

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

PROVISIONAL ENFORCEMENT IN CHILEAN CIVIL PROCEDURE

CLAUDIO MENESES PACHECO*

RESUMEN: Este es un trabajo destinado a exponer cuál es el estado de la cuestión en Chile en materia de ejecución provisional. Ante la ausencia de un tratamiento expreso en la ley vigente, la escasa doctrina y casi nula jurisprudencia, se formulan algunas apreciaciones críticas acerca de la procedencia de este mecanismo, en especial considerando la forma como se encuentra organizada la primera instancia del proceso civil chileno. Así, el principal propósito es entregar algunos puntos de referencia para determinar en qué medida puede ser necesaria o deseable esta figura, en un ordenamiento como el nuestro que en el tiempo ha sido tan reacio a incorporarla de un modo vigoroso.

Palabras clave: Ejecución provisional, Resoluciones que causan ejecutoria, Organización de la primera instancia.

ABSTRACT: This paper is intended to present the state of affairs in Chile regarding provisional enforcement. Considering the absence of legal regulation, the slim legal doctrine and the almost nonexistent case law, we formulate some critical assessments regarding the merits of this mechanism, taking especially into account the way in which the first instance is organized in Chilean civil procedure. Our main intention is to give some points of reference to determine to what extent this mechanism may be necessary or desirable in a system like ours that has –throughout time– been so reluctant to incorporate it in a vigorous manner.

Key words: Provisional enforcement, Enforceable judgments, First instance organization.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA CENTRAL

La figura de la ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia civil no firme carece de expresa regulación en el sistema chileno vigente. De hecho, estas denominaciones solo aparecen mencionadas en algunos trabajos teórico-comparados recientes¹, pero no presentan un tratamiento acabado en lo tocante a la normativa nacio-

* Este artículo corresponde, con algunos ajustes, a la relatoría elaborada para las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Lima, Perú, en octubre de 2008. El trabajo fue solicitado por los profesores Eduardo Oteiza (Argentina) y Luis María Simón (Uruguay), a quienes el autor agradece. La publicación de este texto fue estimulada por el profesor Alejandro Romero Seguel, a quien el autor manifiesta su gratitud por el constante apoyo.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Adolfo Ibáñez, Becario del Programa de Doctorado, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: claudio.meneses@uv.cl, cmeneses@mbmack.cl.

¹ Destacamos, CHOZAS (2007) pp. 401-426; HINOJOSA y PALOMO (2006) pp. 123-162; PÉREZ (2006) pp. 500-502.

nal. Tampoco encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que aborden sus principales aspectos.

Lo que existe en el Derecho nacional es una regulación del aspecto central del cual se ocupa este mecanismo procesal, esto es, la posibilidad de obtener el cumplimiento compulsivo de una sentencia judicial condenatoria que aún no adquiere firmeza y que está o puede estar sometida a recursos procesales². En nuestro país, esta alternativa se halla contemplada principalmente por el art. 231 inc. 1° del Código de Procedimiento Civil (CPC), cuyo texto transcribiremos más adelante. En él se alude a las llamadas “resoluciones que causan ejecutoria”, que son pronunciamientos judiciales no firmes que admiten ejecución por medios coactivos³.

En el ámbito de los trabajos prelegislativos y preparatorios de reforma procesal civil, este sistema de ejecución no ha sido considerado de modo explícito y claro. Ello ha generado un llamado de atención de un sector de la doctrina chilena, en orden a optar por confiar en la administración de justicia civil en primera instancia y potenciarla, estableciendo para ello la posibilidad de ejecutar provisionalmente el fallo de primer grado⁴. Sobre lo mismo, es pertinente decir que se ha producido una inconsistencia entre la denominada “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile” (Propuesta de bases) y el documento llamado “Anteproyecto Código Procesal Civil” (Anteproyecto CPC), pues mientras en la primera se propone la inclusión de la ejecución provisional, en el segundo se prescinde de una regulación particular de la misma. Este punto lo abordaremos en forma separada.

Ahora bien, considerando la relación que se puede establecer entre la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la adecuada organización jurídica de la ejecución de las sentencias, comenzaremos haciendo una referencia al marco constitucional dentro del cual cabe ubicar la figura de la ejecución provisional. Luego de ello, analizaremos la legislación imperante en nuestro país, con respecto a la cual haremos una breve referencia histórica que explique el estado de la cuestión en Chile. Por último, comentaremos en forma sintética las propuestas de reforma procesal civil.

En lo medular, el asunto es establecer en qué medida puede ser necesaria o deseable esta figura, en un ordenamiento jurídico como el chileno que en el tiempo se ha resistido a incorporarla de un modo vigoroso.

² Para una aproximación teórica, véase entre otros, CABALLOL (1993) pp. 23-101, en especial pp. 47-53.

³ Relacionando las materias, ROMERO (2002) pp. 27-29; haciendo, además, una vinculación entre estos conceptos y la tutela procesal anticipada, ROMERO (2006) pp. 42 y 43; una referencia, en NAVARRETE (2004) pp. 22 y 23.

⁴ NÚÑEZ (2007) pp. 692 y 693.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EJECUCIÓN PROVISIONAL

A) Derecho a la ejecución de la sentencia

La ejecución de las sentencias constituye un capítulo importante dentro de la garantía fundamental de tutela judicial efectiva, pues por su intermedio los justiciables pueden obtener una concreta satisfacción de los derechos reclamados en juicio⁵.

Es por ello que en la ciencia procesal se alude al “derecho a la ejecución de la sentencia”, que no es más que aquella dimensión de la tutela jurisdiccional encaminada a obtener que la prestación establecida en una sentencia condenatoria sea en la práctica cumplida, en el menor tiempo posible, y de preferencia en naturaleza y no por equivalencia, para así colmar en términos reales las expectativas de la parte vencedora⁶.

En el mismo sentido, en la doctrina española se habla de la “tutela jurisdiccional ejecutiva”, por virtud de la cual el tribunal ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de acomodarla a lo que establece un título ejecutivo⁷.

En nuestro medio se ha hecho mención al “derecho de la ejecución”, caracterizado por tratarse de una prerrogativa que autoriza una agresión del patrimonio del requerido (deudor), sobre la base de la petición del requirente (acreedor) que pretende la satisfacción de un crédito revestido de certeza en su forma y mérito⁸.

B) Perspectiva constitucional de la ejecución provisional de la sentencia

La ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia civil no firme es un mecanismo jurídico que fortifica el régimen de ejecución, puesto que autoriza a llevar adelante el cumplimiento coactivo de una decisión judicial condenatoria inmediatamente después de su notificación, sin que sea necesario esperar que adquiera autoridad de cosa juzgada.

Es, pues, una institución procesal de eficacia, por la cual se atribuye fuerza a una resolución judicial que carece de firmeza y que, al pronunciarse sobre una materia sustantiva sobre la cual se debate, reconoce un derecho (crédito) a favor del litigante vencedor, en mérito de lo cual este puede solicitar su cumplimiento⁹.

Desde este punto de vista, la ejecución inmediata del fallo se presenta como una herramienta de la tutela efectiva. En alguno de los estudios publicados en nuestro país, se ha

⁵ Para una aproximación al concepto de tutela judicial efectiva, RAMOS (2000) pp. 31 ss; CORDÓN (1998) pp. 113 ss; con una perspectiva teórica amplia relacionada con la noción de Estado Constitucional, MARINONI (2006a), en especial pp. 183 ss.; con una referencia específica al tema de la ejecución de la sentencia, ORTELLS (2005) pp. 37-44.

⁶ RAMOS (2000) pp. 73-75; CORDÓN (1998) pp. 124 y 125; MARINONI (2006a) pp. 227 ss; MARINONI (2006b) pp. 77-100.

⁷ En este sentido, ORTELLS (2007) pp. 54-57; relacionándolo con la tutela judicial efectiva, pp. 677-681. Con una explicación general, DE LA OLIVA *et al.* (2005) pp. 17-29.

⁸ En este sentido, PÉREZ (2006) p. 498.

⁹ CABALLOL (1993) pp. 47-53.

sostenido que a no dudarlo la ejecución provisional de las sentencias “favorece el derecho a la tutela judicial efectiva”¹⁰. Igualmente se ha dicho que un sistema procesal que aspire a brindar una adecuada tutela jurisdiccional de los derechos, tiene que utilizar mecanismos idóneos para el “acceso expedito” a la tutela ejecutiva, entre los cuales se cuenta esta figura¹¹.

Empero, es también posible plantear que se trata más bien de un asunto de política legislativa en torno a la organización del régimen de enjuiciamiento en la primera instancia. Desde este punto de vista, la ejecución provisional no se presenta tanto como una “imposición constitucional” derivada de la tutela judicial efectiva, cuanto como una “opción legal” sobre la mejor forma de impartir justicia en el primer grado jurisdiccional y, dentro de esto, de obtener un oportuno y cabal cumplimiento de lo resuelto en dicha instancia¹².

De momento, nos parece que la perspectiva de la ejecución provisional de la sentencia pertenece al campo de las opciones político-procesales, y no al de las exigencias constitucionales de tutela efectiva. Estimamos que la vinculación entre estos conceptos exige dar una mirada global al problema del enjuiciamiento de primera instancia, para incluir dentro de este la temática de la ejecución inmediata. Como volveremos a decir, pensamos que la ejecución provisional se presenta como un elemento del debido proceso solo en la medida que la decisión del legislador sea potenciar el primer grado jurisdiccional, con las debidas garantías que ello exige.

2. CONSTITUCIÓN CHILENA, DEBIDO PROCESO Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

A) Derecho a la ejecución de la sentencia en el sistema chileno

En nuestro ordenamiento se emplea la terminología “debido proceso” para hacer mención al conjunto de garantías judiciales del ciudadano. La principal norma está contenida en el art. 19 N° 3 inc. 5° de la Constitución Política de la República de Chile (CPR), bajo dos fórmulas: “proceso previo legalmente tramitado” y, sobre todo, “procedimiento racional y justo”. Hacemos notar que la última parte del precepto impone una exigencia a la ley procesal: “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Además, son pertinentes las garantías del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, y del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del año 1969, que al encontrarse ratificados por Chile y vigentes, forman parte del denominado “bloque constitucional de derechos”¹³.

¹⁰ Así, HINOJOSA y PALOMO (2006) pp. 133.

¹¹ PÉREZ (2006) p. 515, con el añadido que deben adoptarse los respectivos resguardos del debido proceso.

¹² Calificando el asunto como una “opción de política legislativa” y relacionando el punto con la potenciación de la justicia de primer grado, CHOZAS (2007) pp. 401-405.

¹³ En materia de “tutela judicial efectiva” y “debido proceso” en Chile, destacamos, NOGUEIRA (2007), en especial pp. 9-75; NOGUEIRA (2003); CAROCCA (1997); CAROCCA (2003); BORDALÍ (2003); TAVOLARI (1994a).

Tomando en cuenta que el derecho a la ejecución guarda relación con el derecho de acción¹⁴, y considerando las exigencias de racionalidad y justicia que impone la Carta¹⁵, podemos decir que el capítulo de la tutela jurisdiccional de la ejecución de la sentencia forma parte del debido proceso.

En cuanto a lo primero, existe cierta concordancia de pareceres en cuanto al carácter fundamental que presenta el derecho de acción en nuestro ordenamiento¹⁶. De esta manera, cabe proyectar dicho reconocimiento hacia el ámbito de la satisfacción concreta del crédito, pues el derecho de acción se fortalece con adecuadas herramientas que permitan la ejecución de las prestaciones establecidas en el fallo. Sobre lo segundo, hay que destacar que en la Comisión de Estudios de la Constitución chilena se dejó constancia del contenido amplio y flexible de los términos “racionalidad” y “justicia” que emplea el art. 19 N° 3 inc. 5° CPR, sobre los cuales quedó abierta la posibilidad de progresión de ideas en cuanto al régimen procesal¹⁷. Pues bien, entre los avances que permiten estas nociones podemos incluir la ejecución de las sentencias, sobre todo tomando en cuenta que la garantía del debido proceso se inserta dentro de lo que la Carta llama igual protección de la ley en el “ejercicio” de los derechos de las personas; acaso uno de los aspectos más vivos, del ejercicio de los derechos en sede jurisdiccional, esté dado por el cumplimiento efectivo de la condena impuesta por la sentencia¹⁸.

No conocemos jurisprudencia que haya aludido específicamente al precitado punto, pero de todos modos podemos conectarlo con los términos que emplea el constituyente para definir la jurisdicción de los tribunales, donde se hace expresa mención al tema de la ejecución. El art. 76 inc. 1° CPR indica de modo perentorio que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y “de hacer ejecutar lo juzgado”, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

En la década de los sesenta –bajo el imperio de otra Constitución, aunque con disposiciones similares a la precitada– encontramos pronunciamientos interesantes en torno a la actividad jurisdiccional de ejecución. Se señaló, en efecto, que “la ejecución de una resolución equivale a la conversión de esta en actos”; que si bien puede considerarse que el derecho existe antes del fallo judicial, “solo se transforma en realidad me-

¹⁴ PÉREZ (2006) pp. 496 y 497.

¹⁵ Véanse ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesiones 101^a (9 enero 1975) y 103^a (16 enero 1975), en especial esta última, pp. 15-20.

¹⁶ Por todos, BORDALÍ (2000); BORDALÍ (2003) pp. 255-258.

¹⁷ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 103^a (16 enero 1975) pp. 15-20.

¹⁸ Como referencia, podemos citar la reforma introducida a los procesos de familia por la Ley N° 20.152 (D.O. 9 enero 2007), que entre otras finalidades buscó fortalecer el régimen de ejecución de las sentencias de condena de prestaciones alimenticias. Es lo que aparece en la historia del establecimiento de esta modificación legislativa, de la cual destacamos en este lugar lo siguiente: “El objetivo del proyecto es perfeccionar la normativa procesal aplicable a las causas de alimentos, procurando facilitar el ejercicio de los derechos del alimentario y asegurar el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones del alimentante” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 12 septiembre 2006, p.2). Una explicación de esta reforma y de su relación con la tutela judicial efectiva, en MENESES (2008) pp. 221-249.

dian­te el man­dato con­te­ni­do en la sen­ten­cia” y que este man­dato no pue­de de­jar de lle­var­se a ca­bo, “por­que de otro mo­do se­ría ilu­so­rio y úni­ca­men­te teó­ri­co”¹⁹.

Así pue­de, in­ter­pre­tan­do sis­te­má­ti­ca­men­te el art. 19 N° 3 inc. 5° CPR (de­bi­do pro­ce­so) y el art. 76 inc. 1° CPR (po­tes­tad ju­ris­dic­cio­nal eje­cu­ti­va), po­de­mos en­con­trar un so­por­te con­sti­tu­cio­nal al ru­bro de la eje­cu­ción de las sen­ten­cias y al de­re­cho de las per­so­nas a re­ca­bar las me­di­das ne­ce­sa­rias para que esta se pro­du­zca en tér­mi­nos ade­cua­dos y sa­tis­fac­to­rios.

B) ¿Cuál es la perspectiva constitucional de la ejecución provisional en el sistema procesal chileno?

Nos pa­rece que esta cues­tión de­be abor­darse ba­lan­cean­do dos as­pec­tos: de un la­do, la ne­ce­si­dad de brin­dar tu­te­la al de­re­cho a la eje­cu­ción an­tes alu­di­do, y de otro, la exi­gen­cia que im­pone el de­re­cho de los ju­sti­cia­bles a ob­te­ner una re­solu­ción ju­sta de los con­flic­tos ci­viles. Tan cie­rto es que las par­tes re­quie­ren de me­di­das pro­ce­sa­les idó­neas para sa­tis­fac­er a tie­mpo sus pre­ten­sio­nes, como que ne­ce­si­tan que las de­ci­sio­nes se adop­ten en un ma­rco que ga­ran­ti­ce al má­xi­mo la ju­sti­cia de la re­solu­ción de la dis­pu­ta. En nues­tra opi­ni­ón, las téc­ni­cas de tu­te­la an­ti­ci­pada y de per­fec­cio­namien­to de eje­cu­ción de las sen­ten­cias, no pue­den trans­for­marse en in­stru­men­tos de ini­qui­dad²⁰. Por todo ello, in­sis­ti­mos en que el nudo gor­dia­no se en­cuen­tra en la es­truc­tu­ra de la pri­me­ra in­stan­cia, tan­to orgá­ni­ca como fun­cio­nal²¹.

Pen­sa­mos, en con­se­cuen­cia, que los pre­cep­tos con­sti­tu­cio­na­les an­tes ci­ta­dos no im­ponen ne­ce­sa­ria­men­te el es­ta­ble­ci­mien­to de la eje­cu­ción pro­vi­sio­nal de la sen­ten­cia no firme. Lo que sí exi­gen es la efi­ca­cia del pro­ce­so²², para lo cual de­ben crearse he­rra­mien­tas ade­cua­das que per­mitan al ciu­da­da­no ac­ce­der al efec­ti­vo cum­plimien­to de lo re­sol­ue­do, den­tro de un “pla­zo ra­zo­na­ble” (art. 8.1 del Pacto de San Jo­sé de Co­sta Rica).

Aho­ra bien, para que ta­les me­ca­ni­smos se a­jus­ten a las exi­gen­cias de ra­cio­na­li­dad y ju­sti­cia que se­ña­la el art. 19 N° 3 inc. 5° CPR, es me­ne­ster que la le­gis­la­ción pro­ce­sal pro­por­cio­ne todo un es­que­ma com­pac­to de en­jui­ciamien­to, por el cual se ga­ran­ti­ce de la me­jor ma­ne­ra po­si­ble que las de­ci­sio­nes ju­ris­dic­cio­na­les re­sol­van ade­cua­da­men­te los con­flic­tos ju­rí­dicos. De ahí re­qui­si­tos como la orali­dad, in­me­dia­ción, li­ber­tad de prue­ba y otros tan­tos, que apa­recen como con­di­cio­nes para un de­bi­do pro­ce­so²³.

¹⁹ *Dunker con Avilés* (1965) p. 57. La doctrina jurisprudencial de este fallo añade lo siguiente: “Es por ello que es inherente a la jurisdicción el poder de coerción; este es presupuesto ineludible de la eficacia del derecho, porque la medida coercitiva impone la restauración del orden violado”; concluye señalando: “Por consiguiente, a la jurisdicción va conexas el imperio, que es la facultad que tienen los jueces de usar la fuerza para hacer ejecutar lo juzgado y decretado”. En similar sentido, *Chile Exploration Company* (1960) p. 57.

²⁰ Llamando la atención sobre este riesgo, MARÍN (2004) pp. 53-67.

²¹ En este sentido, destacamos la exposición del problema de la ejecución provisional que hacen Hinojosa y Palomo, en la que enfatizan cómo dicha institución revaloriza la primera instancia (HINOJOSA y PALOMO (2006) pp. 124-138).

²² Aludiendo a la eficacia del proceso, TAVOLARI (1994a) pp. 108-111.

²³ Para una visión de conjunto, TAVOLARI (2007).

En este cuadro, todo lo atinente a la ejecución anticipada de la sentencia no firme exige un modelo reforzado de administración de justicia en primera instancia. Con ello queremos decir que en nuestra opinión, la técnica de la ejecución provisional únicamente se ajusta al debido proceso y, a la vez, se impone como elemento de este, en la medida que se encuentre instalada en un modelo fortalecido y bien estructurado –orgánica y funcionalmente– de justicia civil de primer grado²⁴.

En este mismo orden de ideas, estimamos que en un régimen procesal de primer grado que no cumple con exigencias básicas del debido proceso (v. gr. oralidad, intermediación, libertad de prueba y otras tantas), la ejecución provisional debe tener un campo de acción limitado y mesurado.

Sintetizando, consideramos que la perspectiva constitucional de la ejecución provisional se engloba dentro del esquema del proceso civil declarativo de primera instancia. Su intensidad varía en forma directamente proporcional con la fortaleza de dicho grado jurisdiccional. Así, a mayores garantías del enjuiciamiento de primera instancia, más amplio es el campo para este instrumento de ejecución; en tanto que a menores garantías para dicho juzgamiento, más estrecha debe ser la procedencia del mismo.

III. PRINCIPALES REFORMAS AL CPC EN MATERIA DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA NO FIRME

1. RESOLUCIONES "QUE CAUSAN EJECUTORIA" (ART. 231 INC. 1° CPC) Y PROCEDIMIENTO "INCIDENTAL" DE EJECUCIÓN (ARTS. 233-241 CPC)

Como expusimos al inicio, la ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia no firme solo aparece contemplada en nuestro proceso civil bajo la fórmula de las resoluciones que "causan ejecutoria".

En este rubro, la principal norma está contenida en el art. 231 inc. 1° CPC, cuyo texto es el siguiente: "La ejecución de las resoluciones corresponderá a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley". Por su parte, los arts. 233-241 CPC contemplan un procedimiento ejecutivo especial para estos casos, que nuestra doctrina suele denominar "procedimiento incidental" de cumplimiento de resoluciones²⁵.

Según retomaremos, las sentencias que causan ejecutoria son definidas como resoluciones que pueden ser cumplidas aun cuando se encuentren recurridas o sean recurribles²⁶. En nuestra jurisprudencia se indica que se trata de una resolución "que ha sido impugnada por medio de alguno de los recursos procesales, pero la interposición de estos no impide su cumplimiento"²⁷. En términos generales, esta opción tiene cabida en

²⁴ Refiriéndose al aspecto orgánico del acceso a la tutela judicial ejecutiva, PÉREZ (2006) pp. 510-513.

²⁵ Por todos, MATURANA (1995) pp. 126-131.

²⁶ Véase ROMERO (2002) p. 28.

²⁷ *Gálvez con Agrícola Santa Carmen Ltda.* (1997) N° 206, p. 88 (considerando 3°).

aquellas hipótesis de recursos no suspensivos, para los cuales la ley permite precisamente llevar adelante el cumplimiento forzado de la sentencia impugnada.

Ahora bien, para tener un cuadro más completo de la aludida resolución es necesario hacer mención a dos reformas legales que incluyeron cambios en el Código chileno. Una es del año 1944, a través de la cual se agregó expresamente al art. 231 CPC la figura de las sentencias que causan ejecutoria. Otra es del año 1988, por la que se amplió el número de casos de apelaciones no suspensivas (o, como indica nuestra ley, apelaciones que proceden “solo en el efecto devolutivo”) y, a su vez, se añadió la figura de la “orden de no innovar” en el recurso de apelación.

2. REFORMA INTRODUCIDA AL CPC POR LA LEY N° 7.760 DEL AÑO 1944

Uno de los propósitos que tuvo el legislador para dictar esta reforma fue agilizar la administración de justicia en sede civil, para lo cual introdujo una serie de cambios en materias que fueron consideradas como obstáculos para la marcha expedita de los procesos²⁸.

En el tema que analizamos, esta modificación buscó dar solución a las dudas interpretativas que originaban los preceptos del Código, en los que se contemplaban recursos no suspensivos, pero no se incluía de modo explícito la alternativa de impetrar la ejecución de una sentencia sometida a impugnación por aquellos.

Así pues, la referida ley incorporó en forma expresa al actual art. 231 CPC esta modalidad de resoluciones. En este punto, la reforma fue descrita del siguiente modo: “Se pone así término a un verdadero vacío que existía en nuestro Código Procesal Civil en lo relativo al cumplimiento o ejecución forzada de las resoluciones judiciales que causan ejecutoria, pues si bien por un lado permitía exigir su cumplimiento, a pesar de estar pendientes los recursos interpuestos en su contra, por otro, no enumeraba esta clase de resoluciones judiciales entre los títulos que gozaban de carácter ejecutivo, por lo menos, de modo expreso. Hoy, frente a lo preceptuado en el art. 231, no cabe la menor duda al respecto, o sea, que esta clase de resoluciones judiciales –las que causan ejecutoria– son tan títulos ejecutivos, como las resoluciones judiciales firmes o ejecutoriadas”²⁹.

De este modo, a partir del año 1944 ha quedado superada la incertidumbre acerca de la ejecutabilidad de estas resoluciones, para las cuales puede aplicarse el procedimiento especial de cumplimiento de los arts. 231-241 CPC al que aludiremos más adelante.

3. REFORMA INTRODUCIDA AL CPC POR LA LEY N° 18.705 DEL AÑO 1988: ART. 194 N° 2 CPC

Esta es otra de las reformas que ha buscado descongestionar las causas civiles en pos de una más eficaz administración de justicia civil. Tanto así que ha llegado a ser calificada como “sucesora” de la precitada ley del año 1944³⁰.

²⁸ Con mayores datos, PIEDRABUENA (1989) pp. 643-646.

²⁹ CASARINO (1993) p. 31.

³⁰ PIEDRABUENA (1999) p. 15. Más antecedentes de esta reforma, en PIEDRABUENA (1989) pp. 658-670; GUZMÁN, Manuel *et al.* (S/D); OTERO (2000), con explicación general, en pp. 17-35.

Con objetivos muy pragmáticos, la Ley N° 18.705 incorporó al Código diversas soluciones y figuras tendientes a darle mayor agilidad a la tramitación de los procesos. Una de las soluciones consistió en ampliar el ámbito de procedencia de las apelaciones no suspensivas (solo en el efecto devolutivo), lo que repercute de lleno en el tema que analizamos. Por su lado, una de las figuras que agregó al sistema de las apelaciones fue la "orden de no innovar", a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe.

En lo tocante a la extensión del número de situaciones de apelaciones no suspensivas (solo en el efecto devolutivo), la disposición más relevante es la del art. 194 N° 2 CPC. Este precepto, en efecto, establece la procedencia del recurso de apelación solamente en el efecto devolutivo cuando las resoluciones impugnadas tengan la naturaleza de sentencias interlocutorias, autos y decretos.

En términos prácticos, lo anterior significa que desde el año 1988 la regla general es la apelación no suspensiva, como quiera que tres de los cuatro tipos de resoluciones que se dictan en las causas civiles quedan sometidas a tal régimen por expreso mandato del aludido art. 194 N° 2 CPC. La única excepción está dada por la sentencia definitiva, la que –según veremos– presenta de todos modos casos de apelaciones en el efecto devolutivo³¹.

Como se aprecia, el objetivo de este cambio legal fue dinamizar los procesos en la primera instancia, ya que la totalidad de las resoluciones que se dicten durante el transcurso de la litis no suspenderán su substanciación. A su vez, podemos encontrar un cambio en el tópico que examinamos, pues esta reforma importa una introducción de nuevas posibilidades de ejecución provisional para todos aquellos casos en que sentencias interlocutorias se pronuncien sobre temas sustantivos, como por ejemplo en la hipótesis de la resolución que admite el desistimiento de la demanda con alguna reserva que beneficia pecuniariamente al demandado (art. 149 CPC).

Sin perjuicio de volver sobre el último punto, por ahora destacamos la decisión del legislador de dar mayor expedición al primer grado jurisdiccional por la vía que comentamos.

4. LA "ORDEN DE NO INNOVAR" EN LA APELACIÓN: ART. 192 INCS. 2° Y 3° CPC

La misma Ley N° 18.705 de 1988 incorporó la figura de la "orden de no innovar" en materia de recurso de apelación no suspensivo. Esto significa que junto con ampliar el número de casos de apelación en el efecto devolutivo, añadió explícitamente una potestad judicial para decretar la suspensión del cumplimiento de una resolución sometida a tal régimen recursivo.

Para los fines de nuestro trabajo, destacamos el art. 192 inc. 2° CPC, el cual tras señalar en qué consiste la concesión del recurso de apelación solo en el efecto devolutivo, dispone lo siguiente: "No obstante, el tribunal de alzada a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar. La orden de no innovar

³¹ Comentarios en este sentido, en PIEDRABUENA (1999) pp. 90-96.

suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada. Los fundamentos de las resoluciones que se dicten de conformidad a este inciso no constituyen causal de inhabilidad”.

La finalidad de esta norma fue evitar que los litigantes hicieran uso del recurso de queja (mecanismo de tipo disciplinario) para obtener la suspensión de los efectos de una resolución apelada³².

En lo que interesa a nuestro análisis, destacamos la amplitud de atribuciones que se entrega a los tribunales de segunda instancia (Cortes de Apelaciones) para definir el destino de la ejecución de las resoluciones apeladas en el efecto devolutivo. En este sentido, más adelante haremos una relación entre esta figura de nuestro Derecho y la institución que en dogmática se denomina ejecución provisional “mixta”, consistente en una modalidad de ejecución inmediata que es dispuesta por ley pero que puede ser suspendida mediante resolución judicial³³.

IV. REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LA LEY CHILENA

1. CONCEPTO DE “RESOLUCIONES QUE CAUSAN EJECUTORIA” Y PRINCIPALES CASOS EN EL CPC

A) Concepto

La temática central de la ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia no firme es abordada en la legislación chilena por medio de las llamadas “resoluciones que causan ejecutoria” (art. 231 inc. 1° CPC). Con relación a estas existen, además, otras figuras asociadas, que mencionaremos más adelante.

Nuestra doctrina³⁴ y jurisprudencia³⁵ dicen que la resolución que causa ejecutoria es aquella que puede cumplirse coercitivamente no obstante estar impugnada o ser impugnable por medio de recursos procesales. Debe tratarse, por cierto, de una decisión judicial que condene a una parte a cumplir una prestación que consista en dar, hacer o no hacer³⁶.

B) Principales casos

Los casos más importantes de resoluciones que causan ejecutoria y que permiten una ejecución provisional, se dan en materia de apelaciones no suspensivas y de recurso de casación en la forma y en el fondo.

³² PIEDRABUENA (1999) pp. 96-105; OTERO (2000) pp. 182-188.

³³ Para una aproximación teórica, CABALLOL (1993) pp. 53-55.

³⁴ ROMERO (2002) p. 28; NAVARRETE (2004) p. 22; ESPINOSA (1994) p. 55; ORELLANA (2005) p. 37; COLOMBO (1995) p. 24.

³⁵ a modo ejemplar, *Cuneo con Marmolejo* (1966) p. 136; *Gálvez con Agrícola Santa Carmen Ltda.* (1997) p. 88.

³⁶ Aludiendo a las resoluciones mencionadas por los arts. 233, 234 y 235 CPC, *Cabián con Barria* (1974); refiriéndose a la sentencia como título ejecutivo, TAVOLARI (2000a) pp. 69 y 70.

a) Apelaciones no suspensivas (concedidas solo en el efecto devolutivo)

El efecto devolutivo aparece tratado por el art. 192 inc. 1° CPC, en los siguientes términos: “Cuando la apelación proceda solo en el efecto devolutivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, incluso la ejecución de la sentencia”. A virtud de este precepto, existe concordancia entre los autores en cuanto al carácter ejecutorio de las resoluciones impugnadas por intermedio de un recurso de apelación en este efecto³⁷.

Ahora bien, para determinar los casos en que una apelación se concede solo en el efecto devolutivo, es necesario distinguir el tipo de resolución impugnada, pues existen dos estatutos según el caso: uno para las sentencias interlocutorias, autos y decretos, y otro para las sentencias definitivas. En este lugar nos referiremos a las tres primeras.

De acuerdo con el art. 194 N° 2 CPC, todas las apelaciones de las sentencias interlocutorias, autos y decretos deben ser concedidas únicamente en el efecto devolutivo. Ello significa que –en principio– las apelaciones no suspenden la tramitación de la primera instancia civil³⁸. La única salvedad está dada por la orden de no innovar que trataremos más adelante.

De este modo, la ley chilena admite la ejecución provisional de estas tres clases de resoluciones judiciales, lo cual podría tener alguna trascendencia práctica en ciertos supuestos en los que se reconocen derechos permanentes a favor de las partes. Como precisión general, viene a cuento indicar que estos casos son más bien residuales, pues, por una parte, los decretos son resoluciones de mera substanciación que no reconocen derechos sustantivos para los litigantes (art. 158 inc. final CPC); por otra, los autos se limitan a fallar incidencias pero sin establecer derechos permanentes para las partes (art. 158 inc. 4° CPC) y, por fin, la segunda clase de sentencias interlocutorias únicamente recae sobre trámites que deben servir de base para el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra sentencia interlocutoria (art. 158 inc. 3° CPC), de manera tal que tampoco se pronuncia sobre alguna prestación.

Desde el punto de vista práctico, la hipótesis relevante solo podría producirse con relación a sentencias interlocutorias de la primera clase, vale decir, aquellas que fallan incidentes estableciendo derechos permanentes a favor de los contendores (art. 158 inc. 3° CPC). En efecto, como se ha venido sosteniendo en el último tiempo, los “derechos permanentes” a los que alude la precitada disposición, pueden consistir en facultades sustantivas, que incluso podrían ser equiparables a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto³⁹. Por lo demás, en una de las explicaciones teóricas que existe sobre la materia, se ha indicado que estos derechos son facultades que, una vez adquiridas por las partes al momento de fallarse una incidencia, subsisten en el tiempo, pudiendo “sobrevi-

³⁷ Por todos, COLOMBO (1995) p. 24; vinculando la materia con la ejecución provisional, ROMERO (2002) pp. 28 y 29; ROMERO (2006) pp. 42 y 43.

³⁸ Según expusimos, la norma comentada fue incorporada el año 1988, y tuvo por finalidad agilizar la administración de justicia en el primer grado jurisdiccional. En este sentido, por todos, PIEDRABUENA (1999) pp. 90-96.

³⁹ ROMERO (2002) pp. 23-25.

vir al juicio en el que son creados”, sin que se agote su existencia por la dictación de sentencia definitiva⁴⁰.

Como se aprecia, la ejecución provisional podría abrirse paso en algunos supuestos de sentencias interlocutorias en las que el derecho declarado consista en un crédito que favorece a un litigante en contra de otro que resulta obligado. Un ejemplo sería el caso de la sentencia interlocutoria que acepta un desistimiento de la demanda, pero que –a la vez y de acuerdo al art. 149 CPC– impone como condición para el demandante una prestación a favor del demandado. Esta condena podría ser ejecutada en primera instancia aun cuando la resolución fuera apelada por el actor, como quiera que el recurso de apelación es no suspensivo y, por tanto, la decisión en cuestión es de aquellas que causa ejecutoria. Otra situación de interés podría darse con motivo de la resolución del incidente de objeción de tasación de costas (arts. 141 y 142 CPC), que presenta el carácter de sentencia interlocutoria. O, en fin, en el caso del fallo de la incidencia de objeción de la liquidación de un crédito contenido en una sentencia definitiva firme en ejecución (arts. 235 N° 3, 510 y 511 CPC), que también tiene dicha naturaleza jurídica.

b) Apelación de la sentencia definitiva. Ejecución provisional “ope iudicis” en el juicio sumario (art. 691 inc. 1° CPC)

Para la sentencia definitiva, o sea, aquella resolución que pone fin a la instancia y resuelve la cuestión que ha sido objeto del juicio (art. 158 inc. 1° CPC), la regla es la apelación en el efecto suspensivo, sin que el tribunal pueda cambiar la situación (arts. 191, 194 y 195 CPC).

Como dispone el art. 195 CPC, fuera de los casos de recurso de apelación en el efecto devolutivo que determina la ley, “la apelación deberá otorgarse en ambos efectos”. Es por lo mismo que nuestra doctrina ha indicado que para sentencias definitivas “se mantiene la regla general de que la apelación se concede en ambos efectos, salvo disposición legal expresa que limite la apelación al solo efecto devolutivo”⁴¹.

Por lo tanto, en nuestro sistema el principio consiste en la improcedencia de la ejecución provisional de la sentencia definitiva de primera instancia. Las excepciones están expresamente contempladas por la ley y se refieren a contadas hipótesis, de las cuales destacamos el caso del juicio sumario. Dejamos constancia de la especial situación del juicio ejecutivo, sobre la cual haremos algunas observaciones más adelante.

El proceso sumario es un procedimiento declarativo oral, breve y concentrado regulado por los arts. 680-692 CPC⁴², que tiene normas particulares en materia de recurso de apelación. A partir de tales normas (arts. 194 N° 1 y 691 CPC), podemos decir que la regla general es la improcedencia de la ejecución provisional, salvo que el tribunal la establezca. Vendría a ser algo así como una ejecución provisional “ope iudicis” reglada, ya que puede decretarla el juez únicamente en los términos descritos por la norma legal⁴³.

⁴⁰ Así en OLIVER (1997) p. 62.

⁴¹ PIEDRABUENA (1999) p. 93.

⁴² ROJAS y VENEGAS (1963) pp. 141-144.

⁴³ Un concepto de esta figura, en CABALLOL (1993) p. 55.

Sobre el tema de la apelación, existe cierto consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto al carácter suspensivo del recurso en caso que la resolución impugnada sea la sentencia definitiva. El precepto aplicable es el art. 691 inc. 1° CPC, acorde al cual el recurso debe otorgarse con efecto suspensivo⁴⁴. Con todo, la misma norma contempla una excepción en su parte final: "salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados". Esta es una circunstancia que debe ser ponderada por el juez de primera instancia, el cual queda autorizado para no suspender los efectos de la sentencia apelada, dejando así abierta la posibilidad de enderezar una ejecución provisional.

Finalmente, hacemos presente que en este procedimiento se regula una figura llamada "aceptación provisional de la demanda" (art. 684 CPC), que en alguna medida puede ser relacionada con la ejecución inmediata de la sentencia. A ella aludiremos en otro lugar.

c) Recurso de casación en la forma y en el fondo

De acuerdo al art. 773 inc. 1° CPC, el recurso de casación en la forma y el recurso de casación en el fondo no suspenden la ejecución de la sentencia.

Tomando en cuenta que, salvo situaciones muy puntuales, estos recursos solo proceden en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o impidan su prosecución (arts. 766 y 767 CPC), la impugnación por esta vía se transforma en uno de los casos más claros de ejecución provisional en nuestro sistema⁴⁵. Además, considerando que –en rigor– el régimen no suspensivo se produce para los recursos de casación entablados en contra de sentencias de segunda instancia (arts. 766, 767 y 770 CPC), podemos afirmar que la ejecución inmediata tiene cabida una vez que el asunto ha sido revisado por el tribunal de alzada.

De todos modos, encontramos casos de excepción que veremos por separado más adelante. Una excepción es legal, y se refiere a sentencias cuyo cumplimiento hace imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso (art. 773 inc. 1° CPC). Otra, más discrecional, concierne a la "fianza de resultas" que puede pedir el recurrente, sin la cual no puede cumplirse el fallo (art. 773 incs. 2° , 3° y 4° CPC).

Por ahora dejamos planteadas las dos excepciones, y pasamos a ver cuál es el procedimiento para llevar a cabo la ejecución provisional en nuestro sistema.

2. NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES QUE CAUSAN EJECUTORIA

A) Opinión predominante

La opinión que predomina en nuestro medio es que la resolución que causa ejecutoria tiene la calidad de título ejecutivo que autoriza el inicio de un procedimiento

⁴⁴ PIEDRABUENA (1999) p. 93; *Sociedad Química y Minera S.A.* (1993) p. 117.

⁴⁵ ROMERO (2006) p. 43.

de ejecución ordinario. El art. 434 CPC, en efecto, señala cuáles son los títulos ejecutivos que legitiman a un acreedor para entablar una demanda en un procedimiento de ejecución ordinario que recibe el nombre de “juicio ejecutivo” y que está normado por los Títulos I y II del Libro III CPC, referidos respectivamente al “juicio ejecutivo en las obligaciones de dar” (arts. 434-529) y al “procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer” (arts. 530-544).

Pues bien, como el art. 434 N° 7 CPC alude a “cualquier otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva”, los autores⁴⁶ y los tribunales chilenos⁴⁷ han concluido que por aplicación del art. 231 inc. 1° CPC, las resoluciones que causan ejecutoria quedarían comprendidas dentro del elenco de títulos ejecutivos, de modo tal que perfectamente una parte podría comenzar un procedimiento de ejecución ordinario invocando una prestación contenida en aquella.

En tal sentido, la postura mayoritaria sostiene que si bien es cierto el art. 434 N° 1 CPC solo reconoce fuerza ejecutiva a las sentencias definitivas e interlocutorias “firmes”, no es menos cierto que el número 7° contempla la posibilidad de considerar como título a la resolución que causa ejecutoria, por virtud de la interpretación armónica con el art. 231 inc. 1° CPC.

Así pues, de seguir estos razonamientos, las sentencias firmes y las resoluciones que causan ejecutoria prácticamente quedarían situadas en un mismo plano, y podrían dar lugar a igual tipo de procedimiento de ejecución. En este sentido, nótese lo que en su día se dijo sobre la reforma incorporada por la Ley N° 7.760 de 1944: “Hoy, frente a lo preceptuado en el art. 231, no cabe la menor duda al respecto, o sea, que esta clase de resoluciones –las que causan ejecutoria– son tan título ejecutivo, como las resoluciones firmes o ejecutoriadas”⁴⁸. Aún más, ha llegado a sostenerse que este tipo de resolución “otorga acción de cosa juzgada”⁴⁹.

Todo ello significaría, al fin y al cabo, que en nuestro país no es posible trazar diferencia entre el procedimiento de la ejecución ordinaria y el de la provisional.

B) Postura teórica que relaciona las resoluciones que causan ejecutoria con la ejecución provisional

No todos comparten los razonamientos precedentes. En fecha más reciente un sector del procesalismo chileno se ha apartado de la explicación tradicional antes aludida, y ha señalado que –en sentido estricto– la sentencia que causa ejecutoria no es un título ejecutivo, sino más bien una forma de tutela judicial anticipada que da lugar a una ejecución provisional⁵⁰.

⁴⁶ Entre otros, ESPINOSA (1994) p. 55; ORELLANA (2005) p. 37; COLOMBO (1995) pp. 24 y 25.

⁴⁷ Así, *Vásquez con Promotora y Constructora Fernando Pérez Yoma y Cía. Ltda.* (1999); *Cuneo con Marmolejo* (1966) p. 136.

⁴⁸ CASARINO (1993) p. 31.

⁴⁹ COLOMBO (1995) p. 24.

⁵⁰ ROMERO (1999) pp. 187-191; ROMERO (2006) pp. 42 y 43; ROMERO (2002) pp. 27-29.

Por la atinencia, transcribimos lo central de este postulado: “A través de la ejecución provisional se permite cumplir los efectos de la sentencia como si ella estuviera firme, permitiendo que el actor pueda empezar a gozar del contenido total de la pretensión admitida en la sentencia, aunque exista un recurso pendiente”; “Esta singular forma de tutela anticipada se regula a propósito de los efectos de los recursos, específicamente dentro de las sentencias que causan ejecutoria”; “En nuestro derecho, las sentencias que causan ejecutoria no fueron contempladas originalmente en el Código de Procedimiento Civil; su aceptación se debe a la reforma de la Ley N° 7.760, publicada el 5 de febrero de 1944. Con anterioridad, el antiguo art. 236 (actual 231) solo permitía que se pudieran cumplir las resoluciones ejecutoriadas”; “En términos generales, se trata de resoluciones en las que técnicamente no se ha producido aún la cosa juzgada. No obstante lo anterior, por razones de política legislativa y con el objeto de dar celeridad a los juicios, la ley permite que se puedan cumplir los fallos, aunque exista el riesgo que el tribunal *ad quem* revoque lo decidido en la sentencia cuyo cumplimiento se anticipa”⁵¹.

Por nuestra parte, nos plegamos a esta doctrina, pues cuadra mejor con la idea básica de lo que significa la ejecución anticipada de la sentencia no firme. El único punto sobre el cual no profundizaremos, por exceder los límites de este trabajo, concierne a la naturaleza ejecutiva que presentan las resoluciones que causan ejecutorias. No discutiremos, pues, si tienen o no calidad de título ejecutivo; simplemente señalaremos que desde un punto de vista técnico-procesal, no pueden asimilarse los procedimientos de ejecución ordinarios cuyo punto de partida es una sentencia firme, con los mecanismos de ejecución provisionales cuyo fundamento es una resolución carente de firmeza. Por lo mismo, a continuación propondremos hacer un distingo en cuanto a la vía para obtener el cumplimiento de estas últimas.

C) Procedimiento “incidental” de ejecución ante el mismo tribunal que dictó la resolución en primera o única instancia, como vía idónea para recabar la ejecución provisional

Pensamos que el mecanismo más apto para impetrar el cumplimiento forzado (ejecución provisional) de las resoluciones que causan ejecutoria, es el procedimiento incidental contemplado por los arts. 233-241 CPC. En este sentido, nos parece que el procedimiento ejecutivo ordinario del Libro III del Código al que hicimos referencia más arriba, solo sería procedente para las sentencias firmes.

Para tales efectos, es útil considerar ciertos aspectos orgánicos y funcionales de nuestra legislación.

En primer término, encontramos un modelo ordinario para la ejecución civil que está dado por las normas de los Títulos I y II del Libro III CPC (arts. 434 y ss.). Constituye una tipología de procedimiento que recibe el nombre de “juicio ejecutivo”, caracterizado –entre otros aspectos– por presentar una fase de cognición bastante amplia. Así lo evidencian los arts. 464-469 CPC que regulan una etapa de discusión al

⁵¹ ROMERO (2006) pp. 42 y 43.

interior del procedimiento de ejecución bastante extensa, con una amplia gama de defensas para el ejecutado (art. 464)⁵².

En segundo lugar, en nuestra ley existe un esquema procesal que usualmente recibe la denominación de procedimiento “incidental” de ejecución, normado por los arts. 233-241 CPC. Es un modelo procesal breve, con un número muy acotado de defensas para el ejecutado (art. 234 CPC), las que deben constar en antecedentes escritos y fundarse en hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia de cuyo cumplimiento se trata⁵³.

En tercer lugar, existe un aspecto orgánico relevante, referido a los tribunales competentes para conocer de uno y otro procedimiento. Según los arts. 231 y 232 CPC, relacionados a su turno con los arts. 113 y 114 del Código Orgánico de Tribunales (COT), si se trata de ejecutar una sentencia a través del primer modelo de ejecución, existen dos tribunales con igual competencia: el que pronunció la resolución en primera o única instancia, y el tribunal competente de acuerdo a las reglas generales. La elección la podrá hacer la parte que haya obtenido sentencia a su favor (el acreedor de la prestación establecida judicialmente). Si, en cambio, se da tramitación al procedimiento “incidental” de ejecución, habrá un solo tribunal competente: el que haya pronunciado la resolución en primera o única instancia.

En este contexto, el punto consiste en determinar cuál podría ser el método procesal de ejecución más idóneo para las resoluciones que causan ejecutoria y, por tanto, para la ejecución provisional. Tomando en cuenta que conceptualmente es necesario distinguir los dos tipos de ejecución, y sobre todo considerando la falta de regulación para la ejecución inmediata de la sentencia no firme, estimamos más adecuado el procedimiento incidental de los arts. 233- 241 CPC que debe impetrarse ante el tribunal que dictó la resolución en primera o única instancia.

En nuestra doctrina se ha dado la siguiente razón pragmática: “La ejecución de una sentencia que causa ejecutoria no es propia de otro tribunal que no sea aquel que está conociendo de la causa, puesto que estando ante un título cuya eficacia está sometida a condición resolutoria a verificarse solo dentro de ese procedimiento, su ejecución debe corresponder solo al tribunal que conoce de esa situación”⁵⁴.

Por motivos prácticos y sobre todo de seguridad jurídica, nos quedamos con esta última solución, en especial atendiendo la poca precisión que existe en nuestro sistema en torno a los efectos de la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada. Como medida de resguardo, pensamos que es conveniente dejar sometida esta materia a la

⁵² ROMERO (2000) pp. 14 y 15.

⁵³ Una explicación general, en MATURANA (1995) pp. 126-131; un cuadro comparativo entre las etapas de conocimiento de una y otra modalidad de ejecución, en PEREIRA (1995) pp. 39-66; sobre el carácter “simplificado” del procedimiento incidental, *Madeco S.A.* (1997) p. 156.

⁵⁴ MATURANA (1995) p. 132. En cambio, para la ejecución de la sentencia firme pueden utilizarse cualquiera de los dos procedimientos, a elección corresponderá al ejecutante. Por no producirse los inconvenientes que presenta la ejecución de las resoluciones que causan ejecutoria, el sistema puede permitir la aplicación indistinta tanto del juicio ejecutivo como del llamado procedimiento incidental de ejecución, a no ser –por cierto– que exista un mecanismo especial diverso señalado por la ley.

forma procesal simplificada de los arts. 233-241 CPC, y entregar el conocimiento de la misma al propio órgano que pronunció la resolución en primera o única instancia.

3. EXCEPCIONES AL RÉGIMEN DESCRITO

A) Orden de no innovar en el recurso de apelación no suspensivo. Relación con la “ejecución provisional mixta”

El art. 192 incs. 2º y 3º CPC contempla la figura denominada “orden de no innovar”, que se traduce en la facultad que tienen las Cortes de Apelaciones para decretar la suspensión de los efectos de la resolución apelada en el efecto devolutivo u ordenar la paralización del cumplimiento forzado de la misma.

Como dijimos, esta potestad judicial fue incorporada al Código por medio de la reforma del año 1988, la que junto con ampliar los casos de apelaciones en el efecto devolutivo, autorizó a las Cortes establecer la suspensión de los efectos de la resolución recurrida. Empero, aun cuando la figura tiene veinte años de vida en nuestro régimen, carece de un tratamiento adecuado en cuanto a sus fundamentos, fines y límites. La verdad es que estos aspectos han quedado entregados al prudente saber y entender de las Cortes, sin que se haya desarrollado un precedente sobre los mismos.

En este escenario no es mucho lo que podemos informar. Aludiremos a tres ideas centrales y daremos una opinión personal.

Lo primero que destacamos es que desde un comienzo la recepción de esta reforma fue bastante negativa. Se dijo, en efecto, que la orden de no innovar “rompe el sistema”; que los problemas de aplicación práctica son “terribles” y, por fin, que “ojalá que los tribunales no concedan ni una orden de no innovar”⁵⁵. Asimismo, nos parece importante subrayar que las Cortes han sido bastantes restrictivas a la hora de conceder órdenes de no innovar, por lo que carece de aplicación práctica⁵⁶. Por último, es necesario decir que lo único que se ha esbozado en cuanto su fundamento, es que se trataría de una especie de medida cautelar encaminada a evitar la producción de graves daños en caso de llevarse adelante la ejecución de una sentencia apelada en el efecto devolutivo⁵⁷.

En nuestra opinión, la orden de no innovar debe insertarse dentro de lo que algunos llaman “ejecución provisional mixta”, que consiste en un sistema de ejecución inmediata de la sentencia no firme establecida por la ley en forma general, pero que puede ser modificada por medio de una resolución judicial que ordene la suspensión del cumplimiento del fallo⁵⁸. En ese sentido, pensamos que la orden de no innovar presenta un símil con la norma del art. 230.2 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Código Modelo), según la cual la parte en contra de quien se solicita el cumplimiento puede pedir la suspensión de la ejecución provisoria “por causarle perjuicio”.

⁵⁵ MOSQUERA, Mario (S/D) pp. 46 y 47.

⁵⁶ PIEDRABUENA (1999) p. 99.

⁵⁷ Así puede verse, en PIEDRABUENA (1999) pp. 102-104; OTERO (2000) pp. 182-188.

⁵⁸ CABALLOL (1993) pp. 55 y 56.

Por lo mismo, nos parece que un criterio como el precitado es el que debiera aplicarse a la hora de resolver solicitudes de órdenes de no innovar, puesto que más que una naturaleza cautelar, estas se ajustan a las nociones propias de la ejecución provisional.

B) Excepción legal al efecto no suspensivo del recurso de casación

El art. 773 inc. 1° CPC fija como primera excepción al carácter no suspensivo del recurso de casación, una regla legal según la cual no podrá ejecutarse la sentencia impugnada “cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso”. La misma norma entrega un ejemplo: “como sería si se tratara de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor”.

Este ejemplo permite decir que la excepción que establece el legislador atañe más bien a sentencias constitutivas, de modo que no afecta el régimen de ejecución provisional de sentencias de condena. Por ello, compartimos la precisión formulada por alguna doctrina, según la cual “no se divide motivo por el cual no haya de cumplirse y, más tarde, dejarse sin efecto lo ejecutado, en torno a los efectos patrimoniales de una nulidad declarada”⁵⁹.

C) Fianza de resultas en el recurso de casación

El mismo art. 773 regula en sus incisos 2°, 3° y 4° una excepción al modelo no suspensivo del recurso de casación. Se trata de la fianza de resultas que puede pedir el recurrente de casación y que ha sido condenado por la sentencia impugnada.

El inc. 2° señala que “la parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas”. Los incs. 3° y 4° indican la oportunidad y la forma para ejercitar este derecho: al mismo momento de interponer el recurso, en escrito separado y ante el tribunal que dictó la sentencia recurrida. Así pues, nuestra ley se preocupa de balancear los derechos de los litigantes a través de esta caución, que solo podrá imponerse en la medida que el vencido lo haya solicitado en tiempo y forma.

De todos modos, el Código se encarga de excluir de modo expreso a cierto tipo de litigantes, privándoles del derecho a pedir esta fianza: son los demandados que recurren en contra de la sentencia definitiva dictada en los juicios ejecutivos, posesorios, de desahucio y de alimentos. Nuestros autores explican esta exclusión preferentemente en razón de la facultad que el ordenamiento reconoce a estos demandados, para impugnar el fallo por vía de un juicio ordinario posterior⁶⁰.

⁵⁹ TAVOLARI (1996) p. 67.

⁶⁰ TAVOLARI (1996) p. 68.

4. ALGUNOS CASOS ESPECIALES, DUDOSOS O POCO TRATADOS EN EL ORDENAMIENTO CHILENO

A) Situación de la sentencia definitiva dictada en el procedimiento ordinario de ejecución

Como expusimos, en este procedimiento de ejecución es posible abrir una etapa de conocimiento, donde el tribunal de primera instancia tiene que dictar una sentencia definitiva por la cual resuelva si acoge o rechaza la oposición a la ejecución formulada por el ejecutado. De conformidad con lo dispuesto por los arts. 475, 481, 509, 510, 511 y 512 CPC, relacionados a su vez con el art. 194 N° 1 CPC, la apelación que deduzca el ejecutado en contra de dicha sentencia es, en principio, no suspensiva. Por consiguiente, la regla es que en este tipo de procedimiento ejecutivo se admita la ejecución provisional de la sentencia no firme, aunque con ciertas particularidades.

Por exceder los propósitos de este trabajo, nos limitaremos a decir que si la sentencia definitiva desestima la oposición del ejecutado, la ley chilena autoriza el cumplimiento de la misma, sin que –en principio– la apelación tenga un efecto suspensivo. Ahora bien, si el fallo ordena llevar adelante la realización de bienes (o sea, se trata de la llamada "sentencia de remate"), la ejecución puede avanzar hasta la consignación de los fondos obtenidos por esta vía. Según el art. 509 CPC, si el ejecutado deduce recurso de apelación en contra de dicha sentencia, el ejecutante únicamente podrá obtener el pago en la medida que caucione las resultas del recurso. Vale decir, se trata de una ejecución provisional "ope legis", que en la parte final (pago) exige caución.

Si, por el contrario, la resolución que falla la oposición del ejecutado ordena entregar la cosa que se debe (la denominada "sentencia de pago"), la apelación tiene efecto suspensivo y el art. 475 CPC solo permite llevar a cabo el cumplimiento de la resolución en caso que el ejecutante caucione las resultas del recurso. Con todo, el art. 512 CPC exige que la mencionada resolución se encuentre firme para proceder a la entrega al ejecutante de la especie que se debe y que está embargada. Por consiguiente, podríamos afirmar que estamos ante una suerte de ejecución provisional "ope legis" con caución, que únicamente puede llegar hasta el embargo de la cosa que se debe.

B) Efectos de la revocación o invalidación de las resoluciones que causan ejecutoria

Este es un aspecto inexplorado en nuestro país, sobre el cual hay laguna legal, ausencia de jurisprudencia y muy poca doctrina.

Los autores han hecho algunas calificaciones jurídicas del problema, acudiendo a los conceptos de condición resolutoria o nulidad procesal de pleno derecho. Es así como se ha dicho que en estos casos existe una condición resolutoria consistente en la revocación o invalidación del fallo⁶¹. En la misma línea, algunos sostienen que esta sentencia sería un "típico acto jurídico condicional"⁶². Otros, en fin, postulan que en el evento de

⁶¹ Así, MATURANA (1995) p. 132.

⁶² COLOMBO (1997) p. 48.

cumplirse dicha condición, el efecto que se produciría es la anulación de pleno de derecho de todo lo ejecutado⁶³.

Sin embargo, no queda claro cuál es el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas de la revocación o invalidación de la sentencia ejecutada provisionalmente, ya que a falta de norma expresa en la ley procesal, habría que aplicar los preceptos del Derecho civil, conforme a los cuales la situación varía según se trate de una condición resolutoria cumplida o de una declaración de nulidad. Hay, en efecto, diferencias en cuestiones no menores, como la devolución de los frutos o el pago de las mejoras (arts. 1486, 1487, 1488 y 1689 del Código Civil, entre otros).

En cualquier caso, a modo meramente referencial podemos citar dos preceptos procesales que pueden servir de base a futuros análisis. Uno es el art. 206 CPC, que regula los efectos de la resolución del tribunal de alzada en materia de recurso de hecho, en aquellos casos que declare admisible una apelación que había sido denegada por el juez *a quo*. La norma señala que en esta hipótesis, “quedarán sin efecto” las gestiones posteriores a la negativa del recurso y que sean una “consecuencia inmediata y directa” del fallo apelado. Con base en este texto legal, nuestra jurisprudencia ha señalado que la consecuencia es la “nulidad” de las actuaciones posteriores a la resolución del tribunal de primera instancia que negó la concesión de una apelación en ambos efectos⁶⁴, criterio que podríamos trasladar al tema que analizamos. El otro precepto es el art. 339 inc. final CPC, que regula los efectos de la resolución de segunda instancia que falla una apelación de la resolución que recibe la causa a prueba. En la parte final se indica lo siguiente: “La prueba ya producida y que no esté afectada por la resolución del tribunal de alzada tendrá pleno valor”. A *contrario sensu*, si la decisión de segunda instancia afecta la prueba rendida ante el tribunal de primer grado (como ocurriría, por ejemplo, en caso que elimine un hecho de la sentencia interlocutoria de prueba), las probanzas pierden todo su valor, lo que también proporciona un antecedente de interés para el tópico que examinamos.

A no dudarlo, esta es una materia que urge abordar en profundidad, pues parte importante de la ejecución provisional se concentra en este delicadísimo punto. Como se ha señalado en trabajos comparativos publicados en nuestro país, corresponde al “mal necesario” de la ejecución inmediata del fallo no firme, que debe asumir el legislador en pos de una más eficaz administración de justicia en primera instancia y para el cual no queda otro remedio que proceder a la restitución o a la compensación íntegra de lo ejecutado⁶⁵.

C) Medidas cautelares

No tenemos doctrina y jurisprudencia que proporcionen luces sobre la compatibilidad que puede existir entre la ejecución provisional y la tutela cautelar. Frente a ello, únicamente podemos formular algunas apreciaciones sobre las distinciones que notamos entre una y otra figura.

⁶³ En este sentido, TAVOLARI (2000b) p. 269.

⁶⁴ Así, *Canessa y otros con Ovalle* (1928) p. 369; *Del Villar con Smith* (1952) p. 50.

⁶⁵ CHOZAS (2007) p. 414.

Como hemos sostenido en otro trabajo⁶⁶, nos parece que ambas instituciones procesales deben diferenciarse. La tutela anticipada consiste en la satisfacción de un derecho antes de la dictación de la sentencia definitiva, cuando en casos graves y urgentes la demora en la respuesta jurisdiccional puede provocar un perjuicio irreparable al actor. Es, por ende, una herramienta procesal que busca resolver el problema que genera el transcurso del tiempo en el proceso, del cual puede resultar un daño irremediable para el justiciable que formula la pretensión⁶⁷. Se llama anticipada, precisamente porque importa un adelantamiento de la satisfacción de la pretensión del demandante, que en términos ordinarios debería quedar reservado para el momento de la dictación de la sentencia firme, e incluso más, para el instante del cumplimiento definitivo de lo resuelto. La anticipación consiste, pues, en apresurar la satisfacción predicha, a momentos procesales anteriores al fallo, los que de hecho pueden encontrarse en el mismo inicio de la causa.

Es por lo mismo que seguimos pensando que no cabe confundir dicha tutela con la cautela procesal, que por definición debiera estar encaminada a asegurar, garantizar o proteger la eficacia de la pretensión y del fallo, más que adelantar los resultados de este⁶⁸.

De ahí que estimemos que los casos de ejecución provisional que se contemplan en nuestra ley, no podrían ser solucionados por la vía de medidas cautelares, las que –reiteramos– no están ideadas para colmar las expectativas finales del demandante, sino para resguardar la acción entablada a través de una vía sucedánea u homogénea a la ejecución, pero no idéntica a ella⁶⁹.

D) Aceptación provisional de la demanda en el juicio sumario

La aceptación provisional de la demanda es un mecanismo que recoge el art. 684 CPC y que ha sido calificado por una parte de la doctrina chilena como una modalidad de tutela anticipada⁷⁰.

El inciso 1° de la norma dispone lo siguiente: "En rebeldía del demandado, se recibirá a prueba la causa o, si el actor lo solicita con fundamento plausible, se accederá provisionalmente a lo pedido en la demanda". A su vez, el inc. 2° indica: "En este segundo caso, podrá el demandado formular oposición, dentro del término de cinco días, contados desde la notificación; y una vez formulada, se citará a nueva audiencia, procediéndose como se dispone en el artículo anterior, pero sin que se suspenda el cumplimiento provisional de lo decretado con esta calidad, ni se altere la condición jurídica de las partes".

⁶⁶ MENESES (2008) pp.231-235.

⁶⁷ Para un cuadro conceptual, ROMERO (2001) Pp. 35-39, 62-67; ROMERO (2006) pp. 41-51; DE LOS SANTOS (1999) pp. 23-24.

⁶⁸ en nuestra doctrina, en este sentido, PEREIRA (1992) Pp. 81-98; en contra, aludiendo a la "finalidad anticipativa" de la tutela cautelar, MARÍN (2004) Pp. 237 ss.; aceptando excepcionalmente la finalidad anticipativa de la tutela cautelar en casos relacionados con protección de derechos fundamentales, ROMERO (2001) Pp. 48 y 49; ROMERO (2006) pp. 44-46.

⁶⁹ Sobre el requisito de la "homogeneidad", TAVOLARI (1994b) pp. 144 y 145.

⁷⁰ Así, ROMERO (2006) p. 46; calificándola como figura "sui generis", ROJAS y VENEGAS (1963) p. 153.

Como puede verse, constituye una importante alternativa de ejecución inmediata enmarcada dentro de una tutela anticipada, lo que implica una manifiesta decisión de nuestro legislador de fortalecer la tutela judicial de primera instancia en esta clase de proceso declarativo. Es, empero, un mecanismo al que no se le ha sabido sacar el debido provecho, pues no dispone de una aplicación en la práctica judicial⁷¹.

E) Recurso de queja

Como última cuestión sobre el Derecho chileno vigente, hacemos presente que es posible encontrar casos de resoluciones que causan ejecutoria en el campo del recurso de queja, que es una vía disciplinaria por la cual pueden impugnarse ciertas resoluciones en la medida que hayan sido dictadas con faltas o abusos graves (arts. 545, 548 y 549 COT).

Este recurso se deduce directamente ante el tribunal superior (Cortes de Apelaciones o Corte Suprema, según el caso), y no suspende el cumplimiento de la resolución impugnada, a menos que el mismo tribunal decrete orden de no innovar (art. 548 inc. final COT). Por ello, aplicando la terminología usada en este trabajo, podríamos decir que estos preceptos consideran la procedencia de una especie de ejecución provisional mixta.

De todas maneras, es importante dejar anotado que es un método de impugnación residual y con un campo muy limitado de acción, desde que solo procede en la medida que la resolución no sea susceptible de atacar a través de otro recurso ordinario o extraordinario (art. 545 inc. 1° COT)⁷².

V. REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LOS TRABAJOS PRELEGISLATIVOS Y PREPARATORIOS DE REFORMA PROCESAL CIVIL

1. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN LA PROPUESTA DE BASES

En el marco de los trabajos prelegislativos y preparatorios de la reforma a la justicia civil⁷³, con fecha 10 de mayo de 2005 la Comisión designada en conjunto por el Ministerio de Justicia del Gobierno chileno y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presentó un documento denominado “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile” (Propuesta de bases)⁷⁴.

En él se dejaron anotados los lineamientos generales para una modificación integral del sistema chileno, las que fueron sometidas a estudio a cargo de una entidad llamada “foro para reforma procesal civil”, que formó el aludido Ministerio el 12 de mayo de 2005, compuesto por profesores de Derecho procesal, un representante del Colegio de Abogados de Santiago y dos representantes del Instituto de Estudios Judiciales.

⁷¹ Con relación al punto de la eficacia práctica, hacemos presente nuestro comentario crítico a la regulación de la ley chilena en materia de procesos colectivos sobre protección al consumidor (art. 51 inc. 1° Ley N° 19.496), en la que se excluyó expresamente la posibilidad de dar aplicación a este precepto (MENESES, 2006, pp. 236, 262, n. 13).

⁷² TAVOLARI (1996) pp. 10-30.

⁷³ Una síntesis, en NÚÑEZ (2007).

⁷⁴ PROPUESTA DE BASES PARA REDACTAR UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARA LA REPÚBLICA DE CHILE (2005).

En el tema que analizamos, la Propuesta de bases señala lo siguiente: "La Comisión estima que se debe estructurar para el nuevo sistema de justicia civil un régimen de ejecución provisional de resoluciones judiciales. En este sentido, la regla general deber ser la ejecución provisional de las sentencias sin necesidad de prestar caución previa, en primera como en segunda instancia"; agrega, que "solo es conveniente establecer un momento preclusivo para solicitar la ejecución provisional, pudiendo intentarse desde que se tenga por preparado el recurso hasta que se dicte sentencia", y culmina señalando que "se debe establecer un procedimiento de oposición a la ejecución provisional, una vez despachada esta limitado a aquellos supuestos en que se hubiere concedido indebidamente, o se tratase de condena no dineraria que de ejecutarse resultaría imposible, o de extrema dificultad su restauración, o que el ejecutado ofreciera, respecto de una condena no dineraria, unas medidas de garantía alternativas, como prestar caución para compensar los perjuicios derivados de la demora en la ejecución. El ejecutante puede a su vez prestando caución mantener la ejecución provisional de las condenas dinerarias"⁷⁵.

Considerando la explicación precitada, pensamos que los lineamientos han seguido principalmente el modelo español de ejecución provisional, regulado por los arts. 524-537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) del año 2000.

2. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL ANTEPROYECTO CPC

A partir de las bases antes aludidas, el foro para la reforma procesal civil encomendó a los profesores Cristián Maturana Miquel y Raúl Núñez Ojeda, la redacción de un borrador del articulado de un nuevo Código Procesal Civil, el que fue presentado al Ministerio de Justicia con fecha 19 de diciembre de 2006 bajo el nombre "Anteproyecto Código Procesal Civil" (Anteproyecto CPC)⁷⁶.

El Anteproyecto CPC se refiere a la ejecución provisional, aunque no de un modo explícito y autónomo, principalmente en los arts. 219 y 228, los que transcribimos a continuación.

El artículo 219 está rotulado "estado de las resoluciones respecto de las cuales se puede solicitar su ejecución". En él se señala lo siguiente: "Se procederá a la ejecución una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley de conformidad al procedimiento contemplado en este Capítulo, sin perjuicio de ser posible el cumplimiento de las que se encuentren firmes o ejecutoriadas conforme al procedimiento ejecutivo" (inc. 1°); "No obstante, los tribunales que conozcan de los recursos de apelación; nulidad o revisión, ejecutarán los fallos que dicten para la subsanciación de dichos recursos. Podrán también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hayan intervenido en ellos, reservando el de las demás costas para que sea decretado por el tribunal de primera instancia" (inc. 2°); "No procederá el cumplimiento de las sentencias que causen ejecutoria cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratase de

⁷⁵ PROPUESTA DE BASES PARA REDACTAR UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARA LA REPÚBLICA DE CHILE (2005) p. 461.

⁷⁶ ANTEPROYECTO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2006) pp. 41-188.

una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor o se trate de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros o árbitros” (inc. 3°).

El artículo 228 está rotulado “supresión de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios”, e indica lo siguiente. “La ejecución queda anulada con la pronunciación de una sentencia que revoque, modifique o anula el fallo que se haya ejecutado provisionalmente” (inc. 1°); “Si una sentencia ejecutada provisionalmente es revocada, modificada o anulada, el tribunal deberá disponer que se realicen todas las actuaciones para retrotraer el proceso al estado anterior a la ejecución, sin perjuicio que quien hubiere solicitado su ejecución además de proceder a la devolución de lo que hubiere percibido estará obligado a compensar el daño que se le ha ocasionado al demandado con la ejecución de la sentencia o con el otorgamiento de la caución otorgada para evitar la ejecución. El demandado puede hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios en el proceso en el cual se solicitó la ejecución dentro del plazo de un año desde que se hubiere dictado la sentencia que revocó, modificó o anuló la sentencia ejecutada provisionalmente, y su petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo a las reglas de los incidentes” (inc. 2°).

Por último, son también pertinentes el art. 222 inc. 1° que exige la rendición de caución para proceder a la ejecución de las resoluciones que causan ejecutoria; el art. 350 inc. 1° que establece como regla general la apelación solo en el efecto devolutivo; el art. 351 inc. 2° que señala las consecuencias que derivan de la revocación del fallo de primer grado (“deberá el tribunal de primera instancia decretar todas las medidas para que se restituya a las partes a la posición en que se encontraban con anterioridad a su ejecución de la sentencia”) y, los incisos 3°, 4° y 5° de la norma precitada, en los que se regula la “orden de no innovar” en la apelación.

3. INCONSISTENCIA ENTRE LA PROPUESTA DE BASES Y EL ANTEPROYECTO CPC EN ESTA MATERIA

No encontramos unión entre los lineamientos de la Propuesta de bases y el Anteproyecto CPC, en especial por la falta de regulación clara, expresa y autónoma en este último documento.

Tal vez la mejor demostración esté dada por la ubicación que tienen las normas relacionadas con la ejecución provisional en el Anteproyecto CPC, que se asemeja mucho al esquema del actual Código y se separa de la idea central dada en la Propuesta de bases, en orden a estructurar un nuevo régimen de ejecución provisional. Se diferencian, además, en el tema de la caución, pues mientras la Propuesta la excluye, el Anteproyecto la exige. Se apartan, asimismo, en cuanto a la oportunidad para impetrarla y en lo tocante a los casos de oposición del ejecutado.

La confrontación de los textos transcritos deja en evidencia la inconsistencia, sobre lo cual no conocemos una explicación expresa. Puede ser que la problemática de fondo diga relación con el asunto con el cual comenzamos este trabajo, referido al esquema general de la primera instancia civil, que sin duda debe ser uno de los tópicos fundamentales en torno a los cuales giren los trabajos preparatorios que continúan desarrollándose en nuestro país.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. En conexión con lo último, podemos decir que en nuestra opinión la ejecución provisional, inmediata o anticipada de la sentencia no firme, es un mecanismo íntimamente vinculado al sistema de enjuiciamiento de primera instancia, por lo que su mayor o menor extensión debe depender necesariamente de la mayor o menor fortaleza del primer grado jurisdiccional. Por lo mismo, más que una imposición constitucional que derive de la tutela judicial efectiva o del debido proceso, constituye una opción de política procesal en la que el legislador debe balancear las garantías del ciudadano y la eficacia del fallo.

2. En este sentido, para continuar trabajando sobre la idea de potenciar la ejecución provisional, resulta indispensable precisar cuáles son los requisitos orgánicos y funcionales de una administración de justicia de primera instancia respetuosa de las garantías fundamentales de las personas. En otras palabras, estimamos que la mayor vigorosidad de la ejecución inmediata solo es concebible en un sistema procesal con una primera instancia fortalecida en cuanto a los derechos judiciales de las partes.

3. En el régimen vigente, las sentencias definitivas de primera instancia –por regla general– no admiten ejecución provisional. La principal excepción está dada por el juicio sumario, que contempla dos mecanismos procesales de interés en este campo: uno consiste en la ejecución inmediata "ope iudicis" del fallo de primer grado, y otro corresponde a una clase de tutela anticipada llamada "aceptación provisional de la demanda". En el proceso declarativo ordinario la regla es la inversa, y únicamente podemos encontrar casos marginales de cumplimiento anticipado de sentencias interlocutorias que declaren créditos a favor de un litigante. Además, estas situaciones puntuales podrían quedar paralizadas a virtud de una "orden de no innovar" decretada por el tribunal de alzada, lo que vendría a constituir una especie de ejecución provisional "mixta".

4. El caso más claro de ejecución inmediata de la sentencia definitiva se produce en materia de recurso de casación, que por regla general no suspende el cumplimiento de la decisión. Pero ello supone, en buenas cuentas, que se ha producido un juzgamiento del asunto en dos instancias.

5. Pareciera ser que en la legislación actualmente imperante en Chile, la mejor vía para impetrar una ejecución provisional es el llamado procedimiento "incidental" de ejecución. En cualquier caso, es indispensable trabajar dogmáticamente en torno al modo de resolver la falta de regulación de los efectos de la revocación o invalidación de la sentencia ejecutada provisionalmente.

6. Retomando la idea matriz de nuestro trabajo, culminamos señalando que la falta de regulación expresa, clara y vigorosa de la ejecución provisional en el sistema chileno, puede deberse a las falencias que presenta el juzgamiento en la primera instan-

cia, derivadas en buena medida de la escrituración y mediación que impera en este estadio. Mirado el asunto desde otra perspectiva, podríamos decir que esta realidad arranca de la importancia que la ley chilena asigna a la decisión del segundo grado judicial. En fin, analizado el tema desde la óptica de los trabajos prelegislativos y preparatorios de la reforma procesal civil, podemos detectar una tendencia a fortificar la primera instancia y la ejecución inmediata de la sentencia, aunque de un modo un tanto inconsistente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesiones 101^a (9 enero 1975) y 103^a (16 enero 1975).
- ANTEPROYECTO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2006): *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, pp. 41-188.
- BORDALÍ, Andrés (2000): “El derecho de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVII, N° 3: pp. 81-105.
- BORDALÍ, Andrés (2003): “El debido proceso civil”, en: FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La constitucionalización del Derecho chileno* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) pp. 255-291.
- CABALLOL, Luis (1993): *La ejecución provisional en el proceso civil* (Barcelona, Bosch) 406 pp.
- CAROCCA, Alex (1997): “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 3, N° 2: pp. 145-226.
- CAROCCA, Alex (2003): “Bases constitucionales del sistema procesal chileno”, en: FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La constitucionalización del Derecho chileno* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile): pp. 209-250.
- CASARINO, Mario (1993): “Del cumplimiento o ejecución de las sentencias judiciales civiles”, en: *Medio siglo al servicio del Derecho procesal* (Valparaíso, Edeval): pp. 21-45.
- CHOZAS, Juan Manuel (2007): “La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español”, en: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (Coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile): pp. 401-426.
- COLOMBO, Juan (1995): “El título ejecutivo”, en: HOYOS, María Teresa (coord.), *Juicio ejecutivo. Panorama actual* (Santiago, Edit. ConoSur): pp. 1-37.
- COLOMBO, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, t. I) 333 pp.
- CORDÓN MORENO, Faustino (1998): *Introducción al Derecho procesal* (Pamplona, Edit. Aranzadi) 207 pp.
- DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2005): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces) 640 pp.

- DE LOS SANTOS, Mabel (1999): "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVI, N° 1: pp. 21-28.
- GUZMÁN, Manuel; HARASIC, Davor; PEREIRA, Hugo; MOSQUERA, Mario y FIGUEROA, Juan Agustín (S/D): *Seminario reformas al Código de Procedimiento Civil. Ley N° 18.705* (Santiago, Edit. ConoSur) 68 pp.
- ESPINOSA, Raúl (1994): *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) 224 pp.
- HINOJOSA, Rafael, y PALOMO, Diego (2006): "La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias", *Ius et Praxis*, año 12, N° 2: pp. 123-162.
- MARÍN, Juan Carlos (2004): *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) 489 pp.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2006a): *Curso de processo civil. Teoria geral do processo* (São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 1) 510 pp.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2006b): "As sentenças que dependem de execução", *Revista de Direito Processual Civil* N° 39: pp. 77-100.
- MATURANA, Cristián (1995): "Las ejecuciones especiales", en: HOYOS, María Teresa (coord.), *Juicio ejecutivo. Panorama actual* (Santiago, Edit. ConoSur): pp. 117-185.
- MENESES, Claudio (2006): "Legitimación y cosa juzgada en la tutela procesal de derechos e intereses colectivos, en el ordenamiento chileno", *Revista de Direito processual civil*, N° 39: pp. 230-266.
- MENESES, Claudio (2008): "Aspectos procesales de la Ley N° 20.152, que incorpora modificaciones relativas a los juicios de alimentos", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10: pp. 221-249.
- MOSQUERA, Mario (S/D): "Apelación, recurso de hecho, trámite de la consulta e incidencia de la reforma en el recurso de queja", en: GUZMÁN, Manuel HARASIC, Davor; PEREIRA, Hugo; MOSQUERA, Mario y FIGUEROA, Juan Agustín, *Seminario reformas al Código de Procedimiento Civil. Ley N° 18.705*, (Santiago, Edit. ConoSur): pp. 39-60.
- NAVARRETE, Luis (2004): *Embargo, tercerías y realización de bienes* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) 373 pp.
- NOGUEIRA, Humberto (2003): "La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso", en: FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La constitucionalización del Derecho chileno* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile): pp. 169-207.
- NOGUEIRA, Humberto (2007): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago, Librotecnia) 530 pp.
- NÚÑEZ, Raúl (2007): "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (Fundamentos, historia y principios)", en: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (Coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile): pp. 667-695.
- OLIVER, Guillermo (1997): *Sentencia interlocutoria y derechos permanentes* (Santiago, Edit. ConoSur) 104 pp.

- ORELLANA, Fernando (2005): *Procedimiento ejecutivo por obligaciones de dar. Análisis doctrinario y jurisprudencia* (Santiago, Librotecnia) 219 pp.
- ORTELLS, Manuel (2005): *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Edit. La Ley) 427 pp.
- ORTELLS, Manuel (2007): *Derecho procesal civil* (Navarra, Aranzadi) 1114 pp.
- OTERO, Miguel (2000): *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000*, (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) 512 pp.
- PEREIRA, Hugo (1992): “Embargo y cautela en el proceso chileno”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 17: pp. 7-25.
- PEREIRA, Hugo (1995): “La fase de conocimiento en el juicio ejecutivo”, en: HOYOS, María Teresa (coord.), *Juicio ejecutivo. Panorama actual* (Santiago, Edit. ConoSur) pp. 39-66.
- PÉREZ, Álvaro (2006): “El acceso a la tutela ejecutiva del crédito: reflexiones sobre la ejecución inmediata de sentencia, el proceso monitorio y los tribunales de ejecución desde el proceso civil comparado europeo”, en: SILVA, José Pedro; GARCÍA, José Francisco y LETURIA, Francisco (coord.), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil* (Santiago, Universidad Católica de Chile) pp. 439-519.
- PIEDRABUENA, Guillermo (1989): “La reforma procesal civil. Antecedentes e historia de la Ley 18.705”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 3: pp.639-682.
- PIEDRABUENA, Guillermo (1999): *El recurso de apelación y la consulta* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) 474 pp.
- PROPUESTA DE BASES PARA REDACTAR UN NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARA LA REPÚBLICA DE CHILE (2005): *Revista de Derecho Procesal*, N° 20: pp. 437-463.
- RAMOS, Francisco (2000): *El sistema procesal español* (Barcelona, Bosch) 435 pp.
- Rojas, Oscar, y VENEGAS, Raquel (1963): *El proceso sumario de cognición (Juicio sumario)* (Santiago, Edit. Jurídica) 182 pp.
- ROMERO, Alejandro (1999): “La sentencia que causa ejecutoria como título ejecutivo”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 26 N° 1: pp. 187-191.
- ROMERO, Alejandro (2000): “Algunas cuestiones sobre juicio ejecutivo”, *Cuadernos Jurídicos* (Viña del Mar, Univ. Adolfo Ibáñez) 60 pp.
- ROMERO, Alejandro (2001): “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 98, N° 2: pp 35-67.
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) 157 pp.
- ROMERO, Alejandro (2006): *Curso de Derecho procesal civil* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, t. I) 128 pp.
- TAVOLARI, Raúl (1994a): “El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma”, en: *Comentarios procesales* (Valparaíso, Edeval) pp. 81-113.
- TAVOLARI, Raúl (1994b): “Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?”, en: *Tribunales, jurisdicción y proceso* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) pp. 137-168.

- TAVOLARI, Raúl (1996): *Recursos de casación y queja. Nuevo régimen* (Santiago, Edit. ConoSur) 238 pp.
- TAVOLARI, Raúl (2000a): "¿Puede invocarse como título ejecutivo en contra del tercer poseedor de la finca hipotecada, la sentencia dictada contra el deudor principal en un juicio ejecutivo?", en: *El proceso en acción* (Santiago, Edit. Libromar) pp. 67-85.
- TAVOLARI, Raúl (2000b): "La nulidad procesal en el Derecho actual", en: *El proceso en acción* (Santiago, Libromar) pp. 241-278
- TAVOLARI, Raúl (2007): "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (Coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile) pp. 35-52.

NORMAS CITADAS

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).
- Constitución Política de la República de Chile.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código Orgánico de Tribunales.
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
- Ley N° 7.760, modifica el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 5 de febrero de 1944.
- Ley N° 18.705, modifica el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 24 de mayo de 1988
- Ley N° 20.152, modifica la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia. *Diario Oficial*, 9 enero 2007.
- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España (7 de enero de 2000).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Madeco S.A.* (1997): Corte Suprema, 1 octubre 1997 (Casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 94, sec. 3ª, p. 156 ss.
- Gálvez con Agrícola Santa Carmen Ltda.* (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 agosto 1997 (Juicio ejecutivo), *Gaceta Jurídica*, 1997, N° 206, p. 88 ss.
- Sociedad Química y Minera S.A.* (1993): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 agosto 1993 (Recurso de hecho), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 90, sec. 2ª, p. 117 ss.
- Vásquez con Promotora y Constructora Fernando Pérez Yoma y Cía. Ltda.* (1999): Corte Suprema, 26 enero 1999 (Casación en el fondo), *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 1999, vol. 26 N° 1, pp. 187-188.
- Dunker con Avilés* (1965): Corte Suprema, 3 mayo 1965 (recurso de inaplicabilidad), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 62, sec. 1ª, p. 57 ss.
- Cuneo con Marmolejo* (1966): Corte Suprema, 11 abril 1966 (recurso de casación en la forma y en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 63, sec. 1ª, p. 136 ss.

Cabián con Barría (1974): Corte Suprema, 10 julio 1974 (recurso de queja), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 71, sec. 1ª, p. 108 ss.

Chile Exploration Company (1960): Corte Suprema, 27 julio 1960 (recurso de queja), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 57, sec. 3ª, p. 57 ss.

Canessa y otros con Ovalle (1928): Corte Suprema, 17 julio 1928 (Casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 26, sec. 1ª, p. 369 ss.

Del Villar con Smith (1952): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 abril 1952 (Recurso de Apelación), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 49, sec. 2ª, p. 50 ss.