 y 395).

En el orden cronológico, el proceso nace con forma **oral**, sea con relación a las peticiones, a la aportación de pruebas y a la emisión de las resoluciones del juez. Según su autor, en el procedimiento romano la sentencia se pronunciaba verbalmente desde lo alto del tribunal; en la época de la República se publicaba oralmente (pronunciato), y bajo el Imperio adquirió forma escrita, pero se leía en una audiencia, siendo nula la sentencia pronunciada antes de haberse escrito o que, luego de escrita, no se leyera.

Posteriormente a su forma oral, el proceso se reduce a actas adquiriendo vigencia el principio de **protocolización** y, por fin, se simplifica la actividad judicial exigiéndose directamente la **escrituración**.

Ni en el pasado, ni en el presente, el proceso es exclusivamente oral o exclusivamente escrito, siendo más propio observar que está **preferentemente** orientado hacia una u otra forma de comunicación, situación a la cual no escapa el proceso de origen español y, por ende, el chileno, siendo en éste ostensible la primacía del principio de **escrituración**.

No es ésta, en cambio, la orientación moderna, que demuestra una definida tendencia hacia la oralidad, tanto en la doctrina como en el derecho positivo, así en materia civil como criminal. Sin embargo, la aplicación de la oralidad está vinculada a otros problemas que la entranan. El proceso oral es más costoso que el escrito, pues requiere mayor número de jueces; pesa, asimismo, la tradición y la costumbre de la forma de comunicación escrita, tanto en jueces como en abogados, etc.

30.—Mediación e inmediación.—Si el juez se relaciona o se comunica con otros sujetos de la relación procesal por interpósita persona, por intermediario, rige el principio de **mediación**; si, a la inversa, no hay intermediario para que el juez tome contacto con otros sujetos, adquiere vigencia el de **inmediación**. El

Art. 388 es expresivo para indicar la existencia de uno u otro principio. En efecto, si alguien de las partes lo pide, la confesión provocada debe ser recibida por el tribunal mismo que conoce el proceso (inc. 2º), rigiendo la inmediación; pero si la parte que confiesa se encuentra fuera del territorio de dicho tribunal, la declaración la toma otro tribunal, el que corresponde a la residencia del declarante (inc. 3º), aplicándose, en tal caso, la mediación. Lo mismo cabe manifestar si el tribunal delega en el secretario u otro ministro de fe (Receptor, v. gr.) la recepción de la declaración (inc. 1º).

En nuestro derecho procesal civil prevalece el principio de mediación, pero la doctrina y el derecho comparado tienden a dar mayor influjo a la inmediación, porque es obvio que el juez que ve y conoce personalmente a los sujetos del proceso sin valerse de intermediarios está en mejor condición para juzgar que el que debe valerse de intermediarios.

Mediación e inmediación no deben confundirse con oralidad y escrituración. Estas se refieren a la forma de comunicación oral o escrita con o sin intermediarios; aquellas a la intermediación o ausencia de intermediación, mediante escritura o mediante oralidad.

Con todo, oralidad e inmediación son principios que de ordinario marchan juntos, e igual cosa cabe manifestar respecto de los de mediación y escrituración; pero pueden apartarse ocasionalmente, como cuando un tribunal colegiado toma conocimiento del mérito del proceso mediante la relación oral o verbal que hace el relator y, excepcionalmente, el secretario. Aquí existe oralidad unida a mediación.

31.—Publicidad y secreto.—De acuerdo con el léxico, "público" es lo notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos.

El proceso o sus etapas o los actos singulares que lo configuran, serían, así, **públicos**, desde que pueden estar a la vista o en el conocimiento de todos, del público o del pueblo en general; por el contrario, serían **secretos** si se encontraran al margen de la vista o del conocimiento del público.

Tal sería el sentido natural y obvio

del concepto "público", del cual autorizadas opiniones participan. Así, Carnelutti, aunque refiriéndose al proceso penal, pero con igual vigencia para el civil, expresa: "Un modo de ser del lugar en que el proceso penal se desarrolla, se refiere a su clausura o bien a su apertura al público, de manera que cualquiera no tenga o bien tenga la posibilidad de asistir a los actos que en él se realizan y por eso de tomar conocimiento de los mismos. Según el principio del secreto, el público está excluido; según el principio de la publicidad, el público está admitido".

Esta amplia acepción de lo "público" adquiere limitación ante una aceptación restringida, para la cual un acto procesal es público aunque no esté al alcance del público o del pueblo en general, con tal que lo esté para las partes del proceso y sus representantes o asesores.

En nuestro derecho procesal civil, los alegatos de abogados ante tribunales superiores están regidos por el principio de publicidad en su amplia aceptación; pero no así la recepción de una prueba confesional o testifical, por ejemplo, en las que el acto es público en el momento de su realización sólo para las partes o apoderados o defensores, es decir, lo es en sentido restringido. Esto no se opone, por cierto, a que después de ejecutado el acto puedan adquirir publicidad popular.

Aunque según Wyness Millar las discusiones en favor de uno u otro principio deben estimarse actualmente terminadas en favor de la publicidad, es conveniente destacar someramente los aspectos más notables en que radica tal superioridad, lo que preocupó especialmente al filósofo y jurista inglés Jeremías Bentham, en su "Tratado de las pruebas judiciales":

a) Las discusiones sobre tópicos jurídicos atraen la atención y el interés del público en general;

b) Contribuye a garantizar la probidad de los jueces y a dar a sus fallos la confianza pública, hasta el punto de que alguien ha llegado a decir que la publicidad y la motivación de las sentencias explican el buen comportamiento de los altos jueces de Inglaterra: "si son los mejores jueces del

mundo es porque son también los más vigilados";

c) Contribuye a asegurar la exactitud y la veracidad de las declaraciones de los testigos. En efecto, dice Bentham: "La publicidad del interrogatorio excita en ellos las facultades del espíritu que concurren a producir una declaración fiel, en particular la atención, tan necesaria para una exacta relación de los hechos; la mentira puede ser audaz en un interrogatorio secreto, pero es difícil que lo sea cuando es en público: esto es muy importante en todos los hombres que no sean completamente depravados", y

d) Con su concurso se pueden acentuar las ventajas de la fundamentación de los fallos judiciales. "El dar malas razones —dice un autor— en presencia de una concurrencia numerosa para justificar una sentencia inicua, es cosa a que se resiste hasta el prevaricador más decidido".

Los actos que en el proceso civil están regidos por el principio del secreto son excepcionales y requieren, para serlo, texto expreso de ley que lo manda. Así, es secreta la deliberación que precede al acuerdo de un fallo en un tribunal colegiado (art. 81 del Código Orgánico de Tribunales) a menos que el mismo tribunal llame a relatores u otros funcionarios si lo estima necesario.

32.—Prueba legal y prueba racional.

—Reciben también, respectivamente, las denominaciones de prueba formal y prueba moral.

Este principio se refiere a la forma o sistema que puedan adoptar las regulaciones procesales, en orden a la eficacia o valor de la prueba; si tal valoración debe hacerla la ley para cada medio de prueba en particular y unos en comparación o parangón con otros, o compete al juez efectuarla según su arbitrio o criterio.

La prueba legal es de origen germano y la racional de origen romano. "Esencialmente romano —dice Chiovenda— es el principio de que la prueba está dirigida a formar el libre convencimiento del juez, quien debe deducir la decisión de la escrupulosa observación y valoración de los hechos".

"En este trabajo de conciencia se evi-

dencia toda la sensibilidad del juez romano, su repugnancia en juzgar con base a criterios formales preestablecidos, convencionales, mejor que sobre la observación de los hechos”.

Desde la Revolución Francesa ha ido perdiendo gradualmente terreno la prueba formal, orientándose el derecho comparado hacia la racional, hasta el punto que la propia Alemania adopta el segundo sistema con el Código de 1877.

No debe creerse, por otra parte, que la prueba legal no deja al juez cierto grado o margen de valoración discrecional, especialmente si se piensa en una prueba como es, por ejemplo, la testifical; ni que en un mismo momento no puedan coexistir en determinado ordenamiento procesal civil ambas categorías de valoraciones para diversos medios de prueba.

Todavía, la prueba racional admite gradaciones: se habla, dentro de este sistema, de “libre convicción” y “sana crítica”, término éste último empleado por la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855 y usado por varias legislaciones que la han seguido, entre ellas la nuestra.

En un sistema de prueba racional en que el juez da por establecido los hechos según su libre convicción, esta convicción puede apoyarse en el mérito del proceso, fuera del mérito del proceso o contra el mérito del proceso, libertad que instuye al sujeto que ejerce la función jurisdiccional en autoridad única y soberana para dar por establecida la situación facticia (de hecho) que sirve de apoyo a la declaración de la situación jurídica que se pretende. Ello implica, a su turno, dos efectos procesales de suma importancia: a) No se encuentra en necesidad de motivar su decisión por lo que toca a la apreciación de la prueba, es decir, la sentencia carece de consideraciones de hecho, y b) La decisión sobre el establecimiento de los hechos no está sujeta a contralor o fiscalización mediante recurso.

Tal suma de poderes puede dar ocasión para que el juez sea un déspota del proceso, y produce en el ánimo de las partes, por lo mismo, justificada aprensión junto al deseo de sujetarlo a ciertas pautas, dentro de una relativa libertad. En otros términos, nace la necesidad de establecer un sistema de apre-

ciación que no tenga la rigidez ni el convencionalismo de la prueba legal o formal, a pesar del grado de seguridad y de certeza que ésta de antemano da a las partes, ni presente los peligros de la libre convicción. Tal sistema es el de la sana crítica.

En la sana crítica, la eficacia de la prueba no la fija la ley, sino el juez; pero el juez, para determinar esa eficacia, está sujeto a la lógica, la experiencia y el buen sentido.

Carece de lógica la sentencia que, sin haber probado el actor el hecho del cual deriva su pretensión, condena al demandado, a pesar de que sea efectivo el hecho; no se apoya en la experiencia el fallo que establece que la visibilidad es mejor en la noche que en el día, que la humedad no produce el enmohecimiento del hierro o que el viento no mueve las hojas de los árboles; no se sujeta al buen sentido el juez por parte del supuesto de que el demandado, por el solo hecho de serlo, puede ser culpable, aunque la experiencia pudiera indicarle, dadas ciertas circunstancias, que, por lo general, el demandante tiene la razón. Esto recuerda a los “jueces negros” de que habla Calamandrei, para quienes la inocencia del acusado es un verdadero insulto a la magistratura.

Nuestro sistema probatorio se orienta, en general, hacia la prueba legal o formal; pero en diversos casos, taxativamente señalados por la ley, sale del método formal para entrar en el de la apreciación racional. En efecto, en diversos casos expresa que el juez apreciará la prueba “en conciencia” (arts. 724 del Código de Procedimiento Civil, 459 del Código del Trabajo, 14 de la Ley N° 11.622, sobre arrendamiento de predios urbanos, etc.), suscitándose duda en torno al punto de saber si se quiere aplicar la libre convicción o la sana crítica. En su oportunidad trataremos de esclarecerlo.

Otras veces la ley emplea derrochamente el vocablo “sana crítica” (art. 425) y tratándose de los arbitradores usa los términos “prudencia” y “equidad” (art. 640, N° 4°).

De lo expuesto en este número puede inferirse, en definitiva, que prueba legal, libre convicción y sana crítica no son sino grados para medir el ámbito de poder de apreciación que tiene el juez al valorar la prueba: la mayor suma de po-

der la tiene en la libre convicción y la menor suma de poder la tiene en la prueba legal o formal, situándose en un punto intermedio entre dichos extremos el sistema de la sana crítica.

33.—Conexión de los distintos principios formativos.—Sólo por abstracción pueden concebirse los principios formativos del proceso civil en forma aislada o desconectada. En la realidad del proceso ellos se vinculan entre sí de muy diversos modos.

En efecto, la audiencia bilateral se une con el principio de publicidad, entendido éste, por lo menos, en su aceptación restrictiva, porque no se concibe cómo podría funcionar la primera sin darse conocimiento de los actos procesales a las partes o a sus apoderados; el secreto se une normalmente con el principio inquisitivo; la oralidad con la inmediación y la escritura con la mediación; no es aplicable en forma seria la prueba

racional, es especial si es libre convicción, cuando no hay inmediación y oralidad y, todavía, si no es **uno mismo** el juez que substancia e instruye la causa (identidad del juez) y si los actos procesales están muy distantes en el tiempo, o sea, si no rige la concentración de los mismos. ¿Es serio pensar que un juez aprecia racionalmente una prueba testifical si ella fue recibida por otro juez o, aún, recibida por un mismo juez si entre la aportación de la prueba y el momento en que ella se valora transcurre un plazo de varios años?

Lo dicho es suficiente para evidenciar que es preciso ser muy cuidadoso en la modificación de la estructura del proceso, ya que cualquiera alteración puede hacer regir determinado principio formativo que puede ser inconexo o contrario con otro que no se tuvo en vista en el momento de la alteración.

(Continuará)