

RAÚL NÚÑEZ OJEDA
ÁLVARO PÉREZ RAGONE

BIBLIOTECA
ESCUELA DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAISO

**MANUAL DE DERECHO
PROCESAL CIVIL
PARTE GENERAL**

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN AL
DERECHO PROCESAL CIVIL

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL PROCESO

SUMARIO: § 1. Introducción. § 2. Concepto y características del Derecho Procesal. § 3. Sistemas procesales. § 4. Fuentes del Derecho Procesal. § 5. Interpretación de la ley procesal: Criterios de organización de la tutela procesal.

Bibliografía fundamental:

- ALESSANDRI, Fernando, *Curso de Derecho Procesal*, Santiago: Nascimento, 1940.
- ANABALÓN SANDERSON, Carlos, *Tratado práctico de Derecho Procesal Civil chileno*, Concepción: Escuela Tipográfica Salesiana, 1966.
- CALAMANDREI, Piero, "El proceso como un juego", en *Estudios sobre el proceso civil*, tr. de Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tr. de Santiago Sentís Melendo, 1962.
- CARNELUTTI, Francisco, *Derecho y Proceso*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A.
- CARNELUTTI, Francisco, *Instituciones del Proceso Civil*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1959.
- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tr. de Alcalá Zamora, Buenos Aires: UTEHA, 1944.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Santiago: Ed. Jurídica, 2007.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele, *Lezioni sul Processo Civile*, Bolonia, Il Molino, 1995.
- CHIOVENDA, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, tr. de E. Gómez Orbaneja, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.
- DE LA OLIVA, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona: Bosch, 1980.
- DI MAJO, Adolfo, *La Tutela Civile dei Diritti*, Milán: Giuffrè, 1993.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1991.

- GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, tr. de Prieto-Castro, Buenos Aires: Labor, 1936.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- HOYOS HENRECHSON, Francisco, *Temas Fundamentales de derecho procesal*, Santiago: Editorial LexisNexis, 2001.
- IRTI, Natalino, *Introduzione allo Studio del diritto privato*, Padua: Cedam, 1990.
- LIEBMAN, Enrico, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: E.J.E.A., 1980.
- MICHEL, Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1970.
- MORÓN PALOMINO, Manuel, "El proceso civil y la tutela de los derechos", en *Revista de Derecho Procesal*, 1965.
- OSBERG YAÑEZ, Héctor; MANSO VILLALÓN, Macarena, *Derecho Procesal Orgánico*, Santiago: LexisNexis, 2008.
- ORELLANA TORRES, Fernando, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Santiago: Librotecnia, 2008.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Aranzadi, 1985.
- PROTO PISANI, Andrea, "Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1991.
- PROTO PISANI, Andrea, "Nouvi diritti e tecnica di tutela", en *Scritti in onore de Elio Fazzalari*, Milán: Giuffrè, 1993.
- PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Nápoles: Jovene, 2006.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, tr. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra, Buenos Aires: Depalma, 1976.
- ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, tr. de Ángela Romera, Buenos Aires: E.J.E.A., 1955.
- SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. de Fernando de la Rúa, Buenos Aires: E.J.E.A., 1971.
- SCHÖNKE, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, tr. de Leonardo Prieto-Castro, Barcelona: Bosch, 1950.
- TAVOLARI, Raúl, *Estudios de Derecho Procesal*, Valparaíso: Edeval, 1990.
- TOMMASEO, Ferruccio, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milán: Cedam, 2002.
- WACH, Adolf, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. de Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1977.

Casos y preguntas:

I. UN ESTADO IMAGINARIO

Cree un estado imaginario, diseñe su estructura institucional y asígnele sus funciones (poder ejecutivo, legislativo y judicial). Primera hipótesis: 7 personas, siendo 2 mujeres (con conocimiento del manejo de armas de fuego y posesión de éstas). El resto son hombres sin conocimiento y/o posesión de armas de fuego. Surge un conflicto entre el grupo masculino y el femenino sobre provisiones de comida que fueron juntadas por caza y recolección por uno de los hombres. Es la única fuente de alimento posible para poder sobrevivir una semana –por el fuerte invierno– y que alcanza para las 7 personas. Sin embargo las mujeres no quieren compartirla.

Preguntas:

- Organice en forma imparcial las instituciones del estado: ¿cuál organizaría en primer lugar? (por ejemplo constituir el poder legislativo).
- Imagine distintas formas de resolución del conflicto estando usted en el grupo femenino.
- Segunda hipótesis: ídem estando usted en el grupo masculino.
- Tercera hipótesis: ídem siendo usted alguien ajeno al grupo de 7 personas y asumiendo el rol de juez. Imagine que hay un estado constituido. Solo existe una constitución que prevé en su art. 2º el acceso a la jurisdicción y tutela efectiva de derechos, en otros artículos el respeto a la vida. No existen códigos o leyes sustantivas (civiles o de otro tipo) ni procesales (orgánicas y procedimentales) Siendo usted Juez imparcial e independiente del grupo y habiendo una demanda de los hombres solicitando se reparta en porciones iguales la comida para los 7 por esa semana y que se debe decidir ya en dos días cuando se agotan las provisiones del período anterior. ¿Cómo decidiría? y ¿por qué?

Respuestas:

- Se puede organizar cualquiera de los tres poderes, por algo antropológico hay un conflicto, porque hay intereses contrapuestos, ya que hay posiciones que responden a distintos derechos e intereses. Hay ciertas reglas preexistentes, que unos pueden aludir, son de una forma u otra, según sus intereses. Si creo reglas, debe aplicarlas el poder judicial, también se necesita fuerza, la fuerza sirve para que se cumpla efectivamente las reglas, se necesita el uso actual o eventual de la fuerza, al menos la posibilidad del uso de la fuerza en la aplicación de las reglas creadas. El poder judicial y el poder ejecutivo tienen la posibilidad del uso de la coerción, desde el punto de vista histórico existieron en forma única radicados en una persona.

- Grupo femenino: una posibilidad es la eliminación del adversario (en este caso los varones). Con ello se extingue y soluciona el conflicto o disputa sobre los alimentos. Pero si el grupo femenino piensa estratégicamente la primera alternativa también podría acarrear que en el futuro no habrán más varones para proveer de alimentos. Quizás las mujeres puedan directamente negociar imponiendo condiciones muy favorables a su favor y leoninas sobre los varones: acuerdan una solución según la cual, a cambio permitir que los varones sigan viviendo, éstos debieran comprometerse a continuar proveyendo de alimentos con una cuota de retención en su favor.
- Grupo masculino: el margen de poder de negociación para los varones es mucho menor. Deben someterse a las mujeres por un acuerdo.
- Ajeno: hay un Estado constituido, sólo con una Constitución que prevé en su art. 2º el acceso a la jurisdicción y la tutela efectiva de derechos y también establece el derecho a la vida. El problema de este juez es que no tiene un procedimiento en base al cual poder conocer y decidir (no hay reglas que regulen el proceso judicial en ese Estado). El juez podría actuar con al menos dos fundamentos a partir de esas disposiciones constitucionales: (i) procesalmente y en base a que todos tienen acceso a la jurisdicción podría consensuar un procedimiento con las partes para que puedan intervenir en igualdad de condiciones y ser oídas; (ii) materialmente y fundándose en el derecho a la vida podría inferir y así decidir (y ordenarlo) que, estando en peligro de vida tanto demandantes como demandados corresponde dividir la comida existente en porciones iguales para cada uno, o una porción mayor para las mujeres y menor para los varones o bien mayor para éstos y menor para aquéllas.

II. FORMULACIÓN DE DILEMA DEL PRISIONERO

Además, también pueden solucionarse conflictos mediante el acuerdo, el juego libre de la autonomía de la voluntad puede ser un mecanismo idóneo para la solución de conflictos. Cuando no funciona, se recurre a un tercero imparcial que tenga los mecanismos idóneos para actuar, si la orden no es cumplida, se puede recurrir al uso de la fuerza.

El Dilema del Prisionero (*Prisoner's dilemma*) una formulación de modelo de conflicto. A partir de un caso hipotético se pueden formular matrices con distintas combinaciones y diferentes resultados.

Caso: "Dos delincuentes son detenidos y encerrados en celdas de aislamiento de forma que no pueden comunicarse entre ellos. El guardia sospecha que han participado en el robo del banco, delito cuya pena es diez años de cárcel, pero no tiene pruebas. Pero el acusador sólo dispone de pruebas y puede culparles por un delito menor, tenencia ilícita de armas, cuyo castigo es de dos años de cárcel. Los aísla para facilitar su objetivo. A cada prisionero promete que reducirá su condena

a la mitad si delata e inculpa al otro del delito. Así se asegura que ninguno pueda tener información de qué decidirá el otro".

Pues bien las distintas alternativas de los prisioneros pueden ser representadas en lo que se denomina "matriz de pago". La actitud que asumirá cada uno es una estrategia: pueden optar por ser "leales" entre sí, pueden optar por "traicionarse". Las múltiples combinaciones podrían representarse de la siguiente forma.

Dilema del prisionero Matriz de Pagos (años de cárcel)		Preso Y	
		lealtad	traición
Preso X	lealtad	2 \ 2	10 \ 1
	traición	1 \ 10	5 \ 5

Los números de la izquierda (2/) indican los años de condena del preso X, los de la derecha (/5) los del Y. Ambos pueden ser leales o traidores, uno puede ser leal y el otro traidor y viceversa, esos son los resultados en años de cárcel.

Tarea propuesta: Aplique este esquema del dilema del prisionero al caso hipotético del Estado imaginario. Debe adecuar claro está el pago que no son años de cárcel, sino compartir o no las provisiones. Recuerde jugar con las alternativas tanto aislando a cada parte, de forma tal que no pueda conocer la estrategia de la otra, como también plantearse el supuesto que puedan dialogar entre sí.

Jurisprudencia:

PRINCIPIO DISPOSITIVO VS. OFICIALIDAD: COMENZANDO EL EXAMEN DEL PROCESO CIVIL EN ACCIÓN PUEDE ANALIZAR ESTE FALLO. PRIMER PASO Y ENCUENTRO CON SENTENCIAS.

- Identifique quiénes son los sujetos que intervienen en él (partes, tribunales), ya puede identificar los grados jurisdiccionales diferenciando entre tribunales inferiores y superiores, igualmente puede identificar sobre qué (objeto) se discute y el por qué (fundamentos de hecho y de derecho).
- Es importante identificar por remisión lo decidido por el tribunal inferior de primera instancia, luego la sentencia de la Corte de Apelaciones y finalmente

la de la Corte Suprema. Concéntrese sólo en estos puntos obviando tópicos que resulten desconocidos, sean de derecho sustantivo o procesal.

c) Podrá igualmente identificar que la controversia principal en el proceso (o autos) "Arce Ramírez, Carlos con Estrada Medina, Belfor", don Carlos Roberto Arce Ramírez deduce demanda en juicio sumario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del D.L. N° 2.695 en contra de don Belfor Estrada Medina a fin de que se le condene a la restitución del inmueble y se ordene la cancelación de la inscripción de fojas 362, N° 304, del Registro de Propiedad del año 2000 del Conservador de Bienes Raíces de Talca, conservando plena vigencia la inscripción de dominio de fojas 476 N° 552 del Registro de Propiedad del año 1978 del mismo Conservador de Bienes Raíces".

d) Puede distinguir este proceso principal del anexo, secundario o "incidental" que versa sobre el "abandono del procedimiento". Justamente en él es posible analizar la aplicación que realizan los tribunales del binomia dispositivo oficialidad y a partir de ello cómo interpretan las normas procesales y arriban a una conclusión al respecto.

Fallo: 5.912-2008.

Seis de abril de dos mil diez.

Primera Sala

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Talca, seis de agosto de dos mil ocho.

Visto y considerando:

1°) Que para resolver la cuestión en alzada hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) El 12 de junio de 2001 se cita a las partes a oír sentencia (fs. 101 vta.).

b) El 29 de octubre de 2001 se decreta, como medida para mejor resolver, oficiar a la Seremi de Bienes Nacionales, requiriéndole el expediente administrativo que se indica a fs. 102.

c) El 12 de marzo de 2002 se accede a la petición del demandante, de pedir cuenta del oficio anterior (fs. 103 vta.).

d) El 7 de mayo de 2002 se agrega a los autos el oficio del Seremi con el cual da respuesta a la petición precedente (fs. 105 vta.).

e) El 8 de noviembre de 2002 se solicita el abandono del procedimiento (fs. 106).

2°) Que de lo antes expuesto se infiere que la tramitación de la causa estuvo paralizada por más de seis meses, esto es, desde el 7 de mayo de 2002 hasta el 8 de noviembre del mismo año, en virtud de lo cual aparece evidente que se cumplió el requisito contemplado en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, para decretar el abandono del procedimiento.

3°) Que no es óbice para lo anterior el estado procesal en el cual fue pedido dicho abandono, por cuanto si bien es cierto que sobre el juez de la causa pesa el deber de dictar fallo, el impulso de avanzar en el juicio corresponde a las partes, en especial, al actor, máxime en la situación sub lite, en la que la inactividad se produjo mientras se gestionaba una medida para mejor resolver y nada hizo para que se adoptara lo correspondiente para volverla al estado de fallo.

Y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 146, 153 inciso primero, 154 y 159 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de diez de marzo de dos mil tres, escrita fs. 117, y en su lugar se declara que se acoge la petición de fs. 106 y, por tanto, se declara abandonado el procedimiento, sin costas, por obtener un voto a la parte perdedora.

Acordada con el voto en contra de la Ministra doña Olga Morales Medina quien estuvo por confirmar la resolución en alzada, de acuerdo con sus propios fundamentos.

Pronunciada por la Segunda Sala, Presidente don Hernán González García (redactor), Ministra doña Olga Morales Medina y Abogado Integrante don Roberto Salazar Muñoz.

Devuélvase.

Rol N° 63.166-2003.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, seis de abril de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos Rol N° 97-2001, seguidos ante el Segundo Juzgado Civil de Talca, procedimiento sumario contemplado en el D.L. N° 2.695, caratulados "Arce

Ramírez, Carlos con Estrada Medina, Belfor”, don Carlos Roberto Arce Ramírez deduce demanda en juicio sumario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del D.L. N° 2.695 en contra de don Belfor Estrada Medina a fin de que se le condene a la restitución del inmueble y se ordene la cancelación de la inscripción de fojas 362, N° 304, del Registro de Propiedad del año 2000 del Conservador de Bienes Raíces de Talca, conservando plena vigencia la inscripción de dominio de fojas 476 N° 552 del Registro de Propiedad del año 1978 del mismo Conservador de Bienes Raíces, con costas.

Mediante resolución de diez de marzo de dos mil tres, escrita a fojas 117, se desestimó la petición de abandono del procedimiento.

Apelada por el demandado, la Corte de Talca, por sentencia de seis de agosto de dos mil ocho, la revocó y declaró el abandono del procedimiento, sin costas.

En su contra el actor ha deducido recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso de casación en el fondo el recurrente sostiene que la sentencia censurada ha vulnerado los artículos 152, 64, 159, 432 y 433 del Código de Procedimiento Civil.

Explica que se ha infringido el artículo 152 del citado Código al otorgarle un alcance distinto al establecido por el legislador, puesto que el supuesto indispensable para que opere esta sanción procesal es que el impulso procesal debe encontrarse radicado en las partes y no en el tribunal.

A su vez, señala que se ha transgredido el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, al no aplicarlo, puesto que a su juicio la fatalidad de los plazos es aplicable sólo a las partes y jamás al tribunal.

Se indica en el recurso que se ha conculcado el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las medidas para mejor resolver, desde que impone a las partes la carga de adoptar las medidas correspondientes para volverla al estado de fallo.

Finalmente, la infracción a los artículos 432 y 433 se produce al no haberse aplicado dichos preceptos que establecen que vencido el plazo a que se refiere el artículo 430, se hayan o no presentado escritos y existan o no diligencias pendientes, el tribunal citará para oír sentencia, y que citadas las partes para oír sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género.

Segundo: Que para una adecuada resolución del presente asunto, resulta útil tener presente los siguientes antecedentes que constan de autos:

- a. El 12 de junio de 2001 se citó a las partes para oír sentencia;
- b. Con fecha 29 de octubre de 2001, el Tribunal decretó una medida para mejor resolver, consistente en un oficio a la Secretaría Regional del Ministerio de Bienes Nacionales de la VII Región del Maule, para que remita el expediente interno o administrativo;
- c. El 11 de marzo de 2002, el demandante pidió cuenta del oficio;
- d. El Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales comunicó el 26 de abril de 2002 que el expediente se envió al Primer Juzgado Civil de Talca el 14 de agosto de 2001;
- e. A dicho oficio el Tribunal proveyó, con fecha 7 de mayo de 2002, “a sus antecedentes con conocimiento”, y
- f. El 8 de noviembre de 2002, el demandado dedujo un incidente de abandono de procedimiento.

Tercero: Que la institución del abandono del procedimiento tiene por finalidad sancionar al demandante negligente, cuando todas las partes que figuran en el juicio han dejado pasar un lapso prolongado –que el legislador procesal ha fijado en seis meses, en el artículo 152 del código adjetivo civil– sin efectuar diligencias tendientes a dar curso progresivo a los autos.

Complementariamente, se ha asignado carácter fatal a los plazos señalados en el código del ramo, pero sólo respecto de los litigantes, exceptuando expresamente al tribunal de toda consecuencia procesal por el incumplimiento de los términos establecidos para la realización de actuaciones propias de su ámbito, en el artículo 64 de su texto.

Cuarto: Que el principio de pasividad, consagrado en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo al cual los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio, se erige en uno de los soportes del proceso civil. Junto con entregar a las partes la prerrogativa del impulso procesal, morigera el rigor de la regla autorizando al órgano jurisdiccional para intervenir, por propia iniciativa, pero sólo previa habilitación expresa de ley, como ocurre en los supuestos de recepción de la causa a prueba, citación a conciliación o citación para sentencia.

Tratándose de estas situaciones, no cabe hablar de inactividad de las partes, salvo si el impulso procesal hubiere sido radicado indistintamente en aquéllas y en el juez.

Como ha podido concluir esta misma Corte, a propósito de la dialéctica entre estos dos principios, "actualmente el legislador ha hecho compatibles los principios de la pasividad y oficialidad, reglando el campo de acción de las partes y de los jueces" (SCS. de 24.04.2.007, Rol N° 1.142/05).

Quinto: Que la variable apreciada por el sentenciador como conducente a revertir el principio de oficialidad, estaría representada por la circunstancia que, con posterioridad al decreto que citó a las partes para oír sentencia, el tribunal dispuso una medida para mejor resolver, mediando un período de más de seis meses entre las datas del decreto correspondiente y de la última resolución recaída en alguna gestión útil para la eficaz prosecución del juicio.

Sexto: Que las medidas para mejor resolver constituyen arbitrios cuya procedencia resuelve discrecionalmente el juez, en los términos del artículo 159 del código procesal civil, pero siempre "dentro del plazo para dictar sentencia", según lo enfatiza el acápite inicial de ese mismo precepto. Conforme a su inciso 3°, la resolución que las otorga debe ser notificada a las partes por el estado diario "y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas".

Este acápite no es irrelevante, en la medida que, conforme al precepto objeto de la remisión, en su inciso 1°, "citadas las partes para oír sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ninguna especie", quedando por ende los contendientes desprovistos de toda facultad para intervenir útilmente en el proceso.

Ratifica el criterio anterior el acápite final del propio inciso 3°, citado, del artículo 159, el que dispone que, vencido el plazo de veinte días en que deberán cumplirse las medidas decretadas, éstas se tendrán por no decretadas "y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite".

En la misma línea se inserta el inciso 2° del referido artículo 433, en cuanto prescribe que la citación para oír sentencia y consecuente prohibición para las partes de presentar escritos ni pruebas, es "sin perjuicio" de los dispuesto, entre otros, en el artículo 159, antes comentado.

La correlación armónica de estas disposiciones permite concluir, de modo irrefragable, que la dictación por el tribunal de la causa de medidas para mejor resolver, no incide de manera alguna en la obligación impuesta al tribunal de fallar la causa "sin más trámite", agotada que sea la medida o el plazo máximo de veinte días en que ésta ha debido cumplirse. En otras palabras, la normativa procesal pertinente excluye toda participación de las partes involucradas fuera de esos límites —como no sea en lo estrictamente relacionado con las medidas decretadas— vedándoles efectuar presentaciones escritas, única vía, por lo demás, de activar el procedimiento.

Séptimo: Que, citadas las partes para oír sentencia en la época indicada en la cavilación segunda que antecede, la dilación producida con motivo de la medida

para mejor resolver decretada a fojas 102, que excedió con mucho del máximo asignado por el inciso 3° del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil para su cumplimiento, no es imputable a desidia de la actora, toda vez que en esta etapa las partes no están legitimadas de forma exclusiva para requerir diligencias orientadas a dar curso a los autos.

En el contexto antes especificado, la citación para sentencia desplazó el impulso procesal desde los litigantes al juez de la causa, proscribiendo toda actuación procesal posterior de aquéllos, salvo en lo atinente a la tramitación de las medidas para mejor resolver ordenadas.

Luego, es evidente que la resolución impugnada ha incurrido en infracción de ley, por falsa aplicación del artículo 152, en su relación con los artículos 159, 432 y 433 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, dispuesta la medida para mejor resolver decretada en autos, la carga del impulso procesal se radicó en el jurisdicente, determinando la improcedencia del abandono del procedimiento acogido.

Tal errónea aplicación de la ley ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, al acogerse un incidente de abandono del procedimiento que debió ser desestimado, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación de fondo deducido por el abogado Pablo Andrés Catalán Ramírez por la parte demandante, en contra de la sentencia interlocutoria de seis de agosto de dos mil ocho, escrita a fojas ciento treinta y nueve, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.

Regístrese.

Rol N° 5.912-2008.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Juan Araya y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, seis de abril de dos mil diez.

En cumplimiento de lo resuelto y atendido lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo, en conformidad a la ley:

Vistos y teniendo además presente:

Los fundamentos 3° y siguientes de la sentencia de casación que antecede, se confirma la sentencia apelada, de diez de marzo de dos mil tres, escrita a fojas 117.

El Tribunal de primera instancia al tenor de lo previsto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, procederá a dictar sentencia sin más trámite.

Teniendo presente que la medida para mejor resolver decretada por el Tribunal a quo, lo fue fuera del plazo previsto por la ley, que es fijado para dictar fallo (del 12 de junio de 2001 al 29 de octubre de 2001) y al hecho que, decretada, transcurrió en exceso el término para su cumplimiento, la Corte de Apelaciones activará el procedimiento disciplinario pertinente para la investigación de las faltas incurridas en la tramitación de estos autos.

Pasen los antecedentes al Tribunal Pleno a fin de que adopte lo pertinente por el retraso que se advierte en estos autos para la vista de la causa en la Corte de Apelaciones de Talca.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.

Rol N° 5.912-2008.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Juan Araya y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.

§ 1. INTRODUCCIÓN

El estudio del proceso como tal evoca la pregunta por la forma de resolver los conflictos a nivel intersubjetivo. Como miembros de una sociedad, los individuos deben tomar ciertas decisiones que conlleven soluciones a sus conflictos. Así, el sujeto puede optar por una solución estatal o por una solución privada a sus conflictos. En cada una de ellas se contemplan diversas formas o mecanismos para resolver los problemas de trascendencia jurídica.

Así, anterior a la existencia del Estado propiamente tal, la autotutela era considerada comúnmente como una forma de resolución de conflictos entre las personas, en donde uno de los contendores imponía su decisión

sobre la de otro. Con la llegada del Estado, quien monopoliza la violencia, se prohíbe la autotutela como forma de resolver los conflictos jurídicamente relevantes.

La autocomposición también es una forma de resolver los conflictos interpersonales, cuya característica esencial consiste en la búsqueda de una solución entre las partes, sin la intermediación de terceras personas y sin necesidad de llegar a un juicio ante un órgano público. La mediación, la negociación y la conciliación son formas típicas de autocomposición.

Por último, el proceso resulta ser el mecanismo más evolucionado de resolver los conflictos entre las personas, puesto que la resolución –inmodificable– viene dada por un tercero imparcial, resolviendo de manera pacífica el conflicto entre las partes.

Como concepto, el proceso ha de entenderse como una sucesión de actos encaminados a obtener una decisión jurisdiccional. El proceso está marcado por un ideal, el cual consiste en la obtención de la solución del conflicto suscitado entre las partes. Por ello, su naturaleza conceptual sólo nos permite predicar de él su carácter eminentemente instrumental. De ahí que cabe hacer una diferenciación sustancial entre lo que es el proceso y lo que constituye el estudio de la formación del expediente, lo cual nos remite a la materialidad de las normas del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a las finalidades del proceso, corresponde hacer una diferenciación –de la mano de lo postulado por CHIOVENDA¹– entre la finalidad inmediata del proceso, la cual busca permitir la actuación de la ley y de esta manera conseguir la verificación del derecho objetivo y, por otro lado, la finalidad mediata, que consiste en obtener la paz social.

Desde una visión contemporánea sobre el contenido del derecho procesal puede hablarse de una conformación de “doble hélice” (similar a la del ADN con un centro común y los dobles giros en torno a él (ANDREWS). El proceso judicial es en efecto complementado por las vías preferentes o alternativas de solución de controversias más un sistema intermedio como el arbitraje.

¹ MARINONI GUILHERME, LUIZ; PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; NÚÑEZ OJEDA RAÚL, *Fundamentos del proceso civil* (Abeledo Perrot-Legal-Publishing, Santiago, 2010), pp. 13 y 14.

1.1. Nociones sobre Derecho Procesal

¿Qué es el derecho procesal? El *derecho procesal* es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo. Su estudio comprende la organización del poder judicial, la determinación de la competencia de sus funcionarios y la actuación del juez y de las partes en la sustanciación del proceso. En otras palabras, es el conjunto de normas que regula la aplicación del DERECHO en forma justa, resolviendo conflictos.

1.2. Fundamentos del Derecho Procesal Civil

Normas Procesales

Vivir individual, familiar y socialmente. Vivir en un Estado: Reglas de juego de convivencia:

- *Reglas sustantivas:* imponen deberes, reconocen facultades y derechos. Cuando éstas se incumplen, existen consecuencias, estas consecuencias son las reglas de remedios.

- *Reglas de remedios:* determinan castigos o recompensas en relación a las reglas sustantivas y velan por su funcionamiento.

- *Reglas constitutivas:* establecen los sujetos que deberán crear las reglas anteriores y velar por su funcionamiento. Normalmente en un Estado de Derecho están en la Constitución.

- *Reglas de procedimiento:* establecen los mecanismos de transmisión de conocimientos para determinar si se respetaron o no las reglas sustantivas y de remedios. Procedimientos tienen los tres órganos del Estado, son las reglas que regulan la transmisión de información en los tres, si tienen sujetos que requieren peticionar y fundamentar su petición, ese pedido es tramitado y resuelto, todo ese camino es simplemente circulación de información.

En el caso imaginario del Estado hay dos problemas: (i) cómo el juez va a resolver (*reglas procedimentales adjetivas o formales*)². (ii) qué reglas materiales impondrá (conductas debidas).

² ALESSANDRI, Fernando, *Curso de Derecho Procesal* (Santiago: Nascimento, 1940), pp. 7-8.

Reglas de forma regulan el trámite y las reglas materiales, el contenido de la resolución.

A) **Derecho material/sustancial/de fondo:** impone conducta.

B) **Derecho formal/adjetivo/procesal:** impone modo de decidir.

C) **Criterio combinado:** contenido y función.

JUSTICIA MATERIAL Y JUSTICIA PROCESAL. **RAWLS:** procedimiento puro e impuro (perfecto e imperfecto).

Diferencia entre norma material y procesal. Criterios, dónde están las normas (Leyes, Códigos) o funcional.

Norma material: determina deberes y derechos y sus sanciones (remedios).

Norma procesal: determina cómo se debe decidir en base a información.

Importancia: Derecho Internacional Privado-Normas sobre prueba.

La diferencia entre derecho sustantivo o material y el derecho procesal o adjetivo, según un criterio funcional, se refiere a que el primero impone una conducta y el segundo la forma. Según un criterio más sencillo, el derecho material está contenido en normas del CC o leyes o normas de derecho sustantivo, en cambio el derecho adjetivo está contenido en normas que se encuentran en el CPC o COT.

Dentro del CC hay normas que establecen que determinados actos jurídicos se prueban sólo por escrito, no pueden probarse mediante testigos, en todas las normas de derecho privado, hay normas que están dentro de una ley que formalmente pertenece al derecho sustantivo, pero no se corresponde con la noción de derecho material (determinar deberes y derechos) sino que más bien se vincula con el modo de decidir.

Es decir, se puede acudir a un criterio de técnica legislativa, según dónde esté la norma o según el criterio funcional que permite trabajar con más flexibilidad. Ej.: contrato de transacción, equivalente jurisdiccional y está regulado en el CC. ¿Cómo se aplica?

Desde el punto de vista interno del derecho nacional la distinción tiene importancia moderada, desde el punto de vista del derecho internacional privado (nunca da solución concreta del caso, sino que normas que remiten a otras normas, ejemplo: compraventa de objeto en Francia, entre un alemán y un brasileño, celebrado en EE.UU., ¿qué norma se aplica?, señala a qué norma acudir, ¿dónde las partes firmaron el contrato? ¿Derecho nacional o derecho de donde esté situado el bien raíz? Distintas alternativas: puntos de conexión) es complicado, qué norma procesal se aplica: *Lex fori*, ley del tribunal que está conociendo la causa.

El derecho internacional privado, todo lo relativo a normas procedimentales, regidas por norma procesal chilena, porque se tramita proceso en Chile, y cómo va a decidir el juez, ese derecho material es otra cuestión³.

Así estas normas que integran la ley procesal, conjunto de normas que integran la ley procesal, es el cauce a través del cual se va a ejercer la jurisdicción, una de las funciones básicas del Estado.

§ 2. EL PROCESO. UNA REALIDAD "REPRESENTADA".

UN JUEGO: SUJETOS, ESTRATEGIAS, REGLAS Y RESULTADOS

"El proceso busca que los participantes lleguen a legitimar la decisión adoptada. El proceso hace que las perspectivas normativas se transformen en cognitivas". Citado por un profesor alemán para justificar una decisión

³ PRUEBA. Los países islámicos tienen normas relativas a las pruebas, influencia fuerte de conjunto de normas detallado en el Corán, así "el contrato se puede probar verbalmente siempre y cuando las dos partes sean varones". ¿Qué norma se aplica?

En el CC hay prueba instrumental, de documentos, hay una cantidad de normas relativas a prueba de contratos, normas relativas a las pruebas, representa problema para derecho internacional privado.

Hay institutos de derecho internacional privado, prescripción pertenece a derecho sustantivo y en el Common Law pertenece al derecho procesal, ejercicio de las excepciones.

Distinción entre derecho material en relación al derecho adjetivo es relevante, mucho más en Estados con organización federal, por ejemplo, EE.UU., México, Argentina y Canadá (Suiza, era un ejemplo a mencionar siempre ya que en cada cantón regía un Código Procesal diferente. Ello ha sido superado por el Código Procesal Civil único para la Confederación Helvética, un ejemplo de obra legislativa con un lenguaje claro y de fácil comprensión para el ciudadano). En el caso de USA cada estado tiene su propio derecho procesal y derecho sustantivo, salvo en algunas materias, por ejemplo: quiebras.

se debe explicar el por qué, todo el trámite previo a la toma de decisión sirve para justificarla. En los tres poderes del Estado, como ciudadanos participamos en la constitución de manera directa del poder ejecutivo y legislativo. El poder judicial, la forma de legitimarlo es la participación en cada proceso en el cual las partes participan para ese caso y sus funciones, mediante las reglas de procedimientos, los cuales en tanto ejercicio de la función jurisdiccional se denominan *reglas procesales*.

El proceso significa una afectación a la propiedad, a la libertad, hay un sujeto perjudicado y otro beneficiado.

Hay una realidad tras esa representación, hay un juego compuesto por reglas (estrategia), sujetos (jugadores) y resultados, lo cual está en todas las áreas de la vida, con esta estructura lúdica, con sujetos que intervienen, reglas que dirigen la conducta de éstos y resultados.

Un proceso es algo a lo que permanentemente están expuestos.

En el proceso hay pluralidad de procedimientos (formas de organización), dependiendo de cómo se organicen los elementos, se pueden obtener mayores o menores garantías.

Procedimiento es una serie sucesiva de actos en un tiempo y espacio para llegar a un resultado.

Hay *procedimientos puros*, en los cuales llego a un resultado y no va a ser controvertido, como por ejemplo el azar, sí o sí hay un resultado que todos los partícipes aceptan.

Existen también *procedimientos impuros*, donde hay dos posibilidades:

- *Procedimientos impuros perfectos*: los jugadores acuerdan entre sí cual va a ser el resultado y saben de antemano el contenido del mismo, por ejemplo, tres hombres compran y se dividen en tres, cada uno recibe una parte.

- *Procedimientos impuros imperfectos*: se necesita intervención de un tercero para obtener un resultado cuyo contenido es desconocido e impredecible por las partes.

Esta clasificación es de John Rawls, filósofo del siglo XX, profesor en Harvard. Estableció la existencia de procedimientos puros e impuros para llegar a la conclusión de que el proceso judicial pertenece a la categoría de procedimientos impuros imperfectos, los sujetos interesados requieren de la intervención de un tercero para llegar a un resultado impredecible por las partes al inicio del proceso. Los sujetos son las partes interesadas, partes imparciales (órganos jurisdiccionales), terceros (testigos, peritos), reglas (COT, CPC) y existirá un resultado (sentencia).

Los principios fundamentales de esta estructura intentan explicar ¿por qué existe? ¿para qué? Y la conveniencia de la estructura.

La triada, son las tres partes sobre las cuales se asienta el proceso. Éstas son:

- Acción.
- Jurisdicción.
- Proceso.

La acción alude a la petición que hacen las partes interesadas a un tercero para que intervenga y participe en este juego de acuerdo a determinadas pautas y arribar a un determinado resultado, se peticiona a un sujeto imparcial que tendrá que actuar en determinada calidad, atribuciones, peticionar a la jurisdicción que actúe respecto de determinadas pautas para llegar a un resultado. El sujeto requerido para que intervenga por las partes interesadas.

Los tres componentes se mueven acorde a determinadas pautas de juegos, que son las reglas procesales, el proceso.

La jurisdicción, saber cómo está organizado el poder judicial chileno, lo cual está arraigado en todos, en nuestro sentido común. La jurisdicción tiene reglas de funcionamiento interno.

Entre el comienzo del juego y el resultado se demora un tiempo, que dependerá de diversos factores.

§ 3. EL CASTIGO (PENA): DERECHO PENAL, Y EL CONFLICTO ENTRE CIVILES: DERECHO CIVIL

El Poder Judicial se encuentra reglado en la Constitución Política de la República, en los artículos 76 y siguientes. Por otro lado, el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales refuerza la idea de la independencia del Poder Judicial de los otros poderes del Estado.

La importancia de la independencia está en permitir que el tercero imparcial intervenga, así decida en base a criterios, en base a su conocimiento con el caso y las reglas sustantivas para que no haya interferencia en el procedimiento ni en la decisión.

La distribución de facultades, importa decir que lo que realmente existe entre poderes en una interdependencia.

Dentro de las reglas sustantivas y de remedios vamos a ver dos grupos de normas:

- Normas que intervienen en el Derecho penal.
- Normas que intervienen en el Derecho civil.

El Derecho penal es de excepción, son normas específicas que del conjunto de conductas se escogen determinadas, las describe y las califica como delito. Las reglas sustantivas imponen una conducta "no matar", y si mato se impone una consecuencia "privación de libertad".

¿Cómo se aplica una pena sin la intervención de un órgano del Estado?
¿Se puede aplicar de forma privada una norma penal?

La norma penal sustantiva es impensable sin la norma formal, sin el derecho procesal penal. En el Estado moderno de derecho no se puede invocar la venganza privada, la forma de legitimar es mediante el proceso.

En el derecho civil, en caso de incumplimiento de un contrato, por ejemplo ¿Se necesita obligatoriamente del derecho procesal civil? Es pensable la norma civil sin el derecho procesal civil, se necesita al menos la posibilidad del ejercicio efectivo de la fuerza.

§ 4. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL

El Derecho Procesal puede entenderse como el conjunto de normas que regulan la actividad judicial del Estado para la aplicación de las leyes de fondo. Alguna de sus características más importantes son las que se señalan a continuación⁴.

4.1. Es una rama del Derecho Público

Las normas que componen el Derecho Procesal, tanto orgánico como procedimental propiamente tal, son parte del Derecho Público. Sin embargo, existen ciertas instituciones dentro del Derecho Procesal que resultan ser asociables a normas propias del derecho privado, como ocurre, principalmente, con los sistemas alternativos de resolución de los conflictos, puesto que en el arbitraje, en la negociación y en la mediación se observa un papel preponderante de la actuación de los particulares, quienes se dan a sí mismos sus propias normas reguladoras de los procedimientos que hacen efectivos estos mecanismos de resolver conflictos.

4.2. Sus normas son de orden público

Las normas que componen el Derecho Procesal son irrenunciables e indisponibles por parte de los sujetos que se ven sometidos a ellas. Sin embargo, existen excepciones, sobre todo en materia civil, donde se observa una cierta disponibilidad de las normas a utilizar en la resolución de los conflictos.

4.3. Es una rama instrumental del derecho

Como tal, el Derecho Procesal no protege bienes jurídicos sino que establece el procedimiento para aplicar las normas civiles y penales que sí protegen, de manera directa, bienes jurídicos relevantes para la sociedad en general.

⁴ ORELLANA TORRES, Fernando, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Santiago: Librotecnia, 2008), pp. 27-28.

4.4. En una rama autónoma

El Derecho Procesal es una rama independiente del Derecho, tanto en relación a lo doctrinario como en la formación de sus propias instituciones.

Existen, en la doctrina, ciertas disputas en torno a la idea de la unidad del Derecho Procesal como disciplina. Quienes defienden esta posición⁵ sostienen que hay unidad en el Derecho Procesal por cuanto existe unidad, en primer lugar, en el concepto de jurisdicción, al tener siempre la misma finalidad, cual es producir y mantener la paz social. Por otro lado, habría unidad también en el concepto de acción, en tanto facultad para reclamar la intervención de la justicia. Existe unidad, además, en las normas orgánicas del Derecho Procesal, puesto que solamente existe una organización de los tribunales de justicia.

En contra de los anteriores argumentos se encuentran quienes sostienen teorías separatistas del proceso en relación a los diversos intereses comprometidos que subyacen a este último. Ésta es la visión que siguen los autores de este texto. Así, en materia penal, los intereses que están en juego resultan ser de mayor trascendencia social —como la vida o la integridad física de las personas—, en cambio, en materia civil los intereses comprometidos suelen tener un cariz patrimonial fuertemente arraigado. Por otro lado, en el Derecho Procesal Civil siempre existe un enfrentamiento entre dos particulares, quienes no están obligados a actuar de determinada forma, sino que actúan en la medida que sus actos pretendan el fin que se persiguen y el Estado actúa sólo como ente adjudicador. En cambio, en el Derecho Procesal Penal, el Estado actúa en una triple posición, esto es, como persecutor, defensor y adjudicador, lo cual hace que cada rol sea desempeñado con una racionalidad no instrumental o encaminada al entendimiento, a diferencia de lo que ocurre en materia civil.

Se agrega a lo anteriormente señalado que, entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se observa una relación de necesidad, lo cual no se observa, de manera absoluta, en el Derecho Procesal Civil.

⁵ TAVOLARI, Raúl, *Estudios de Derecho Procesal* (Valparaíso: Edeval, 1990), pp. 94-99.

§ 5. SISTEMAS PROCESALES

En relación con el estudio del Derecho Procesal, es posible identificar ciertas tradiciones jurídico-procesales que instauran modelos de procedimientos aplicables de manera general en sus respectivos sistemas. Así, podemos distinguir la existencia del modelo romano-germánico, el modelo angloamericano, el modelo marxista y el modelo oriental.

La familia de modelos inspirados en el sistema romano-germánico cuenta con un subgrupo europeo, en el que los procesos se rigen, principalmente, por el principio dispositivo. Así, se reconoce a las partes la preeminencia en la dirección del proceso, no obstante reconocérsele al juez la posibilidad de impulsar el proceso en ciertos casos. Son procesos orales, lo cual permite la concentración del debate y el alcance de una fuerte inmediación entre las partes y el juez. Por otra parte, el subgrupo hispanoamericano tiene procedimientos escritos, lo cual conlleva una falta de concentración del debate y falta de inmediación. Cuenta con sistema de prueba legal tasada, en donde la ley señala el valor porcentual de la prueba. Desde mediados de los años ochenta se registró un movimiento reformista del en el área procesal penal, que llevó a la introducción de un sistema acusatorio, con oralidad, inmediación, concentración de actuaciones, libertad de prueba y de medios de prueba.

En el modelo angloamericano, por su parte, prepondera el principio dispositivo, que deriva de la importancia dada a la autonomía de la voluntad en el desenvolvimiento del proceso. Tanto en el proceso civil como en el proceso penal se observa un carácter contradictorio. La institución característica del sistema es el jurado —conjunto de legos elegidos por sorteo para participar en un juicio—, cuya decisión proviene de un principio de la participación ciudadana en la administración de justicia. En el proceso civil, el jurado establece quién tiene la razón; en materia penal, si el inculcado es culpable o inocente, dejando la decisión de Derecho para el juez.

El modelo socialista confía al juez la función jurisdiccional de forma exclusiva, quien además debe cumplir una función jurídico-política de radical importancia, que consiste en velar por la conservación del sistema socialista, enseñándoselo al pueblo por medio de sus sentencias. El juez en este modelo tiene más atribuciones que el de los sistemas angloamericanos, pudiendo resolver incluso más allá de lo pedido por las partes.

Los modelos orientales suelen utilizar elementos religiosos y conservan usos y costumbres inmemoriales. Son sistemas no evolucionados y poco influyentes dentro del desarrollo y la evolución del moderno Derecho Procesal.

§ 6. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

En lo que toca al estudio de las fuentes del Derecho Procesal, cabe hacer una distinción entre las fuentes directas y las fuentes indirectas de esta rama del Derecho.⁶

En las fuentes indirectas, tenemos las siguientes:

6.1. La costumbre

En Derecho Público, la costumbre no tiene valor jurídico. Algo distinto ocurre en el Derecho Privado. En el Derecho procesal, la costumbre tiene relevancia en cuanto a la práctica forense, las cuales constituyen maneras reiteradas de actuar por los sujetos regidos por esta rama. Se debe tener en consideración que no toda costumbre puede ser invocada en el Derecho Procesal, puesto que ella debe poseer una *opinio iuris* que ha de ser respetada por constituir una necesidad jurídica.

6.2. La jurisprudencia

En Chile, la jurisprudencia no existe como fuente directa del Derecho Procesal, puesto que ella no constituye un precedente obligatorio a seguir por los tribunales de justicia. No obstante, la jurisprudencia es importante para la interpretación de las normas procesales, dado que nuestro sistema jerarquizado de justicia da preeminencia a las decisiones tomadas por los Tribunales Superiores de Justicia, esto es, aquellas que emanan de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

⁶ ORELLANA TORRES, Fernando, *Manual de Derecho procesal Civil* (Santiago: Librotecnia, 2008), pp. 46-70.

6.3. La doctrina

Como fuente, sólo posee relevancia en la medida que es habitualmente utilizada por el legislador en las reformas de los cuerpos normativos procesales.

Las fuentes directas dicen relación con el sustrato normativo que forma los diversos ordenamientos jurídico-procesales dentro de nuestro país. Así, la ley –en sentido amplio– constituye la máxima fuente del Derecho Procesal cuyo origen democrático legitima la sustantividad del mismo.

Además, la propia CPR constituye una fuente directa, por medio del establecimiento de diversas acciones judiciales establecidas a favor de los ciudadanos, como la acción de inaplicabilidad, la acción de amparo, la acción de protección, entre otras.

Por otra parte, los Auto Acordados, que emanan de las facultades económicas de los Tribunales Superiores de Justicia, constituyen regulaciones para mejorar la aplicación de las normas procesales. En sentido estricto, un Auto Acordado no es más que un reglamento jerárquicamente inferior a las determinaciones que una ley puede hacer al respecto.

§ 7. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL: CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN DE LA TUTELA PROCESAL

Para la interpretación de las normas procesales, se debe acudir –en primer lugar– a lo establecido en el Título Preliminar del CC. Además de ello, la doctrina ha elaborado ciertos criterios que auxilian y facilitan la tarea cognitiva del juez en la aplicación de las normas procesales. Algunos de estos criterios pueden ser estudiados como binomios contrapuestos y otros deben ser estudiados como principios generales.

El primer binomio está constituido por el principio de oficialidad y el principio dispositivo. El primero de ellos se refiere a la facultad del tribunal o de otros organismos públicos de impulsar el desarrollo del proceso, fijando el contenido del mismo, lo cual se da –mayoritariamente– en los procedimientos penales, como por ejemplo, el ejercicio de la acción penal pública. En cambio, el principio dispositivo establece que el inicio y la terminación

del proceso viene dado por la exclusiva actividad de las partes y no por el tribunal, lo cual es propio de los procedimientos civiles. Sin embargo, en materias de Derecho de Familia existen algunas excepciones a la aplicación del principio dispositivo –que prepondera en aquella área– existiendo casos, como los procesos de filiación, en donde hay una mayor presencia de la acción del tribunal, al ser considerado un tópico de orden público.

El segundo binomio está constituido por el principio de investigación de oficio y el de aportación de partes. El primero de ellos señala que debe ser el tribunal quien investigue los hechos que constituyen la causa en cuestión, no vinculándose el tribunal por las declaraciones emanadas de las partes. Así, este principio se presentaría de manera preponderante en los procesos penales. Por otro lado, el principio de aportación de parte –propio de los procedimientos civiles– hace radicar la carga de la prueba y la rendición de la misma sobre los particulares, no pudiendo hacerlo el tribunal por su propia iniciativa.

El tercer binomio lo constituye el principio de orden legal y el principio de libertad de forma. El primero de ellos instaura a la ley como la autoridad que fija las etapas que se deben seguir para lograr la tutela de los derechos. En cambio, el principio de libertad de forma señala que no existe un orden predeterminado por ley para lograr la tutela de los derechos y pretensiones de los particulares sino que tal determinación es dejada a estos últimos, de tal forma que en ellos recaiga el peso de elegir la o las mejores estrategias dentro del proceso. Por cierto, este principio se observa, claramente, en los procedimientos en donde se conocen materias de Derecho Privado.

Ahora, en cuanto a la existencia de principios aplicables de manera general a los procedimientos, pueden ser señalados el principio de probidad, el de economía procesal y el de preclusión.

El principio de probidad señala el debido nivel ético en que se deben realizar los actos procesales, buscando que las partes resuelvan sus conflictos en razón de la buena fe procesal. Una conducta contraria a este principio repercute, en la gran mayoría de los casos, en una condena en costas.

El principio de economía procesal está establecido en razón de las necesidades que tiene la Justicia en cuanto a la eficiente y correcta adminis-

tracción de los recursos que la hacen posible, de tal forma que todos puedan acceder a ella, eliminando gastos innecesarios en que tienen que incurrir los litigantes.

Por último, el principio de preclusión sostiene que, frente a determinados supuestos, el derecho del litigante a ejercitar su acción, se extingue; dado que el proceso debe cuidar de los tiempos necesarios para producir una decisión justa en Derecho, otorgando ello mayor seguridad jurídica a todos los ciudadanos.

Fundamentos

Ante el actual contexto de formación de la ley y de las nuevas fuentes de producción del derecho, no es posible ya pensar en una norma general, abstracta, coherente y fruto de la voluntad homogénea del parlamento.⁷

En consecuencia, el principio de legalidad, obviamente, no puede ser visto más como lo era en la época del positivismo clásico. Recuérdese que dicho principio, en ese tiempo, implicó la reducción del derecho a la ley, cuya legitimidad dependía sólo de la autoridad que la emanaba. Actualmente, como se reconoce que ésta es el resultado de la coalición de las fuerzas de varios grupos sociales, y que por eso frecuentemente adquiere contornos no sólo nebulosos, sino también egoístas, se hace evidente la necesidad de someter la producción normativa a un control que tome en consideración los principios de justicia.⁸

En verdad, aunque no hubiera la conciencia de pluralismo, solamente con una ausencia muy grande de percepción crítica, se podría llegar a la conclusión de que la ley no necesita ser controlada, por ser una especie de fruto de los buenos, que se

⁷ Como dice IRTI Natalino, "as leis especiais agora estão no centro da experiência jurídica contemporânea. As definições, enunciadas pela doutrina do século XIX e das primeiras décadas do nosso, tomaram-se insuficientes. É necessário revisar as teorias das fontes e redefinir a relação entre Constituição, Código Civil y leis especiais" (IRTI Natalino, Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema), In: *La edad de la descodificación*, cit., p. 93). Ver G. HERMES, Grundrechtschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? *NJW*, 1990, p. 1764; C. D. CLASSEN, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, *JZ*, 2003, p. 693.

⁸ Hay quienes sostienen que la actividad legislativa se caracteriza como una negociación entre grupos de intereses sectarios, así ver Learned HAND (*The Bill of Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 1958). Igualmente una versión más fuerte de esta visión puede verse en WALDRON Jeremy (*Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press, 1999, *passim*). Para una visión moderada v. SUNSTEIN Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, *passim*!

colocan por encima del bien y del mal, o mejor del ejecutivo y de la judicatura.⁹ Ahora, la propia historia se encargó de mostrar las arbitrariedades, brutalidades y discriminaciones ocasionadas por estas normas *formalmente* perfectas.

Por lo tanto, aunque se ignorara la idea del pluralismo, jamás se podría concluir que el texto de la ley es perfecto, y que, por lo tanto, debe ser simplemente proclamado por el juez, sólo por ser el resultado de un procedimiento legislativo regular. De modo que se hizo necesario rescatar su *sustancia*, y más aun, encontrar los instrumentos capaces de permitir su limitación y conformación a los principios de justicia.

Tal sustancia y principios, tenían que ser colocados en una posición superior, siendo infiltrados en las constituciones. Estas últimas, para poder controlar a la ley, dejaron de tener resquicios de *flexibilidad*—haciéndose "*rígidas*", en el sentido de escrituras no susceptibles de modificación por la legislación ordinaria—y pasaron a ser vistas como dotadas de *plena eficacia normativa*. *La ley, de esa forma, pierde su puesto de supremacía, y ahora se subordina a la constitución.*¹⁰

Al decirse que la ley encuentra límite y contorno en los principios constitucionales, se admite que ella deja de tener sólo una legitimación formal, quedando amarrada sustancialmente a los derechos positivados en la constitución. Ya no vale más por sí, sino que depende de su adecuación a los derechos fundamentales. Si antes era posible decir que éstos eran circunscritos a la ley, es correcto afirmar que las leyes deben estar en conformidad con los mismos.¹¹

Pero, si esa nueva concepción del derecho, aún exige que se hable del principio de legalidad, resta aun darle una nueva configuración, comprendiéndose que, si antes era visto en una dimensión *formal*, ahora además tiene contenido sustancial,

⁹ Nótese que si una importante corriente sostiene que el proceso legislativo está influenciado por la visión de particulares y de sus participantes, no hay porque creer que otros órganos del estado, y entre ellos el judicial no habrán de actuar en la misma forma V. TUSHNET Mark, Dilemmas of Liberal Constitutionalism. *Ohio State Law Journal*, v. 42, 1981, pp. 411-426; BREST, Paul, The Fundamental Rights Controversy: the Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship, *Yale Law Journal*, v. 90, 1981, pp. 1063-1109.

¹⁰ V. PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1991; Rolf Stürmer, Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht, *NJW*, 1979, p. 2336; HABERLE, Peter, Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, In: *Recht und Staat*, Festschrift für K. Küchenhoff, Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

¹¹ ALEXY, Robert, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 34; U. SCHEUNER, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit. *DÖV*. Stuttgart: W. Kohlhammer GMBH, 1971, p. 505.

pues requiere la conformación de la ley con la constitución y, especialmente, con los derechos fundamentales.

Por lo tanto, no existe legitimidad en la vieja idea de jurisdicción orientada a la actuación de la ley; pues no se debe olvidar que la judicatura debe comprenderla e interpretarla a partir de los principios constitucionales de justicia y los derechos fundamentales.

La transformación del principio de legalidad, llevó a Ferrajoli a aludir a una *segunda revolución*, contrapuesta exactamente a aquella que fue creada con la aparición de éste, que ya había provocado, con la afirmación de la omnipotencia del legislador, una alteración de paradigmas en relación al derecho anterior al del estado legislativo. *Ese segundo giro, también implicó un nuevo quiebre de paradigmas, sustituyendo el antedicho y viejo principio, de carácter formal por uno nuevo, de estricta legalidad o "sustancial"*.¹²

Ante eso, alguien podría pensar que el principio de legalidad simplemente sufrió un desarrollo, ya que la subordinación a la ley pasó a significar subordinación a la constitución, o mejor, que la subordinación del estado a la primera, fue llevada a una última consecuencia, consistente en la subordinación de la propia legislación a otra norma, que nada más sería la "ley mayor".

Sin embargo, esa lectura constituye un reduccionismo del significado de la subordinación de la ley a la constitución, o una incompreensión de las tensiones que condujeron a la transformación de la propia noción de derecho. En verdad, dicha subordinación no puede ser comprendida como una mera "continuación" de los principios del estado legislativo¹³, pues significa una "transformación" que afecta las propias concepciones de derecho y de jurisdicción.

Una comunidad organizada socialmente con un grado tal de institucionalizada normativa (Estado) basa su dinámica en base a determinadas reglas de juego para convivencia¹⁴:

a) reglas sustantivas: imponen deberes, reconoce facultades y derechos. Cuando éstas se incumplen, existen consecuencias, éstas consecuencias son las reglas de remedios.

¹² FERRAJOLI Luigi, Derechos fundamentales, In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 53.

¹³ ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, cit., p. 34.

¹⁴ ELICKSON, R., *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard Univ. Press, Cambridge Mass, 1994, pp. 182 y ss.

b) reglas de remedios: determinan castigos o recompensas en relación a las reglas sustantivas y velan por su funcionamiento.

c) reglas constitutivas: establecen los sujetos que deberán crear las reglas anteriores y velar por su funcionamiento. Normalmente en un Estado de Derecho están en la Constitución.

d) reglas de procedimiento: establecen los mecanismos de transmisión de conocimientos para determinar si se respetaron o no las reglas sustantivas y de remedios. Procedimientos tienen los tres órganos del Estado, son las reglas que regulan la transmisión de información en los tres, si tienen sujetos que requieren peticionar y fundamentar su petición, ese pedido es tramitado y resuelto, todo ese camino es simplemente circulación de información. El procedimiento es el conjunto de reglas de forma, espacio y tiempo para la realización de determinadas actividades.

El problema de la jurisdicción como poder del Estado impone un primer desafío: cómo regular el conflicto por el poder político institucionalizado: cómo y quién asume el rol de creación, interpretación y aplicación de las reglas arriba mencionadas. La evolución de los sistemas constitucionales en las Américas han pasado por ciclos de diversos cientos de los cuales –para nuestra explicación que no pretende ser exhaustiva– metodológicamente serán simplificados a tres¹⁵. Uno de ellos es el que vamos a denominar "radical" donde el populismo y actuación directa del "pueblo" en la toma de decisiones prevalece sobre todo, el individuo se identifica con el interés colectivo igualitario y sus necesidades donde el rol de la libertad se adecua a aquél. El polo extremo vamos a designarlo como "conservador-libertario" donde el elitismo y actuación sólo de los más calificados asumen las decisiones para el todo. La libertad prima sobre la igualdad ya que necesariamente sólo un grupo (el más selecto para ello) dirige al "pueblo" necesitando fijar como prevalentes sólo algunos derechos y necesidades individuales. Finalmente una alternativa intermedia la calificamos como "igualitaria-liberal" que parte del necesario equilibrio entre los poderes que toman las decisiones y donde los derechos y necesidades individuales asumen prioridad balanceada con lo colectivo para una convivencia equilibrada entre igualdad y la libertad.

Como podrá verse de esta descripción finalmente resultan decisivas dos materias: la persona o personas a asumir el papel de "tomadores de decisiones en la estructura de poder institucionalizado" y, el tratamiento y regulación que recibirán los individuos,

¹⁵ Hemos optado por utilizar la clasificación (y parcialmente la terminología) propuesta por el autor con sus alcances y las aplicaciones propias que haremos al respecto GARGARELLA, R., *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*, Cambridge University Press, New York, 2010, esp. 1-8.

intereses y necesidades (derechos)¹⁶ según el cimiento. La legitimidad y la soberanía imponen que la determinación de las necesidades que han de generar intereses relevantes eventualmente en concurrencia o colisión hacen inevitable un sistema de selección y solución de aquello que requiere la sustitución de centros disgregados de decisión por una institucionalidad. Es que acá se entenderán legitimidad y soberanía como los nexos "facticidad" y "normatividad"¹⁷.

Así la toma de decisiones son acatadas u obedecidas cuando hay una armonización entre los comandos y los receptores de ellos.

1. Poderes, funciones, decisiones judiciales populista, conservadores o liberales

En los tres casos la legitimidad y soberanía manifiesta en la decisión más imponente se disputa entre quien asume el rol parlamentario y quien se desempeña como administrador-ejecutivo. Idealmente corresponde al primero la formulación de leyes como manifestación de los intereses y necesidades para determinar sus alcances y remedios en caso de colisión, violación y concurrencia. El segundo impone como gobierno la toma de decisiones y su cumplimiento presumiéndose su legitimidad y autorizándose su imperio y fuerza. Quien puede controlar el procedimiento y las decisiones de aquellos, además de examinar en los casos concretos la vulneración y remedios invocados por quienes aleguen su interés o necesidad en conflicto es el poder adjudicador. Este, curiosamente asume caracteres de independencia e imparcialidad no solo en relación a los otros dos centros de poder, sino además de quienes invoquen esos intereses o necesidades, los que legitiman con el ejercicio de sus derechos políticos activos a parlamento y ejecutivo¹⁸.

Así los cimientos radicales, conservadores y liberales varían en su concepción, procedimiento y toma de decisiones a nivel macro pero con efecto en lo micro que son los intereses (necesidades relevantes) y derechos individuales. En ese esquema la Jurisdicción puede asumir diferentes formas:

- a. Un poder concentrado donde todos sus miembros puedan resolver conflictos de intereses individuales, colectivos como así también controlar la toma de decisiones para los supuestos particulares donde le corresponda actuar, pero en ningún caso sustituir a quién en legitimidad y soberanía tiene el rol primario identificación y

¹⁶ Las voces "interés", "necesidad", "derecho" son tomadas con la noción y alcances dados por PÉREZ VÁZQUEZ, C., *necesidad, intereses y jueces*, Instituto de Investigación Jurídicas, México, 2006, pp. 2-34.

¹⁷ POSNER, E., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pp. 46-52.

¹⁸ Comp. este planteo con SUSTEIN, C., *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton U. Press, 2009, pp. 1-17 y esp. 187-190; en las antipodas con una visión desde la participación y control judicial de ella WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford Univ. Press, NY, 2002, pp. 212-254.

selección de los intereses necesitados (poder judicial sin tribunal constitucional y control difuso ex post de constitucionalidad para el caso concreto). El adjudicador puede controlar la constitucionalidad de los actos de poder y la coherencia o uniformidad la garantiza una "last word" titularizada en el vértice del poder como Corte Suprema.

- b. Un poder disgregado y, en algunos casos con miembros combinados con el legitimado para la toma de decisiones, dónde el órgano jurisdiccional no siempre es judicial, o si se quiere la función jurisdiccional es titularizada no necesariamente por alguien diferente a quien decide sobre intereses y necesidades. Puede a ello sumarse un "supra-órgano" que pueda reunir los atributos de lo jurisdiccional y lo político, pudiendo controlar la selección y toma de decisiones en general, incluso deshaciendo o imponiendo criterios diferenciales (Tribunal Constitucional).
- c. Un poder concentrado independiente de los otros centros, aun cuando en la designación de sus miembros tengan cierta intervención. Este poder concentrado puede controlar la toma de decisiones de los otros poderes y determina adjudicando para cada caso particular sobre los intereses y necesidades invocados en conflicto. El rol de suprapoder con miembros en cuya designación intervienen los tres centros legislador-ejecutivo-adjudicador es asumido por un Tribunal Constitucional que vela prioritariamente por la justicia constitucional asumiendo algunas veces un rol de adjudicador pudiendo controlar la selección y toma de decisiones en general, incluso deshaciendo o imponiendo criterios diferenciales.
- d. El problema de la jurisdicción como poder del Estado impone un primer desafío: cómo regular el conflicto por el poder político institucionalizado. La evolución de los sistemas constitucionales en las Américas han pasado por ciclos de diversos cimientos, de los cuales para nuestros fines, metodológicamente serán simplificados a tres¹⁹. Uno de ellos es el que vamos a denominar "radical" donde el populismo y actuación directa del "pueblo" en la toma de decisiones prevalece sobre todo, el individuo se identifica con el interés colectivo igualitario y sus necesidades donde el rol de la libertad se adecua a aquél. El polo extremo vamos a designarlo como "conservador-libertario" donde el elitismo y actuación sólo de los más calificados asumen las decisiones para el todo. La libertad prima sobre la igualdad ya que necesariamente sólo un grupo (el más selecto para ello) dirige al "pueblo" necesitando fijar como prevalentes sólo algunos derechos y necesidades individuales. Finalmente una alternativa intermedia la calificamos como "igualitaria-liberal" que parte del necesario equilibrio entre los poderes que toman las decisiones y donde los

¹⁹ Hemos optado por utilizar la clasificación (y parcialmente la terminología) propuesta por el autor con sus alcances y las aplicaciones propias que haremos al respecto GARGARELLA, R., *The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*, Cambridge University Press, New York, 2010, esp. 1-8.

derechos y necesidades individuales asumen prioridad balanceada con lo colectivo para una convivencia equilibrada entre igualdad y la libertad²⁰.

De esta clasificación de los cimientos del poder político institucionalizado resultan decisivas dos observaciones: primero, la persona o personas a asumir el papel de "tomadores de decisiones en la estructura de poder institucionalizado" y segundo, el tratamiento y regulación que recibirán los individuos, intereses y necesidades (derechos)²¹. La legitimidad y la soberanía imponen que la determinación de las necesidades que han de generar intereses relevantes eventualmente en concurrencia o colisión hacen inevitable un sistema de selección y solución de aquello que requiere la sustitución de centros disgregados de decisión por una institucionalidad. Es que acá se entenderán legitimidad y soberanía como los nexos "facticidad" y "normatividad". Así la toma de decisiones son acatadas u obedecidas cuando hay una armonización entre los comandos y los receptores de ellos.

En los tres casos la legitimidad y soberanía manifestada en la decisión más importante se disputa entre quien asume el rol parlamentario y quien se desempeña como administrador-ejecutivo. Idealmente corresponde al primero la formulación de leyes como manifestación de los intereses y necesidades para determinar sus alcances y remedios en caso de colisión, violación y concurrencia. El segundo impone como gobierno la toma de decisiones y su cumplimiento presumiéndose su legitimidad y autorizándose su imperio y fuerza. Quien puede controlar el procedimiento y las decisiones de aquéllos, además de examinar en los casos concretos la vulneración y remedios invocados por quienes aleguen su interés o necesidad en conflicto es el poder adjudicador. Éste, curiosamente, asume caracteres de independencia e imparcialidad no sólo en relación a los otros dos centros de poder, sino además de quienes invoquen esos intereses o necesidades, los que legitiman con el ejercicio de sus derechos políticos activos a parlamento y ejecutivo. Los cimientos radicales-conservadores-liberales del poder legislativo y ejecutivo pueden reflejarse en el poder adjudicador en algunas de las variantes descritas. Las colisiones entre quienes adjudican con quienes legislan y gobiernan por tener cimientos diferentes y contrapuestos nos permitirán calificar el fenómeno del "poder contramayoritario" del adjudicador.

²⁰ Ver HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, pp. 168-180.

²¹ Las voces "interés", "necesidad", "derecho" son tomadas con la noción y alcances dados por PÉREZ VAZQUEZ, C., *Necesidad, Intereses y jueces*, Inst. Inv. Jcas. UNAM, México 2006, pp. 2-34. Así las necesidades se conforman en intereses que postulan y concursan concurriendo para asumir calidad de derechos en permanente pugna que muchas veces debe ser resuelta por el poder adjudicador revisando cuál prima y en su caso pudiendo examinar las necesidades que sustentan los intereses. Algunas necesidades sólo pueden asumir un carácter de objetivas para equipararlas a "con la idea de interés vital". Sólo entonces pueden emplearse para justificación en la creación, derogación, reconocimiento o rechazo de derechos.

Así estaremos frente al "activismo jurisdiccional judicial radical" cuando se imponga la decisión (sentencia) al legislador, ejecutivo o incluso a otras minorías de la sociedad en base a la petición individual o colectiva. En definitiva determina un sucedáneo decisor de las políticas públicas con las bases radicales o populistas de igualitarismo incluso sobre la valoración de la libertad. Podría darse el mismo fenómeno en tanto decisión emanada de un Tribunal Constitucional como "activismo jurisdiccional radical". Si ese activismo tiene por objeto el resguardo de los intereses de una elite con sus creencias e ideales de participación limitada y prevalencia de la libertad y propias capacidades sobre la igualdad hablaremos de "activismo jurisdiccional conservador". Finalmente si la intervención se da balanceando la libertad e igualdad con afán participativo de mayorías y minorías con rol cooperativo del legislativo y/o ejecutivo, estaremos frente al "activismo jurisdiccional liberal".

Ninguno de los calificativos tienen connotación valorica positiva ni negativa. Si el "activismo" implica cierta exageración o sobreactuación de la medida usual de respuesta y desempeño esperable de un poder en su relación con los otros.

Las formalidades al servicio del *proceso civil entendido como aquel procedimiento contradictorio por ante a un órgano independiente e imparcial que actúa a petición de parte para conocer, decidir y adjudicar, en su caso haciendo cumplir su resolución por ser vinculante y eventualmente inimpugnable e inmutable (ne bis in idem), asumiendo el rol de garantía del restablecimiento del derecho* no puede desenvolverse, más aun, no puede existir sin un cause formal y básico. El procedimiento en tanto cause de ejercicio de la función jurisdiccional se denomina proceso judicial²². Es a partir y sobre él que las partes y el tribunal puedan interiorizarse, conocer y finalmente este último decidir sobre el mérito o fondo de una forma legitimada y válida dentro del Estado de Derecho. Estas formalidades son necesarias y de ninguna manera afectan, sino más bien coadyuvan a la eficiencia y transparencia de la función jurisdiccional. En el proceso son sus partícipes quienes legitiman la decisión adoptada. El proceso hace que las perspectivas normativas se transformen en cognitivas eventualmente controvirtiendo mediante alegaciones enfrentadas y su evidencia para traducirse en la motivación de la sentencia. La función jurisdiccional se legitima mediante la participación de los interesados en cada proceso en el cual las partes participan para ese caso y sus funciones, mediante las reglas de procedimientos.

²² Comp. ALDUNATE, E., *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing Santiago 2008, p. 196. El autor describe la función jurisdiccional como aquella "encargada de declarar de manera definitiva y vinculante los efectos jurídicos de una hipótesis por parte de un tercero no concernido".